

MARCOS EHRHARDT JUNIOR
MARCOS CATALAN
PABLO MALHEIROS
Coordenadores

DIREITO DO CONSUMIDOR
E NOVAS TECNOLOGIAS

Belo Horizonte

FORUM
GOVERNAMENTO JUDICIAL
2021

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adriana Abreu Dallari	Elioriano de Azevedo Marques Neto
Alcides Padua Nogueira Bialho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Paolantini	Isela Virginia Prado Soares
André Ramos Soares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Brito	Juanes Freitas
Celia Mário de Silva Veloso	Luciano Ferraz
Carmen Lucia Antunes Rocha	Luís Delino
César Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cláudia Bezerra	Marcio Camarotesano
Cristiana Portini	Marcos Ehrhardt Jr.
Direna Adelaide Masetti Grotti	Martha Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam)	Ney José de Freitas
Egon Rudkarski Kovera	Oswaldo Othton de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabíola Mora	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Hélio Henrique Uves Pereira	Valter de Moura Agra

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Conteúdo editorial: Leonardo Bastaglia Siqueira Araújo

Alne Sobrinha de Oliveira

Av. Afonso Pena, 277A - 19º andar - Savassi - CEP 30130-012
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel. (31) 2121-4900 / 2121-4949
www.editoraforum.com.br - editor@forumeditoraforum.com.br

Tercia Encanto, Zélia, inseriram alguns dos conteúdos aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se conside algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editor@forumeditoraforum.com.br para que possamos nos dedicar, no que couber, a sua correção e envio importante para melhorarmos a qualidade editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação em Publicação (CIP): de acordo com a AACR2

D596
Direito do consumidor e novas tecnologias / Marcos Ehrhardt Junior, Marcos Catalan, Paulo Malheiros (Coord.). - Belo Horizonte : Fórum, 2021.
345p. 14,5 x 21,5cm.

ISBN: 978-65-5118-253-8

1. Direito do Consumidor-2. Direito Digital 3. Direito Eletrônico. I. Ehrhardt Junior, Marcos. II. Catalan, Marcos. III. Malheiros, Paulo. IV. Título.

Elaborado por Daniele Lopes Duarte - CRB-6/2500

Interpretação Bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

EHHRHART JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Paulo (Coord.). *Direito do consumidor e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 345p. ISBN 978-65-5118-253-8.

CDD: 342.5
CDU: 366

APRESENTAÇÃO

Marcos Catalan, Marcos Ehrhardt Junior, Pablo Malheiros 11

INTELIGÊNCIAS ARTIFICIALMENTE MOLDADAS E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO DIREITO BRASILEIRO: SINGELAS RUBRICAS INSPIRADAS EM JANUS

Marcos Catalan 15

Referências 29

A VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA DO CONSUMIDOR: A EXTRAÇÃO E O COMPARTILHAMENTO INDEVIDOS DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DIGITAIS

Dennis Verhizaro, Lis Arrais Oliveira 33

1 Introdução 33

2 A produção flexível e a nova economia informacional 35

3 O capitalismo de vigilância 39

4 Os impactos da extração e compartilhamento de dados nas relações de consumo 41

4.1 O consentimento involuntário do consumidor 42

4.2 Assimetria informacional e vulnerabilidade algorítmica do consumidor digital 45

4.3 O consumismo decorrente da publicidade direcionada no meio virtual 48

4.4 As práticas discriminatórias 52

5 Considerações finais 53

Referências 56

GEOPRICKING, GEOBLOCKING E DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: PODE A LOCALIZAÇÃO SER UM DADO SENSÍVEL?

Carlos Nelson Konder, Marco Antônio de Almeida Lima 59

1 Introdução 59

2 Abrangência e flexibilidade do conceito de dados sensíveis 60

3 Alcance da vedação de discriminação no direito contratual 64

4 Algoritmos e discriminação no tratamento de dados por meios automatizados 71

GEOPRICING, GEOBLOCKING E DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: PODE A LOCALIZAÇÃO SER UM DADO SENSÍVEL?

CARLOS NELSON KONDER
MARCO ANTÔNIO DE ALMEIDA LIMA

1 Introdução

Os acelerados avanços tecnológicos têm permitido um exponencial aumento na capacidade de coleta, uso e transmissão de dados, especialmente por meio de algoritmos. Por um lado, essas tecnologias têm a capacidade de facilitar nossa vida cotidiana, garantindo serviços personalizados e até mesmo possibilitando a realização de tarefas de maneira automatizada, com o objetivo de tornar certas atividades mais eficientes e rápidas.

No entanto, a reboque dos efeitos benéficos que inegavelmente são verificados na atual sociedade da informação, abrem-se também novas possibilidades de violações a manifestações fundamentais da dignidade da pessoa humana, especialmente pelo tratamento de dados pessoais de maneira discriminatória ou desigual. Mais do que isso, aponta-se que “os bancos de dados que contêm dados pessoais, tão comuns em nossos dias, proporcionam uma nova definição dos poderes e direitos sobre as informações pessoais e, conseqüentemente, sobre a própria pessoa”.¹

Nessa direção, com o objetivo de garantir maiores instrumentos à proteção de dados pessoais, reconhecidos como manifestação da

¹ DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66.

personalidade dos indivíduos, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (LGPD – Lei nº 13.709/2018). A lei regula, de maneira bem ampla, o tratamento² de dados pessoais, incidindo

sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (Art. 1º)

Alguns dados pessoais, no entanto, foram considerados pela LGPD merecedores de especial proteção: são os chamados dados sensíveis. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo verificar se dados de localização dos indivíduos, utilizados rotineiramente por aparelhos, aplicativos e programas que utilizam algoritmos, podem ser considerados dados sensíveis à luz das disposições da LGPD e, conseqüentemente, merecedores dessa tutela particular.

2 Abrangência e flexibilidade do conceito de dados sensíveis

A LGPD, paralelamente à proteção geral que oferece aos dados pessoais, determina um regime jurídico especial aos dados pessoais *ditos sensíveis*. De início, impõe-se restrição formal: o “consentimento do titular” exigido para o tratamento de quaisquer dados pessoais demanda “forma específica e destacada, para finalidades específicas” (art. 11, I) quando se trata de dados sensíveis. Além disso, há restrição nas hipóteses de tratamento de dados sem consentimento: a possibilidade de fazê-lo “quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados”, “quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro” ou “para a proteção do crédito” (art. 7º, V, IX e X, respectivamente) não se aplica aos dados sensíveis. Junte-se a isso hipótese específica de tratamento de dados sensíveis sem consentimento do titular, quando atuar medida para sua segurança

e prevenção de fraude, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, mas necessariamente limitada ao preavaliamento de direitos e liberdades fundamentais do titular que exigam a proteção dos dados pessoais (art. 11, II, “g”). Por fim, mesmo nos casos de tratamento de dados sensíveis para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador ou para execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos, em que se dispensa o consentimento, o tratamento deve ser objeto de publicização, “fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos” (art. 23, I, c/c art. 11, §2º, da Lei nº 13.709/2018).

Esse panorama ilustrativo permite a Negri e Korkmaz concluir que, “em síntese, é possível identificar um standard de proteção mais rigoroso para os dados pessoais sensíveis em razão da sua natureza”. Trata-se de cenário normativo que revela a importância da diferenciação entre dados pessoais sensíveis e não sensíveis, a qual, contudo, não parece ser tão clara à primeira vista. Seguindo as definições da Lei Geral de Proteção de Dados, dado pessoal é “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I) e dado sensível é “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II).

O legislador optou por conceituação exemplificativa, fazendo referência a informações de caráter racial, étnico, político, sindical, religioso, filosófico, de saúde, sexual, genético ou biométrico. Essa opção costuma ser tributada à influência da legislação europeia (GDPR) sobre a LGPD que, posto não utilizar expressamente a terminologia, define da mesma forma os dados submetidos à seção “Tratamento de categorias especiais de dados pessoais”.³ Entretanto, Catlin Mulholland

2

Segundo o art. 9º, inciso X, o tratamento pode ser definido como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, armazenamento, eliminação, avaliação, distribuição, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

3

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolin. A normatividade dos dados sensíveis na lei geral de proteção de dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 63-85, jan./jun. 2019, p. 75.

