

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

AIRES JOSE ROVER

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aires Jose Rover; Flavia Piva Almeida Leite; José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Governança. 3. Novas tecnologias. III

Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

Apresentação

No III Encontro Virtual do CONPEDI, realizado de 23 a 26 de junho de 2021, o grupo de trabalho “Direito, Governança e Novas Tecnologias I”, que teve lugar na tarde de 23 de junho de 2021, destacou-se no evento não apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados, mas pelos autores dos artigos, que são professores pesquisadores acompanhados de seus alunos pós-graduandos e um graduando. Foram apresentados 16 artigos objeto de um intenso debate presidido pelos coordenadores e acompanhado pela participação instigante do público presente na sala virtual.

Esse fato demonstra a inquietude que os temas debatidos despertam na seara jurídica. Cientes desse fato, os programas de pós-graduação em direito empreendem um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que as novas tecnologias impõem ao direito. Para apresentar e discutir os trabalhos produzidos sob essa perspectiva, os coordenadores do grupo de trabalho dividiram os artigos em três blocos, quais sejam a) proteção jurídica dos dados pessoais; b) algoritmos e inteligência artificial; e c) governança na sociedade em rede.

A proteção jurídica dos dados pessoais foi objeto do primeiro bloco de trabalhos, com as exposições e debates sobre os seguintes artigos: 1. “A Vulnerabilidade dos Dados Digitais e as Leis que Normatizam a Coleta no Cyber Espaço”, de Jackson Lucena Santos e Elaine Késsia de Freitas Lira; 2. “Efetividade dos Mecanismos Jurisdicionais para Concretização de Direitos: o Poder Judiciário como Instrumento de Aplicação da LGPD”, de Vinícius Borges Fortes e Vitor Luís Botton; 3. Proteção de Dados Pessoais dos Professores: das Vulnerabilidades do Ensino Remoto à Construção de Programas de Governança de Dados Pessoais nas Instituições de Ensino Superior”, de Rosane Leal da Silva; 4. “Tecnologias Vestíveis e Capitalismo de Vigilância: do Compartilhamento de Dados sobre Saúde e a Proteção dos Direitos da Personalidade”, de Raissa Arantes Tobbin e Valéria Silva Galdino Cardin; e 5. “A Aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para o Setor Financeiro, Considerando o Open Banking (Sistema Financeiro Aberto) e a ‘Nova’ Lei do Cadastro Positivo, de Thiales Borges Bonfim, Silvio Bitencourt da Silva.

Os algoritmos e a inteligência artificial foram o pano de fundo do segundo bloco de artigos apresentados, em que os problemas decorrentes de sua implantação foram apresentados e debatidos a partir dos seguintes trabalhos: 1. “Algoritmo, onde foi parar a Liberdade de

Expressão?”, de Ícaro Ataia Rossi e Karem Luiza da Costa; 2. “Projeto Victor e MCDA-C: (In)Compatibilidade com a Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial e com a Resolução 332 do CNJ”, de Eduarda Perini da Silva; 3. “Isso é Muito ‘Black Mirror’: o Uso do ‘Soft Law’ na Regulação de Discriminações Algorítmicas”, de Raphael Ferreira Santana Silva; 4. “Big Data, Softwares de Inteligência Artificial (IA) e a Proteção do Meio Ambiente Marinho”, de Camila Cristiane de Carvalho Frade, Daniel Alberico Resende e Henrique de Almeida Santos”; e 5. “A Responsabilidade Civil Frente ao Assédio de Consumo: Publicidade Excessiva e a Perturbação do Sossego”, de Stéphaney Cindy Costa Baptistelli.

As discussões acerca da governança na sociedade em rede congregaram as apresentações dos seguintes trabalhos: 1. “Plataformas Digitais e Regulação da Neutralidade da Rede: como a Regulação Atende aos Interesses de Companhias com Dominância de Mercado”, de Clara Leitão de Almeida; 2. “Da Governança Corporativa como Viabilizador da Sustentabilidade da Empresa ao Longo das Gerações”, de Marcos Carsalade Rabello; 3. “A Necessidade de Normatização sobre os Dados Pessoais Disponíveis nos Cartórios de Registros Públicos”, de Gelson Oliveira Ferri e Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz; 4. “Multiparentalidade e os seus Efeitos no Direito Notarial: o Papel da Tecnologia em Tempos de Pandemia”, de Jorge Alberto dos Santos e José Carlos Francisco dos Santos; 5. “Política em Rede: da Ampliação da Participação Política à Manipulação dos Cidadãos”, de Sarah Priscila Feitosa Alexandre e Lucas Gonçalves da Silva; e 6. “Atuação do Estado em Rompimentos de Barragens no Paradigma do Estado Democrático de Direito”, de Thiago Loures Machado Moura Monteiro e Antônio Luiz Lima Camargos Filho.

Os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno do tema “Direito, Governança e Novas Tecnologias”. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Aires José Rover

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof. Dra. Flavia Piva Almeida Leite

“ISSO É MUITO ‘BLACK MIRROR’”: O USO DO “SOFT LAW” NA REGULAÇÃO DE DISCRIMINAÇÕES ALGORÍTMICAS.

“THIS IS VERY ‘BLACK MIRROR’”: THE USE OF SOFT LAW IN REGULATING ALGORITHMIC DISCRIMINATIONS.

