

O USO DE ALGORITMOS NO VIÉS DA SELEÇÃO PROFISSIONAL E DADOS PESSOAIS: O RISCO DE DISCRIMINAÇÃO SEM LASTRO DE PERFIS GABARITADOS E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Douglas Belanda²⁵

Resumo: É incontestável que o advento da tecnologia trouxe ganhos imensuráveis para as sociedades ao redor do mundo e nas mais variadas vertentes, inclusive no ambiente profissional. No que concerne ao viés de labor e evolução, atualmente é notado, dentre outros, trabalho em home-office apurado e com êxito, controles de jornada e demais satisfatórios, documentos eletrônicos assegurados, tratativas profissionais rastreadas para devida proteção individual (evitando assédios e demais) e, outras importantes questões. Fato que, algumas searas do mundo tecnológico também desafiam o ramo do direito e denotam questões negativas, vide a falta de singularidade e trato nas relações individuais, o que coaduna com ambiente robotizado e que, nem sempre, é salutar para uma boa relação profissional ou proteção de dados. Dentre outros pontos, temos que somente o uso de algoritmos e dados para triagem e seleção de candidatos pode vir a ser algo maculado ou indesejado de certo modo na sociedade da informação,

25 Advogado. Graduado em Direito, Pós-graduado em Direito Constitucional e com MBA em Gestão Executiva de Empresas pela FMU/SP. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela FMU/SP. E-mail: belanda@uol.com.br.

justamente ao não proporcionar um ambiente saudável para concorrência e afim, já resguardando a autonomia privada para escolhas dos entes empresariais, por certo. Nesse contexto, o presente texto visa estudar com afinco qual o real impacto dos algoritmos e uso indevido de dados pessoais em processos seletivos do século XXI e, ainda, se existe algum contexto de discriminação, ferimento à direito fundamental e legislação pátria.

Palavras-Chave: Democracia, Direitos Fundamentais, Governança de Dados, Sociedade da Informação.

I. INTRODUÇÃO

A era da presente sociedade da informação reflete as mudanças cotidianas nas relações humanas e empresariais, em variados aspectos. Incontroso que, muitas vezes a evolução social está mais adiantada do que as nuances jurídicas, o que acontece certas vezes ao notarmos demandas judiciais desconexas de fatos ou decisões passadas, o que exige dos doutrinadores e juristas atuais grandes estudos e aprimoramentos técnicos, visando normatizar temas novos ou que causam certa insegurança social. Criando breves parênteses, há de se elogiar a atuação do Poder Judiciário (em geral e nas mais diferentes áreas de atuação) quanto busca incessante da atualização dos conceitos de direito e justiça, em árduo acompanhamento das necessidades, matérias e anseios sociais *versus* considerável volume de trabalho e questões de estrutura.

Superando a peculiar reflexão supra e para exemplificar tais institutos ou novidades jurídicas em seara global (que suscitam posicionamento governamental e legal), podemos abordar interessantes frentes, vide responsabilidade civil e criminal

quanto carros autônomos e desenvolvedores de softwares para tanto, discussões quanto vinculação profissional de trabalhadores de aplicativos (sem particularidade específica), bem como, idem responsabilidades jurídicas advindas de uso indevido de algoritmos ou dados que, de certo modo, podem ocasionar algum descompasso social e em processo seletivo, inclusive, pontos de discriminação (o que certamente deve ser eliminado e extirpado integralmente de nossa sociedade e em modo imediato, cabendo a nós - operadores do direito - atuar fortemente nesse sentido).

Relevante que, o direito vem sofrendo grandes mutações desde o transcorrer do século XIX ao XXI (muito em virtude do rápido desenvolvimento social e de certo modo, tecnológico), momento em que precisamos trabalhar com detalhes os impactos dos algoritmos nas relações profissionais e em processos seletivos, visando jamais obstar ou dificultar o desenvolvimento tecnológico, mas pelo contrário, estabelecer limites éticos e corretos para referido uso.

