

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

Comissão de Direito Penal e Criminologia

Tema: Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2023, de autoria do Senador da República Randolfe Rodrigues (Rede/AP), com o intuito de alterar *“a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica”*.

Indicação 69/2023, feita por Laura Taddei Alves Pereira Pinto Berquó e Fernando Antônio Sodré de Oliveira: *“requeremos pela pertinência do tema tratado na referida PEC nº 29/2023, para que seja a presente indicação encaminhada para as Comissões de Direitos Humanos, Constitucional, Promoção da Igualdade Racial, Penal e Criminologia para fins de estudo, emissão de pareceres e posterior submissão ao Plenário.”*

Palavras-chave: PEC 29/2023; Viés algorítmico; Matéria penal; Criminologia.

I – Introdução

A Proposta de Emenda à Constituição nº 29, feita em 2023 pelo Senado, visa modificar a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica. O art. 5º da CF passaria a contar com o inciso LXXX, para garantir aos brasileiros o *desenvolvimento científico e tecnológico e assegurar a integridade mental e a transparência algorítmica*, “nos termos da lei”.

De acordo com a Indicação 69/2023, *“por entendermos que o ‘racismo algorítmico’ conforme cunhado por Tarcízio Silva é um tipo de racismo, sendo o racismo conduta repreendida pelo próprio Estatuto Básico em seu artigo 5º, LXIII, o assunto deve ir além da análise constitucional, deve ser analisado pelas comissões*

de Direito Penal e Criminologia. Embora a prática de racismo tenha sido tratada na Constituição Federal, é necessário lei infraconstitucional que aborde a nova modalidade. Caberia ao legislador, portanto, analisar a viabilidade de cumprimento.”

Segue, então, o exame deste Parecer, que abordará a necessidade de promulgação de nova lei federal para disciplinar o chamado “racismo algorítmico”.

II – Exame

II.a) Contexto: o racismo algorítmico e o Direito Penal

A expressão “racismo algorítmico” ou “discriminação algorítmica racial” é um fenômeno decorrente da instrumentalização de algoritmos e que suscita análise crítica das implicações legais decorrentes, considerando-se potenciais discriminações¹. Presumidamente neutro, o ambiente digital e algorítmico pode gerar expressões atentatórias à dignidade da pessoa humana.²

O reconhecimento facial, p.ex., opera mediante o processamento de elementos distintivos da fisionomia dos indivíduos, coletando informações específicas que, após submetidas a tratamento computacional, permite identificar pessoas. Esse tipo de dado, chamado biométrico, foi classificado como “dado pessoal sensível” na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), de nº 13.709/2018:

¹ COIMBRA, Jéssica Pérola Melo; BARBOSA E SILVA, A.; CORREIA MORAES, L. INTERSEÇÕES ENTRE RACISMO ALGORÍTMICO, RECONHECIMENTO FACIAL E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL. Revista Jurídica do Cesupa, v. 4, n. 2, p. 136-160, 21 dez. 2023.

² LIMA, Bruna Dias Fernandes. RACISMO ALGORÍTMICO: O ENVIESAMENTO TECNOLÓGICO E O IMPACTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL. 2022. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2022.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

II – **dado pessoal sensível**: 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**;

A complexidade de compreensão sobre o funcionamento desses algoritmos impede o escrutínio da criação, da captação e do tratamento das informações relativas a eles. Isso dificulta o controle de práticas abusivas/criminosas perpetradas por agentes públicos e particulares.³ O reconhecimento facial pode vir a ser especialmente eficaz para reduzir a liberdade e estigmatizar ainda mais grupos que já são submetidos ao sistema penal com maior frequência. Conforme pesquisa específica:

“o que se tem é o enraizamento tecnológico de preconceitos, ainda mais porque se tem a vaga crença de que, por se tratar de operações basicamente matemáticas, não haveria como reproduzir discursos racistas e preconceituosos através do seu emprego. (...) Ainda que haja a intermediação de máquinas para a comunicação, quem administra tanto as máquinas e sistemas continuam sendo indivíduos que possuem cada um a sua carga de vivências e preconceitos a serem trabalhados. Desse modo, verifica-se que sim, se não observadas algumas medidas de precaução, o uso de tecnologias de reconhecimento facial automatizado pode colaborar profundamente para o enraizamento do racismo nas estruturas sociais do Brasil. Em razão disso, é necessário, em primeiro lugar, transparência nos sistemas de auditoria dos algoritmos de aprendizagem, a fim de identificar possíveis vieses de discriminação e soluções para essa hipótese.”⁴

³ BENIGNO PORTO, Victor; KELLY CAVALCANTE ROLIM, Emiliana. O RECONHECIMENTO FACIAL E O VIÉS ALGORÍTMICO RACISTA: *FACIAL RECOGNITION AND RACIST ALGORITHMIC BIAS*. Brazilian Journal of Development, Curitiba/PR, v. 8, n. 2022, p. 33367, 29 abr. 2022.

⁴ LEAL DA SILVA, Rosane; DOS SANTOS RODRIGUES DA SILVA, Fernanda. RECONHECIMENTO FACIAL E SEGURANÇA PÚBLICA: OS PERIGOS DO USO DA TECNOLOGIA NO SISTEMA PENAL SELETIVO BRASILEIRO FACIAL. 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, [S. l.], n. 2019, p. 14, 2 set. 2019.