Raphael Ferreira Santana Silva

Resumo

Decisões tomadas por algoritmos estão cada vez mais presentes no dia-a-dia. Contudo, as decisões tomadas por essa tecnologia podem apresentar vieses que reproduzem preconceitos contra grupos sociais estigmatizados. Por isso, surge a necessidade de regulação de algoritmos. Na medida em que o avanço tecnológico não é um problema de um país só, mas um desafio global, o presente trabalho visa avaliar se o soft law internacional é um instrumento regulatório adequado para regulação de algoritmos. O estudo é feito correlacionando características apontadas pela doutrina e as características do problema regulatório.

Palavras-chave: Racismo algorítmico, Inteligência artificial, Regulação, Direito internacional, Soft law

Abstract/Resumen/Résumé

Algorithmic decisions are increasingly present in everyday life. However, the decisions made by this technology may present biases that reproduce prejudices against stigmatized social groups. Therefore, there is a need to adjust algorithms. To the extent that technological advancement is not a problem for a single country, but a global challenge, this paper aims to assess whether international soft law is an adequate regulatory instrument for regulating algorithms. The study is done by correlating characteristics pointed out by the doctrine and the characteristics of the regulatory problem.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Algorithmic racism, Artificial intelligence, Regulation, International law, Soft law

1. INTRODUÇÃO:

Joy Buolamwini, quando estudante do MIT trabalhou em um software de reconhecimento facial genérico para um trabalho da graduação. Ela utilizou um código encontrado na internet e não tardou a perceber que, embora parecesse funcionar perfeitamente com a sua colega de quarto, o software não conseguia detectar seu rosto.

Joy é uma mulher negra e constatou que o algoritmo não havia sido treinado com um espectro adequado de tons de pele. Ela teve que finalizar seu projeto com uma máscara branca para que fosse reconhecida. Anos mais tarde, em uma competição em Hong Kong, Joy se percebeu invisível a um robô social que realizava reconhecimento facial. Ao apurar com os desenvolvedores desse novo robô, descobriu que eles utilizavam um código similar ao que ela usou em seu trabalho. Todas essas situações levaram Joy Buolamwini a fundar a Algorithm Justice League (AJL), instituição do terceiro setor que visa apurar possíveis vieses discriminatórios em algoritmos de inteligência artificial, em especial em tecnologias de reconhecimento facial. (BUOLAMWINI, Joy, 2017)

De forma simples, pode-se definir algoritmos como uma sequência de instruções que diz ao computador o que fazer. Como uma escada que divide uma tarefa até chegar no topo. A inteligência artificial ou machine learning pode se definida como a prática de algoritmos de coletar dados, fazendo previsões automáticas e independente de nova programação. (DOMINGOS, Pedro, 2012)¹

Em uma sociedade cada vez mais permeada pelas novas tecnologias, onde quase todas as nossas vivências e experiências no mundo são cada dia mais perpassadas pelos meios digitais, o uso da inteligência artificial é cotidiano e, muitas vezes, invisível. Nesse contexto tendemos a confinar nas decisões tomadas por inteligências artificiais de forma quase que plena. Dificilmente paramos para questionar essas decisões, apenas as reproduzimos.

¹Uma outra definição mais própria da ciência da computação de algoritmo e inteligência artificial: “an algorithm is a process or set of rules to be followed in calculations or other problem-solving operations, especially by a computer. In computation, algorithms are rendered into software that can then process input data according to a set of rules and produce output in SILVA, S.; KENNEY, M. **Algorithms, Platforms, and Ethnic Bias: An Integrative Essay Phylon: Review of Race and Culture**, 2018

Contudo, o caso apresentado ilustra de forma significativa uma questão que aflige a inteligência artificial: a possibilidade de vieses na tomada de decisão dos algoritmos. Em especial, vieses que reproduzem preconceitos sociais contra grupos já estigmatizados. A inteligência artificial pode trazer desafios e consequências não tão óbvias, em um primeiro momento, mas que podem aprofundar um quadro de preconceitos e exclusões já existentes. Em que pese o racismo e outras formas de exclusão serem estruturais em nossa sociedade, o que se apreende é que o uso da inteligência artificial sem as devidas precauções pode ter o condão de aprofundar esse quadro.

Ademais, pode-se perceber através do caso que os vieses de algoritmos tem o potencial de se tornarem problemas transfronteiriços. Ressalve-se que o mesmo código que Joy usou para o trabalho no MIT foi utilizado em um evento em outro país. Com o advento da internet, a disseminação de informações e a massificação das comunicações, os algoritmos disfuncionais e discriminatórios podem ser facilmente pulverizados por outros Estados nações. Assim, compreendendo esse como um problema atual, relevante e com escala para afetar as relações internacionais, o presente trabalho perquirirá se as normas de “soft law” internacional são uma estrutura jurídica adequada para a regulação de algoritmos, quais as potencialidades e possíveis desafios do uso dessa técnica.

A definição do conceito de “soft law” é bastante desafiadora. Muito porque a própria ideia de soft law nasce da oposição ao “hard law” internacional, reconhecido como o direito internacional clássico e advindo das fontes tradicionais do direito internacional público. Nesse sentido, há divergência até se o “soft law” poderia ser entendido como uma fonte jurídica ou apenas um elemento da política internacional. Contudo, para fins desse trabalho, se considerará o soft law um instrumento jurídico, não dotado da oponibilidade dos instrumentos de “hard law”. Não se busca aqui desconsiderar as consequências jurídicas dessas normas, para além do convencimento político tradicional.