Art. 9º, I, “É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”. Sobre a influência, v. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção

destaca que esse modelo “já é conhecido da legislação brasileira desde a promulgação da Lei de Cadastro Positivo – Lei nº 12.414/11”.⁵

A interpretação do dispositivo pela doutrina, todavia, preconiza chave de leitura teleológica e axiológica, afastando a caracterização do rol legal como taxativa. De maneira geral, observa-se a associação entre a sensibilidade do dado e seu potencial uso com efeitos discriminatórios. Afirma-se que o “princípio de não discriminação é [...] o ponto fundamental quando diante do uso de dados sensíveis”,⁶ e que “a proteção do dado sensível tenta prevenir ou eliminar discriminações”.⁷ O próprio anteprojeto da legislação identifica que o fim precípua do tratamento diferenciado dos dados sensíveis é impedir a discriminação da pessoa humana com base nas suas informações.⁸

Amplia-se o alcance desse rol na medida em que o próprio legislador reconhece que se aplicam as regras relativas ao tratamento de dados sensíveis aos dados pessoais que, posto não serem em si sensíveis, podem vir a revelar dados sensíveis (LGPD, art. 11, §1º). Reconhece-se que o tratamento realizado sobre os dados e sua conjunção com outros dados pode sensibilizar dados originalmente reputados não sensíveis. Nesse sentido, leciona Gustavo Tepedino:

É importante sublinhar, contudo, que dados que parecem inofensivos ou meramente estatísticos, uma vez transferidos, cruzados ou organizados podem resultar em informações de caráter sensível sobre a pessoa, com riscos de violação à privacidade e à igualdade, propiciando discriminação informativa. Há casos, por exemplo, registrados nos Estados Unidos, de

negativa de concessão de crédito para pessoas em razão do bairro onde moram ou em razão de seus sobrenomes, estabilmemente, serem os mais recorrentes em determinadas comunidades. Assim, o simples domicílio ou o prenome, em certo contexto, torna-se dado sensível para fins de tutela da igualdade. Nessa direção, a previsão legal de dados sensíveis não deve ser considerada taxativa, somente sendo possível caracterizar certa informação pessoal como dado sensível tendo-se em conta o tratamento a ser efetuado, seu contexto e a finalidade a que se destina.⁹

Doneda e Monteiro trazem o exemplo da nacionalidade, que, embora não seja comumente considerada em si como uma informação sensível, em certo contexto pode indicar tratamento sensível eis que “capaz de estigmatizar, classificar, pré-julgar e mesmo comprometer a segurança dos cidadãos afetados”.¹⁰ Para Frazão, mesmo os

identificadores comuns, como nome, número de identificação, dados de localização, bem como os chamados identificadores eletrônicos, tais como aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, como o endereço IP (protocolo internet), testemunhos de conexão (cookies) e etiquetas de identificação por radiofrequência, podem ser combinados de forma a exigir a atenção do intérprete.¹¹

A esses exemplos pode ser aduzido o caso pitoresco do aplicativo de exercícios Fitbit, que permitiu à inglesa Nadia Essex constatar a traição do namorado pela informação de que ele teria gasto quinhentas calorias de madrugada, enquanto informara que estava apenas bebendo com os amigos.¹²

Assim, por exemplo, dados de hábitos de compras, preferências de filmes e histórico de pesquisa podem parecer inofensivos isoladamente, mas um rápido tratamento em conjunto pode servir a identificar

⁵ TEPEDINO, Gustavo. Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 26, p. 11-15, out./dez. 2020, p. 13.

⁶ DONEDA, Danyel; MONTEIRO, Marília. Acesso à informação e privacidade no caso da Universidade Federal de Santa Maria. *Jota*, 20 jul. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acesso-a-informacao-e-privacidade-no-caso-da-universidade-federal-de-santa-maria-02072015>. Acesso em 15 fev. 2019.

⁷ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. *Jota*, 19 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituico-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensíveis-26092018>. Acesso em 15 fev. 2019.

⁸ MOREIRA, Fernando. Inglesa termina romance após descobrir queina de 500 calorias pelo namorado de madrugada. *Extra*, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/page-not-found/inglesa-termina-romance-apos-descobrir-queina-de-500-calorias-pelo-namorado-de-madrugada-24929426.html>. Acesso em 14 mai. 2021.

de dados (Lei nº 13.709/18). *Revista Dir. Car. Fund.*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-181, set./dez. 2018, p. 167; SCHREIBER, Anderson. Proteção de Dados Pessoais no Brasil e na Europa. *Capita Forensis*, 05 set. 2018. Disponível em: <http://www.caristatoforensis.com.br/contendo/columnas/protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-e-na-europa/>, 18/2/2019. Acesso em 25 jan. 2019; VIRONIENSE, Alexander; MELLO, Noemy. O Projeto de Lei nº 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 5, n. 14, p. 71-99, jan./mar. 2018.

⁹ MUIHOLLAND, Cathin Sampato. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/18). *Revista Dir. Car. Fund.*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018, p. 165.

¹⁰ MUIHOLLAND, Cathin Sampato. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/18). *Revista Dir. Car. Fund.*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018, p. 166.

¹¹ LAMBERGER, Temus. Da evolução do direito à ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais. *Revista de Direito da Unise*, n. 30, p. 138-160, jul./dez. 2008.

¹² BRASILE, Ministério da Justiça. *EMI* nº 73/2016. 29 abr. 2016. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?residencia=6236&coluna=5503&docId=16957421D3CDD86EE, proposicoesWeb/7c-otdoc=1457971&filename=Arquivo-P1-52742016. Acesso em 26 jan. 2019.

orientação religiosa, política e mesmo sexual. Doneda conclui, “em síntese, que um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório – mas o uso que dele se faz pode sê-lo”.¹³

Poderia, nesse sentido, a localização geográfica do usuário, utilizada para as práticas de *geopricing* e *geoblocking*, ser caracterizada como um dado sensível, exigindo, portanto, aqueles cuidados especiais no tratamento dessa informação? O caminho para responder a tal questionamento parece demandar investigação acerca da interpretação do termo discriminação, conforme referido pela doutrina, como chave interpretativa para a identificação da sensibilidade dos dados pessoais.

3 Alcance da vedação de discriminação no direito contratual

A dificuldade de precisão sobre o termo “dado sensível” não parece resolvida pela sua vinculação ao seu potencial discriminatório, tendo em vista que tampouco o termo discriminação tem significado e alcance inequívocos. Com exceção de casos extremos, delimitar quais condutas podem ser reputadas discriminatórias é tarefa difícil de se empreender com segurança no plano jurídico. A doutrina incipiente do que já se vem denominando “direito antidiscriminação”¹⁴ destaca essa dificuldade de plano e diverge sobre critérios precisos capazes de ir além daquilo que Jorge Cesa Ferreira da Silva refere como “sentido emotivo” da expressão.¹⁵

Entre os poucos pontos sobre os quais a doutrina converge está o reconhecimento de que a discriminação pode ocorrer não somente de forma direta, mas também de forma indireta. A discriminação indireta ocorre, na definição de Jorge Cesa Ferreira da Silva, em condutas “aparentemente neutras, mas que acabam por colocar pessoas pertencentes a um dado grupo protegido em condição de considerável desvantagem em relação a outro(s) grupo(s), sem que haja uma justificativa razoável que sustente a conduta que gera esse resultado”.¹⁶

Também é possível identificar certo consenso no sentido de que a intenção de discriminar não é requisito necessário para a caracterização da discriminação, bastando que se caracterize o efeito discriminatório.¹⁷ Nesse sentido, embora se encontrem referências a “inuito discriminatório” nas explicações sobre dados sensíveis, não se deve depender que a configuração da discriminação depende efetivamente do objetivo de discriminar. Privilegia-se, nesse sentido, uma aceção de discriminação objetiva.¹⁸

Quando, todavia, o debate se desloca para o fundamento da discriminação e seus critérios – o que acaba por refletir no alcance à expressão – o consenso se dissipa. Por vezes relacionada também à liberdade e à dignidade, o fundamento constitucional mais invocado para a caracterização da discriminação costuma ser a violação à isonomia.¹⁹

Sobre a violação ao princípio da isonomia destaca-se, naturalmente, que não será qualquer desigualação capaz de violar a ordem jurídica. Celso Antonio Bandeira de Mello explica que mesmo os fatores utilizados para a diferenciação, como sexo, raça, religião e origem, não são capazes, por si sós, de identificar ilicitude da diferenciação.²⁰

¹³ Referentemente citado dessa espécie técnica de discriminação é o reconhecimento de direitos inferiormente citados menores salários por hora até redução de chances de promoções) Para trabalhadores com jornada menor em comparação àquelas que executam a jornada integral. Tal deliberação, apesar de não se mostrar voltada contra certa pessoa ou grupo, acaba por gerar uma especial desvantagem às mulheres, já que são elas as que mais frequentemente são contratadas para esses postos. Outro exemplo encontra-se na realização de provas de um concurso público durante sextas-feiras à noite e/ou aos sábados, dados que, apesar de não se mostrarem contrários a nenhum grupo, impeliriam ou dificultariam sobremaneira a participação no certame daqueles candidatos que professam religiões que exigem que não se trabalhe aos sábados”.

