XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO II

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

RICARDO STANZIOLA VIEIRA

JOANA STELZER

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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, globalização e responsabilidade nas relações de consumo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Joana Stelzer; Ricardo Stanziola Vieira.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-628-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Globalização e responsabilidade nas relações de consumo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO II

Apresentação

Superadas as emoções da Copa do Mundo de Futebol (2022), justamente após a derrota da seleção brasileira para a Croácia, era momento para se reunir e discutir as excelentes pesquisas desenvolvidas no GT 'Direito, Globalização E Responsabilidade Nas Relações De Consumo II', que ocorreu em Balneário Camboriú (SC), no período de 7 a 9 de dezembro de 2022, na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). E, de fato, brilhantes investigações envolveram os congressistas em contínuas discussões sobre as relações consumeristas e demonstraram (mais suma vez), a qualidade do evento.

De plano, foi apresentado o trabalho denominado 'O Fenômeno do Greenwashing no Mercado de Consumo', na qual se descreveu a utilização indevida da lavagem verde para a venda de produtos e serviços. Concluiu-se que, na realidade, o mercado oferece ao consumidor um produto aparentemente sustentável, pretendendo fidelizar suas escolhas, mas, que muitas vezes não 'entrega' o que promete ao consumidor.

Após, houve a discussão do artigo 'Globalização, responsabilidade de consumo e cultura de honestidade: um comparativo da quantidade de execuções cíveis e morosidade no Brasil e Inglaterra considerando o Índice de Percepção de Corrupção de 2021', no qual as autoras evidenciaram a relação existente entre cultura de honestidade e a relação do índice com a execução cível nos países. No caso do Brasil, ocupa-se o 96º lugar no índice e há 3.715.669 de execuções que demoram 5 anos e 1 mês para serem julgados. A Inglaterra, por sua vez, está em 11º lugar no ranking e julga em média 1.442.000 casos em 1 ano e 2 meses.

Em 'Sociedade de consumo e superendividamento: a eventual necessidade de políticas públicas para prevenção e tratamento do superendividamento e preservação do mínimo existencial do consumidor' foi possível verificar a relação existente entre as políticas públicas e o superendividamento. Para os autores, em que pese existirem normas para evitar as práticas abusivas, o fato é que se percebem práticas reiteradas nesse sentido. Assim, evidenciou-se a necessidade do Estado atuar para evitar os excessos, ao invés de jogar para o sistema financeiro a problemática.

Na pesquisa ‘O direito de dano e a proteção de dados pessoais em perspectiva comparada’ foram apresentadas as legislações de EUA e China, em que a primeira superpotência tecnológica dá ainda pequenos passos em prol da proteção, enquanto a segunda potência, há anos se movimenta em legislação considerada avançada. De qualquer forma, apela-se à disseminação da cultura de proteção de dados para que se torne possível um mínimo equilíbrio na balança dessa economia global fundada em dados.

Em ‘O Greenwashing diante do Direito: uma análise conceitual e casuística’ os autores defenderam que é preciso positivar expressamente o Greenwashing, conceituando-o e caracterizando-o para além das relações de consumo, a fim de que se alcance, verdadeiramente, sua ampla reparação, bem como sua coibição, inclusive, no âmbito social da produção simbólica. Nesse sentido, foi citado o exemplo do bioplástico que, apesar de não possuir uma definição, viabiliza supostas ‘sacolinhas plásticas sustentáveis’. Uma pesquisa que faz alerta importante.

Na pesquisa ‘O Princípio da Precaução e o tratamento jurídico dos riscos ambientais nas relações de consumo’ as autoras entendem como coerente a aplicação do Princípio da Precaução contra riscos ambientais nas relações de consumo, especialmente em lógica distinta da lógica do Direito-Dever que, normalmente, anima os operadores do Direito. Com isso, foi possível realizar um enquadramento no atual contexto constitucional e uma melhor compreensão sobre o Princípio da Precaução e o tratamento jurídico dos riscos, em uma análise convergente entre as relações de consumo e a proteção ambiental.