Considera-se o “soft law” internacional uma evolução do direito, com o objetivo de conferir dinamicidade diante das rápidas transformações da sociedade internacional. Em um contexto de fluidez da pós modernidade e do desenvolvimento do processo de globalização, as normas de “soft law” emergiram como uma necessidade da sociedade internacional. Portanto, o “soft law” pode ser entendido como um instrumento jurídico, mesmo que apresente consequências diversas dos tradicionais instrumentos de “hard law” e que

emergiram na sociedade internacional diante de uma necessidade de adaptabilidade aos influxos da pós modernidade.²

O objetivo do trabalho do presente trabalho é as compreender características, vantagens e desvantagens do uso do *soft law* como instrumento regulatório de vieses de algoritmos. Deve ser ressaltado que o presente trabalho não se propõe a ser um estudo exaustivo do instituto do *soft law* internacional. Pretende-se apenas demonstrar, de forma prática e concisa, os reflexos de seu uso a um objeto regulatório específico: Os vieses discriminatórios de inteligência artificial.

Por fim, deve-se destacar que esse artigo busca estabelecer contribuições ao Direito Regulatório em geral e em específico aos setores de regulação social, regulação da inovação e novas tecnologia, realizando análise crítica de instrumentos de regulação internacional.

2. Soft Law como fonte de regulação internacional de algoritmos.

O avanço tecnológico não é uma questão que concerne apenas os interesses internos dos Estados nação. Se, durante a revolução industrial isso já se impunha como verdade, após a globalização, o advento da internet e a competitividade mundial entre os mercados trata-se de questão auto evidente. Nesse sentido, os desafios enfrentados pelos avanços tecnológicos também são sentidos inegavelmente em escala global. Por essa razão, o trabalho analisará as potencialidades e os maiores desafios do uso *do soft law* internacional na regulação da inteligência artificial.

² Nesse mesmo sentido: “As suggested before, soft law instruments were not artificially created, they just emerged as a response to the legal need faced by the inter national community. They are the result of reality modelling international law, of international practice modelling the sources! There are many reasons why IEL has been and continues to be a fertile ground for soft law instruments to grow.” in CASTAÑEDA, F. A. C. A call for Rethinking the source of international law.

2.1 Principais potencialidades do soft law internacional na regulação de algoritmos.

Uma das principais características do direito internacional é a ausência de um legislador universal, não há uma instituição única responsável pela produção normativa internacional. (CASTAÑEDA, 2013). Nesse sentido, as fontes clássicas do direito internacional possuíam como paradigma o papel da vontade dos Estados na produção normativa. O artigo 38 da CIJ³ enumerava as fontes formais de Direito Internacional reconhecidas pela Corte. O chamado *hard law* internacional. Contudo, o direito internacional é restrito a essas fontes?

Na verdade, a doutrina argumenta que o art. 38 da CIJ descreve quais fontes normativas seriam oponíveis à Corte e não seria um limitante ao desenvolvimento do Direito Internacional. De fato, uma das principais críticas da sociedade internacional é a dinamicidade contemporânea. Diversos assuntos passaram a assumir relevância internacional como os investimentos internacional e as questões ambientais. O acelerado desenvolvimento tecnológico e as constantes inovações disruptivas inevitavelmente trazem o interesse internacional ao tema. Por seu turno, as discriminações algorítmicas alcançam relevância internacional por que permeiam todo o avanço tecnológico na inteligência artificial e tem o condão de se materializarem em diversos programas que usam a técnica. Ademais, como expresso no caso da Joy, os códigos de inteligência artificial com degenerações podem circular amplamente através da rede mundial de computadores, se disseminando facilmente para além das fronteiras dos Estados nação.

Assim, com o avanço da globalização, a intensificação dos processos de intercâmbio de informação, da interdependência e fragmentação da sociedade internacional, as fontes

³ 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

previstas no art. 38 da CIJ não conseguiram acompanhar essa dinamicidade.⁴ Uma sociedade pós moderna cada vez mais complexa e fluida, ansiava por soluções mais velozes e técnicas. A complexidade das questões internacionais levava a uma demanda por fontes alternativas, que não fossem pautadas no lento e difícil processo de busca pelo consenso dos Estados. A profusão de interesses difusos, a complexidade e tecnicidade das questões em contraposição à natureza lenta da busca pelo consenso através dos meios diplomáticos levaram a sociedade internacional a buscar novas bases para a solução de seus conflitos: O *soft Law* internacional.

Por essa razão, parte da doutrina sustenta que o *soft law* surge quase que como uma iniciativa natural do direito internacional. Seria uma consequência natural da forma como as relações internacionais se estruturam. Não se trata de uma forçosa iniciativa de expandir o objeto de atuação do direito internacional. Ao revés, as questões alçadas à ceara internacional exigiram um novo modelo de soluções, uma nova demanda por repensar as fontes do direito internacional. Ademais, muitos sugerem que a própria elevação dessa miríades de questões à seara internacional levou a um mundo “pós regulatório”, em que a regulação não seria exercida apenas pelos Estados no seu direito interno. (ABBOT, 2012) Diante da complexidade da sociedade internacional e do aprofundamento do processo de globalização, houve uma demanda cada vez maior por fontes mais dinâmicas e que fossem capazes de adotar decisões técnicas. Nesse contexto o *soft law* se apresenta como uma fonte do direito internacional.