Afeto ao cerne de ética no bojo social e relações em si, observamos que tal pensamento já era suscitado por Aristóteles na Grécia antiga:

Ético era aquilo que o indivíduo, por esforço próprio, conquistava ao buscar a felicidade da *polis*, ou seja, o bem coletivo. Dessa maneira, o cidadão deveria ser ético não por interesses individuais, mas coletivos, ainda que esse comportamento lhe fosse prejudicial. Por ser uma construção mediante esforço individual, buscando a beleza do comportamento em prol da sociedade, foi apregoada uma simetria entre os comportamentos dos cidadãos da cidade. Bonito,

portanto, era o comportamento simétrico, ou seja, que atendesse ao interesse coletivo, não ao individual. (...)Estou falando da excelência moral, pois é esta que se relaciona com as emoções e ações, e nestas há excesso, falta e meio termo. Por exemplo, pode-se sentir medo, confiança, desejos, cólera, piedade, e, de um modo geral, prazer e sofrimento, demais ou muito pouco, e, em ambos os casos, isto não é bom: mas experimentar estes sentimentos no momento certo, em relação aos objetos certos e às pessoas certas, e de maneira certa, é o meio termo e o melhor, e isto é característico da excelência. Há também, da mesma forma, excesso, falta e meio termo em relação às ações. Ora, a excelência moral se relaciona com as emoções e as ações, nas quais o excesso é uma forma de erro, tanto quanto a falta, enquanto o meio termo é louvado como um acerto; ser louvado e estar certo são características da excelência moral. A excelência moral, portanto, é algo como equidistância, pois, como já vimos, seu alvo é o meio termo. Ademais é possível errar de várias maneiras, ao passo que só é possível acertar de uma maneira (também por esta razão é fácil errar e difícil acertar – fácil errar o alvo, e difícil acertar nele); também é por isto que o excesso e a falta são características da deficiência moral, e o meio termo é uma característica da excelência moral, pois a bondade é uma só, mas a maldade é múltipla. [...]. (2009, p.42)

Percebam que, a reflexão levantada por Aristóteles séculos atrás quanto ao contexto de ética e moral na sociedade podem

ser aplicadas hoje em diferentes óticas, sendo uma delas o uso dos algoritmos e dados no que reflete ao labor e direitos fundamentais, inclusive, afeto a seleção robotizada de profissionais por algoritmos mal calibrados, enviesados ou captura indevida de dados. Dentre outros temas essenciais que abordaremos, está o binômio da legalidade no uso de referidos algoritmos e dados para seleção *versus* aspectos de ética no referido trabalho.

Será que, ao lidarmos com ambiente puramente tecnológico apurado na atualidade, alguns conceitos técnicos e jurídicos, inclusive no direito do trabalho propriamente, devem ser alterados?

Algumas mudanças estruturais do direito são presenciadas quando fatos novos aparecem e ocasionam mudanças e sustos no ambiente profissional, vide a evolução do direito do trabalho bem exposta por Juliana de Fátima Boaventura:

[...]

O direito do trabalho surge perante as transformações sociais, econômicas e políticas, acarretadas pela revolução industrial. O capitalismo serviu de base para o surgimento dessa nova ciência. O trabalhador, explorado desumanamente, necessitava de normas protetivas, que assegurassem a sua dignidade. O direito do trabalho surge diante da luta de classe, da exploração abusiva do trabalhador, com intuito de melhorar as condições de vida do trabalhador assalariado. O liberalismo pregava o trabalho livre sem nenhum agente interventor ou regulador, omitindo a exploração degradante do trabalhador.

O intervencionismo Estatal nas relações de trabalho era necessário para a proteção das pessoas economicamente mais fracas. O Estado passa a intervir nas relações de trabalho por meio de normas protecionistas, irrenunciáveis, indisponíveis, imperativas (que impõe à vontade de seus destinatários). Ocorrendo, então, a redução da autonomia da vontade, ou seja, as partes poderiam contratar desde que respeitassem as normas trabalhistas. As normas trabalhistas nasceram amparadas por princípios, que visam o protecionismo da classe trabalhadora. O princípio protetor norteia todo o ordenamento jurídico do direito do trabalho, consiste na razão de ser do direito do trabalho. O trabalhador hipossuficiente necessita de proteção jurídica. Por meio do princípio protetor, cria-se uma desigualdade jurídica, através de normas protetivas, objetivando compensar a desigualdade econômica e social entre empregado e empregador. (2013, p.188)

[...].