Na investigação sobre ‘Privacidade dos dados pessoais sensíveis na área da saúde através da lei geral de proteção de dados e do compliance’ a pesquisa discorreu sobre os dados pessoais considerados sensíveis pela Lei Geral de Proteção de Dados; e, o Compliance, como instrumento empresarial para garantir a proteção à privacidade e cumprimento da norma legal por empresas que atuam na área da saúde. Assim, os autores se empenharam em analisar o instituto do Compliance como estrutura administrativa de gestão, que possui como objetivo as medidas de prevenção, a fim de evitar atos de desvio de condutas no âmbito empresarial.

No artigo ‘Teoria da “Maçã Mordida” - uma leitura sobre a venda casada como influência no comportamento do consumidor’ foi trazido à baila as diferenciações e classificações comportamentais do consumidor, o conceito de relação de consumo, a contextualização da venda casada, além da pesquisa empírica das jurisprudências regionais sobre o tema em comento, tudo com o escopo de adentrar as correntes ainda conflitantes. Perguntavam-se os

pesquisadores: o consumidor compraria uma “maça mordida”, com perda substancial do seu conteúdo? Ou ele busca uma compra que o vincule ao produto [marca] independente se o complemento/acessório lhe está apartado?.

Em relação à temática dita ‘Tratamento ao consumidor superendividado para a preservação do mínimo existencial: diálogo entre a lei 14.181/2021 e a lei de falências’ investigaram-se os impactos causados pelo superendividamento, enquanto fenômeno global, no homo economicus e os instrumentos para a preservação do mínimo existencial ante o cenário de sua instauração. Com isso, foi feita a análise de coincidência entre a Ciência do Direito e a defesa do consumidor, e, mais especificamente, entre a tutela do consumidor superendividado e a preservação do mínimo existencial. A questão do superendividamento mais uma vez aparece nesse GT como questão essencial a ser enfrentada.

Na pesquisa ‘O modelo de greve política em Walter Benjamin e o falso empoderamento do consumidor: um estudo sobre a violência institucionalizada nas relações de consumo’ os pesquisadores tinham como objetivo realizar a análise do consumo em e-commerce e do estudo das ferramentas da teologia política, em específico as ferramentas utilizadas no consumismo, para uma análise dos modelos de greve descritas por Walter Benjamin e os sistemas de avaliação de serviços e produtos no consumo digital. Concluiu-se que o sistema de avaliação dentro das próprias plataformas é um instrumento intimamente ligado à teologia política e que ocasiona uma fé no consumidor, mesmo com sua ineficácia.

Na discussão sobre ‘Due Diligence em Comércio Justo: adensamento da responsabilidade corporativa e os efeitos no consumo sustentável’ foi momento de avaliar a orientação dos pequenos produtores de Comércio Justo no que concerne à Due Diligence. Afinal, se há aumento da consciência na responsabilidade corporativa, o compromisso e a vontade dos consumidores de pagar por um consumo justo tende a aumentar. Sob tal escopo, defendeu-se que o Comércio Justo e a Due Diligence aumentam a consciência, o compromisso e a vontade dos consumidores de pagar por um consumo sustentável.

Na pesquisa sobre ‘Neocolonialismo climático: a métrica do carbono sob o olhar da justiça intergeracional’ os autores estudaram sobre a justiça ou não de atuais imposições transnacionais das métricas de carbono. Assim, procuraram identificar as características da norma de direito intergeracional climático que impõe sanções e prêmios conforme a economia de carbono de cada Estado membro, bem como a análise da justiça histórica intergeracional, uma vez que gerações futuras sofrerão o impacto das ações de gerações passadas (e, ao que indica, não se passará diferente com a questão dos créditos de carbono).