Em síntese, há interseção entre o racismo algorítmico e o Direito Penal, mas ela pede análise crítica prévia, de abordagem inicialmente mais ampla, extrajurídica, e que deve ir além de manifestações evidentes de discriminações praticadas por seres humanos para abranger as técnicas resultantes do desenvolvimento e do emprego de algoritmos especificamente atuantes na seleção/categorização de pessoas.

II.b) É necessária nova lei penal?

Não parece necessária nova lei para tratar do chamado “racismo algorítmico”, pois o crime já está tipificado na Lei nº 7.716/1989, mais especificamente no art. 20: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

Há, ainda, uma recomendação técnica ao Judiciário quanto ao sentido da expressão *discriminação*: “Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.”⁵ Assim, para o Direito Penal, a inovação de incriminação ora sugerida seria inócua do ponto de vista do controle da criminalidade e, justamente, por isso, deve ser dispensada.

Independentemente das demais questões jurídico-sociais a serem analisadas pelas demais comissões citadas na Indicação em exame, a alteração constitucional parece conveniente, entretanto, sob o ponto de

⁵ Sublinhei.

vista da Criminologia. A falha de programação e/ou de uso, intencionais ou não, de sistemas desenhados para a localização de pessoas pode discriminar e segregar com base em dados pessoais de identidade e de fisionomia, aprofundando ainda mais a desigualdade entre cidadãos brasileiros. Vieses algorítmicos podem representar fatores criminógenos.

E não há disciplina em norma brasileira sobre o funcionamento de tecnologias que o Poder Público utiliza ou pode vir a utilizar para o controle e a fiscalização de pessoas. Quando se trata de *softwares* que categorizam áudios, imagens e características físicas e psicológicas de seres humanos, a máxima transparência da formação e do funcionamento de algoritmos não parece prejudicar o desenvolvimento da sociedade.

Vale, por fim, o registro de que em março de 2022 este IAB apresentou Parecer (Indicação 01/21) sobre o anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para a persecução penal e segurança pública, recomendando “posterior discussão sobre a eventual cominação, no artigo 8º, parágrafo único, de sanções, penais e/ou administrativas, pelo uso inexato de dados e pelo tratamento da dados pessoais de forma ilícita.”

III – Conclusão e Parecer

Diante do exposto acima, e nos estritos limites da análise que cabe à Comissão de Direito Penal e Criminologia, este *Parecer* é no sentido de que:

- a)* Não é necessária a promulgação de lei federal para a tipificação da conduta de “racismo algorítmico”, pois a Lei 7.716/1989 já a descreve de modo suficiente a permitir a prevenção e repressão por parte do Estado. Incriminação nova, nesse cenário, tende gerar mais prejuízos sociais do que benefícios;

- b) A alteração constitucional é bem vinda de um ponto de vista da Criminologia (pelo menos), pois, como os vieses algorítmicos podem acentuar as taxas de criminalidade no país, a inovação estimula estudos com ênfase na preocupação com a maior transparência da codificação e do uso de algoritmos;
- c) Pode ser necessária a promulgação de lei federal (não penal) que discipline de modo detalhado os algoritmos voltados ao controle de pessoas com base em suas características físicas e psicológicas, de modo a permitir a fiscalização de entes reguladores e da sociedade civil.

Curitiba, em 29 de janeiro de 2024.


Gustavo Britta Scandelari

Membro da Comissão de Direito Penal e Criminologia do IAB

IV – Fontes consultadas

BENIGNO PORTO, Victor; KELLY CAVALCANTE ROLIM, Emiliana. O RECONHECIMENTO FACIAL E O VIÉS ALGORÍTMICO RACISTA: *FACIAL RECOGNITION AND RACIST ALGORITHMIC BIAS*. Brazilian Journal of Development, Curitiba/PR, v. 8, n. 2022, p. 33367, 29 abr. 2022.

COIMBRA, Jéssica Pérola Melo; BARBOSA E SILVA, A.; CORREIA MORAES, L. INTERSEÇÕES ENTRE RACISMO ALGORÍTMICO, RECONHECIMENTO FACIAL E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL. Revista Jurídica do Cesupa, v. 4, n. 2, p. 136-160, 21 dez. 2023.

LEAL DA SILVA, Rosane; DOS SANTOS RODRIGUES DA SILVA, Fernanda. RECONHECIMENTO FACIAL E SEGURANÇA PÚBLICA: OS PERIGOS DO USO DA TECNOLOGIA NO SISTEMA PENAL SELETIVO BRASILEIRO FACIAL. 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, [S. l.], n. 2019, 2 set. 2019.

LIMA, Bruna Dias Fernandes. RACISMO ALGORÍTMICO: O ENVIESAMENTO TECNOLÓGICO E O IMPACTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL. 2022. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2022.

SILVA, Tarcizio. VISÃO COMPUTACIONAL E RACISMO ALGORÍTMICO: BRANQUITUDE E OPACIDADE NO APRENDIZADO DE MÁQUINA, Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN), v. 12, n. 31, 2020.

SOUSA, Pedro. DIREITO PENAL NOS TEMPOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ENVOLVIDOS NO DESENVOLVIMENTO E NA OPERAÇÃO DE ALGORITMOS DE SELEÇÃO E RECRUTAMENTO EM RELAÇÃO AO CRIME DE RACISMO PREVISTO NO ART. 4º DA LEI

7.716/1989. 2023. 68 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.