

A Proteção De Dados Pessoais Sensíveis Como Política Pública De Proteção De Grupos Vulneráveis E Minorias Em Face Da Discriminação Algorítmica

Dérique Soares Crestane*

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-6331-2648>

Mônia Clarissa Hennig Leal **

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil

 <https://0000-0002-3446-1302>

Resumo: A sociedade da informação apresenta-se como espaço onde os dados circulam com maior velocidade por meio da utilização de diversas tecnologias. O aumento no consumo de mídias e de dados demanda um maior zelo na proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Determinados agrupamentos de pessoas apresentam características próprias que, muitas vezes, são utilizadas com finalidade discriminatória e, esta discriminação, tende a se reproduzir no meio digital na forma de discriminação algorítmica. Portanto, questiona-se: existe um serviço público de proteção de dados pessoais sensíveis atuando no fomento de políticas públicas voltadas a proteger grupos vulneráveis e minorias dos riscos provenientes da sociedade da informação? Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método procedimental monográfico e a técnica da documentação indireta. Objetivou-se, primeiramente, traçar um panorama da teoria habermasiana no que se refere à identificação de problemas públicos e a forma que isto se relaciona com um serviço público de proteção de dados pessoais. Após, analisou-se os fundamentos do serviço público, enquanto instituto do direito administrativo, bem como o processo de elaboração de políticas públicas. Por fim, demonstrou-se que a proteção de dados, entendida como serviço público, deve beneficiar a todos, inclusive, como sendo instrumento de políticas públicas na proteção de grupos vulneráveis e minorias.

Palavras-Chave: Discriminação estrutural; Grupos em situação de vulnerabilidade; Serviço público; Sociedade da informação.

* Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Email: dscrestane@gmail.com

** Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Email: moniah@unisc.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.65911>

A Proteção De Dados Pessoais Sensíveis Como Política Pública De Proteção De Grupos Vulneráveis E Minorias Em Face Da Discriminação Algorítmica

Dérique Soares Crestane¹

Mônia Clarissa Hennig Leal²

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico recente alterou a vida de muitas pessoas, proporcionando maior facilidade de acesso a bens e serviços. A sociedade da informação é um espaço onde os dados circulam rapidamente por meio de diversas tecnologias. Com o avanço da tecnologia e o aumento do uso de dados e mídia digital é essencial proteger os direitos fundamentais das pessoas.

Alguns grupos da sociedade possuem características próprias que, muitas vezes, são utilizadas de forma discriminatória. Essa discriminação tende a se reproduzir no meio digital, fenômeno denominado de discriminação algorítmica. Para lidar com esse novo problema, o legislador brasileiro elevou a proteção de dados pessoais ao status de direito fundamental, especialmente, para proteger dados pessoais sensíveis, entendidos como aqueles que carregam uma característica potencialmente discriminatória, de forma diferenciada.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

² Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

Neste contexto, questiona-se: existe um serviço público de proteção de dados pessoais sensíveis atuando no fomento de políticas públicas voltadas a proteger grupos vulneráveis e minorias dos riscos provenientes da sociedade da informação? O artigo será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental monográfico e da técnica da documentação indireta.

Primeiramente, será traçado um panorama da teoria habermasiana no que diz respeito à identificação de problemas públicos e, especificamente, de que forma isto se relaciona com um serviço público de proteção de dados pessoais. É indiscutível a densidade da obra de Jürgen Habermas, por este motivo, esta pesquisa não tem por objetivo esgotar todos os delineamentos de sua teoria, pelo contrário, o objetivo é, apenas, destacar pontos relevantes diretamente colhidos de sua obra, com eventual auxílio de alguns dos seus interlocutores.

Após, o objetivo é analisar os fundamentos do serviço público, enquanto instituto do direito administrativo, bem como o processo de elaboração de políticas públicas. Por fim, serão demonstrados os motivos pelos quais deve-se entender a proteção de dados como um serviço público em benefício de todos, diante dos diferentes níveis de vulnerabilidade existentes, que, na sociedade da informação, podem ocasionar discriminações algorítmicas.

2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E TEORIA DO DISCURSO: A CONTRIBUIÇÃO DE HABERMAS PARA A IDENTIFICAÇÃO DE PROBLEMAS PÚBLICOS

Habermas (2004, p. 277) propõe o modelo democrático deliberativo como alternativa aos modelos liberal e republicano, que, na sua concepção, são polêmicos em relação a três fatores: os conceitos de “cidadão do Estado” e “direito”, bem como a natureza do processo político de formação de vontade. Sob o ponto de vista

liberal, o processo democrático busca programar o Estado para que este se volte ao interesse da sociedade. Compreende-se o Estado como aparato da administração pública, ao passo que a sociedade corresponde ao sistema de circulação de pessoas e do trabalho social por essas desempenhado, estruturado a partir das leis do mercado. Neste contexto, a política “tem a função de congregar e impor interesses sociais em particular mediante um aparato estatal já especializado no uso administrativo do poder político para fins coletivos”. No paradigma republicano, a política “é constitutiva do processo de coletivização social como um todo” (Habermas, 2004, p. 278) e conforma o laço por meio do qual os componentes de comunidades solidárias têm ciência de sua interdependência mútua e, enquanto cidadãos, transformam as relações preexistentes de reconhecimento mútuo em forma voluntária de uma associação de jurisconsortes livres e iguais. Gabardo (2009, p. 60) afirma que “a função da política é possibilitar este equilíbrio por intermédio do fortalecimento de condições férteis para o desenvolvimento da autonomia tanto pública quanto privada”.

A solidariedade é elevada ao status de fonte de integração social, ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado. A opinião pública, de caráter político, e a sociedade civil, operam como vetores de força integrativa, com autonomia de entendimento entre os cidadãos do Estado, de forma que há um desacoplamento entre a comunicação política e a sociedade econômica, o que resulta em um fortalecimento do poder administrativo estatal a partir do poder comunicativo decorrente da formação de vontade (Habermas, 2004, p. 278-279). As concepções de “cidadão do Estado” diferenciam-se na medida em que, sob o ponto de vista liberal, o status dos cidadãos é determinado conforme a medida de seus direitos individuais em face do Estado, ao passo que, no paradigma republicano, o status dos

cidadãos é determinado pela possibilidade de participação em uma práxis comum, e não com as liberdades negativas que podem ser reivindicadas de forma particular. O processo político tem por objetivo controlar o comportamento estatal por meio dos cidadãos, que, ao exercitarem seus direitos e liberdades, adquirem uma autonomia preexistente ao Estado. Justifica-se a existência do Estado “na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum” (Habermas, 2004, p. 281). Por este motivo, o cidadão republicano deve orientar suas atitudes não apenas pelo interesse particular.