Deste modo, na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Assim, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Joana Stelzer

Ricardo Stanziola Vieira

TOMADA DE DECISÕES AUTOMATIZADAS NO ÂMBITO DO SCORE DE CRÉDITO: O DIREITO À EXPLICAÇÃO COMO GARANTIDOR DOS PRINCÍPIOS QUE REGULAMENTAM O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

AUTOMATED DECISION-MAKING IN THE SCOPE OF CREDIT SCORE: THE RIGHT TO EXPLANATION AS GUARANTOR OF THE PRINCIPLES THAT REGULATE THE PROCESSING OF PERSONAL DATA

Tarcisio Teixeira [1]
Fernanda Shimomura Zuffa [2]

Resumo

O emprego de mecanismos de autônomos de IA para a análise de risco de crédito é comum em razão da capacidade destes na realização de análises preditivas de maneira rápida e eficiente. Porém, as próprias características destes sistemas transformam as suas decisões em verdadeiras caixas pretas, sendo problemático na medida em que determinam o acesso do consumidor a bens e serviços. Diante disso, objetiva-se a análise da utilização do score de crédito para a definição de parâmetros negociais, questionando-se: o panorama regulatório atual garante a observância dos princípios da LGPD aos titulares de dados pessoais sujeitos ao scoring? Tem-se como hipótese que não, já que a ausência de transparência nestes processos impossibilita a consecução dos princípios positivados. Para a verificação da hipótese, utilizou-se o método lógico dedutivo a partir da revisão bibliográfica, buscando a realização de uma breve análise dos mecanismos utilizados para a análise de risco na concessão de crédito até a chegada ao estado da arte do scoring, exploração do panorama regulatório brasileiro acerca da tomada de decisões automatizadas e a investigação quanto ao direito à explicação. Ao final do estudo, confirmou-se a hipótese, defendendo a necessidade de positivação do direito à explicação para a garantia dos princípios que fundamentam o tratamento de dados pessoais, nos casos em que o seu titular é sujeito à automatização das decisões.

Palavras-chave: Tomada de decisões automatizadas, Score de crédito, Direito à explicação, Proteção de dados pessoais, Direito do consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

The use of autonomous AI mechanisms for credit risk analysis is common due to their ability to perform predictive analysis quickly and efficiently. However, the very characteristics of these systems transform their decisions into true black boxes, being problematic insofar as

[1] Doutor e Mestre em Direito pela USP. Professor de direito na graduação e stricto sensu da UEL. Advogado especialista em Proteção de Dados. Diretor Executivo na Privacidade Garantida. Email: tarcisio@privacidadegarantida.com.br

[2] Mestranda em Direito Negocial, Especialista em Direito Civil e Processo Civil e Bacharel em Direito, todos pela UEL. Advogada. E-mail: fernandaszuffa@gmail.com

they determine consumer access to goods and services. In view of this, the objective is to analyse the use of credit score to define business parameters, questioning: does the current regulatory landscape guarantee compliance with the principles of LGPD to holders of personal data subject to scoring? It is hypothesized that it is not, since the lack of transparency in these processes makes it impossible to achieve the laid principles. To verify the hypothesis, the logical deductive method was used from the literature review, seeking to carry out a brief analysis of the mechanisms used for the analysis of risk in the granting of credit until the arrival at the state of the art of scoring, exploration of the brazilian regulatory panorama about automated decision-making and the investigation regardind the right to explanation. At the end of the study, the hypothesis was confirmed, defending the need to affirm the right to explanation to guarantee the principles that underline the processing of personal data, in cases where the data subject is subject to the automation of decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Automated decision-making, Credit score, Right to explanation, Personal data protection, Consumer law

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico e a grande capacidade de processamento das máquinas ocasionaram a maior disponibilização de dados pessoais no âmbito digital, assim como a sua coleta e tratamento para diversos fins. Este cenário também promoveu a prosperidade de antigos programas computacionais, adormecidos pelos grandes custos e lentidão dos sistemas, como por exemplo, o *machine learning,* subcampo da Inteligência Artificial, utilizados para a programação de robôs aspirados de pó a carros autônomos.