Ora, é cristalino a ideia de que o direito (e direito do trabalho) foi sendo modificado ao longo das eras, justamente buscando o bem-estar social de referida relação laboral e social, entretanto, será que doravante é necessário que o poder público e legisladores atualizem o contexto de algoritmos, igualdade e dados, buscando fortalecer os critérios de democracia, autonomia da vontade e relações sadias no que reflete a sociedade da informação do século XXI e uso das tecnologias? O tema de igualdade humana nas relações (inclusive em paralelo aos temas profissionais e laborais), já com referido

contexto também histórico, é explicitado com primazia por Estêvão Mallet:

A evolução da humanidade se processa no sentido de redução das desigualdades entre as pessoas. Dá-se tal evolução, portanto, com a gradativa eliminação das discriminações. É evidente que isso ocorre com alguns sobressaltos, com marchas e contramarchas, como tão frequente se vê ao longo da história. Mas o sentido é nítido. Primeiramente há a divisão entre senhores e escravos; entre os que são pessoas e os que nem pessoas são, recebendo o tratamento de objeto de direito. O passar do tempo faz com que o elemento humano, comum a todos, prepondere e sejam as pessoas reconhecidas, indistintamente, como sujeitos de direito. Permanecem, todavia, outras distinções, como, em particular, a estabelecida entre nobres e servos, aqueles com mais direitos, os últimos com menos direitos. As Ordenações Filipinas, por exemplo, diferenciavam, no tocante ao procedimento para a realização da penhora, as pessoas comuns dos escudeiros, cavaleiros, fidalgos “ou dahi para cima”. Com as revoluções liberais do século XVIII e do século XIX, o elemento humano, o traço comum já mencionado, ocupa o espaço e as distinções desaparecem. É a consagração da igualdade formal; a abolição de qualquer discriminação em face da lei. Expressiva, a propósito, a referência contida no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”. No

Brasil, o princípio da igualdade manifesta-se, de início, no art. 179, § 13, da Constituição de 1824: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue...”. Adquire maior amplitude com a Constituição de 1891, conforme art. 72, § 2º: “Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. Manteve-se o princípio em todas as Constituições subsequentes, com modificações de redação apenas. Na Constituição de 1988 encontra-se logo no caput do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Para o legislador constituinte, como todas as pessoas naturais são seres humanos, não há mais distinções aceitáveis em face da lei, embora algumas poucas, resquícios de tempos pretéritos, tenham permanecido mais do que deveriam, chegando até a Constituição de 1988. Somente foram em definitivo revogadas com a edição de outra regra específica, ao lado do princípio geral enunciado pelo caput do art. 5º. (2010, p. 18 – 19).

Ademais, ao ser embutido diretamente o uso de dados e algoritmos em processos seletivos e já na atualidade (*versus* igualdade de condições), não estariam referidas empresas (em sentido amplo) se utilizando somente do viés tecnológico e abstrato, desconsiderando critérios subjetivos e importantes atrelado a essência de pessoas? (Necessário sempre valorizar

o ser humano). Essa dicotomia é abordada via analogia por Pedro Demo:

[...]

A criatividade acadêmica estaria em grande parte aprisionada pelo mercado, provocando forte seletividade nos cursos, em desfavor de compromissos históricos com os interesses coletivos da humanidade. Com efeito, o conhecimento mais inovador é provocado pelo mercado, que necessita do ímpeto destrutivo do conhecimento, particularmente do conhecimento dito pós-moderno, colocando a inovação mercantilizada como razão maior de ser. Neste sentido, ao falarmos de sociedade da informação ou do conhecimento é fundamental não perder de vista seu contexto econômico, para não supervalorizarmos o aspecto tecnológico, como se a face do progresso fosse a única. Trata-se de novo e sempre no capitalismo de progresso unilateral, extremamente concentrador de renda e poder

[...]

Apenas as pequenas e médias empresas se submetem, por exemplo, à competição capaz de favorecer ao consumidor, enquanto as grandes literalmente “fazem” os preços. Não por acaso, a grande empresa tem peso residual na produção do emprego. O pano de fundo capitalista revela que não se trata apenas da “sociedade”, mas principalmente da “economia” da informação, que, ademais, facilita enormemente a vola-

tilidade do capital, sem pátria, globalizado.
(2000, p.37 - 42)

[...]

A ideia não é de afastar o uso da tecnologia ou criar entraves (jamais), todavia, o cerne é abordar referido tema, que gera calorosos debates, não em viés proibitivo ou retrógrado, mas muito pelo contrário, o objetivo é fomentar e majorar o uso da tecnologia nas relações laborais (incluindo processos seletivos diversos e aplicativos ou softwares para tanto), todavia, estabelecendo limites e métricas quanto critérios de isonomia e legalidade (com proteção aos indivíduos, direitos humanos e empresas, incluindo a liberdade de atuação e autonomia da vontade), buscando algo justo e equânime e, já relembrando o citado por Aristóteles, a manutenção da ética individual, visando sempre o bem social coletivo.