Já o modelo democrático deliberativo “baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo o seu alcance de modo deliberativo” (Habermas, 2004, p. 286). O procedimento democrático origina uma coesão entre os discursos de autoentendimento, os discursos sobre a justiça e as negociações, isto é, baseia-se na suposição de que, sob essas condições, é possível alcançar resultados ora justos e honestos, ora racionais. Logo, a razão prática concentra-se nas “regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística (sic)” (Habermas, 2004, p. 286). Habermas busca encontrar um novo caminho de legitimação democrática, por meio da utilização da razão pública, uma vez que o antigo modelo, baseado na mera aquiescência dos cidadãos, fracassou diante da segunda grande guerra (Pinto; Lemos. 2019, p. 206).

A democracia remete a condições sociais que permitem a auto-organização de uma comunidade jurídica e política, por este motivo a política deliberativa vincula-se a um conceito procedimental

de legitimidade. A democracia baseada no conceito de discurso origina-se de uma imagem de sociedade descentralizada, que constitui uma arena de percepção e identificação para o posterior tratamento dos problemas. A concepção de democracia deliberativa pressupõe o processo democrático como única forma de produzir um direito suficiente e legítimo à modernidade (Pinto; Lemos, 2019, p. 215). Até porque, uma das pretensões do autor alemão ao propor o modelo deliberativo é justamente superar o conceito de sociedade centrada no Estado como único ente apto a organizá-la (Lanes Pilau Sobrinho; Dos Santos, 2014, p. 6). Por este motivo, a teoria do discurso, sobre a qual está fundamentado o modelo democrático deliberativo, contém conotações normativas mais fortes do que aquelas do modelo liberal, e mais fracas do que aquelas do modelo republicano, de forma que assume elementos de ambos os paradigmas e os combina de uma maneira inédita. Nesta combinação, é reservada uma posição central para o processo político de formação de opinião e de vontade, entendendo-se a constituição jurídico-estatal como algo principal, de forma que concebe os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como um vetor de institucionalização de condições de comunicação no processo democrático (Habermas, 2004, p. 289). A efetivação da política deliberativa depende da institucionalização de procedimentos que lhe sejam correlatos, de forma que

A teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação (Habermas, 2004, p. 289).

A teoria do conhecimento proposta por Habermas fundamenta-se na noção de razão comunicativa. Assim, “para

Habermas, além de uma construção conceitual e compreensiva, é necessário o levantamento de dados empíricos para que se proceda a uma reconstrução da realidade” (Almeida; Reck, 2013, p. 67). Trata-se da propositura de uma teoria sociológica, de forma que se entende a sociologia como uma das ciências sociais capazes de dialogar com as demais, bem como de sensibilizar-se aos problemas de ordem diversa existentes na sociedade. Este cenário se relaciona com

Os processos comunicativos de cunho político que passam pelo filtro deliberativo dependem de recursos do universo vital – da cultura política libertadora, de uma socialização política esclarecida e sobretudo das iniciativas de associações formadoras de opinião -, recursos que se formam de maneira espontânea ou que, em todo caso, só podem ser atingidos com grande dificuldade, caso o caminho escolhido para se tentar alcançá-los seja o do direcionamento político (Habermas, 2004, p. 292).

A pretensão de validez do processo comunicativo é baseada em um exame compreensivo e adequado para a construção de uma metodologia capaz de analisar os fundamentos das demandas sociais, bem como as formas por meio das quais elas se relacionam com o mundo (Almeida; Reck, 2013, p. 75). A base da ação comunicativa é o “mundo da vida”, local de onde os indivíduos retiram, a partir de suas vivências, interpretações que permitirão uma ação no mundo (Habermas, 1989, p. 166). O “mundo da vida” abarca, por sua vez, toda a carga de pré-compreensões da vida contidas no interior dos interlocutores, sendo que essas pré-compreensões se tornam a base dos diálogos promovidos pelos atores sociais, motivo pelo qual elas podem contribuir, inclusive, nos debates acerca da formulação de políticas públicas. A função da teoria da ação comunicativa é promover a interação de sujeitos capazes de falar e de agir intersubjetivamente. Há uma interação e uma ação compreensiva voltada à ação e os planos de ação existentes, resultando em um diálogo entre a sociedade (Sturza; Rodrigues, 2019).

A ação comunicativa vai ao encontro de outras percepções do Direito, atribuindo maior efetividade e discussão às temáticas relacionadas à sociedade e à administração pública (Sturza; Rodrigues, 2019, p. 390). A ideia de racionalidade da ação se conecta com a problemática da compreensão, de forma que há um vínculo entre racionalidade da comunicação e observação social. Esta observação social ocorre, em termos de compreensão, na medida em que o observador do fenômeno social deve assumir uma postura crítica diante das pretensões de validade apresentadas, como se fosse um participante daquele agir comunicativo. Todavia, a interação entre participante e observador limita-se aos atos de fala, uma vez que as orientações de ambos serão diferentes, já que o observador examinará as pretensões de validade na forma de um participante virtual (De Almeida, Reck, 2013, p. 78).

A linguagem constitui, portanto, um fundamento da teoria do agir comunicativo, de forma que operacionaliza as compreensões, os sentimentos e os significados no mundo, resultando em um acréscimo, inclusive, para a tomada de decisões e a execução dos serviços públicos por meio da argumentação. Ao lado da linguagem, a racionalidade surge como segunda fundação da teoria habermasiana, podendo-se verificar, nela, uma divisão tripartite não hierárquica, consistente nas racionalidades epistemológica, teleológica e comunicativa, sendo que esta última se relaciona à ideia de que, ao lado de uma construção conceitual e compreensiva, torna-se necessário levantar dados de forma empírica, a fim de se reconstruir a realidade (Sturza; Rodrigues, 2019, p. 393).

A teoria do discurso se refere, de modos distintos, a questões morais, éticas e pragmáticas. Da mesma forma, a razão prática pode ser usada de diferentes maneiras a depender das questões morais, éticas e pragmáticas, dividindo-se a relação existente entre razão e vontade. De fato, os problemas práticos se apresentam das mais

variadas maneiras e precisam ser resolvidos. Visualizado o problema, inicia-se a busca de razões para a tomada de uma decisão racional dentre diversas possibilidades de ação. Em qualquer caso, o que racionalmente deve ser feito é determinado, em parte, por aquilo que realmente se quer. Em outras palavras: trata-se de uma ponderação racional entre os meios e os fins, baseada nas preferências do indivíduo. Nos casos complexos, devem ser desenvolvidas estratégias de tomada de decisão, de forma que a razão se assegura de seu próprio procedimento e se torna reflexiva. A pergunta: “o que devo fazer?” refere-se a problemas pragmáticos que podem ser resolvidos por recomendações em forma de imperativos semânticos condicionados. O sentido imperativo por eles expressado pode ser considerado um dever ser relativo. (Habermas, 2000, p. 127).