O emprego destes mecanismos também é verificado na criação de modelos de risco preditivos que objetivam a tomada de decisões automatizadas para a definição da confiabilidade de um indivíduo para a concessão de crédito, chamado de *scoring.* Diante disso, delega-se às máquinas a deliberação de autorizar ou não o acesso à produtos e serviços com base no tratamento de dados pessoais do aplicante e a sua categorização.

Por se tratar de processos em que própria máquina se autoprograma a partir de seu funcionamento e alimentação com novos dados pessoais, os indivíduos sujeitos à estas decisões se deparam com verdadeiras "caixas pretas", ou seja, deliberações impossíveis de ser compreendidas ou refutadas, ocasionando a sua submissão desprovida de protesto. Porém, a mídia tem apresentado importante atuação no sentido de expor graves casos em que se constatou a atuação discriminatória de sistemas de *machine learning,* levando estudiosos e legisladores a procurar soluções para tão intrigante desafio.

Neste sentido, o presente trabalho possui o objetivo de analisar a utilização do *score* de crédito para a definição de parâmetros negociais, questionando-se: o panorama regulatório atual brasileiro garante aos titulares de dados pessoais sujeitos à tomada de decisões automatizadas a observância dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? Tem-se como hipótese que não, já que a ausência de transparência nestes processos preditivos impossibilita a consecução dos princípios positivados pela legislação.

Assim sendo, no primeiro capítulo se promoverá uma breve análise histórica dos mecanismos utilizados para a análise de risco para a concessão de crédito até a chegada do estado da arte do *scoring,* explicitando a técnica utilizada pelos cientistas de dados e definindo e exemplificando a discriminação algorítmica. No segundo capítulo será explorado o panorama regulatório brasileiro acerca da tomada de decisões automatizadas, abarcando as Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo) e, finalmente, a Lei nº 13.709/2018 (Lei

Geral de Proteção de Dados Pessoais). No terceiro capítulo, se investigará o direito à explicação e os parâmetros necessários para a sua real observância. Assim sendo, com o fim de verificar a hipótese posta, utilizar-se-á o método lógico dedutivo a partir da revisão bibliográfica.

1 BREVE HISTÓRICO DOS MECANISMOS PARA ANÁLISE DE RISCO NA CONCESSÃO DE CRÉDITO

Conforme aponta Tarcisio Teixeira (2022, p. 40), o comércio é uma antiga atividade que remonta desde os mais primórdios tempos, havendo notícias de institutos relacionados ao Direito Comercial até mesmo no Código de Hamurabi (1.772 a.C.). O mesmo doutrinador (2022, p. 39-40) assevera que em um primeiro momento o comércio era baseado na troca de mercadorias, evoluindo ao longo dos anos, quando a sociedade passou a utilizar-se de mercadoria intermediária e dinheiro como meio de pagamento, criando-se também institutos mais complexos como a letra de câmbio, para o alcance de crédito.

Além disso, na antiguidade, os comerciantes realizavam vendas somente para determinadas pessoas, moradores de uma localidade específica, já que a locomoção era dificultosa e demorada, de modo que, com a construção de estradas, passou a ser possível o alcance de diferentes regiões e pessoas, ampliando-se a esfera de clientes de um comerciante. Deste modo, considerando-se que grande parte das vendas passaram a ser realizadas a desconhecidos, os comerciantes tiveram de se preocupar com a confiabilidade de seus clientes, principalmente quando as vendas eram realizadas a prazo.

Neste cenário, surgiu uma das principais instituições de proteção ao crédito do Brasil, o SPC Brasil, criado em 1955 por empresários gaúchos que se reuniram para trocar informações sobre os pagamentos realizados por seus clientes, de modo que, caso houvesse inadimplência em uma das lojas cadastradas, o nome seria registrado em um fichário, possibilitando-se a pesquisa pelos demais lojistas (SPC BRASIL, 2015, n.p.), diminuindo os riscos na realização de vendas a prazo.