2. DOS ALGORITMOS

O uso de algoritmo nas mais diferentes esferas da sociedade é algo comum e interessante, pois facilita diversos contornos e tratos sociais (compras virtuais e buscas na internet, dentre demais), algo incontroverso. Não obstante, o uso de dados e algoritmos idem em plataformas corporativas e laborais também não é algo ruim, dado que automatiza trabalhos repetitivos e que, por vezes, podem trazer ganhos aos profissionais e idem às corporações.

Portanto, “um algoritmo nada mais é do que uma receita que mostra passo a passo os procedimentos necessários para a resolução de uma tarefa. [...] Em termos mais técnicos, um algoritmo é uma sequência lógica, finita e definida de instru-

ções que devem ser seguidas para resolver um problema ou executar uma tarefa” (PEREIRA, 2009).

Outrossim, temos que o uso de algoritmo deve respeitar e atender totalmente as políticas afirmativas e sociais, visando ofertar oportunidades para todos, sem qualquer exceção ou distinção possível e, não obstante, sempre respeitando os preceitos legais que, dentre outros, estão previstos nos artigos 04, 05, XIII e 07, XX e XXXII da Constituição Federal (e demais), artigos 05, 372, 373-A, 377, 431 da Consolidação das Leis do Trabalho e outros, não desconsiderando demais temas legais afetos e leis esparsas em nível mundial (e tratados, *idem*).

É fato que a sociedade evoluiu e, os seres humanos e corporações buscam doravante meios de poupar tempo e eliminar atividades repetitivas, sendo que barrar esse processo é algo que certamente irá gerar descontentamento coletivo (e corporativo). A nuance, portanto, se perfaz em buscar um ponto de equilíbrio entre algoritmos e dados em plataformas laborais (buscas de emprego) e o uso correto e delineado em processos seletivos. Constate que, alguns conceitos e dicotomias no uso constante dos algoritmos são trabalhadas por doutrinadores expoentes, vide constatação de Ana Frazão:

Nesse sentido, algoritmos são fórmulas ou receitas para execução de tarefas, soluções de problemas, realizações de julgamentos e tomadas de decisões. Como tal, existem há muito tempo, sendo comum a referência ao algoritmo de Euclides, o famoso matemático grego, como uma das primeiras – senão a primeira – iniciativas nesse sentido. Só mais recentemente, no século XX, é que os algoritmos passaram a ser vistos no âmbito da ciência da computação como sequências

finitas de ações executáveis para a solução de um problema específico.

A controvérsia mais atual, na qual se insere a discussão da discriminação algorítmica, diz respeito à utilização de algoritmos cada vez mais complexos e sofisticados para a solução de problemas que não são objetivos e técnicos. Alimentados por bases de dados cada vez maiores, no atual contexto do big data, os algoritmos têm sido utilizados para decisões e tarefas que envolvem análises qualitativas e subjetivas, comumente marcadas por alta carga valorativa, tal como acontece nos julgamentos para classificação, ranqueamento e criação de perfis das pessoas. (2021, em portal web).

Em estudo interessante e muito bem delineado, as análises e considerações de Bruno Henrique Miniuchi Pellizzari e Irineu Francisco Barreto Junior – inclusive quanto aspectos das bolhas sociais:

Essa referida programação informática é denominada como algoritmo, sequência de comandos formulada por analistas de sistemas computacionais e que são alimentados pelos dados dos próprios usuários. Como os algoritmos são abastecidos de dados pessoais, geográficos, padrões de uso das aplicações informáticas e uma série de outros insumos gerados pela utilização das ferramentas computacionais dos usuários das aplicações de internet, há uma probabilidade bastante elevada de que esses algoritmos confinem, cada qual,

num ambiente moldado exclusivamente pelo reflexo de si próprio.

[...]

Apenas a partir do Século XIX os algoritmos passam a ser operados por máquinas que lançaram as bases do que viria a ser o moderno computador. Para Gilles ocorre atualmente a aceleração de projetos de inteligência artificial alicerçada em algoritmos, traçando cenário no qual se torna muito difícil antecipar como serão as máquinas no futuro, apesar de ser improvável imaginar que a máquina possa um dia substituir o homem. Algoritmos, portanto, representam um dos ativos mais valiosos na era da informação como mercadoria, como insumo para geração de dados. A inteligência artificial permite o desenvolvimento de algoritmos inteligentes, que aprendem com a própria experiência e passam a selecionar autonomamente as variáveis que considera mais adequadas para solucionar o problema proposto. (2019, p. 57 – 73).

Ademais, há de se salientar que os algoritmos são projetados, em primeiro momento, por seres humanos via desenvolvimento de software (em tese ou regra, com opiniões ou possibilidades divergentes) e, por esse turno, entendimentos desconexos ou projeções ruins podem ser iniciadas com óticas negativas, o que pode macular um processo seletivo ou travar dados de certo candidato, deixando o mesmo de ser notado para referida participação no pleito de escolha.