Algumas decisões complexas, como, por exemplo, a escolha de um parceiro amoroso, não correspondem a uma questão pragmática absoluta, pois elas se relacionam com as próprias inclinações e disposições individuais. Decisões baseadas em preferências triviais, tais como a escolha da marca de um carro para aquisição, denominam-se “débeis”, de forma que não exigem justificação alguma. Entretanto, existem as chamadas decisões de preferências fortes que afetam a autocompreensão de uma pessoa, seu modo geral de vida e seu caráter, contidas no espectro de sua identidade e que se relacionam com a “vida boa”, dependendo de uma justificação baseada no contexto. A razão prática, neste sentido, está no âmbito da ética. As questões éticas, via de regra, são respondidas por imperativos incondicionados, baseados em um dever ser independente de preferências e fins subjetivos, cujo objetivo é mensurado em o que é bom para si a longo prazo: “las valoraciones fuertes se orientan por lo que para mí es un fin último y por tanto absoluto, a saber, por el bien supremo que representa un modo de

vida autárquico, que tenga su valor en sí mismo”³ (Habermas, 2000, p. 129).

A situação modifica-se, quando o sentido da pergunta “o que devo fazer” busca verificar se as máximas de um indivíduo se compatibilizam com as dos demais ou se geram conflitos que devem ser resolvidos de forma imparcial, a partir de pontos de vista morais. As tarefas pragmáticas correspondem à perspectiva de um agente voltado a atender seus objetivos e preferência, de forma que, aqui, não há nenhum problema moral, na medida em que as pessoas desempenham seu papel em prestígio à realização do seu plano de ação individual. As questões éticas diferem-se das morais na medida em que aquelas não têm por preocupação regular conflitos interpessoais de ação que resultam em interesses opostos, enquanto estas últimas têm. Há uma aproximação do campo da moral quando são examinadas as considerações morais individuais de acordo com a compatibilidade com as dos demais (Habermas, 2000, 129-130):

La máxima de permitirme una pequeña maniobra de engaño puede que no sea buena para mí, a saber, no lo es si no se acomoda a la imagen de la persona que yo quisiera ser y como la que yo quisiera ser reconocida. La misma máxima puede a la vez de ser injusta, a saber, cuando su seguimiento general no resultase bueno para todos por igual. Un examen de máximas o una heurística formadora de máximas, que se dejen guiar por la cuestión de cómo quiero vivir, hace uso de la razón práctica de modo distinto del que lo hace la consideración de si desde mi punto de vista una determinada máxima que fuese seguida por todos sería idónea para regular nuestra convivencia⁴ (Habermas, 2000, p. 130-131).

³ “As valorações fortes são orientadas pelo que, para mim, é um fim último e, portanto, absoluto, ou seja, pelo bem supremo que representa um modo de vida autárquico, que tenha seu valor em si mesmo” (Habermas, 2000, p. 129, tradução nossa).

⁴ A máxima que me permita uma pequena manobra de engano pode não ser boa para mim, ou seja, não o é se não se adequar à imagem da pessoa que eu gostaria de ser e como aquela que eu gostaria que fosse reconhecida. A mesma máxima pode, ao mesmo tempo, ser injusta, ou seja, quando seu seguimento geral não resultar bom para todos igualmente. Um exame das máximas ou uma heurística formadora de máximas, que se deixe guiar pela questão de como quero viver, faz uso da razão prática de maneira diferente da consideração se, do meu ponto de vista, uma determinada máxima que fosse seguida por todos seria adequada para regular nossa convivência (Habermas, 2000, p. 130-131, tradução nossa).

No primeiro caso, o objetivo é comprovar se uma máxima é boa para o indivíduo e adequada para uma situação, enquanto, no segundo caso, o objetivo é verificar se uma máxima pode ser seguida por qualquer um, como uma lei geral. Portanto, o primeiro caso corresponde a uma consideração ética, enquanto o segundo corresponde a uma consideração moral. As considerações morais devem passar por um teste de universalização aplicado para verificar sua aceitação por todos, como uma pauta moral de ação: “sólo una máxima susceptible de universalización desde la perspectiva de todos los afectados puede ser considerada una norma que puede encontrar un asentimiento general y que, por tanto, merece reconocimiento, es decir, que es moralmente debida u obligatoria”⁵ (Habermas, 2000, p. 131). Verifica-se que o problema resumido na pergunta “o que devo fazer?” tem um significado pragmático, um ético e um moral. Em todas as perspectivas, o objeto consiste em justificar uma decisão entre possibilidades alternativas de agir. As tarefas pragmáticas exigem um tipo de ação distinto e, as perguntas correspondentes dependem de uma resposta diversa daquelas éticas e morais. Em questões pragmáticas, a decisão é orientada aos fins buscados, de forma que há uma ponderação racional de fins, orientada por valores, e uma ponderação dos meios disponíveis de intervenção no mundo. Os usos pragmáticos, éticos e morais da razão prática correspondem, respectivamente, à obtenção de instruções do tipo estratégico, de aconselhamento clínico e de juízos morais:

Llamamos razón práctica a la capacidad de justificar los correspondientes imperativos; según sea la referencia a la acción y el tipo de decisión que haya de tomarse, no sólo cambia el sentido ilocucionario de ‘tener que’ o de ‘deber’, sino también el concepto de la voluntad que en cada caso ha de

⁵ “Apenas uma máxima passível de universalização, do ponto de vista de todos os afetados, pode ser considerada uma norma que pode encontrar um consentimento geral e, portanto, merece reconhecimento, ou seja, é moralmente devida ou obrigatória” (Habermas, 2000, p. 131, tradução nossa).

dejarse determinar por imperativos racionalmente fundados⁶ (Habermas, 2000, p. 133).

O dever ser das recomendações pragmáticas direciona-se ao livre arbítrio de um indivíduo que decide inteligentemente, a partir de suas próprias preferências. O dever ser dos aconselhamentos clínicos, que representa a “vida boa”, destina-se à aspiração do indivíduo de auto realizar-se; em outras palavras, visa a capacitar um indivíduo a decidir com autenticidade pessoal, em respeito a seus desejos mais profundos. Por fim, o dever ser dos juízos morais é dirigido ao livre arbítrio de um indivíduo, que age de acordo com as leis impostas por ele mesmo, apenas esta vontade é considerada autônoma (Habermas, 2000, p. 134). O caráter universal da ética deontológica proposta por Habermas cinge as questões valorativas das questões de justiça. As normas morais devem ser contextualizadas no “mundo da vida”, a fim de compensar as perdas de eticidade da sociedade pós-convencional e, para Habermas, os direitos fundamentais expressos nas Constituições são um bom exemplo disto, pois os direitos fundamentais constituem aspectos estruturais de uma “vida digna” (Cittadino, 2004, p. 114-115):

Resumiendo, la razón práctica, según opere bajo el aspecto de lo adecuado o útil, de lo bueno, o de lo justo, se dirige a la libertad de arbitrio del agente racional con arreglo a fines, o a la fuerza de decisión del sujeto que trata de realizarse em autenticidad, o a la voluntad libre del sujeto capaz de juzgar moralmente.⁷ (Habermas, 2000, p. 134).