¹⁴ Destaca Miragem: “A proibição da discriminação injusta não se limita apenas ao comportamento que se dirige a discriminar, sendo também em qualquer situação no qual ela é resultado de uma determinada conduta” (MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019). Na mesma linha, JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 248.

¹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book.

¹⁶ Entre outros, BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a junção e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 86; MENDES Laura Scherrel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de Lei nº 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 35-48, out./dez. 2016.

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17. Na mesma linha: “Origen, raza, sexo, cor e idade são apenas os ejemplos más problemáticos, em que a discriminação costuma ser inconstitucional e ilegal. Mas é perfeitamente possível que esses fatores, assim como quaisquer outros fatores sejam utilizados para, constitucional e licitamente, tratar, de formas distintas, pessoas distintas – desde que haja um motivo racionalmente demonstrável para tal tratamento distinto” (CAL-ABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Discriminação algorítmica e transparência*

¹³ ESCOLA NACIONAL DE DIREITA DO CONSUMIDOR. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPCC, 2010. p. 26.

¹⁴ Entre nós, destaque-se o trabalho pioneiro de RODS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book.

¹⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book. Ilustra o autor: “Exemplo

Para o autor, o cerne da discriminação se encontra na justificativa para utilização daquele fator distintivo: “fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida”.²¹

Ragazzo e Barreto exemplificam com a cobrança de preços diferentes por passagens áreas dos mesmos voos para os mesmos destinos, que leva em conta fatores como cancelamento, troca, antecedência da compra, ou quantidade de passagens compradas, bem como o exemplo da oferta de descontos para o consumidor que adquire maior volume de bens idênticos, fundada no repasse ao consumidor do aproveitamento de economias de escala pelo vendedor.²² Mesmo no tocante à localização, Morassutti exemplifica restrições lícitas, como aquelas baseadas em distinções de regime tributário, em propriedade intelectual com restrição territorial e em regulamentos setoriais que imponham obrigações específicas.²³

Por outro lado, é questionável se, mesmo no âmbito de distinções reputadas ilícitas, em razão da falta de justificativa idônea, todas poderiam ser consideradas discriminações.²⁴ Jorge Cesa Ferreira da Silva sustenta que nem toda violação à isonomia seria discriminação, uma vez que a caracterização da conduta discriminatória demanda requisitos mais específicos, entre os quais figuraria a referência a um “grupo protegido”, que demanda “proteção ampla”.²⁵ Para tanto, define

na lei geral de proteção de dados pessoais, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul./set. 2020).

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18. Tratando especificamente da diferenciação de preços, também defendendo que a questão se centra na justificativa, DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Rafael; OUTRINO, Carina de Castro. *Veredago à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 3º, x, do CDC*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 121, p. 51-97, jan./fev. 2019.

²² RAGAZZO, Carlos; BARRETO, Mahlens. *Caudas anticompetitivas e inteligência artificial: casos e discussões*. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 9, out./dez. 2020.

²³ MORASSUTTI, Bruno Schmitt. *Responsabilidade Civil, discriminação lícita e algoritmos comparacionais: breve estudo sobre as práticas de geoblocking e geopricing*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 213-234, jul./ago. 2019.

²⁴ Juraguira afirma que “o ato poderá não ser desoneroso à igualdade e, por via da boa-fé ou do abuso do direito. Por exemplo, não passar pelo juízo de merecimento de tutela, mas não haverá estritamente uma discriminação” (LINOUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020), p. 84).

²⁵ Explica o autor: “Pode-se ressaltar o perfil das normas de Direito da Antidiscriminação como segue: (i) elas se referenciam, a espécies, critérios ou motivos de proibição que, ao longo da história, deteram ensino a discriminações (v.g., raça, sexo, deficiência etc.); (ii) tais motivos ou critérios correspondem a grupos abrangentes que podem ser divididos internamente em subgrupos, sendo que, pelo menos um destes demanda proteção; (iii) essa proteção é

discriminação como “todas e quaisquer diferenciações, exclusões ou restrições vivenciadas por alguns grupos que tenham por fim, ou por efeito, impedir ou dificultar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício de direitos usuais da vida em sociedade, em igualdade de condições com terceiros”.²⁶

Sob essa perspectiva mais restrita, o jurista busca aborçagem dogmática do tema, contrapondo-se, assim, à utilização do termo discriminação de forma mais lata por outros autores, que parecem remeter de forma ampla à ponderação dos princípios constitucionais envolvidos e a direitos e garantias fundamentais.²⁷ Estes doutrinadores costumam enfatizar o caráter exemplificativo das listas de fatores caracterizadores de discriminação, como aquela prevista no artigo 3º, IV, da Constituição (“origem, raça, sexo, cor e idade”).²⁸

assimétrica, no sentido de (a) não ser dada de modo equivalente a todos os subgrupos que demandam proteção e (b) envolver a possibilidade de proteções distintas, inclusive dentro do mesmo subgrupo (iv) quando incluem benefícios concretos, estes não são distribuídos a todos os membros do subgrupo beneficiado de modo igualitário e nem estabelecem, diretamente, direitos subjetivos, já que, entre a norma e o benefício concebido, interfere uma série de atos a serem ainda realizados” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, e-book).

²⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, e-book. Em sentido semelhante, Wallace Corbo aponta que, “sob uma perspectiva especificamente jurídica, a discriminação consiste no reflexo da negação institucional de reconhecimento (MCCRUDEN, 1982, passim); trata-se do fenômeno pelo qual as estruturas sociais – incluindo as formas de organização e os procedimentos de exercício do poder em uma determinada sociedade – produzem e a negação (ou obstáculos substanciais) ao gozo e exercício de direitos por indivíduos e grupos sociais em posição de vulnerabilidade (múltiplas)” (CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 34, p. 208-209, dez. 2015).

²⁷ Nessa linha, defende Barbosa: “O dano informativo também pode gerar ao consumidor violação à pessoa na forma de desrespeito ao subprincípio da igualdade. Assim ocorre, por exemplo, nos casos de geo-blocking e geo-pricing. Esses práticas abusivas levadas a efeito por fornecedores de produtos e serviços ao redor do mundo podem gerar limitação aos consumidores em razão de sua origem (geodiscriminação), e acabam por gerar limitação ao livre trânsito de pessoas, com repercussão em outros direitos e garantias fundamentais, como o direito ao lazer e à cultura, sem falar do fortalecimento de preconceitos como resultado indireto, já que o convívio com diferentes indivíduos, grupos e culturas ainda se mostra a sua melhor forma de combater” (BARBOSA, Fernanda Nunes. O dano informativo do consumidor na era digital: uma abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 122, p. 203-232, mar./abr. 2019).

²⁸ “Ao estabelecer explicitamente que a promoção do bem de todos é incompatível com preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 3º, IV), a Constituição Federal não apresentou um rol fechado de fatores que podem caracterizar um tratamento discriminatório. Qualquer outro fator pode ser utilizado para, ilicitamente, discriminar, sejam esses fatores preferências político-partidárias, convicções futebolísticas ou rendimento mensal familiar” (CALABRICH, Bruno Hirste de Carvalho. *Discriminação algorítmica e transparência na lei geral de proteção*

A questão se coloca de forma mais candente na seara contratual, em que eventual princípio antidiscriminação contrapõe-se ao espaço tradicionalmente reservado à autonomia privada nesse âmbito, sob a forma da liberdade contratual. Na explicação de Rosalice Fidalgo Pinheiro:

Tal fato explica-se pela natureza de direito fundamental conferida à autonomia privada, na medida em que expressa uma liberdade de modelação da esfera jurídica e que se traduz no poder de fazer escolhas diferenciadas, segundo o livre arbítrio do sujeito. Para tanto, a ninguém é dado revelar os motivos de suas escolhas, prevalecendo critérios subjetivos, que fazem da possibilidade de discriminar o “reverso da autonomia privada”. Semelhante prevalência da liberdade limita a extensão do princípio da igualdade no Direito Privado, de tal modo, à se afirmar que se um tratamento desigual caracterizasse afronta àquele princípio, a autonomia privada seria destruída.²⁹