Contudo, em contrapartida, a própria definição do que seria uma norma de *soft law* é fluida e imprecisa. Cárdenas Castañeda estabelece dois requisitos mínimos para que uma emanção normativa seja alçada a categoria de *soft law*. Primeiramente, é necessário tratar-se de uma norma escrita. O direito internacional não admite um “*soft law* costumeiro”. Nesse contexto é necessário que exista um *instrumentum*, um documento que materialize a norma. Todavia, há uma gama ampla de documentos que podem conter normas de *soft law*, não havendo grandes exigências formais. Podem ser encontradas em documentos de *hard law*, mas também em documentos políticos e até em documentos não jurídicos. (CASTAÑEDA, 2013). Outra exigência é que essas normas surjam de forma espontânea, sem a necessária

⁴ Nesse sentido, pode-se destacar: “That reality in its turn includes fast changes, the need for prompt reaction vis á vis issues of global concern, proliferation and diversification of international subjects, globalization, interdependence and the fragmentation of international law where IEL has emanated” CÁRDENAS CASTAÑEDA, F. A. A call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 13, p. 355–403, 2013.

intervenção dos atores de direito internacional clássico. Exigindo-se apenas que o agente regulador possua atuação relevante no cenário internacional.

Nesse contexto, é possível observar que a informalidade e a velocidade com que as normas de *soft law* são produzidas podem se adequar a atender as demandas da regulação de novas tecnologias e da inteligência artificial. Os processos de negociação de tratados muitas vezes se estendem por um lastro de tempo incompatível com a regulação de tecnologias. Ademais, a marca da informalidade também acaba por gerar mais flexibilidade e adaptabilidade dessas normas às transformações sociais geradas pela inovação.

Uma das principais vantagens do *soft law* é sua especialização. (CHINKIN, 2019). Os atores que produzem normas de *soft law* tem a característica de serem altamente especializados em certas temáticas. Essa especialização técnica é fundamental para a gestão de quadros de riscos e incertezas, em especial porque a produção de pesquisas sobre os temas regulados pode levar a crescente instabilidade das decisões. As decisões regulatórias sobre matérias complexas em situações de incerteza acabam por se tornarem “temporárias”. Muitas vezes o próprio avanço científico demanda uma revisão de rumos e a construção de novas soluções. Por essa razão, é fundamental que essas decisões sejam tomadas por entidades técnicas, que conhecem bem as demandas e desafios do setor tecnológico.

Outrossim, os vieses na tomada de decisão da inteligência artificial tem origens e fundamentos muito complexos. A própria percepção dos vieses, muitas vezes, é difícil. Desse modo, qualquer instituição que se proponha a regular essa realidade, precisa possuir profundos conhecimentos técnicos. É necessário que haja pesquisa científica em diversas áreas do conhecimento. Um esforço multidisciplinar para diagnosticar quando essas discriminações acontecem, estabelecer parâmetros e métodos de controle, bem como propor e desenhar soluções regulatórias.

A diversidade dos atores que produzem normas de *soft law* é outra vantagem do instrumento. Diferentemente das normas de *hard law*, cuja produção passa, essencialmente, pela vontade dos Estados, as normas de *soft law* podem ser produzida por uma diversidade de atores. Na verdade, qualquer ator, estatal ou não, que possua relevância internacional pode produzir normas de *soft law*. A doutrina destaca, como principais exemplos, os próprios Estados, as Organizações Internacionais e, também, atores novos, como ONGs reconhecidas internacionalmente, empresas multinacionais com especialidade em determinado setor. Isso leva a uma maior dinamicidade, clareza e especialização técnica dos reguladores

internacionais.⁵ Há uma ideia de universalidade de participação na construção da regulação internacional já que basta que a entidade assuma relevância em determinado tema de interesse da sociedade internacional para que possa produzir diretivas escritas de comportamento.

Nesse contexto, os processos de autorregulação e metarregulação das multinacionais do setor tecnológico são uma das mais importantes fontes de *soft law* na regulação de tecnologias. É possível constatar que decisões empresariais de companhias tecnológicas podem alcançar e alcançam facilmente relevância internacional. Assim, essas empresas frequentemente decidem por realizar autorregulação em questões altamente técnicas, cujas informações não sejam facilmente franqueadas aos agentes reguladores.

De forma simplificada, a autorregulação pode ser entendida como a circunstância em que o sujeito regulador e o sujeito regulado são o mesmo agente ou fazem parte do mesmo grupo de agentes.⁶ (COGLIANESE; MENDELSON, 2010). Um processo em que grupos organizados regulam o comportamento de seus próprios membros (ABBOT, 2012). A metarregulação ocorre quando atores externos estimulam que os alvos se autorregulem. (COGLIANESE; MENDELSON, 2010). Assim, enquanto a autorregulação é a técnica regulatória onde há a confusão da figura do agente que produz a norma reguladora e do que sofre a regulação, a metarregulação se trata de um estímulo externo para que esses atores adotem esse comportamento.

A doutrina aponta que as técnicas de autorregulação e metarregulação são especialmente aplicáveis em situações de assimetria de informações, em setores altamente complexos e para regular riscos emergentes. São recomendáveis em face de problemas complexos, de difícil aferição, quando a própria indústria possui recursos mais eficientes para o diagnóstico e para sanar o problema.⁷

⁵ “The rules may be created by states, international organizations or even private subjects¹⁴⁶ with certain international importance like well recognized NGO’s, or multinationals with dominance in particular sectors.” CÁRDENAS CASTAÑEDA, F. A. A call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 13, p. 355–403, 2013.

⁶ Nesse sentido, destaca: “Self-regulation refers to any system of regulation in which the regulatory target—either at the individual-firm level or sometimes through an industry association that represents targets—imposes commands and consequences upon itself.” e “Meta-regulation refers to ways that outside regulators deliberately—rather than unintentionally—seek to induce targets to develop their own internal, self-regulatory responses to public problems.” COGLIANESE, C.; MENDELSON, E. Meta-Regulation and Self-Regulation. *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010.