Os discursos pragmáticos aludem à necessidade de concordância de interesses individuais com interesses como

⁶ Chamamos de razão prática à capacidade de justificar os imperativos correspondentes. Dependendo da referência à ação e do tipo de decisão a ser tomada, não apenas o sentido ilocucionário de 'ter que' ou 'dever' muda, mas também o conceito da vontade que, em cada caso, deve ser determinado por imperativos fundamentados racionalmente. (Habermas, 2000, p. 133, tradução nossa).

⁷ Em resumo, a razão prática, dependendo de operar sob a perspectiva do adequado ou útil, do bom ou do justo, direciona-se à liberdade de arbítrio do agente racional de acordo com fins, ou à força de decisão do sujeito que busca realizar-se em autenticidade, ou à vontade livre do sujeito capaz de julgar moralmente (Habermas, 2000, p. 134, tradução nossa).

pressuposto para a assunção de compromissos. Nos discursos éticos, emerge uma identidade coletiva que deve deixar espaço para a diversidade de projetos e identidades individuais. Os discursos morais referem-se a enunciados universalizáveis por todos – por isto a grande busca de inclusão da moral no direito (Habermas, 2000, p. 135). A teoria de justiça proposta por Habermas pressupõe o estabelecimento de procedimentos voltados às reivindicações de identidades tematizadas no espaço público com o propósito de atender às demandas de uma sociedade plural (Bruch, Reck, 2022, p. 63). Logo, a legitimidade das decisões políticas pressupõe que os fluxos comunicacionais que partem da periferia superem as barreiras do procedimento democrático e do Estado de Direito para que, após, possam entrar no complexo parlamentar ou jurídico (Lanes Pilau Sobrinho; Dos Santos, 2014, p. 21). O direito moderno adequa-se à integração social das sociedades econômicas que, em locais dominados por ações éticas, ou seja, desvinculadas da moral, dependem de decisões de indivíduos movidos pela ambição. Além de satisfazer as exigências formais de uma sociedade complexa, deve o direito atender às condições de integração social por meio do entendimento dos sujeitos que agem comunicativamente, ou seja, por meio da aceitação das pretensões de validade (Pinto; Lemos, 2019, p. 206-207). Apresentados alguns aspectos da teoria habermasiana, em especial aqueles úteis ao serviço público e à implementação de políticas públicas, serão estes analisados no próximo tópico.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SERVIÇO PÚBLICO E DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O serviço público fundamenta-se na ideia de compreendê-lo “como atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por

quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público” (Schier, 2016, p. 31). Está vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana e constitui uma das modalidades de atividade prestada pelo Estado, resultando, portanto, em intervenção do poder público na sociedade, tendo-se que as atividades materiais fornecidas pelo poder público em benefício da coletividade, com o objetivo de proporcionar condições de acesso aos bens indispensáveis à vida humana, configuram serviço público.

No paradigma do Estado liberal, o serviço público constituía-se na prestação estatal de atividades desvinculadas do lucro burguês, mas que a este viabilizavam, por exemplo, o oferecimento de saneamento básico e iluminação pública. Logo, neste paradigma, considerava-se o serviço público como um “instrumento de gestão do poder público na implantação de serviços básicos para promover as condições do desenvolvimento econômico” (Schier, 2016, p. 41), sem o objetivo de atuar como vetor de redução de desigualdades sociais. Entretanto, no século XIX, especificamente em decorrência da jurisprudência francesa, há um desenvolvimento teórico da noção de serviço público, elevando-o ao status de instituto de direito administrativo. Esse cenário proporcionou o surgimento, no século XX, da Escola do Serviço Público, que passou a entendê-lo “como instituto capaz de identificar toda a atuação do Estado em prol do atendimento de necessidades de interesse geral” (Schier, 2016, p. 44).

A Escola do Serviço Público enfrentou sua maior crise em razão da conclusão de que a atividade administrativa não se restringe à prestação e gestão de serviços públicos aos particulares. Assim, no paradigma do Estado social, a importância do serviço público ressurgiu com a finalidade principal de promover os princípios fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, por meio do Estado: “passa a ser tarefa do Estado intervir na sociedade para garantir a todos uma existência digna. E o instrumento eleito para

realizar tal intento é o serviço público” (Schier, 2016, p. 52). Tem-se, pois, que a noção de serviço público no Estado social deve atender às necessidades sociais, a partir de um regime jurídico específico, ou seja, a partir da previsão, em lei, da possibilidade de instituição de um serviço público em determinada matéria. Há, ainda, a possibilidade de se reconhecer um elemento subjetivo do serviço público, por meio do qual é possível particulares o explorarem por meio de um vínculo com o poder público, que pode existir mediante concessões e permissões. No Estado social, são ampliados os deveres estatais em relação à sociedade, de forma que passa a existir um incremento da finalidade do serviço público, que não mais opera como um mecanismo de coesão social, mas principalmente como um instrumento de distribuição de riquezas (Schier, 2016, p. 53-54), sendo que “a história tem demonstrado a importância da intervenção dos poderes públicos na economia, garantindo a liberdade (embora nem sempre tão ampla), a propriedade (ainda que relativizada) e promovendo a igualdade (por vezes formal, por vezes material) elementos necessários para a adequada autoproteção do sistema” (Gabardo, 2009, p. 89-90).

A Constituição Federal instituiu, por sua vez, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana⁸ e previu, como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza; a redução de desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem quaisquer discriminações, o que faz mediante a instituição de inúmeros direitos e garantias fundamentais⁹. A fim de promover e concretizar tais direitos, bem

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

como perseguir os objetivos fundamentais, o Estado muitas vezes precisa instituir serviços públicos, tal como informa o texto constitucional em seu art. 175¹⁰ (Brasil, 1988). Portanto, o serviço público é uma das atividades atribuídas ao Estado, ente capaz de titularizar e exercer funções relacionadas à concretização dos valores importantes eleitos pela própria sociedade (Schier, 2016, p. 65).

Determinadas utilidades ou comodidades materiais, em virtude de sua imprescindibilidade ao atendimento de necessidades básicas sociais de um determinado contexto histórico-social, devem ser proporcionadas pelo Estado como instrumento viabilizador de acesso aos direitos fundamentais (Schier, 2016, p. 71). É neste contexto que Gabardo (2009, p. 73) sustenta que o Estado de Direito deve estabelecer um conjunto de direitos e liberdades que não estejam restritos ao aspecto formal-negativo, mas que ampliem o âmbito subjetivo das pessoas. Aqui, surge a importância da elaboração de políticas públicas.