A incidência de um princípio antidiscriminação nas relações contratuais insere-se, dessa forma, no debate acerca da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que remete à vinculação dos particulares a um direito a tratamento igualitário.³⁰ As

várias teorias que abordam o tema acabam por remeter a um processo de ponderação, no qual a autonomia privada perde espaço para os direitos fundamentais quanto maior for o desequilíbrio de força entre as partes. Corrobora essa premissa a constatação de que, nas relações de consumo, nas quais em razão do ínsito desequilíbrio entre as partes o espaço da autonomia privada fica mais restrito, o alcance do princípio antidiscriminação parece ser mais significativo.³¹

Nesse âmbito, não se deve confundir a distinção de preços vedada por caracterizar prática discriminatória, por atingir direitos fundamentais da pessoa humana, com aquela proibida por ferir a livre concorrência. Esta última vedação, pautada por razões de ordem econômica, leva em conta critérios que não parecem pertinentes para a avaliação da primeira, relativa à discriminação, como a caracterização de posição dominante de mercado.³² A tutela antidiscriminação e – talvez de modo mais amplo – a caracterização da sensibilidade dos dados remete necessariamente à tutela da pessoa humana.³³

A partir desse panorama geral do debate, parece que a invocação do potencial de uso para discriminação como marca distintiva dos dados sensíveis não casa com a abordagem mais restrita do termo “discriminação”. Tome-se o exemplo do site Ashley Madison, que,

de dados pessoais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul./set. 2020). Destaque-se que também Silva entende que o rol é meramente exemplificativo, mas ressalva restrições no acréscimo de outros atributos: “Importa constatar que, como já demonstrou a história, a listagem de critérios antidiscriminatórios não é fechada. No entanto, a inclusão de um critério novo nessa lista demanda um exposto conjunto de circunstâncias, entre as quais se encontra a compreensão da necessidade de proteção especial para cada grupo, a sistematicidade de condutas contrárias a ele, a sua condição de inferioridade social, a similitude da demanda protetiva com aquelas existentes em outros grupos já protegidos. A mera situação pontual de injustiça, ainda que grave, não autoriza o recurso a antidiscriminação, devendo ser sancionada no âmbito das normas gerais” (SILVA, Jorge César Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book).

²⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no Direito brasileiro em face da experiência europeia. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 28, a. 8, p. 52-81, jul./set. 2014, p. 59.

³⁰ Sobre o tema, v. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243 e UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, derechos fundamentales e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, t. III, p. 41-54; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo*.

³¹ estatuto epistemológico. Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: CFN, 2019; e seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção de gênero nos planos de previdência complementar. *Interess Público*, v. 99, p. 47-65, 2016.

³² Nesse sentido, especificamente quanto ao *geoblocking* e ao *geopricing*, afirma-se que “esse controle pode representar uma ofensa à isonomia e a não discriminação, já que o consumidor se encontra em posição manifestamente desigual nas plataformas em rede” (DIAS, José Carlos Vaz e; SANT’ANNA, Leonardo da Silva; KELLER, Gabriel Muller Frazão. *Novos horizontes negociais nas plataformas digitais: a concorrência desigual sob a prisma do geoblocking e geopricing*. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 04, p. 1914-1938, 2020, p. 1921). Cf. também: FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital, como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 235-260, jul./ago. 2019.

³³ Sobre os critérios para a configuração de conduta anticompetitiva, cf. RACANZO, Carlos; BARRETO, Mathheus. *Condições anticompetitivas e inteligência artificial: casos e discussões*. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 9, out./dez. 2020; e DIAS, José Carlos Vaz e; SANT’ANNA, Leonardo da Silva; KELLER, Gabriel Muller Frazão. *Novos horizontes negociais nas plataformas digitais: a concorrência desigual sob a prisma do geoblocking e geopricing*. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 04, p. 1914-1938, 2020.

³⁴ Durante o trâmite do projeto de lei no congresso nacional, a redação do dispositivo foi modificada para evitar que se pudesse abarcar como dados sensíveis outras informações, como dados genéticos de plantas. Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2012, de 2012*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codicor=1664206&filename=ppp+1-PL406012-%3D%3E+PL+406012. Acesso em 25 jan. 2018.

voltado a intermediar adulterios, não apagava os dados de seus 3 milhões de usuários como prometido, e, em 2015, foram expostos por hackers;³⁴ ainda que não se reconheça os “adulteros” como um grupo historicamente protegido contra discriminação, não se tem dúvidas de que a informação de quem eram os usuários desse site é um dado sensível, porque relacionado à privacidade da vida sexual dos envolvidos.

Assim, ou bem discriminação é referida em sentido mais amplo quando invocada como fundamento da sensibilidade dos dados, ou bem se reconhece que a sensibilidade não se restringe ao potencial efeito discriminatório, mas também a efeitos estigmatizantes ou de outra forma segregadores ou desigualadores. Nesta linha, já foi destacado que a sensibilidade se funda mais claramente no potencial de uso daqueles dados para a violação aos direitos à identidade pessoal e à privacidade, como efeito da cláusula geral de tutela da pessoa humana.³⁵ Os dois caminhos hermenêuticos condizem com a já destacada amplitude e flexibilidade que vem sendo dada à categoria dos dados sensíveis. Negri e Korkmaz defendem, por meio da associação ao princípio da dignidade da pessoa humana, “a atribuição da natureza de cláusula geral à norma que protege os dados sensíveis”, de modo a ampliar o “conceito normativo de dados pessoais sensíveis para abarcar todas as situações que podem conduzir a pessoa humana a práticas de discriminação e desigualdade”.³⁶

A abertura permite também que se trabalhe com mais facilidade com a contextualização do uso que foi empregado aos dados e às relações empreendidas entre eles, na linha, destacada por Junqueira, de “prestígio à noção de ‘tratamento sensível de dados pessoais’ como um todo, e não apenas de alguns de seus aspectos”.³⁷ Ilustrativamente, Bruno Miragem recorre ao exemplo do endereço residencial do consumidor

A utilização do dado relativo ao endereço residencial do consumidor como critério de formação do preço pelo fornecedor. Se o caso envolver o valor do prêmio a ser pago por um determinado segurado em um contrato de seguro de automóvel, o risco que se identifique em razão das estatísticas de furto ou roubo de veículos na região em que se localiza o endereço, a princípio pode configurar critério idôneo para uma maioração do valor a ser pago por este, em relação a segurados que residam em lugares com menor ocorrência destes crimes. Se o mesmo dado, todavia, for utilizado, sem quaisquer outros elementos, para a cobrança de juros mais altos em empréstimos bancários, ou ainda para negar a contratação a idoneidade e legitimidade do critério será questionável, e o tratamento do dado em questão, considerado discriminatório.³⁸

A tecnologia, todavia, incrementa a dificuldade da questão, na medida em que permite que a coleta e o uso do dado sensível – ou o tratamento sensível do dado – não se realize diretamente pela conduta humana, mas por meio automatizado.

4 Algoritmos e discriminação no tratamento de dados por meios automatizados

Com o desenvolvimento tecnológico, especialmente no âmbito da informática e da computação, nota-se a presença cada vez mais massiva de aparelhos capazes de realizar qualquer tipo de tratamento de dados em nossas vidas cotidianas. Computadores, celulares, televisores, geladeiras, assistentes virtuais e até mesmo lâmpadas inteligentes são alguns exemplos desses mecanismos.

Todos, em um primeiro momento, têm o objetivo de auxiliar ou otimizar de alguma forma a vida de seus usuários por meio de tratamento de dados, podendo até mesmo realizar certas tarefas de maneira automatizada, reduzindo significativamente a participação do componente humano na equação.³⁹ No entanto, muitas vezes, a promessa

³⁴ YADRON, Danny. Hackers target users of infidelity website Ashley Madison. *The Wall Street Journal*, 20 jul. 2015. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/afair-website-ashley-madison-hacked-1437402152>. Acesso em 15 fev. 2019.

³⁵ KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei nº 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZZAO, Ana; OLIVA, Mônica. Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. v. 1, p. 445-463.

³⁶ NEGRI, Sérgio; MARCOS CARVALHO de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A normatividade dos dados sensíveis na lei geral de proteção de dados: amplitude cultural e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 5, n. 1, p. 63-85, jan./jun. 2019, p. 78-79.

³⁷ JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 242. A expressão tem origem em “Trata-se

na realidade, de um tratamento sensível dos dados, que é capaz de transformar dados inofensivos em informações potencialmente discriminatórias” (MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de Lei nº 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 35-48, out./dez. 2016).

³⁸ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019.