⁷ Segue: “Self-regulation and meta-regulation may also allow regulators to address problems when they lack the resources or information needed to craft sound discretion-limiting rules. Sometimes this occurs when a regulatory problem is complex or an industry is heterogeneous or dynamic.” COGLIANESE, C.; MENDELSON, E. Meta-Regulation and Self-Regulation. *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010.

O *soft law* também pode ser uma forma sofisticada de pressionar Estados para realizarem mudanças no seu direito interno ou levarem a produção de normas de *hard law*. Um bom exemplo foi realizado pela Amazon ao proibir o uso de tecnologias de reconhecimento facial pela polícia dos EUA até que realizassem uma regulação apropriada para definir os limites éticos do uso dessa tecnologia. (G1, 2020) Essa foi uma preocupação essencialmente com *false flags* ou alarmes falsos no uso dessas tecnologias por policiais que são desproporcionalmente mais recorrentes em afroamericanos, em decorrência de vieses discriminatórios de algoritmo. Esse é um exemplo do uso da autorregulação, inclusive levando ao banimento temporário do uso de uma tecnologia, com o objetivo de pressionar politicamente o agente regulador. Outra atuação são os códigos de conduta de usuário que podem vetar comportamentos discriminatórios em plataformas e evitar que esses dados contaminem as decisões futuras dos algoritmos.

Por outro lado, para que as técnicas de autorregulação e metarregulação sejam efetivas, é necessário que os agentes econômicos tenham incentivos para realiza-la. Muitas vezes, em um contexto de tamanha assimetria de informações e falta de transparência pode ser vantajoso ao agente econômico valer-se de sua posição para ocultar essa informação. Essa pode ser uma constante no contexto das discriminações algorítmicas. O consumidor médio possui poucos conhecimentos sobre o funcionamento da inteligência artificial e os vieses em algoritmos acabam por representar uma consequência secundária ao desenvolvimento daquela tecnologia. Assim, pode não ser tão difícil às grandes companhias de tecnologia ocultar suas falhas.

Nesse estado das coisas a transversalidade dos atores internacionais pode ser fundamental para gerar transparência e accountability a regulação de algoritmos. Organizações Internacionais, Estados e ONGs podem atuar em sinergia para desenvolver um desenho regulatório adequado. Organizações como a *Algorithm Justice League*, fundada por Joy, pode levar ao grande público o conhecimento dessas falhas, expor as empresas de tecnologia que comercializem produtos com algoritmos enviesados. Assim, uma das grandes vantagens das normas de *soft law* é garantir a participação de uma gama maior de atores internacionais no processo de regulação internacional. Busca-se garantir uma participação maior de diversas entidades com interesses diferentes e dessa sinergia fazer surgir melhor desenho regulatório.

Essas ONGs, Organizações de Direitos Humanos e outros grupos de atuação podem exercer pressões políticas e o que a doutrina denomina o *power of shame*, o poder da vergonha. Esses grupos podem expor essas falhas através de relatórios de trabalho, pesquisas científicas e constranger as empresas que não adotam standards adequados de controle a se adequarem. Podem constranger Estados e Organizações Internacionais a produzirem normas de *hard law* e pressionar por melhores legislações internas. Esses grupos podem atuar como verdadeiros *watchdogs* ou observadores independentes dos standards éticos do desenvolvimento tecnológico.

Além disso, convém destacar que as normas de *soft law* possuem um caráter informativo e educativo. Tem o potencial de expor para a sociedade internacional as dimensões e gravidade do problema. Podem demandar das empresas de tecnologia maior transparência dos códigos fontes dos algoritmos e colaborar, de forma técnica, para o melhor desenvolvimento da tecnologia.

Pode-se constatar que o direito internacional caminha para deixar de ser um direito estático, mas suas decisões comportarem a interação de diversos atores de forma transversal. Há uma convergência de instrumentos de *soft law* de forma dialógica e complementar. De fato, isso eleva muito a complexidade da regulação, mas também permite aprimoramento e adaptabilidade das soluções regulatórias, bem como a acomodação de interesses diversos na tomada de decisão. Possibilita-se que as decisões alcançadas tenham melhor qualidade técnica e consigam refletir o interesse de uma pluralidade maior de atores.

Ademais, as normas de *soft law* podem levar a instrumentos mais criativos e desempenhar papéis mais plurais. Atuam constantemente através do poder do convencimento, constrangendo o agente regulado a realizar ou deixar de realizar seu comportamento sem prescrever normas de comando e controle, mas apenas pelo tão só poder de levar a um constrangimento. São instituições que gozam de credibilidade e *know how* nas suas áreas de atuação e, portanto, norteiam a opinião pública internacional e o comportamento de outros atores. Também tem o papel de disseminar informações para a sociedade civil internacional e propor debates políticos.

Assim sendo, como asseverado anteriormente, esse trabalho não tem o objetivo de esgotar todas as potencialidades do uso do *soft law* para a regulação de algoritmos e, muito menos, na regulação de tecnologia. Buscou-se delimitar as principais potencialidades no instituto, seu escopo de atuação para, ao final, concluir se é um instituto adequado para evitar

as discriminações em inteligência artificial. Após, busco destacar os principais desafios do uso do soft law para a regulação de vieses de inteligência artificial.

2.2 Principais desafios apresentados pelo soft law internacional na regulação de algoritmos.

Na subseção anterior, foram apresentadas algumas das vantagens do uso de normas de soft law na regulação de novas tecnologias e, em especial, na regulação de algoritmos de inteligência artificial. Agora, passaremos a análise dos desafios no uso dessa técnica. Quais os principais questionamentos que no uso do *soft law* internacional que podem se refletir na regulação de algoritmos?