Destarte, as questões de “*machine learning*” ou a própria alimentação do sistema e aprendizado de máquina por repetição

também pode ser algo indesejável em tal processo, dado que é necessário calibrar as informações perquiridas e utilizadas dos candidatos, uma análise de reflexão subjetiva sobre os dados, algoritmos e demais contornos, ante estarmos falando e tratando de algo primordial e mais rico no universo, isto é, o ser humano em sua essência (o que sempre preservamos, por certo). O que não pode ocorrer, jamais, é que algum candidato seja obstado de participar de algum processo seletivo por outros motivos que não aptidões técnicas ou de correção de desvios históricos, sendo que a igualdade deve nortear sempre uma busca de perfil e, não critérios particulares que não agregam a qualquer disputa. Nesse sentido:

Daí porque, se a democracia contribui para uma maior igualdade, a maior igualdade também fortalece enormemente a democracia. Como lembra Carmen Lúcia Antunes Rocha, “democracia não combina com discriminação”¹⁰⁵. Por isso, no fundo, o combate à discriminação não é uma questão limitada. É questão muito mais ampla, que permite recuperar e atualizar os ideais que, no já distante ano de 1789, levaram à Revolução Francesa. É preciso pensar na liberdade não mais como aquela mera faculdade de exercer determinada atividade ou como mera liberdade econômica. A liberdade é muito mais do que isso. É a efetiva possibilidade de exercício de direitos. Já a igualdade – segundo postulado da Revolução Francesa – é a igualdade de oportunidades e de chances. Diferenças sempre haverá na sociedade. O que não pode haver é uma desigualdade de oportunidades. As diferenças devem resultar da diversidade de aptidão de cada

um e não da dessemelhança de fortuna, de nascimento ou de outros aspectos acidentais. Com tudo isso, talvez se consiga atingir o terceiro mote da Revolução Francesa, o mais ambicioso de todos e o que está mais ausente da sociedade nos dias de hoje: a fraternidade. (2010, p. 50 – 51).

Em mundo tecnológico e envolto em inovações diárias, questiona-se como aprimorar o uso de algoritmos e dados para que ocorram escolhas profissionais bem efetivadas quanto aos processos seletivos de candidatos? (Jamais levando em conta critérios pessoais e não técnicos). A ilustre OIT (Organização Internacional do Trabalho), em sua recomendação 111, afirma:

I. Definições

I. (I) Para os fins desta Recomendação, o termo “discriminação” inclui:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha o efeito de anular ou prejudicar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação que possa ser determinada pelo Estado-membro em causa, após consulta com organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e com outros órgãos pertinentes.

(2) Não será tida como discriminatória qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em requisitos inerentes a um emprego.

(3) Para os fins desta Recomendação, os termos “emprego” e “ocupação” incluem acesso a formação profissional, acesso a emprego e a determinadas profissões, e termos e condições de emprego.

Assim, é salutar abordar que a regra é a igualdade de oportunidades e eliminação de discriminações (inclusive na busca da tão sonhada oportunidade), sempre ressaltando que é necessário defender a autonomia da vontade do contratante, mas fomentando a transparência nos processos e trabalhos, inclusive, quanto requisitos técnicos e critérios da oportunidade e, de certo modo fiscalizando os algoritmos desenvolvidos para determinada plataforma quanto atuação discriminatória – o que novamente, deve ser rechaçado ao extremo e, caso seja comprovado algo ou atitude análoga, a devida punição deve ser aplicada, nas searas cíveis, regulatórias e penais – quando o caso próprio requisitar tais medidas.

Constatem que, em nenhum momento buscamos invadir a seara íntima e privada de qualquer instituição ou corporação (que por certo tem liberdade para contratar ou não qualquer ente, com respeito aos parâmetros legais), entretanto, tentamos com critério mais objetivo estabelecer diretrizes éticas e legais para fomentar o uso irrestrito de dados e algoritmos quanto processos seletivos, ajudando as corporações quanto agilidade, custos menores e assertividade nas contratações, mas idem, assegurando equilíbrio, proteção jurídica também afeto aos direitos fundamentais dos seres humanos

(que defendemos ao extremo), dos dados em si e um processo seletivo justo e equânime para o candidato que, em mercado voraz e infelizmente desajustado (altos índices de desemprego e outros), requisitam de mecanismos sérios para cravar um bom processo e participação, vencendo aquele que melhor se adequa aos anseios privados na ótica técnica e apropriada para a vaga, todavia, sem interferências externas, interesses ou particularidades desconexas e não condizentes ao cerne.