³⁹ Amoro thublo exemplificativo, mas bastante ilustrativo de como os aparelhos inteligentes estão cada vez mais presentes em nossas vidas e podem se apresentar em âmbitos completamente diversos, cite-se o caso da geladeira que avisa determinado fornecedor de cerveja quando o estoque da bebida está se esgotando. COSTA, Marvin. DrinkShit é uma geladeira smart

de algum tipo de benefício por meio da utilização de tais aparelhos vem acompanhada de um considerável incremento nos riscos ao titular dos dados – geralmente não esclarecidos de maneira adequada –, sendo o principal exemplo a maior possibilidade de tratamento de dados de maneira discriminatória ou desigual.

Para que se possa entender de que forma tais riscos são potencializados por aparelhos que realizam o tratamento de dados, especialmente com o objetivo de automatizar processos decisórios, é importante compreender, ao menos por meio de um panorama geral, como funciona o tratamento de dados por tais aparelhos. Nessa direção, destaca-se que as funcionalidades desses aparelhos só podem ser exercidas da maneira que conhecemos hoje em virtude do desenvolvimento do *big data* e do consequente aumento exponencial na possibilidade de coleta, uso e transmissão de dados. Conforme apontam Doneda, Mendes, Souza e Andrade:

[...] é fácil perceber que o pressuposto para esse processo automatizado de tomada de decisão é o acesso a uma enorme quantidade de dados e, por isso, o debate sobre a utilização de algoritmos está quase sempre associado à discussão sobre *big data*. O termo *big data* refere-se às possibilidades de acesso a grandes quantidades de dados de diferentes tipos, qualidade e formas de coleta (*volume*), bem como alta velocidade de processamento (*velocity*). Além disso, o *big data* é a base de novos modelos de negócios e possibilidades de várias criações de valor (*value*), na medida em que pode ser usado em conjunto com outras tecnologias, como a Internet das Coisas ou o *Cloud Computing* (MAYER-SCHÖNBERGER, 2001).⁴⁰

Dessa maneira, uma vez que se tem um grande volume de dados disponível, com a possibilidade de serem transmitidos em alta velocidade de processamento, potencializa-se a possibilidade de conectá-los, estabelecendo relações entre eles para fins de previsões ou agrupamentos. O trabalho de estabelecer tais relações, por sua vez, é responsabilidade do algoritmo. Conforme indicam Doneda e Almeida, “algoritmos são basicamente um conjunto de instruções para realizar

uma tarefa, produzindo um resultado final a partir de algum ponto de partida”.⁴¹

Nessa direção, apesar de, em um primeiro momento, a definição em si de algoritmo não estar necessariamente atrelada ao seu uso por computadores,⁴² aponta-se que os algoritmos utilizados por aparelhos para a automatização de tarefas são funções matemáticas, executadas com base na análise de dados (*inputs*) cuja finalidade, necessariamente, é alcançar um determinado propósito previamente estabelecido (*output*).⁴³ Nesse contexto, importante destacar que o “ponto de partida”, ou os *inputs*, dos algoritmos são dados, pessoais ou não, que serão analisados de acordo com a sua programação, para que atinjam o resultado proposto a eles.

Assim, a utilização de algoritmos já permite, em determinada medida, a automação de tarefas e de tomadas de decisão, com base nos dados que lhes são fornecidos. Nesse particular, destacam Mendes, Mattuzzo e Fujimoto que “o programa será tanto mais útil quanto mais precisa a informação (ou *input*) fornecida, e estará correto sempre que utilizar essa informação de acordo com suas especificações”.⁴⁴

No entanto, mesmo que o algoritmo atue de maneira correta e condizente com sua programação, é possível que o resultado alcançado por ele seja considerado incorreto em relação ao que se espera efetivamente dele. Esse problema, ainda de acordo com as autoras, estaria relacionado não com o “algoritmo em si, mas com as especificações relacionadas a ele fornecidas”.⁴⁵ Em outras palavras, vislumbra-se a possibilidade de que o algoritmo em teoria funcione adequadamente para o fim

que avisa quando a creche está acabando. *TechTudo*, 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/01/danaskitit-e-uma-geladeira-smart-que-avisa-quando-a-creche-esta-acabando-cs2019-ghnrl>. Acesso em 20 mai. 2021.

⁴⁰ DONEDA, Danilo Cesar Magalhães; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Alfonso Pereira de; ANDRADE, Nuberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Pensar*, vol. 23, n. 4, Fortaleza: UNIFOR, out-dez./2018, p. 5.

⁴¹ DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio A. F. O que é governança de algoritmos? In: BRUNO, Fernanda et al. (Orgs.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 141.

⁴² Nessa direção, Mendes, Mattuzzo e Fujimoto apontam que o algoritmo não é um “conceito dependente do uso do poder do computador moderno” (MENDES, Laura Schertel; MATTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 422). No entanto, tendo em vista que o uso de algoritmos por computadores modernos foi, de fato, o fator estimulante para a discussão em torno do tratamento de dados por algoritmos, o presente trabalho limitará sua análise apenas a essa sua vertente.

⁴³ MITTELSTADT, Brent et al. The Ethics of Algorithms: mapping the debate. *Big Data & Society*, p. 2, 2016. DOI: 10.1177/2053951716679679.

⁴⁴ MENDES, Laura Schertel; MATTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 422.

⁴⁵ MENDES, Laura Schertel; MATTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 423.

proposto, mas os dados por ele utilizados e até mesmo o fim para o qual foi programado podem apresentar alguma inadequação indesejada, prejudicando o resultado final que se queria obter.

Nessa direção, deve-se observar que os algoritmos não trabalham propriamente com o estabelecimento de causalidade entre os dados analisados, mas sim, com o estabelecimento de correlações,⁴⁶ realizadas com o objetivo de cumprir o objetivo programado. Ocorre que, devido ao grande volume de dados analisados em alta velocidade pelo algoritmo, nem sempre será possível compreender de que maneira a correlação foi estabelecida, ou seja, qual foi o caminho percorrido pelo algoritmo para alcançar tal correlação e, em última análise, o próprio resultado. Inclusive, com o objetivo de atender à finalidade para a qual foi programado, é possível que um aparelho dotado de algoritmos estabeleça autonomamente diversos objetivos secundários, por meio de novas correlações, com maior grau de dificuldade de rastreo, uma vez que não determinados por seus programadores. Há, portanto, uma dificuldade em relação à transparência dos processos realizados pelos algoritmos, que costumam ser apontados como ferramentas opacas.⁴⁷

Ademais, o estabelecimento de correlações pode ser útil em determinada medida para que se possa realizar previsões necessárias para automatização de tarefas e de tomadas de decisão, mas tais correlações nem sempre refletirão adequadamente os fatores que influenciam os dados tratados e, conseqüentemente, o resultado alcançado. Considerando que as correlações não são acompanhadas por uma análise crítica dos dados tratados, o resultado obtido pelo algoritmo nem sempre representará algum aspecto da realidade dos próprios dados que tratou, podendo ser mero acaso estatístico,⁴⁸ ou

⁴⁶ “Uma correlação é a probabilidade de um evento ocorrer, caso outro evento também se realize. É uma relação estatística entre tais acontecimentos. Em vez de tentar assimilar os mecanismos internos de um fenômeno, as correlações permitem-nos compreender o mundo por meio de proxies [...]” (MENDES, Laura Scherbel; MATTIQUZZO, Marcelo; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. *Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados*. In: MENDES, Laura Scherbel et al. (Coords.). *Título de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 424).

⁴⁷ Sobre a opacidade dos algoritmos e sua verdadeira extensão, confira-se: PASQUALE, Frank. *The Black Box Society*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

⁴⁸ Com o objetivo de exemplificar essa conclusão, Calabrich menciona o site e o livro estatística contendo dados publicados ano a ano, a aparente relação coincidência filiales protagonizadas por Nicolas Cage⁴⁹ e o número de pessoas que se atogaram caído numa piscina⁵⁰ (correspondência de 66,8%), ou entre a idade da vencedora do concurso Miss América⁵¹ e número de assassinos cometidos com o uso de vapor ou objetos quentes⁵² (correspondência de 87,01%) (CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Discriminação*

pior, mero reflexo de uma estrutura discriminatória e desigual que embasa os dados.⁴⁹

Conseqüentemente, esses fatores acabam por permitir situações em que as singularidades de cada indivíduo, cujos dados estão sendo objeto de tratamento, são completamente desconsideradas. Com o objetivo de realizar previsões úteis, por meio de correlações, para o atingimento de suas finalidades, é possível que aparelhos cujo funcionamento é baseado em algoritmos estabeleçam grupos ou perfis de pessoas que, supostamente, compartilham dados semelhantes.