Talvez o principal dificuldade do uso do *soft law* internacional é a uma crise de legitimidade. Como destacado anteriormente, o rol do art. 38 do CIJ não inclui as normas de soft law internacional como fontes aceitas pela Corte Internacional de Justiça. Como explicitado também, muitas críticas são feitas a interpretação taxativa do rol do art. 38, contudo é fato que não há um reconhecimento formal, via tratado ou outra fonte de *hard law*, das normas de soft law como fontes do direito internacional.⁸

Contudo, um dos principais atributos genéricos de uma fonte de direito é sua legitimidade. A aceitação de que o texto normativo apresentado emana de uma fonte fidedigna e legítima é relevante para garantir a observância e aderência do particular ao comando normativo. Em que pese os reguladores internacionais gozarem de bastante credibilidade em sua área de atuação, isso não significa, necessariamente, que gozem de legitimidade como fontes do direito internacional.

Nesse contexto, é possível questionar quais os limites de interferências entre as normas de *soft law* e o *hard law* e o direito interno. Qual a legitimidade das Amazon em

⁸ Não por outra razão, a maior parte da doutrina, embora reconheça consequências jurídicas nas normas de soft law, não atribui a elas parte da formação do direito internacional. Nesse sentido: “Soft law rules have legal implications in international law; however they do not seem to be direct on the formation of law (yet!142), although usually they appear through the traditional sources, namely treaties, customary law or general principles.143 Thus, they do not seem to affect *per se* international law, even though, they may affect somehow the sources of article 38 of the ICJ Statute.” in CASTAÑEDA, F. A. C. A call for Rethinking the source of international law.

exigir uma regulação mais forte no uso de reconhecimento facial por autoridades policiais? Será aceitável considerarmos que uma empresa multinacional privada, que possui interesses comerciais, possa interferir de forma tão direta na política de segurança de um Estado-nação?

Outra questão relevante é a falta de transparência dos interesses por trás dos agentes reguladores internacionais. Muito embora a regulação internacional por *soft law* permita a participação de uma pluralidade de atores que estatutária e institucionalmente almejam defender interesses específicos, na atuação prática não há transparência quanto às razões que levaram à emanação de determinadas normativas. No exemplo apresentado, as empresas de tecnologia poderiam aproveitar-se de um contexto político favorável à pauta das discriminações algorítmicas (como a onda de protestos por igualdade racial nos EUA) para exigir uma resposta regulatória que dificulte a entrada de novos atores nesse mercado. Assim, o interesse da companhia pode ser diverso do que aparenta ou do que o que legitimaria a intervenção.⁹

Pode-se constatar que há uma linha tênue que separa a interação esperada entre agentes reguladores internacionais e Estados e a captura regulatória. É difícil aferir em que circunstâncias a atuação desses agentes poderia ser considerada compatível com a finalidade da regulação e quando não se trataria apenas de uma tentativa de valer-se da sua influência internacional para capturar os agentes reguladores estatais. De forma bastante sintética, pode-se definir a captura regulatória como a circunstância em que a atuação das agências não reflete mais os interesses da coletividade, mas passam a reproduzir o interesse dos setores regulados.¹⁰ Deve-se destacar que essa teoria não é imune a críticas, principalmente porque os sistemas regulatórios são dotados de tamanha complexidade de interações que é muito difícil que apenas um interesse seja expresso no comando regulatório. Contudo, diante da complexidade do setor tecnológico, em especial na regulação da inteligência artificial e a

⁹ Nesse sentido: “it can be undermined due to lack of accountability and transparency in the regulatory scheme, and when industry and third-party actors form part of the regulatory landscape, this perception is heightened” in ABBOT, C. Bridging the Gap — Non-state Actors and the Challenges of Regulating New Technology Author (s): Carolyn Abbot Source : Journal of Law and Society , Vol . 39 , No . 3 (September 2012), pp . 329-358 Published by : Wiley on behalf of Cardiff University S. **Journal of Law and Society**, v. 39, n. 3, p. 329–358, 2012

¹⁰ Corroborando nesse sentido: “This essentially cooperative approach does, however, raise the risk of regulatory capture. Capture theory stems from the perception that regulatory agencies fail to meet collectively agreed public interest goals because they are (or become) 'captives' of the industry they regulate.” in ABBOT, C. Bridging the Gap — Non-state Actors and the Challenges of Regulating New Technology Author (s): Carolyn Abbot Source : Journal of Law and Society , Vol . 39 , No . 3 (September 2012), pp . 329-358 Published by : Wiley on behalf of Cardiff University S. **Journal of Law and Society**, v. 39, n. 3, p. 329–358, 2012

concentração de recursos em poucos atores, o poder de influência do setor regulado pode se tornar mais evidente.

O mundo atual está imerso em soluções tecnológicas e o desenvolvimento econômico e científico das sociedades é umbilicalmente ligado às inovações e, em especial, a inteligência artificial. Esse quadro acaba por catapultar as empresas de tecnologia a uma posição de dominância e dá um poder de influência sobre governos muito elevados. Nesse sentido, conferir legitimidade de *soft law* internacional a autorregulação das empresas de tecnologias poderia elevar ainda mais esse grau de influência.

Ademais, tampouco a atuação das entidades de terceiro setor internacional estariam imunes a críticas. Se, por um lado, as empresas de tecnologia se apresentem como verdadeiras caixas pretas para seus usuários, havendo uma grande opacidade no desenvolvimento de algoritmos. Por outro, os interesses das entidades de terceiro setor, ONGs e Organizações Internacionais nem sempre é transparente. Essas organizações podem exercer influência e pressão política inclusive para levar a revelação de segredos industriais, para influir na concorrência e na inovação.