O processo de elaboração de políticas públicas consiste em sete fases principais: a) indicação do problema; b) formação da agenda; c) formulação de alternativas; d) tomada de decisão; e) implementação; f) avaliação; g) extinção. Pois bem, identificar um problema significa identificar uma diferença entre a realidade e uma situação ideal possível. Identificar um problema público, portanto, significa identificar uma diferença entre a realidade pública e aquilo que ela poderia ou deveria – tomando-se como referência os preceitos constitucionais e os direitos fundamentais ser de forma ideal. Um problema público pode ter diversas naturezas, podendo ele ser decorrente de uma catástrofe natural, mas também surgir

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

repentinamente, ou a ainda adquirir importância de forma gradativa; pode, igualmente, existir há determinado tempo, sem ter, contudo, tido a devida atenção do poder público, diante da normalização da situação aos olhos da coletividade. Identificar um problema público envolve, portanto: (i) percebê-lo de forma intersubjetiva, uma vez que deve ser assim entendido por diversos atores relevantes da comunidade, como, por exemplo, partidos e agentes políticos; (ii) defini-lo e delimitá-lo, de forma que seja sintetizada sua essência, sendo que nesta etapa são apontadas as causas e possíveis soluções, eventuais culpados, obstáculos e avaliações e; (iii) avaliar a possibilidade de resolução. (Secchi, 2012, p. 33-35). Destaque-se, ainda, que no paradigma democrático deliberativo proposto por Habermas, “as estruturas periféricas de formação de opinião assumem posição fundamental, especialmente quanto às expectativas normativas, consistentes na capacidade de individuar os problemas da sociedade, interpretando-os e posicionando-os no cenário de modo a chamar a atenção” (Lanes Pilau Sobrinho; Dos Santos, 2014, p. 22).

Uma vez identificado o problema público, deve ele ser inserido na “agenda”. Compreende-se a “agenda” como “um conjunto de problemas ou temas entendidos como relevantes” (Secchi, 2012, p. 36), que pode tomar a forma de um programa de governo, por exemplo. Nessa linha, é possível apontar três condições para que um problema público entre na agenda política: (i) a atenção de diferentes atores que o entendam como merecedor de intervenção; (ii) ter uma solução viável e (iii) enquadrar-se na esfera de competência do poder público. Depois de introduzido na “agenda”, devem ser formuladas alternativas de soluções que, de forma ideal, devem estabelecer objetivos e estratégias, bem como analisar as possíveis consequências de cada alternativa de solução. No momento de estabelecer objetivos, os políticos, analistas de políticas públicas e demais atores envolvidos no processo sintetizam o que pretendem com determinada política pública. O estabelecimento pode ocorrer de maneira frouxa, quando,

por exemplo, não é informado um percentual de mitigação do problema público enfrentado, ou de forma concreta, quando é informado este percentual. Ainda que seja difícil estabelecer metas concretas em políticas públicas, quanto mais concreto for o objetivo estipulado, maior será a possibilidade de verificar a sua eficácia (Secchi, 2012, p. 36-40).

Formuladas as alternativas, passa-se à tomada de decisão, que “representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento são explicitadas” (Secchi, 2012, p. 40). Sucede à tomada de decisão a fase de implementação da política pública. É neste momento que são produzidos os seus resultados concretos: “a fase de implementação é aquela em que a administração pública reveste-se de sua função precípua, a de transformar intenções políticas em ações concretas” (Secchi, 2012, p. 46). Nesta fase, pode haver a participação de atores políticos não estatais, como, por exemplo, prestadores de serviço, fornecedores, parceiros, entre outros.

Pode-se afirmar que existem dois modelos de implementação de políticas públicas: o modelo top-down e o modelo bottom-up. No primeiro, verifica-se claramente uma separação entre o momento de tomada de decisão e o momento de implementação, e, em caso de falha, a culpa é atribuída aos agentes que não souberam implementar a política pública planejada. Já o segundo modelo caracteriza-se por uma liberdade maior dos administradores em auto-organizar e modelar a implementação de políticas públicas, de forma que os implementadores têm participação importante inclusive no escrutínio do problema público e na fase de formulação de alternativas, o que torna a política pública mais maleável durante a implementação, circunstância que não é vista como um desvirtuamento, mas sim com uma necessidade decorrente dos problemas práticos de implementação (Secchi, 2012, p. 48).

O processo de avaliação da política pública pode acontecer de três maneiras: antes, durante ou depois de sua implementação e consiste no processo de deliberações sobre a validade das propostas da política pública, bem assim sobre o êxito ou não dos projetos colocados em prática. Este é considerado o momento-chave para o feedback acerca das fases antecedentes. A avaliação de uma política pública necessita de uma definição de critérios, indicadores e padrões. Entende-se por critérios “os mecanismos lógicos que servem como base para escolhas e julgamentos” e que “se fundamentam em entendimentos valorativos da realidade e abastecem o avaliador de parâmetros para julgar se uma política pública funcionou bem ou mal” (Secchi, 2012, p. 50). Os principais critérios de avaliação são: a economicidade; a eficiência econômica; a eficiência administrativa; a eficácia e a equidade. Entende-se por economicidade o nível de utilização dos recursos, eficiência, por sua vez, refere-se à relação existente entre os recursos e produtividade. Eficiência administrativa corresponde ao nível de conformação da execução à métodos preestabelecidos, já a eficácia corresponde ao nível de alcance das metas ou objetivos previamente estabelecidos. Por fim, equidade significa a homogeneidade da distribuição de benefícios aos destinatários de determinada política pública.

Para tanto, são utilizados indicadores, tidos como “artifícios (proxies) que podem ser criados para medir input, output e resultado (outcome)” (Secchi, 2012, p. 50). Os indicadores de input correspondem ao critério da economicidade, de forma que estão relacionados aos gastos financeiros de implementação de políticas públicas. Os indicadores de output, por sua vez, correspondem à produtividade de serviços e produtos. Por fim, os indicadores de resultado, ou outcome, referem-se aos efeitos de determinada política pública e à capacidade de resolução, completa ou parcial, de determinado problema público. Os padrões têm por finalidade criar uma referência comparativa aos indicadores e podem ser: absolutos, históricos e normativos. Os padrões absolutos correspondem às

metas estabelecidas antes da fase de implementação das políticas públicas. Os padrões históricos são os valores eventualmente alcançados no passado e que podem facilitar a compreensão por períodos e, por conseguinte, gerar informações sobre a melhora ou piora da política pública. Os padrões normativos são as metas qualitativas ou quantitativas estabelecidas a partir de um standard ideal. Avaliar uma política pública pode resultar na decisão de continuá-la, reestruturá-la ou até mesmo extingui-la. Tudo dependerá da relevância das adversidades surgidas durante o processo de implementação; quanto mais graves e insolúveis, mais provável será a extinção da política pública (Secchi, 2012, p. 50-51).

Por fim, a última fase do ciclo de políticas públicas é a extinção, que pode ocorrer em razão de, pelo menos, três causas: a) resolução do problema; b) percepção de ineficácia ou; c) perda da importância do problema público em pauta. O momento de extinção de políticas públicas pode, muitas vezes, enfrentar resistência dos grupos que percebem os seus benefícios, principalmente em se tratando de políticas públicas distributivas (Secchi, 2012, p. 54).

Analizados os fundamentos do serviço público, bem como o processo de elaboração de políticas públicas, será, no próximo tópico, apresentado um cotejo dessas premissas com o direito brasileiro à proteção de dados pessoais, em especial a proteção de dados sensíveis, a fim de se verificar a necessidade de elaboração de políticas públicas sobre essa temática.