Essa perfiliação, em determinados casos, pode ser considerada adequada para os fins propostos. Em exemplo recente, é possível citar a definição de grupos de risco para vacinação prioritária contra a Covid-19, considerando a escassez de vacinas e o efeito especialmente nocivo que, estatisticamente, a doença apresenta sobre os indivíduos pertencentes a tais grupos. No entanto, é possível que a perfiliação desconsidere a individualidade de uma pessoa de maneira contrária ao ordenamento jurídico, representando especial violação a atributos de sua dignidade, como sua identidade pessoal, igualdade e privacidade. É o caso, por exemplo, de possíveis punições ou restrições de direitos por propensão, ou culpa por associação, em virtude da previsão estatística por dados de possíveis e eventuais atitudes ilícitas por uma classe/perfil.⁵⁰

Não há que se falar, então, em neutralidade ou imparcialidade de algoritmos no tratamento de dados, uma vez que eles também podem refletir uma perspectiva falaciosa de seus programadores, uma

algorítmica e transparência na lei geral de proteção de dados pessoais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul./set. 2020).

⁴⁹ Com o objetivo de ilustrar a questão, Frazão propõe o seguinte exercício: “Imagine-se um algoritmo desenvolvido para o recrutamento de pessoal em que os perfis ideais dos candidatos foram convertidos em fórmula a partir de uma grande base de dados. Não seria nenhuma surpresa que o algoritmo desse maior peso a homens brancos para altos cargos, pois são eles que, de fato, ainda ocupam a maior parte das melhores posições. Não seria surpresa igualmente que, mantendo-se os referidos padrões sociais, os mecanismos de inteligência artificial atribuissem uma crescente importância a tais aspectos de recrutamento. O grande problema de tal correlação é que ela obviamente não indica que homens brancos são melhores do que homens negros ou mulheres, mas reflete, na verdade, o resultado de aspectos culturais muito mais complexos, tais como a discriminação de raça e de gênero no mercado de trabalho” (FRAZÃO, Ana. *Plataformas digitais big data e riscos para os direitos da personalidade*. In: TEPELINO, Gustavo; MENDES, Joyceane Bezerra de (Coords.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 344).

⁵⁰ “Perfiliamento”, claro, é uma palavra forte, e o método apresenta sérios problemas. Se usado de forma errada, pode não só levar à discriminação contra certos grupos como também à culpa por associação” (MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big Data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Trad. Paulo Polzmann Junior). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 112).

inadequação dos dados tratados, ou uma finalidade ilegítima. Com efeito, a adoção de algoritmos para a automação de tarefas ou decisões pode potencializar os riscos de que os dados de determinados titulares sejam utilizados de maneira imprópria, inclusive para fins discriminatórios ou estigmatizantes. Sobre o ponto, anota Prazão:

Dai o fundado receio de que dados e correlações manejadas por algoritmos possam estar sendo utilizados como veículos de manutenção de discriminações e injustiças, preservando os padrões do passado - ainda que equivocados - ao mesmo tempo em que comprometem as possibilidades do futuro em termos de desenvolvimento e emancipação social. E o pior, na ausência de transparência quanto aos dados, critérios de correlações utilizados, os resultados práticos da aplicação de tais algoritmos computacionais podem ser insusceptíveis de um devido controle.⁵¹

A situação torna-se ainda mais complexa com o desenvolvimento de tecnologias capazes de garantir mais autonomia aos algoritmos, como a técnica do aprendizado de máquina (ou *machine learning*). Trata-se de técnica que permite ao algoritmo aprender, de certa maneira, com o tratamento de dados realizado por ele mesmo, de modo que ele ganha especial autonomia para definir ou modificar suas próprias regras no processo de tomada de decisão ou de realização de tarefas.⁵² Substrato ainda mais desenvolvido do aprendizado de máquina é o aprendizado profundo (ou *deep learning*), por meio do qual busca-se dotar o aparelho de redes neurais artificiais ainda mais próximas do funcionamento do cérebro humano.⁵³

Assim, é possível observar que todos esses fatores, intrinsecamente relacionados ao funcionamento e à estrutura dos algoritmos, fazem crescer o risco relacionado ao tratamento de dados de maneira discriminatória, estigmatizante ou desigual, ainda que em diferentes níveis, a depender do grau de automação. Como destacado, o nível reduzido de transparência sobre o funcionamento do algoritmo, principalmente para

o titular dos dados, torna especialmente difícil verificar a imprescindível justificativa que eventualmente poderia fundamentar diferenças de tratamento dispensadas a determinados indivíduos.

Assim, com o objetivo de garantir especial proteção contra esse potencial discriminatório, a LGPD dispõe expressamente, em seu artigo 6º, inciso IX, que o tratamento de dados pessoais deve observar, além da boa fé, o princípio da não discriminação, definido no dispositivo como "impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos".⁵⁴ Nessa direção, visando a dar maior concretude ao que dispõe a LGPD, Mendes, Mattiuzzo e Fujimoto apontam que "a ilicitude à qual a lei faz referência é aquela advinda de vedações expressas ao tratamento discriminatório e sem margem para relativizações", e chamam como exemplo a Lei nº 7.716/1989, que trata de crimes decorrentes de condutas discriminatórias.⁵⁵

Já em relação ao que seria um tratamento de dados discriminatório abusivo, as autoras destacam que a análise não é tão simples quanto ocorre na discriminação ilícita. Isso porque, para se verificar a existência de abusividade no tratamento de dados de maneira discriminatória, seria "sempre necessário analisar se existe uma justificativa racional e condizente com o ordenamento jurídico para o uso desse critério [discriminatório]".⁵⁶

Tais considerações a respeito dos algoritmos mostram-se fundamentais para definir se o tratamento de dados de localização pode ser abarcado pela especial proteção dos dados sensíveis, considerando principalmente o tamanho de seu potencial discriminatório ou violador da cláusula geral da pessoa humana.

⁵¹ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEJINDO, Gustavo; MENDES, Joyceane; Bezerra de (Coord.), *Autonomia pessoal, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 344.

⁵² MITTELSTADT, Brent et al. The Ethics of Algorithms: mapping the debate. *Big Data & Society*, p. 2, 2016. DOI: 10.1177/20539591166579679.

⁵³ MARAFON, Marco Aurélio; MEDON, Felipe. Importância da revisão humana das decisões automatizadas na Lei Geral de Proteção de Dados. *Conselho Jurídico*, 09 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-09/constitucional-poder-impotencia-revisao-humana-decisoes-automatizadas-igpd>. Acesso em 06 jan. 2021.

⁵⁴ A LGPD prevê, ainda, instrumentos jurídicos que buscam mitigar as dificuldades de compreensão das decisões automatizadas, como os chamados direito de revisão e direito à explicação, previstos no art. 20. Sobre o tema, confira-se: FERNANDES, Mariana Barros Barroso; OLIVEIRA, Camilla Helena Melchior Baptista de. O artigo 20 da LGPD e os desafios interpretativos ao direito à revisão das decisões dos agentes de tratamento pelos titulares de dados. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul./set. 2020; e MULLHOLLAND, Caitlin Sampato; FRAJHOE, Isabella Z. Inteligência artificial e a lei geral de proteção de dados: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de *machine learning*. In: MULLHOLLAND, Caitlin; FRAZÃO, Ana (coords.). *Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁵⁵ MENDES, Laura Schertel; MAITTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Terry. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 432.

⁵⁶ MENDES, Laura Schertel; MAITTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Terry. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 435-436.

5 Práticas de *geopricing* e *geoblocking* e seu potencial discriminatório

Os dados de localização dos indivíduos, usualmente relacionados aos seus respectivos lugares de residência, são amplamente usados por algoritmos para a realização de tarefas ou tomada de decisões de maneira automatizada. Nessa direção, verifica-se que o local para onde determinado produto será enviado, por exemplo, pode ser determinante no cálculo do valor do frete que fará parte de seu preço final. Além disso, outra situação comum de utilização da localização por algoritmos é a restrição de área de entrega por restaurantes que trabalham em parceria com aplicativos de *delivery*.

O primeiro exemplo pode ser considerado um tipo de *geopricing*? Essa prática no tratamento de dados envolvendo a localização dos usuários pode ser definida como a oferta de produtos ou serviços com preços que podem ser alterados a depender da localização do contratante.⁵⁷ Já a restrição na área de entrega de restaurantes pode ser enquadrada como uma prática de *geoblocking*, que pode ser definida como a restrição ou negação de determinados bens e serviços com base na localização do cliente.⁵⁸

Salvo em situações extremas, os exemplos citados de ambas as práticas não soam contrários ao ordenamento jurídico nacional, mesmo consistindo em tratamento de dados de localização de seus titulares. Afinal, a inclusão do valor de frete no preço de produtos é prática comum e, geralmente, não punida de qualquer forma. Da mesma maneira, não é exigível que uma pizzaria no Rio de Janeiro garanta a entrega de seu

produto em São Paulo, mesmo que o aplicativo de *delivery* cubra em tese os dois estados.