Ainda, é cristalino que existe um critério subjetivo muito forte nas demandas de seleção, e assim será por muito tempo, todavia e em era da sociedade da informação, se faz importante reforçar que os algoritmos devem ser calibrados para serem justos e isentos, jamais discriminatório quanto critérios diversos as competências profissionais. Não menos importante, cabe aos pensadores do direito, legisladores e instituições (públicas e privadas) que atuam no Século XXI, adotar cada vez mais políticas afirmativas e de inclusão, nos mais diferentes cenários e já abalizando o cenário concreto do Brasil.

Com isso e demonstrando conhecimento das diferenças existentes no Brasil (corrigindo lacunas de discriminação do passado), é louvável o posicionamento e parecer do Ministério Público do Trabalho nesse sentido, ao justamente relatar seu pensamento quanto processo seletivo delineado e aplicado por famoso e respeitado conglomerado varejista no Brasil (em que pese a nota abaixo ser considerada extensa, se faz necessária dado riqueza dos detalhes):

O argumento generalista da peça inicial, ao aduzir que “Em verdade, de acordo com a Constituição da República e com o ordenamento infraconstitucional, o racismo abrange qualquer conduta de discrimina-

ção em razão de raça, cor da pele e origem étnica em detrimento de qualquer pessoa”, não adentra na realidade concreta, nas questões jurídicas, sociais, históricas ou filosóficas, que pautam a legislação antirracismo. Primeiro, porque o racismo está previsto na Lei n. 7.716/89 como crime resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. No caso em exame, não se está diante dessa discriminação injusta, mas do benefício compensatório à população tradicionalmente alvo daquela discriminação ou preconceito. A ação afirmativa em foco, ao revés do alegado pelo autor, objetiva alcançar o grupo vulnerável historicamente discriminado, com permissivo legal expresso nesse sentido (arts. 2º, 4º e 39 da Lei n. 12.788/2010).

[...]

Terceiro, porque basta que sejam analisados indicadores sociais relacionados a trabalho, a educação, a saúde, a moradia, a segurança pública e a repartição de riquezas, que apontam a população negra em condição de desvantagem na sociedade brasileira, para concluir pela impossibilidade de conduta racista – dita “inversa” – na prática da empresa-ré. A convocação para o programa de trainee pela primeira vez destinado à seleção de pessoas exclusivamente negras (pretas e pardas) tem por motivação mitigar a realidade atual de ausência ou de insignificância numérica de profissionais negros nos seus cargos de

liderança da empresa, como confessado pela ré.[...]

Resulta, portanto, antijurídico o objeto da ação, qual seja, a tutela de interesses de grupo habitual e majoritariamente privilegiado no preenchimento das vagas na empresa, inexistindo pretensa discriminação injusta ao se instituírem ações afirmativas para promover igualdade racial nos seus quadros funcionais, notadamente quando é exigida pela Constituição Federal, ao preâmbulo e ao art. 5º, caput, incisos I e II (igualdade material e legalidade) e pela Lei n. 12.788/2010, aos arts. 2º, 4º e 39.

A tutela pretendida, ademais, encontra óbice no item I.4 da Convenção Internacional pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, ratificada pelo Brasil em 1967 (Decreto

Legislativo n. 23, de 21 de junho de 1967), que estabelece que não são consideradas discriminação racial as medidas especiais destinadas a assegurar direitos a grupos raciais discriminados: “não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos

ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais.”

O que notamos e incentivamos, por tal turno, é que os algoritmos devem e podem doravante serem usados positivamente para processos seletivos sempre equânimes e justos e, também, em demandas coletivas para corrigir distorções e desigualdades existentes no Brasil. A ideia é equilibrar a sociedade em suas nuances profissionais (vencendo o conhecimento técnico) e eliminando sempre discriminações – inclusive de algoritmos e, por fim, que ocorra sempre transparência nas divulgações de vagas e oportunidades, resguardando autonomia de vontade dos entes vinculados.

Passaremos a expor com mais cautela o contexto da proteção de dados e uso de plataformas, já defendendo a legalidade de tal sistema.

3. DA PROTEÇÃO DE DADOS E USO DE PLATAFORMAS SELETIVAS

Abordar o tema de proteção de dados com pormenores no Século XXI é algo necessário ao extremo, sempre visando proteger os usuários de internet e demais plataformas que capturem ou se utilizem de dados pessoais para qualquer aspecto, aqui englobando por certo as plataformas de emprego e outros.