4 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS ENQUANTO MECANISMO DE PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: HÁ NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA?

Quando a temática diz respeito a grupos vulneráveis, a premissa básica é o reconhecimento de uma sociedade marcada pela heterogeneidade, onde as diferenças - na perspectiva de pluralismo e de diversidade - devem ser prestigiadas, e não, reprimidas. Entretanto, existem grupos historicamente subjugados a uma situação de desvantagem, em que as oportunidades educacionais, laborais e sociais são limitadas e, muitas vezes, o acesso aos serviços públicos básicos é obstado. A criação de estruturas discriminatórias é apenas uma das técnicas usadas para perpetuar um contexto de subordinação sistemática em desfavor de grupos definidos: “Hoy enfrentamos demandas de igualdad de un sinnúmero de grupos desfavorecidos, incluidos aquellos definidos por género, estatus migratorio, criterios económicos, discapacidades físicas y mentales o creencias religiosas. Debemos atender estos reclamos”¹¹ (Fiss, 2021, p. 124).

A busca pela igualdade tem como marco histórico principal a Revolução Francesa de 1789, quando se deu a busca de reconhecimento de uma igualdade formal, jurídica, entre os indivíduos. Entretanto, diante da insuficiência de uma igualdade meramente formal, o pensamento evoluiu no sentido de se buscar uma igualdade material, de forma que aqueles que se encontrem em uma posição desigual devem ser tratados de acordo com esta desigualdade. Neste contexto, entram em pauta assuntos como ações afirmativas, políticas públicas de inclusão e amparo jurídico a grupos vulneráveis, de forma que estes mecanismos passam a ser vistos como método mais eficaz, na tentativa de correção dessas desigualdades. A concretização de uma igualdade material pode ser visualizada em uma dupla dimensão: positiva, na medida em que dependente de atuação estatal, em determinados casos, para a promoção de direitos humanos e fundamentais; e negativa, uma vez

¹¹ Hoje enfrentamos demandas de igualdad de inúmeros grupos desfavorecidos, incluindo aqueles definidos por género, status migratório, critérios econômicos, incapacidades físicas e mentais ou crenças religiosas. Devemos atender a essas reivindicações (Fiss, 2021, p. 124, tradução nossa).

que algumas vezes o Estado precisa abster-se de intervenção, a fim de não exercer alguma discriminação (Leal; Lima, 2020, p. 199-200).

A origem de minorias e grupos vulneráveis decorre de relações de assimetria social, que podem ser de caráter econômico, educacional, ou cultural. Ainda que exista certa divergência doutrinária, os conceitos de grupos vulneráveis e de minorias não se confundem, decorrendo dessa distinção consequências práticas no que concerne à forma de proteção de ambos (Siqueira; Castro, 2017, p. 110). Nessa linha, uma minoria pode ser definida a partir da identificação, pela “maioria”, de uma característica destoante em um determinado grupo que a entenda anormal, enquanto a vulnerabilidade decorre justamente da pressão exercida por esta “maioria” em busca da extinção deste traço característico entendido por anormal. Desta pressão, pode, inclusive, decorrer uma violência, que poderá ser física ou simbólica. Utilizaram-se as aspas na palavra “maioria” para deixar claro que, nem sempre, um grupo denominado como “minorias” conta, efetivamente, com o menor número de membros, como é o caso das mulheres, que, embora em maior número, sofrem diariamente com comportamentos discriminatórios. Já grupos vulneráveis são indivíduos que não possuem um traço característico específico, mas, ainda assim, contam com alto risco de discriminação. Exemplos de grupos vulneráveis são membros de sindicatos, réus de perseguições penais, entre outros; já de minorias, podem-se citar os indígenas, homossexuais, negros, etc. A referida diferença prática entre os conceitos reside no fato de que o objetivo das minorias é a proteção e o reconhecimento da característica discriminante como algo fundamental a uma sociedade plural, ao passo que, em relação aos grupos vulneráveis, o objetivo é justamente a extinção dessa condição de vulnerabilidade (Leal; Lima, 2021, p. 152-153).

Pode-se afirmar, portanto que a diferenciação tem grande utilidade durante a implementação de políticas públicas específicas

voltadas à proteção de grupos vulneráveis e/ou minorias: “no momento em que se estiver tratando de uma minoria, deve-se pensar em uma estratégia que contemple a necessidade de reconhecimento de direitos, bem como a manutenção do seu traço cultural específico”, ao passo que, quando se estiver tratando de proteção de grupos vulneráveis, “a estratégia e mecanismos utilizados devem ser traçados de forma distinta, pois a pretensão não envolve essa manutenção, essa preservação, de determinado do traço cultural” (Leal; Lima, 2021, p. 154-155). É importante ter-se clara essa diferenciação terminológica, a fim de desenvolver planos, estratégias e ferramentas de proteção que atendam o objetivo específico e particularidade de cada grupo que se tenta proteger, sob pena de se incorrer em erros conceituais.

Neste ponto, faz-se necessário, por sua vez, resgatar a discussão exposta no primeiro tópico desta pesquisa, na medida em que a razão pública presente na teoria do discurso habermasiana possui três prismas: o moral, o ético e o pragmático, que podem auxiliar o administrador a identificar e resolver um problema público. Sob o prisma pragmático, um problema público poderia ser visualizado e resolvido a partir de imperativos semânticos que incidiriam sobre determinada situação fática. Já sob o prisma ético, o problema poderia ser visualizado e resolvido a partir da utilização da concepção de “vida boa” de forma que um determinado indivíduo, provavelmente um representante eleito, determinaria o comportamento o qual coincidiria com o seu conceito de vida boa e o faria reproduzir em uma determinada comunidade. Por fim, sob o prisma moral, o problema poderia ser visualizado e resolvido a partir de máximas com objetivo de universalização, ou seja, com a possibilidade de aceitação dialógica por todos os indivíduos da sociedade (Habermas, 2000, 133-135).

Um algoritmo, aqui considerado como uma sequência de instruções lógicas, ordenadas e não ambíguas o suficiente para que sejam entendidas por um computador (Domingos, 2020, p. 3), tem

como um de seus objetivos auxiliar o processo de tomada de decisão. E, para atingir este desiderato, algoritmos operam por meio da análise de probabilidades, isso porque eles não são dotados da capacidade de entender qualquer expressão que carregue consigo uma determinada subjetividade, como, por exemplo, “suficiente”, “bom” ou “ruim”, motivo pelo qual precisam de informações objetivas, que, geralmente, apresentam-se na roupagem de percentuais. A partir das probabilidades, um algoritmo é capaz de apresentar previsões de fatos e de comportamentos que irão auxiliar no processo de tomada de decisão, o que poderá resultar em impactos e riscos aos direitos humanos e fundamentais das pessoas (Mendes; Mattiuzzo, 2019, p. 47). O funcionamento dos algoritmos pressupõe a utilização de quantidades expressivas de dados, os quais, tratados, possibilitam a produção de respostas relevantes; para tanto, é necessária cautela na determinação de quais dados os algoritmos terão acesso, a fim de se evitar o fenômeno denominado de “discriminação algorítmica” (Hoffmann-Riem, 2020, p. 4).