Como se pode observar, o cadastro de proteção ao crédito continha apenas a informação de que se tratava de consumidor inadimplente.

No passado, a concessão de crédito e seus parâmetros era decidido por funcionários de bancos que além dos recursos objetivos conhecidos de determinado cliente, levavam em consideração o seu histórico familiar e reputação para decidir, realizando uma análise altamente subjetiva.

Frank Pasquale (2015, p. 445-450, tradução nossa) também aponta que nos anos 60, financeiras americanas usavam investigadores que analisavam hábitos de requerentes de crédito e consideravam atributos como quintais descuidados ou gestos afeminados, para determinar o risco para concessão de crédito, o que levou o Congresso a aprovar em 1970, o *Fair Credit Reporting Act (FCRA),* obrigando a abertura dos relatórios ao escrutínio de consumidores e determinando que seus dossiês passassem a ser realizados de maneira mais objetiva, valendo-se de informações relevantes.

A evolução tecnológica permitiu uma expansão territorial ainda maior aos comerciantes, permitindo que aquisições de bens e serviços sejam realizadas sem a necessidade de presença física do adquirente, de modo que através de *e-commerces* e ligações telefônicas, clientes possam ser alcançados a centenas de milhares de quilômetros de distância, criando-se a necessidade de aprimoramento dos mencionados cadastros de proteção ao crédito. Neste sentido, desde 2011 passou a se permitir a criação de cadastros positivos de consumidores, ou seja, cadastros contendo informações de adimplemento relativo a pessoas físicas e jurídicas para fins de formação de histórico de crédito.

Tal aperfeiçoamento também foi possibilitado pelo desenvolvimento tecnológico que proporcionou a utilização doméstica da internet, responsável pelo surgimento da chamada Sociedade da Informação, caracterizada pelo enorme número de dados pessoais disponíveis e pela duplicidade de seu fluxo, já que os usuários possuem comportamento ativo na produção de conteúdo, não atuando somente como meros expectadores (MAGRANI, 2014, p. 115).

Deste modo, atualmente os cadastros de proteção ao crédito não se baseiam somente em informações de inadimplemento de determinado consumidor, mas sim, de adimplemento e em todos os outros tipos de dados pessoais coletados, seja por meio de informações prestadas por ele próprio aos seus fornecedores (cadastro de consumo), dados contidos em redes sociais ou qualquer outro tipo de coleta geralmente realizada por meios digitais, valendo-se, por exemplo, de dados "[...] como a idade, a profissão, a finalidade de obtenção do crédito, compras, pagamentos, negociações no exterior e pela internet" (ZULIANI, 2017, n.p.).

Com base no mencionado banco de dados, denominado pelo Código de Defesa do Consumidor de banco de dados de consumidores (art. 43), surgiu o sistema *scoring* (também chamado de *score* ou *credit scoring),* composto por um modelo matemático que atribui pontuação de 0 a 1000 a pessoa física ou jurídica, determinando o seu grau de risco de inadimplemento para a cessão de crédito (quando mais baixa a sua pontuação, menos confiável o consumidor é).

Tal sistema funciona a partir de mineração de dados pessoais, que será melhor explicitado a seguir.