De antemão, urge descrever que é lícito e legal o uso de algoritmos nas relações via internet (incluindo aqui plataformas de empregos e outros), tal qual captura de dados dos usuários, desde que seja para fins lícitos e de interesse do respectivo usuário, com a respectiva concessão de autorização para tanto e, salvaguardado os direitos ao conhecimento dos dados armazenados e tratamento conferido, prazo e mecanismos de guarda e zelo, bem como, eliminação do respectivo.

Note que a ciência e concordância do candidato quanto aos trâmites do processo deve ser antes de qualquer passo ou atitude sistêmica. Se faz plausível elencar que tais questões e informações refletem a troca de itens positivos em comum, tanto para os sites de relacionamento profissional quanto clientes propriamente, ou seja, em política de ganho comum (troca de interesses que coaduna com legalidade e boa-fé).

No mesmo sentido, a própria lei geral de proteção de dados respalda tais atividades e trocas de informações peculiares (em que pese lacunas específicas), vide Lei 13.709/2018, bem como, a Lei Federal 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias e direitos para uso da Internet, dentre outros temas e leis.

O que é proibido ou deve ser coibido, sem dúvidas, são informações coletadas sem autorização ou propósito e, que ainda, tenham seu fim alterado ou uso equivocado (vide alteração ou discriminação de algoritmos), gerando à vítima ou usuário direito a reparação de danos também em seara cível (artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, dentre outros por- menores e tipos legais). Agora, como identificar se os dados capturados e transformados em algoritmos estão atuando de modo a atrapalhar a relação entre empresa e candidato? Essa questão não é fácil de ser respondida, inclusive, pouco enfrentada na doutrina ou jurisprudência, sendo certo que um dos intuitos da presente reflexão e texto é justamente pensar em modos para equilibrar esses usos de dados e atuação em casos de problemas. Não existem respostas prontas ou as- sertivas, todavia, urge esse tema de maiores pensamentos e reflexões, buscando estabelecimento de métricas e afim para uso de dados em ambientes laborais, certamente.

Trabalhando o contexto de proteção de dados e relações laborais, o artigo de Célio Pereira Oliveira Neto e Ricardo Calcini:

A Lei 13.709/18, no entanto, não possui dispositivo abordando expressamente do tratamento de dados no contexto das relações do trabalho, tal como o RGPD. Mas, se a LGPD não possui menção expressa quanto à essa aplicação, os contratos de emprego estariam “libertos” das “garras” da lei? A resposta é negativa, afinal, a Lei 13.709/18 possui aplicação geral, e como tal, representa fonte subsidiária do direito do trabalho, nem sequer se fazendo necessário o uso do artigo 8º da CLT ante a aplicação do método do diálogo das fontes.

Ademais, as relações de emprego não estão inseridas nas excludentes do artigo 4º da LGPD, sendo os fundamentos, princípios e bases legais da Lei 13.709/18 plenamente aplicáveis às relações de trabalho, até porque a norma constitucional enuncia como princípio maior a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), assim como garante a igualdade (artigo 5º, caput), a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem (artigo 5º, X), e o direito à livre expressão (artigo 5º, IX), dentre outros direitos expressamente previstos na Carta Maior e na legislação infraconstitucional - esta última com destaque para o artigo 20 e ss. do CC que elencam os direitos da personalidade -, sem olvidar da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet).

Como se nota, antes mesmo da Lei 13.709/18 (LGPD), a responsabilidade da empresa para com os dados do trabalhador já tinha amparo na legislação, inclusive merecia aplicação das cláusulas gerais, dentre as quais a boa-fé objetiva e seus deveres colaterais, tais como de cuidado e proteção para com as informações e dados pessoais do empregado

[...]

Em outras palavras, o currículo não mais poderá adormecer em arquivos físicos ou digitais, pois tal procedimento, por si só, independente de vazamento, já representa desconformidade à LGPD

Na abertura do processo de seleção já devem ser consignadas informações aos candidatos quanto à finalidade da coleta e tempo de manutenção do currículo, até mesmo em atendimento a outro princípio o da transparência, que enseja a garantia de informações claras, precisas e acessíveis, observados os segredos comercial e industrial.