No entanto, há situações em que o tratamento de dados de localização causa logo estranheza, parecendo contrário ao ordenamento de imediato. É o caso de site de venda de passagens aéreas e de hospedagem que utilizava a localização de seus usuários para oferecer o mesmo quarto de hotel por preços diferenciados ou até mesmo para não permitir o oferecimento de determinadas hospedagens vagas, mesmo que elas de fato existissem.⁵⁹

Deve-se perquirir, portanto, a razão de os exemplos citados serem compreendidos socialmente de maneira diferente e até mesmo receberem respostas diferentes por parte de nosso ordenamento. A saída que se vislumbra passa por buscar a compreensão acerca da maneira que essas decisões automatizadas impactam a vida dos titulares dos dados e da sociedade como um todo.

Nesse sentido, no caso do frete e da restrição da área de entrega em aplicativos de *delivery*, é possível verificar que normalmente há uma justificativa razoável para as diferenciações praticadas, de modo a tornar possível a conclusão de que eventuais impactos sociais e aos titulares de dados não seriam suficientemente comprometedores. Isso porque, geralmente, se o cliente está localizado em região consideravelmente distante daquela em que se situa o fornecedor, é comum as transportadoras cobrarem um valor de frete maior, levando em consideração fatores como a possível utilização de meios de locomoção diferentes e o maior gasto com combustível. O mesmo ocorre com a entrega de comidas por meio de aplicativos de *delivery*, uma vez que o transporte de uma pizza, por exemplo, do Rio de Janeiro para São Paulo certamente não se mostraria benéfico a absolutamente ninguém (nem mesmo ao consumidor, que deixaria de consumir um produto fresco), além de provavelmente representar uma cobertura maior do que o restaurante de fato pode cobrir, considerando sua estrutura.

Contudo, isso não é o que ocorre com o tratamento de dados de localização no exemplo do site de venda de passagens aéreas e de reserva de hospedagem. Naquele caso, submetido à análise por um órgão de proteção

⁵⁷ “O *geo-pricing*, ou seja, a precificação diferenciada da oferta com base na origem geográfica do consumidor, é tratado pela doutrina econômica como uma modalidade de discriminação de preços, a qual nada mais é do que a prática comercial de vender o mesmo bem por diferentes preços a diferentes clientes” (FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 235-260, jul./ago. 2019).

⁵⁸ “Já o *geo-blocking* pode ser definido como o conjunto de práticas comerciais que impedem determinados consumidores de acessar e/ou comprar bens ou serviços oferecidos por intermédio de uma interface online, com fundamento na localização do cliente. Acrescenta-se, ainda, que tal bloqueio pode ser feito de diversas formas, tais como: bloqueio direto de algum conteúdo na interface; restrição ao registro na interface online; redirecionamento de consumidores para uma interface diferente; restrição em sentido estrito; redirecionamento de entrega de um produto em determinado Estado ou localidade; recusa de pagamento ou de meio de pagamento proveniente de determinado Estado ou localidade etc.” (FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 235-260, jul./ago. 2019).

⁵⁹ O exemplo remete ao famoso caso da Decolar.com, multada em R\$7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) em virtude de “diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas, quando existentes, de acordo com a localização geográfica do consumidor, técnicas conhecidas como *geo pricing* e *geo blocking*” (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking*. Brasília, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em 15 mar. 2021).

do consumidor do Ministério da Justiça, a Companhia buscou demonstrar que não teria ocorrido qualquer prática violadora de direitos de sua parte, mas não teve sua tese acolhida pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). Ao contrário, na visão de diretora do DPDC, “houve discriminação da empresa com consumidores por conta da etnia e localização geográfica, o que configura prática abusiva, além de verdadeiro desequilíbrio no mercado e nas relações de consumo”.⁶⁰

Nota-se, portanto, que a empresa teve a oportunidade de apresentar suas razões de defesa e, conseqüentemente, de mostrar que não seria responsável pelas práticas realizadas, seja por tratar-se de responsabilidade de outrem ou por tratar-se de uso regular e justificado de critérios diferenciadores para o fornecimento de seus produtos e serviços. No entanto, considerou-se que não só não seria possível afastar a responsabilidade da companhia, como as práticas levadas a cabo por ela seriam discriminatórias, causando grande impacto negativo não só aos clientes efetivamente prejudicados, como também no mercado no qual a empresa está inserida.

A solução de buscar compreender os impactos causados pelos tratamentos diferenciados a indivíduos com base em sua localização e as justificativas para tanto parecem também encontrar respaldo em nosso ordenamento jurídico. Assim, a título exemplificativo, verifica-se que o CDC, em seu artigo 39, inciso X, prevê a impossibilidade de o fornecedor de produtos ou serviços de, entre outras práticas abusivas, “elear sem justa causa o preço de produtos ou serviços”. A inserção do termo “sem justa causa” já demonstra que eventual tratamento diferenciado deve ser efetivamente justificado.⁶¹

Mais recentemente, como já mencionado, a LGPD prevê a “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos” (art. 6º, inciso IX). Com efeito, o entendimento da localização como possível dado sensível, cujo objetivo é garantir proteção diferenciada a “aspectos particularmente relevantes da personalidade do titular de dados”,⁶² mostra-se fundamental para garantir a efetiva

proteção do titular dos dados, tendo em vista seu enorme potencial discriminatório ou violador de outras manifestações da dignidade humana, algo especialmente potencializado pelo tratamento de dados por meio de algoritmos.

É importante lembrar, ainda, que dados de localização, não raro, podem estar relacionados a questões de raça e classe, por exemplo.⁶³ Nesse caso, conforme já amplamente demonstrado na seara adequada, não se trata de mera coincidência estatística, mas sim de reflexo de mazelas presentes em nossa sociedade como o racismo e a desigualdade social. Dessa maneira, mesmo considerando uma perspectiva restritiva do conceito de discriminação, como anteriormente apontado, ainda assim a localização poderia representar aspecto discriminador, mesmo que indiretamente.

Dessa maneira, considerando-se a localização como possível dado sensível, atrai-se a ela toda a proteção especial conferida pela LGPD a tais dados, essencial para que se reduza o risco de discriminações ou violações a aspectos fundamentais da dignidade da pessoa humana, especialmente considerando o exponencial uso de algoritmos para tomadas de decisão ou realização de tarefas. Nessa direção, Mendes, Mattuzzo e Fujimoto chegam a apontar que “quando dados sensíveis são utilizados como *inputs* de algoritmos, há uma presunção *in iuris* de abusividade, que, no entanto, pode ser afastada caso fique demonstrada a razoabilidade do tratamento”.⁶⁴

6 Conclusão

A compreensão do que pode ser enquadrado como dado sensível não pode se restringir ao rol disposto no art. 5º, inciso II, da LGPD. Ao revés, a interpretação mais adequada do referido dispositivo aponta que os dados ali apresentados como sensíveis representam mero rol

⁶⁰ (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Demora com é multada por prática de geo pricing e geo blocking*. Brasília, 18 Jun. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-mlf-content-51>. Acesso em 15 mai. 2021).

⁶¹ DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Rafael; OLIVEIRO, Carina de Castro. *Veredago à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 39, x, do CDC*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 121, p. 51-97, Jan./fev. 2019.

⁶² MENDES, Laura Schertel; MATTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tamy. *Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados*. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 439.

⁶³ A metro título exemplificativo, destaca-se levantamento que relaciona os piores indicadores presentes na cidade de São Paulo às áreas com mais habitantes negros (PREFEITO SOBRINHO, Wandercley. *Menos emprego, mais favela: áreas com mais negros têm piores índices*. *SP, Notícias, uol.com.br*, 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/coluniao/ultimas-noticias/2019/11/05/brancos-e-negros-o-que-muda-o-viver-em-distritos-com-maioria-negra-em-sp.htm>. Acesso em 15 mai. 2021). Naturalmente, essa relação não aponta qualquer incidência de negros e negras em relação às pessoas brancas, mas representa, sim, reflexo do racismo no Brasil (discriminação de raça), fruto de nosso recente passado escravocrata. MENDES, Laura Schertel; MATTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tamy. *Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados*. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 439.

exemplificativo, garantindo-se amplitude e flexibilidade ao conceito de dados sensíveis. Isso porque costuma-se associar a sensibilidade do dado e seu potencial uso com efeitos discriminatórios, a justificando o enquadramento de outros dados como sensíveis quando estiverem sendo utilizados dessa maneira.