1.1 Mineração De Dados Pessoais Para Fins De *Scoring*

A mineração de dados possui como técnica principal e mais atual, o *Big Data,* tecnologia que possui como característica, os 3 (três) V's, volume, velocidade e variedade, já que há o processamento de um imenso volume de dados variados (de qualquer tipo, seja foto, texto, vídeo, áudio, etc.) em alta velocidade (LANEY apud BIONI, 2021, p. 34-35), que possui o escopo de determinar a probabilidade de acontecimentos futuros a partir do processamento e organização dos dados pessoais através de algoritmos de *machine learning,* que é explicado por Pedro Domingos:

> Todo algoritmo tem uma entrada e uma saída: os dados entram no computador, o algoritmo faz o que precisa com eles, e um resultado é produzido. O machine learning faz o contrário: entram os dados e o resultado desejado e é produzido o algoritmo que transforma um no outro. Os algoritmos de aprendizado – também conhecidos como aprendizes – são aqueles que criam outros algoritmos. Com o machine learning, os computadores escrevem seus próprios programas, logo não precisamos mais fazê-lo (2015, p. 29).

Assim, é possível a descoberta de padrões não triviais a partir do tratamento de uma grande quantidade de dados, ou seja, "[...] torna-se possível correlacionar uma série de fatos (dados), estabelecendo-se entre eles relações para desvendar *padrões* e, por conseguinte, inferir, inclusive, *probabilidades* de acontecimentos futuros" (BIONI, 2021, p. 36), sem a ingerência direta do programador sobre os parâmetros e meio de funcionamento.

Ou seja, não se trata de um mecanismo propriamente inteligente, mas sim, capaz de realizar correlações a partir de uma imensa quantidade de dados. A doutrina explica, correlação é a probabilidade de um evento acontecer quando outro evento também ocorrer, ou seja, é a relação estatística entre estes eventos (MENDES; MATTIUZZO, 2021, p. 412, tradução nossa).

A retirada do fator humano pode ser compreendida como a maior vantagem, mas também a maior desvantagem em relação aos aprendizes. Isto porque, a automatização permite que o processamento de dados seja realizado de maneira mais barata, rápida e infinitamente mais eficiente do que quando realizado por seres humanos. No entanto, também ocasiona a chamada opacidade dos resultados, já que o algoritmo modifica a sua estrutura de maneira autônoma de acordo com os dados que recebe, de modo que a mera observância do resultado não permite a compreensão sobre os processos que o conduziram a ele (BECKER; FERRARI; WOLKART, 2018, p. 8).

Assim sendo, a somatória dos dois fatores apontados correlação e opacidade, gera um cenário altamente temerário.

Correlações nem sempre correspondem à acontecimentos relevantes dentro de uma mesma relação, o que restou comprovado por Tyler Vigen, que criou um projeto chamado *"Spurious Correlations"* (pode ser traduzido como Correlações Espúrias – sinônimo de falsas, inautênticas), dedicando um livro, além de divulgar em seu *website* grandes correlações entre eventos absolutamente esparsos entre si. Como por exemplo, uma correlação de 99,79% entre os gastos dos Estados Unidos em ciência, espaço e tecnologia e suicídios por e enforcamento, estrangulamento e sufocamento; ou ainda, 99,26% de correlação entre taxas de divórcio no Maine e consumo per capita de margarina (VIGEN, n.p., tradução nossa).

Pedro Domingos também explicita o problema que envolve as correlações:

> Na melhor das hipóteses, somos deixados com a impressão de que os algoritmos apenas encontram correlações entre pares de eventos, como procurar no Google "remédio para gripe" e estar gripado. No entanto, encontrar correlações é para o machine learning não mais que os tijolos são para as casas, e as pessoas não vivem em tijolos (2015, p. 18).

Tais constatações comprovam que muitas vezes os sistemas de aprendizagem de máquinas que realizam análises de risco para fins de concessão de crédito, como os mencionados *scorings,* podem chegar a conclusões incorretas ou desconexas com a realidade do consumidor, que não poderão ser corrigidos, em razão da já mencionada opacidade.

Pedro Domingos (2015, p. 17-18) aponta que nem mesmo os livros sobre *big data* conseguem explicar o que acontece quando os sistemas magicamente geram novos *insights* a partir do recebimento de uma imensa quantidade de dados, já que em todos os casos, o algoritmo é uma caixa preta, o que vem a abrir a porta para a sua utilização de maneira incorreta.