Assim, defendemos o direito de a plataforma coletar dados de usuários (mediante autorização e para fins puramente lícitos) e, ainda, usar algoritmos para melhorar e facilitar processos seletivos, desde que ocorra transparência e atendimento integral aos preceitos da LGPD, até mesmo, resguardando o uso de algoritmos aplicados em cernes de seleção, os quais também devem adotar critérios de justiça, igualdade e legalidade no pleito – sob pena de responderem por atos maculados perante o respeitado Poder Judiciário. Veja que,

adotar cautela quanto a dados e algoritmos não se trata de ferir a autonomia privada de qualquer ente, mas sim, requisitar informações quanto à contraprestação de algum tipo de trabalho e serviço, o que não é proibido na legislação do país.

Vivemos numa era de busca de transparência extrema e, em tal turno, explicitar sempre que possível os critérios objetivos para qualquer vaga, positiva o direito pátrio no que confere a busca da igualdade nas mais variadas vertentes do país. Para quem labora com esperança de indivíduos - vide fornecimento de vagas, divulgar critérios básicos de seleção (e nuances aplicadas dos dados e algoritmos) se faz importante e necessário em sociedade informatizada e que busca incessantemente relações fidedignas, corretas, éticas, seguras e duradouras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos em era de mudanças e inovações, o que é positivo em linhas gerais, desde que os preceitos de direitos humanos, constitucionais e infra sejam respeitados na íntegra, dentre os quais, controle de dados pessoais e uso sem discriminação de algoritmos.

O processo de ajuste do direito e legislação aos novos anseios sociais leva considerável tempo, todavia, contamos na atualidade com profissionais do judiciário, legislativo e executivo justos e prestativos para esse fim, o que diminui o descompasso entre fatos e aplicação da norma.

Não obstante essa questão, cabe a nós, operadores do direito, trabalhar com primazia o tema do artigo, buscando equilibrar o uso de dados e algoritmos nas referidas relações

sociais e profissionais (adicionando processos seletivos), para que todas as oportunidades sejam justas, equânimes e se baseiem em critérios técnicos e, não em condições ou situações particulares – exceto para corrigir distorções do passado – balanceando a autonomia da vontade, como bem aplicado pelo Ministério Público do Trabalho recentemente.

É interessante, sem dúvidas, buscar uma atuação pacífica no referido tema, alertando à sociedade quanto a necessidade de fornecimento de oportunidades para todos (relembrando a ética de Aristóteles), buscando sempre o bem comum e uma vida social satisfatória para os entes sociais e, nos mais variados aspectos. Assim, se faz importante preservar e balancear a autonomia da vontade (tal qual descrito), buscando adicionar nesse tema uso de dados e algoritmos para fins positivos no ambiente de labor, qual seja, sem itens de discriminação ou afim.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo/SP: Atlas, 2009, p. 42.

BOAVENTURA, Juliana de Fátima. **A IMPORTÂNCIA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO PARA A CLASSE TRABALHADORA: O SURGIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS FUNDAMENTADAS POR PRINCÍPIOS PROTECIONISTAS**. Rev. TRT18, Goiânia, ano 13, 2013, p. 188.

DEMO, Pedro. **Ambivalências da sociedade da informação**. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 37-42, maio/ago. 2000, p. 38.

FRAZÃO, Ana. **Discriminação algorítmica**. Publicado em 21 de jun. 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/06/21/discriminacao-algoritmica/>. Acesso em 03 de set. 2021.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **R111 - Sobre Discriminação em matéria de Emprego e Profissão**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242717/lang--pt/index.htm. Acesso em 10 de set. 2021.

MALLET, Estêvão. **IGUALDADE, DISCRIMINAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27616.pdf>. Acesso em 15 de set. 2021, p. 18 – 19.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – MPT. **Parecer em ACPCiv 0000790-37.2020.5.10.0015**. Datado de 13 de out. 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/parecer-acp-dpu-x-magalu-13-10.pdf>. Acesso em 03 de set. 2021.

NETO, Célio Pereira Oliveira Neto; CALCINI, Ricardo. **Adequação à LGPD no recrutamento e seleção de candidatos a emprego**. Publicado em 24 de set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-24/pratica-trabalhista-adequacao-lgpd-recrutamento-selecao-candidatos-emprego>. Acesso em 12 de set. 2021.

PELLIZZARI, Bruno Henrique Miniuchi; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **BOLHAS SOCIAIS E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: DITADURA DO ALGORITMO E ENTROPIA NA INTERNET**. Revista

de Direito, Governança e Novas Tecnologias | e-ISSN: 2526-0049 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 57 - 73 | Jul/Dez. 2019.

PEREIRA, Ana Paula. **O que é algoritmo?** Publicado em 12 de mai. 2009. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/programacao/2082-o-que-e-algoritmo-.htm>. Acesso em 05 de set. 2021.