A abertura do conceito de dados sensíveis ganha especial relevância, considerando as dificuldades apontadas em se estabelecer uma definição única de discriminação. Nesse sentido, para que a tutela especial assegurada aos dados sensíveis seja efetivamente garantida de maneira ampla, aponta-se que o caminho mais indicado seria entender a sensibilidade como efeito da cláusula geral de tutela da pessoa humana. O avanço do desenvolvimento tecnológico também contribui para a complexidade da questão, haja vista que permite a coleta e o uso do dado sensível – ou tratamento sensível do dado – por meio automatizado. Nessa direção, a utilização de algoritmos para a realização de tarefas e tomada de decisões com base no tratamento de dados, inclusive pessoais sensíveis, representa um especial risco de discriminação e de violação a outros aspectos da dignidade humana do titular dos dados, o que reforça a necessidade de o tratamento de dados ser transparente e justificado.

Dessa forma, considerando o especial efeito discriminatório ou estigmatizante e desigual que o uso inadequado da localização pode causar ao titular de dados, considera-se que tais dados podem se inserir no conceito de dados pessoais sensíveis, de modo a justificar sua especial proteção pela LGPD.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. O dano informativo do consumidor na era digital: uma abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 122, p. 203-232, mar./abr. 2019.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Pensar do relator Deputado Orlando Silva*. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1664206&filenam=Ppp-1+PL406012+3D%3F+PL406012. Acesso em 25 jan. 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *EMR nº 73/2016*, 29 abr. 2016. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessid=62B6CC89D15F03BD169F7421D3CDB6E&proposicoesWeb17codteor=1457971&filaname=Avulso-PL+5276/2016. Acesso em 26 jan. 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking*. Brasília, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nif-content-51>. Acesso em 15 mai. 2021.
- CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na lei geral de proteção de dados pessoais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul./set. 2020.
- CANNARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. In: *Revista da Faculdade de Direito de UERJ*, Rio de Janeiro, n. 34, p. 208-209, dez. 2018.
- COSTA, Marvin. DrinkShift é uma geladeira smart que avisa quando a cerveja está acabando. *TechTudo*, 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/01/drinkshift-e-uma-geladeira-smart-que-avisa-quando-a-cerveja-esta-acabando-res2019.ghtml>. Acesso em 20 mai. 2021.
- DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Raíza; OLIVEIRA, Carina de Castro. Vedação à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 3º, x, do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 121, p. 51-97, jan./fev. 2019.
- DIAS, José Carlos Vaz e; SANT'ANNA, Leonardo da Silva; KELLER, Gabriel Müller Frazão. Novos horizontes negociais nas plataformas digitais: a concorrência desleal sob a prática do geo-blocking e geopricing. *Questão Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 04, p. 1914-1938, 2020.
- DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014.
- DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio A. F. O que é governança de algoritmos? In: BRUNO, Fernanda et al. (Orgs.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- DONEDA, Danilo Cesar Magalhães; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Pensar*, vol. 23, n. 4, Fortaleza: UNIFOR, out./dez. 2018.
- DONEDA, Danilo; MONTTEIRO, Marília. Acesso à informação e privacidade no caso da Universidade Federal de Santa Maria. *Jota*, 20 jul. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acesso-a-informacao-e-privacidade-no-caso-da-universidade-federal-de-santa-maria-42072015>. Acesso em 15 fev. 2019.
- ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo*: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DFC, 2010.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; OLIVEIRA, Camilla Helena Melchior Baptista de. O artigo 20 da LGPD e os desafios interpretativos ao direito à revisão das decisões de agentes de tratamento pelos titulares de dados. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul./set. 2020.

FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 235-260, jul./ago. 2019.

FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. *Jota*, 19 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-igpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018>. Acesso em 15 fev. 2019.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEJINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). *Autonomia privada: liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

KONDER, Carlos Nelson. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção de gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público*, v. 98, p. 47-65, 2016.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei nº 13.709/2018. In: TEPEJINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena. *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. v. 1.

LIMBERGER, Ténis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais. *Revista de Direito de Unisuc*, n. 30, p. 138-160, jul./dez. 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio; MEDON, Filipe. Importância da revisão humana das decisões automatizadas na Lei Geral de Proteção de Dados. *Consultor Jurídico*, 09 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-09/constituicao-poder-importancia-revisao-humana-decisoes-automatizadas-igpd>. Acesso em 06 jan. 2021.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CLKER, Kenneth. *Big Data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. (Trad. Paulo Polzoni/ff Junior). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo, Marco. Jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de Lei nº 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 35-48, out./dez. 2016.

MENDES, Laura Schertel; MATTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019.

MITTELSTADT, Brent et al. The Ethics of Algorithms: mapping the debate. *Big Data & Society*, p. 2, 2016. DOI: 10.1177/2053951716679679.

MORASSUTTI, Bruno Schmitt. Responsabilidade Civil, discriminação ilícita e algoritmos computacionais: breve estudo sobre as práticas de geoblocking e geoprivacy. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 213-234, jul./ago. 2019.

MOREIRA, Fernando. Inglêsa termina romance após descobrir queima de 500 calorias pelo namorado de madrugada. *Extra*, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/page-not-found/inglesa-termina-romance-apos-descobrir-queima-de-500-calorias-pelo-namorado-de-madrugada-24929426.html>. Acesso em 14 mai. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Samparo. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/18). *Revista Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Samparo; FRAHOF, Isabella Z. Inteligência artificial e a lei geral de proteção de dados: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning. In: MULHOLLAND, Caitlin; FRAZÃO, Ana de (Coords.). *Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NEGREI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Regolin. A normatividade dos dados sensíveis na lei geral de proteção de dados: amplitude conceitual e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 63-85, jan./jun. 2019. e-ISSN: 2526-0049.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no Direito brasileiro em face da experiência europeia. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 28, a. 8, p. 52-81, jul./set. 2014.

PREFEITO SOBRINHO, Wanderley. Menos emprego, mais favela: áreas com mais negros têm piores índices em SP. *Notícias.uol.com.br*, 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/coluna/ultimas-noticias/2019/11/05/brancos-e-negros-o-que-muda-ao-viver-em-distros-com-maioria-negra-em-sp.htm>. Acesso em 15 mai. 2021.

RAGAZZO, Carlos; BARRETO, Mathheus. Condições anticompetitivas e inteligência artificial: casos e discussões. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 9, out./dez. 2020.

RIOB, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: GEN, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Proteção de Dados Pessoais no Brasil e na Europa. *Carta Forense*, 05 set. 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/contudo/colunas/protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-e-na-europa/18269>. Acesso em 25 jan. 2019.

SILVA, Jorge César Ferreira da. *Antidiscriminação e contratos: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.

TEPEDINO, Gustavo. Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD/Civil*, Belo Horizonte, v. 26, p. 11-15, out./dez. 2020.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constitución, derechos fundamentales e derecho privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei nº 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 5, n. 14, p. 71-99, jan./mar. 2018.

YADRON, Danny. Hackers target users of infidelity website Ashley Madison. *The Wall Street Journal*, 20 jul. 2015. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/affair-website-ashley-madison-hacked-1437402152>. Acesso em 15 fev. 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. Geoprotecting e discriminação algorítmica: pode a localização ser um dado sensível? In: BERRIARDI JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito do Consumidor e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 59-66. ISBN 978-65-5518-253-8.

HOSTILIDADE DIGITAL CONTRA O CONSUMIDOR: A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DO CDC

ARTHUR PINHEIRO BASAN
TALES CALAZA

1 Introdução

No que se refere ao direito do consumidor, o sistema jurídico brasileiro é um dos mais protetivos do mundo, sendo, inclusive, legislação referência em diversos países. Em que pese esse destaque positivo, não se pode cair na armadilha de acreditar que, por se ter uma legislação principiológica bem redigida, todas as situações estariam previstas e seriam tuteladas, notadamente frente aos novos problemas que emergem com o avanço das tecnologias de informação e comunicação. Vale lembrar, os problemas que outrora eram conhecidos e solucionados no ambiente real, físico e material, agora migram para o ambiente da *internet*, digital e virtualizado, exigindo também novas respostas.

Assim, com as evoluções ocorridas na sociedade e com o advento das tecnologias disruptivas, a cada dia surgem novos formatos de relações e interações de consumo, sejam por *websites*, redes sociais ou outros meios que a nossa imaginação ainda não alcança. Desse modo, é preciso destacar a necessidade de atualização do sistema por meios além das novas legislações, levando em consideração especialmente que a legislação vigente nunca será capaz de acompanhar a velocidade do desenvolvimento tecnológico e, conseqüentemente, dos problemas dele advindos.