No paradigma da sociedade da informação, marcado pelas incessantes trocas de comunicações e informações sobretudo no meio virtual, os dados utilizados por algoritmos são extraídos da realidade encontrada na sociedade. Os riscos são acrescidos na medida em que são utilizados algoritmos de inteligência artificial. Neste contexto, a diferença entre algoritmos simples e algoritmos de inteligência artificial é heurística, de forma que no processo de programação dos primeiros, são fornecidos os dados e estabelecido minuciosamente o caminho a ser percorrido pelo algoritmo até chegar a um resultado pré-estabelecido, ao passo que, nos últimos, os programadores restringem-se a fornecer os dados iniciais e pré-estabelecer o objetivo a ser buscado pelo algoritmo, outorgando a este a capacidade de escolher o caminho para tanto (DOMINGOS, 2020, p. 18). Neste processo, é possível que se estabeleçam vieses discriminatórios, que poderão refletir ou potencializar comportamentos preconceituosos ou

discriminatórios. Um exemplo interessante sobre a temática é o caso ChatBot Tay, produzido pela Microsoft. Este algoritmo foi criado com o objetivo de conversar de forma descontraída com os usuários do Twitter; entretanto, em um período menor que 24 horas, os usuários da rede social corromperam o algoritmo Tay, que passou a apresentar uma personalidade agressiva e preconceituosa, reproduzindo comportamentos nazistas, racistas e transfóbicos. Em nota¹², a Microsoft informou, em seu blog oficial, que uma vulnerabilidade específica do sistema permitiu que um ataque coordenado alterasse o propósito inicial de Tay (Zullo et al., 2021, p. 488-489).

Tendo, no horizonte, estes aspectos, com o advento da Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o ordenamento jurídico brasileiro passou a regular, expressamente, o tratamento analógico e digital de dados pessoais por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a fim de resguardar os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade humana¹³. (Brasil, 2018). A LGPD versa, contudo, apenas sobre o tratamento de dados de pessoa natural identificada ou identificável, de forma que os dados cuja titularidade pertence a pessoas jurídicas não estão sob a proteção desta lei, salvo no caso de estes conterem dados pessoais em conjunto (Vainzof, 2019, n.p.). De acordo com a LGPD, os fundamentos da proteção de dados pessoais são: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; os direitos humanos, o livre desenvolvimento

¹² LEE, Peter. Learning from Tay's introduction. *Microsoft blogs*, 25 mar. 2016. Disponível em: <https://blogs.microsoft.com/blog/2016/03/25/learning-tays-introduction/>. Acesso em 22 jul. 2022.

¹³ Art. 1º Esta Lei dispõe 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.

da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais¹⁴ (Brasil, 2018).

O conceito legal de dado pessoal sensível encontra-se, por sua vez, no art. 5º, inciso II, da LGPD e corresponde a dado que verse sobre a “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” (Brasil, 2018). Esses dados são assim considerados uma vez que, do seu tratamento, pode decorrer algum tipo de discriminação, implicando em riscos aos direitos de seus titulares, bem como de reprodução de vulnerabilidades historicamente existentes. A conceituação de uma categoria especial de dados sensíveis decorre de uma observação pragmática da diferença de tratamento destes em comparação com os demais (Vainzof, 2019, n.p.). Pode-se citar, como exemplos de tratamento diferenciado, a necessidade de um consentimento específico e destacado do titular dos dados sensíveis¹⁵; a possibilidade de vedação ou regulamentação do uso compartilhado de dados sensíveis pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD)¹⁶, bem como a vedação ao tratamento de dados sensíveis por interesse

¹⁴ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

¹⁵ Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

¹⁶ § 3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

legítimo; a impossibilidade de tratamento de dados sensíveis para a proteção de crédito e a formulação de scores¹⁷ (Lima, 2020, n.p.).

A proteção diferenciada aos dados sensíveis está intrinsecamente ligada ao direito de igualdade, na medida em que o tratamento diferenciado com base em características discriminatórias e estereotipadas clássicas protege a personalidade e o desenvolvimento de cada um. Isso porque a necessidade de proteção, aqui, decorre de uma cultura histórica de discriminação a determinados grupos, que tendem a se reproduzir no âmbito da sociedade da informação. Conforme referido, algoritmos apresentam suas conclusões a partir da análise de probabilidades e, muitas vezes, essas probabilidades referentes aos grupos vulneráveis e minorias são consistentes, porém, negativas, isto é, “por se tratarem de grupos historicamente discriminados, 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; Mattiuzzo, 2019, p. 54), de modo que este cenário precisa ser compatibilizado com o desenvolvimento econômico tecnológico.

A fim de regular o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, o Poder Executivo editou o Decreto n.º 9.319, de 21 de março de 2018, no qual instituiu o Sistema Nacional para a Transformação Digital (SinDigital), que é composto pela Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital), seus eixos temáticos e sua estrutura de governança¹⁸ (Brasil, 2018b). Entre as previsões do SinDigital está a necessidade de a economia digital ser desenvolvida dentro de um ambiente de confiança digital, de forma

¹⁷ Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011. Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei. II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

¹⁸ Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional para a Transformação Digital - SinDigital, composto pela Estratégia Brasileira para a Transformação Digital - E-Digital, seus eixos temáticos e sua estrutura de governança, nos termos do disposto neste Decreto.

que a ação governamental deve envidar esforços na proteção dos direitos, inclusive de privacidade, e na segurança do ambiente digital. Isto deverá ocorrer por meio do aprimoramento de mecanismos de proteção de direitos no meio digital, bem como do fortalecimento da segurança cibernética nacional, com o estabelecimento de mecanismos cooperativos entre os entes governamentais, os entes federados e o setor privado, a fim de que todos adotem as melhores práticas de coordenação de resposta a incidentes de proteção da infraestrutura (Vainzof, 2019, n.p.).

Analisando a situação à luz do processo de elaboração de políticas públicas, apresentado no tópico anterior, verifica-se que o Brasil está na fase de implementação. Existe um serviço público de proteção de dados pessoais, de forma que, após a Emenda Constitucional n.º 115, há um interesse constitucional explícito na proteção de dados pessoais. Logo, o problema público já foi identificado e incluído na agenda, formularam-se alternativas e a decisão foi tomada: a proteção diferenciada de dados sensíveis, com força de lei, a fim de prevenir eventuais discriminações, inclusive algorítmicas, motivo pelo qual devem ocorrer, neste processo de implementação, sucessivas avaliações, prospectivas e retrospectivas, no que se refere aos impactos sociais, econômicos e ambientais, bem como o alcance do objetivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destacados os pontos relevantes da teoria de Habermas, pode-se verificar que a democracia deliberativa por ele proposta está vinculada à teoria do discurso, que se refere, de modo distinto, a questões pragmáticas, éticas e morais. A depender da escolha entre estes três prismas, o processo de tomada de decisão, voltado à resolução de um problema público apresentará diferenças. Isso porque, conforme demonstrado no primeiro tópico, os argumentos

baseados em uma razão pragmática são voltados ao indivíduo de maneira egocêntrica; já os argumentos baseados em uma razão ética são voltados ao alcance da vida boa individual; apenas os argumentos baseados em uma razão moral têm pretensão de universalidade, onde todos os envolvidos serão beneficiados.