Merece questionamentos também se a regulação da inovação deveria se submeter às intemperes das pressões políticas internacionais. Muitas vezes é necessário que o desenho de políticas regulatórias obedeça certos padrões de previsibilidade e segurança. Desse modo, acontecimentos políticos complexos, como a onda de protestos por igualdade racial nos EUA influenciam as decisões regulatórias de empresas como a Amazon, mas não há garantias na manutenção dessas mudanças. A pauta de discriminações de inteligência artificial não é muito difundida e comentada pela mídia global, mas certamente tem o potencial de gerar bastante comoção política. Assim, será que é legítimo que a regulação de um setor importante como a inovação possa variar ao sabor das intempéries políticas, principalmente instrumentalizando uma pauta tão importante, como o combate à discriminações? Quais as garantias que essa pauta não será apenas um pretexto para gerar decisões temporárias e insuficientes, apenas para catapultar interesses econômicos imediatos?

Outra questão relevante é a falta de participação dos indivíduos na construção e no controle das decisões regulatórias de *soft law*. O direito internacional reconhece o papel do indivíduo como sujeito de direitos há muito tempo, contudo o processo de participação da sociedade civil internacional na composição e controle desses atores é ainda incipiente. Mesmo que a internet tenha dado a possibilidade que mensagens e discursos circulem mundo

à fora, como o relato de Joy e seu episódio de racismo algorítmico, não há garantias que essas posições sejam levadas em conta no processo de tomada de decisão dessas organizações internacionais. Pelo contrário, na maioria das vezes os indivíduos sequer sabem da existência dessas entidades especializadas. No tocante às companhias de tecnologia, o quadro ainda se apresenta mais dramático. Por se tratarem de empresas privadas, atuantes no mercado, sequer se cogita a obrigatoriedade de incorporar a sociedade civil nos seus processos de tomada de decisão. Ao revés, o desenvolvimento da inovação é um setor repleto de segredos industriais, que demandam diversas precauções e cautelas. Assim sendo, a sociedade civil internacional pode se tornar muito distante da tomada de decisão dessas empresas.

A impossibilidade de previsão de normas de comando e controle através do *soft law* também é um grande desafio. Por sua natureza, as normas de *soft law* possuem um caráter “recomendatório” e não repressivo. Uma de suas principais características é a ausência de coercibilidade. Previsões de natureza criminal precisam necessariamente perpassar pela regulação estatal. Não há que se cogitar que normas de *soft law* prevejam tipos ou sanções penais. Em um contexto de discriminações algorítmicas, pode ser necessário que a regulação do setor preveja sanção punitivas com o escopo de evitar essas práticas tão nocivas ao interesse coletivo da sociedade internacional e o *soft law* não conseguirá corresponder a essa demanda.¹¹

Outrossim, não só as medidas criminais precisam da chancela estatal para se materializarem. Qualquer norma de *enforcement* que preveja obrigações a regulados não pode ser instrumentalizada por normas de *soft law*. Por exemplo: normas que prevejam multas, entradas em propriedades privadas, exigências de divulgação de códigos de algoritmos de inteligência artificial, divulgação de informações relevantes de um modo geral, possibilidade de buscas por evidências e etc. Deve-se destacar também que as próprias empresas de tecnologia possuem grande relevância internacional e podem usá-la para dismantelar qualquer tentativa de previsão de imposições afitivas que divirjam de seus interesses diretos.

Portanto, nessa subparte, buscou-se investigar os principais desafios que podem surgir no uso de *soft law* para a regulação de algoritmos. Destaque-se que o presente trabalho não tem o objetivo de esgotar a rica discussão sobre os potenciais usos do *soft law* internacional.

¹¹ “. It is only the state that can impose criminal sanctions, enter private property, and gather evidence of illegality. State oversight, to varying degrees, is also present in soft-law instruments.” in ABBOT, C. Bridging the Gap — Non-state Actors and the Challenges of Regulating New Technology Author (s): Carolyn Abbot Source : Journal of Law and Society , Vol . 39 , No . 3 (September 2012), pp . 329-358 Published by : Wiley on behalf of Cardiff University S. **Journal of Law and Society**, v. 39, n. 3, p. 329–358, 2012

Trata-se de temática profunda e complexa. Buscou-se, apenas conhecer melhor essa técnica, suas possibilidades e desafios diante de um problema regulatório específico: Os vieses na tomada de decisão de inteligência artificial.

CONCLUSÃO

O objetivo desse trabalho foi perquirir se o *soft law* internacional pode ser um instrumento regulatório adequado para mitigar a ocorrência de vieses discriminatórios em inteligência artificial. Uma vez constatada a internacionalidade da questão regulatória, buscou-se analisar se o *soft law* pode ser um instrumento adequado para garantir a mitigação dos vieses em algoritmos. Desse modo, baseando-se nas características apontadas na doutrina internacional, buscou-se realizar uma análise se o *soft law* se apresentava como uma alternativa eficiente para regulação da inteligência artificial.

Como se pode depreender, os mecanismos de *soft law* apresentam algumas vantagens comparativas em relação ao chamado *hard law*. Em especial, diante da possibilidade de garantir a informalidade e a velocidade na resposta, bem como a possibilidade de que as emanações normativas sejam prolatadas por autoridades técnicas. Diante da complexidade da regulação de tecnologia e, em especial, de uma questão acidental, multifatorial e complexa como os vieses preconceituosos, é fundamental que o instrumento regulatório seja capaz de apresentar soluções ágeis e técnicas, garantindo a mitigação das incertezas e riscos.