Deste modo, considerando-se que o Brasil utiliza o modelo democrático representativo, e que grande parte daqueles que são eleitos representantes não fazem parte das camadas mais vulneráveis da população, pode-se afirmar que a discriminação algorítmica, enquanto problema público, deve ser enfrentada a partir de argumentos baseados na razão moral habermasiana, sob pena de se reproduzirem discriminações históricas.

No segundo tópico, foram analisados os fundamentos do serviço público, enquanto instituto do direito administrativo, bem como o processo de elaboração de políticas públicas. O serviço público consiste no oferecimento de determinadas utilidades ou comodidades materiais, em virtude de sua imprescindibilidade ao atendimento de necessidades básicas sociais de um determinado contexto histórico-social, que devem ser proporcionadas pelo Estado como instrumento viabilizador de acesso aos direitos fundamentais. Portanto, pode-se afirmar que, no contexto atual da sociedade da informação, a proteção de dados pessoais deve ser oferecida pelo Estado, sob pena de se inviabilizar o acesso dos indivíduos a direitos fundamentais. Verificou-se, ainda, que o processo de elaboração de políticas públicas consiste em sete fases principais: a indicação do problema; a formação da agenda; a formulação de alternativas; a tomada de decisão; a implementação; a avaliação e a extinção.

No terceiro tópico, foram demonstradas as vulnerabilidades presentes na sociedade e como elas formam os chamados grupos vulneráveis e minorias, oportunidade em que foi destacada a importância da distinção conceitual entre ambos, a fim de realizar o devido enfrentamento, bem como foram relacionadas estas vulnerabilidades à proteção diferenciada de dados pessoais sensíveis

pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, com o objetivo de evitar o fenômeno da discriminação algorítmica. Neste contexto, a resposta ao questionamento proposto é no sentido de que existe, no Brasil, um serviço público de proteção de dados pessoais, em especial, após sua inclusão no catálogo constitucional de direitos fundamentais, de forma que há uma necessidade de implementação de políticas públicas voltadas à proteção de grupos vulneráveis e de minorias no contexto da sociedade da informação. Pode-se concluir, ainda, que, analisado o ciclo de políticas públicas, o Brasil está na fase de implementação da política, uma vez que o problema já foi identificado e inserido na agenda pública, já foram analisadas alternativas, que estão sendo implementadas, como exemplifica edição da LGPD, a proteção diferenciada de dados sensíveis, a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, bem como a instituição de um Sistema Nacional de Transformação Digital.

Data de Submissão: 22/02/2023

Data de Aprovação: 25/11/2023

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Maria Christina Morais

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; RECK, Janriê Rodrigues. **Direito & Ação Comunicativa: Apresentação e fundamentação teórica da matriz linguístico-pragmática de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito**. Porto Alegre: HS Editora, 2013.

BITTENCOURT, Caroline Muller; GABARDO, Emerson. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. **Interesse Público (IP)**, ano 23, n. 129, p. 41-73, set./out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018**. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9319-21-marco-2018-786355-publicacaooriginal-155087-pe.html>. Acesso em: 08 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 08 jul. 2022.

BRUCH, Tiago Bruno; RECK, Janriê Rodrigues. Participação popular enquanto elemento essencial da democracia e o constitucionalismo latino-americano. **Prima Facie**, João Pessoa, v. 21, n. 47, p. 47-73, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/61938>. Acesso em 14 nov. 2023.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DOMINGOS, Pedro. **A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo**. 10. ed. Lisboa: Manuscrito, 2020.

FISS, Owen M. La acumulación de desventajas. Traducción de Juan Francisco Patzán Sánchez. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 44, p. 95-129, 2021.

FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Democracia digital e avaliação continuada de políticas públicas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 119, p. 227-252, jul./dez. 2019.

GABARDO, Emerson. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009, 409 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso**. Traducción de M. Jiménez Redondo. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (editors). **Regulating Artificial Intelligence**. Springer: Cham, 2020.

LANES PILAU SOBRINHO, Liton; DOS SANTOS, Rafael Padilha. A política deliberativa e a esfera pública no pensamento de Jürgen Habermas. **Prima Facie**, João Pessoa, v. 13, n. 24, p. 01-43, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da Opinião Consultiva 24/2017. **Revista IUS ET VERITAS**, Lima, Peru, n.º 61, p. 194-205, dezembro 2020. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23085>. Acesso em: 14 nov. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Proteção de Minorias e Grupos Vulneráveis. **Revista de direito brasileira**, Florianópolis, v. 29, n. 11, p. 144-163, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6774>. Acesso em: 14 nov. 2023.

LIMA, Caio César Carvalho. Comentários aos artigos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16. In, MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. **Revista de Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019.

PINTO, Gerson Neves; LEMOS, Fabrício José Rodrigues de. O Diálogo entre Habermas e Rawls: Os fundamentos da justificação pública democrática em sociedades pluralistas. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 02, p. 198-224, 2019.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público: Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro, v.7, n. 2, p. 375-411, mai./ago. 2019.

VAINZOF, Rony. Comentários aos artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ZULLO, Bruno; TORRES, Maurilio; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: Reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. In BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). **Direito Digital e Inteligência Artificial**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

The Protection Of Sensitive Personal Data As A Public Policy For The Protection Of Vulnerable Groups And Minorities In The Face Of Algorithmic Discrimination

Dérikue Soares Crestane

Mônia Clarissa Hennig Leal

Abstract: The information society presents itself as a space where data circulate at a higher speed through the use of various technologies. The increase in media consumption and data demands greater care in protecting the fundamental rights of individuals. Certain groups of people have distinct characteristics that are often used for discriminatory purposes, and this discrimination tends to replicate in the digital environment in the form of algorithmic discrimination. Therefore, the question arises: is there a public service for the protection of sensitive personal data working to promote public policies aimed at protecting vulnerable groups and minorities from risks arising from the information society? The deductive approach, monographic procedural method, and the technique of indirect documentation were employed. The primary objective was to first outline an overview of Habermasian theory regarding the identification of public problems and how it relates to a public service for the protection of personal data. Subsequently, the foundations of public service were analyzed as an institution of administrative law, as well as the process of developing public policies. Finally, it was demonstrated that data protection, understood as a public service, should benefit everyone, serving as an instrument for public policies in the protection of vulnerable groups and minorities.

Keywords: Groups in vulnerable situations; Information society; Public service; Structural discrimination.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.65911>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)