Outrossim, é possível apontar, ainda, como vantagem no uso dessa técnica a possibilidade das próprias empresas de tecnologia realizarem autorregulação com o objetivo de controlar os algoritmos. A autorregulação é uma alternativa eficaz na regulação de áreas especialmente complexas. Ademais, a pluralidade e diversidade de atores na sociedade internacional poderiam representar limites e controles à atuação desconectada das empresas de tecnologia através do *power of shame* ou o poder da vergonha.

Por outro lado, o uso do *soft law* não representa uma panaceia ou uma promessa de solução de todos os problemas, pelo contrário há diversas possíveis incoerências nesse instrumento regulatório que reverberam no seu uso para regulação de algoritmos. A principal questão que se impõe é a falta de legitimidade dessas emanações normativas como fonte do Direito Internacional. Há um constante questionamento se esse instrumento teria legitimidade jurídica na medida que não há qualquer previsão formal em uma fonte típica do Direito Internacional Público.

A crise de legitimidade do *soft law* se propaga por outras questões posteriores. Podendo ser destacado a falta de transparência na forma de tomada de decisão desses atores, em especial quanto aos seus interesses políticos institucionais. Outra questão é a falta de participação popular dos indivíduos na tomada de decisão, em especial na autorregulação realizada por grandes companhias de tecnologia, mas também em organizações não governamentais e de Direitos Humanos. O risco de captura regulatória, que é comum às principais formas de regulação, é levado a outro nível quando se aprecia o grau de influência desses relevantes atores, em especial empresas de tecnologia, frente a governos de Estado Nação. Há um potencial grande de influência nas políticas internas, principalmente porque se trata de uma pauta muito sensível, levando a uma variação muito grande na política regulatória, a depender do grupo político ou da pressão exercida. Por fim, a ausência de coercibilidade característica do *soft law* pode levar a uma ineficiência em algumas medidas, como impossibilidade de cobrar das empresas o código fonte dos algoritmos ou realizar busca e apreensões.

Nesse contexto, pode-se concluir que o *soft law* não se apresenta como um caminho único para a regulação de algoritmos e mitigação de vieses preconceituosos. De fato, trata-se de uma questão complexa e que comporta muitos fatores e posições diversas. Outrossim, o fato de serem vícios ocultos e não óbvios, além da dificuldade de constatação acrescentam uma complexidade ainda mais acentuada.

Contudo, uma das principais características da inovação tecnológica na sociedade pós moderna e globalizada é a sua interconectividade e fluidez. Nesse sentido, como é possível aferir dos noticiários, há uma preocupação cada vez mais acentuada da comunidade internacional em compreender o avanço tecnológico e questionamentos quanto a transparência das grandes companhias de tecnologia, principalmente porque a maioria dessas companhias tem atuação global. Assim, não há como desconsiderar que os vieses em algoritmos são uma questão de Direito Internacional.

Por serem uma questão internacional, é relevante conhecer os principais instrumentos de regulação internacional e, nesse contexto, o *soft law* se apresenta como uma das opções mais adequadas. Eventualmente, é possível que a sociedade internacional demande uma instituição reguladora própria ou uma organização internacional dedicada a apreciar as questões éticas do avanço da inteligência artificial. Assim, o próprio *soft law* pode originar uma demanda pela constituição de organismos mais especializados.

Portanto, mesmo o *soft law* não podendo ser visto como um meio genérico para a solução de todas as questões concernentes a discriminações algorítmicas, parece ser o caminho natural da regulação sobre o tema. Evidentemente, é necessário que haja um aprofundamento de pesquisas nos diversos usos do *soft law* nesse tema específico.

BIBLIOGRAFIA:

ABBOT, C. Bridging the Gap — Non-state Actors and the Challenges of Regulating New Technology Author (s): Carolyn Abbot Source : Journal of Law and Society , Vol . 39 , No . 3 (September 2012), pp . 329-358 Published by : Wiley on behalf of Cardiff University S. **Journal of Law and Society**, v. 39, n. 3, p. 329–358, 2012.

BUOLAMWINI, Joy. **How I’m Fighting bias in algorithms**. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UG_X_7g63rY> Acesso em 1 de junho de 2020.

CÁRDENAS CASTAÑEDA, F. A. A call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 13, p. 355–403, 2013.

CHINKIN, C. M. THE CHALLENGE OF SOFT LAW: DEVELOPMENT AND CHANGE IN INTERNATIONAL LAW. **British Institute of International and Comparative Law**, v. 38, n. 4, p. 850–866, 2019.

COGLIANESE, C.; MENDELSON, E. Meta-Regulation and Self-Regulation. **The Oxford Handbook of Regulation**, 2010.

DOMINGOS, Pedro. The master algorithm: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world. Nova York: Basic Books, 2015.

FREEMAN, JODY ROSSI, J. AGENCY COORDINATION IN SHARED REGULATORY SPACE. **HAVARD LAW REVIEW**, 2012.

AMAZON proíbe uso de sua tecnologia de reconhecimento facial pela polícia por um ano, **G1**, 10/06/2020, disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/06/10/amazon-proibe-uso-de-sua-tecnologia-de-reconhecimento-facial-pela-policia-por-um-ano.ghtml> acessado em 30.03.2021

OGUS, A. REGULATION Legal Form and Economic Theory Public Interest Grounds for

Regulation. 2004.

SILVA, S.; KENNEY, M. **Algorithms, Platforms, and Ethnic Bias: An Integrative Essay**
Phylon: Review of Race and Culture, 2018