1.2 Discriminação Algorítmica

Para Laura Schertel Mendes e Marcela Mattiuzzo (2019, p. 51, tradução nossa), discriminação algorítmica engloba dois tipos de cenários: afirmações estatisticamente inconsistentes e afirmações que, embora sejam estatisticamente lógicas, se mostram como injustas ao considerar o indivíduo tão somente como parte de um grupo, e não de maneira individualizada.

Um exemplo disso se manifesta no caso da *startup* Lendoo, atuante na Índia e na Rússia, que auxilia nos sistemas de *scoring*, valendo-se de dados de geolocalização de aparelhos de usuários para a verificação se realmente residem e trabalham nos endereços indicados, além de explorarem sua rede de contatos para verificar se possuem relacionamento com pessoas com histórico de bons ou maus

pagadores (WADELL apud MEDON, 2020, p. 340). Neste contexto, nota-se que até mesmo as informações mais inócuas, quando combinadas a outras, podem causar grandes prejuízos ao aplicante de crédito.

As autoras apontam 4 (quatro) tipos principais de discriminação algorítmica, quais sejam: a) discriminação por erro estatístico, referente a erros do próprio sistema, como coleta incorreta de dados ou problemas no código do algoritmo, geralmente proveniente de condutas dos engenheiros ou cientistas de dados; b) discriminação por generalização, que ocorre quando o sistema funciona corretamente, porém, embora estatisticamente correto, classifica o indivíduo em grupo ao qual não pertence, o que pode ocorrer por falta de dados, por exemplo, no caso de indivíduo que reside em região vinculado à pobreza, não sendo utilizado nenhum outro dado para a sua classificação, decidindo-se que não se trata de bom candidato à empréstimo; c) discriminação pelo uso de informações sensíveis, que se refere a estatísticas corretas, porém, diretamente baseadas em dados legalmente protegidos, referente a grupos historicamente discriminados, como dados pessoais sensíveis e; d) discriminação limitadora do exercício de direitos, a qual também pode se pautar em estatísticas corretas e relevantes, mas que são discriminatórias em razão da conexão entre a informação utilizada pelo algoritmo e afetação da realização de um direito (MENDES; MATTIUZZO, 2019, p. 52-53, tradução nossa).

Também é possível a diferenciação entre a discriminação algorítmica direta e a indireta.

A discriminação direta caracteriza-se pela percepção de decisões desfavoráveis por decorrência direta de um dado específico, como o relatado pela doutrina do casal Walter e Paula Shelton que tiveram o seguro saúde negado pois a seguradora teve acesso ao seu histórico de receitas médicas, onde constava o uso ocasional de um medicamento antidepressivo e outro para pressão arterial para o alívio de inchaço nos tornozelos (PASQUALE, 2015, p. 547-553, tradução nossa).

Frisa-se que se trata de discriminação pela negativa direta em razão de prescrições médicas de medicamentos em momento antecedente, e não investigação através de exames médicos ao contratar seguros saúde ou de vida para a verificação de doenças pré-existentes, o que é totalmente legal e necessário.

"Já na discriminação indireta há um tratamento diferenciado baseado em um ou mais fatores aparentemente neutros que, todavia, acabam produzindo um impacto negativo desproporcional [...]" (JUNQUEIRA, 2020, p. 263), como no caso denunciado pelo jornal *The Sun,* de seguradoras de automóveis que fixavam prêmios com valores consideravelmente distintos para perfis idênticos (mesma cidade, modelo de automóvel, idade, etc.), com exceção do nome do condutor, para "John

Smith" o valor oferecido era de 1.333 libras esterlinas, enquanto para "Mohammed Ali", o valor era de 2.252 libras esterlinas (JUNQUEIRA, 2020, p. 261-262), restando evidente a discriminação com base na origem racial do segundo nome.

Desta forma, constata-se que a tentativa de superação da subjetividade nas decisões envolvendo a designação de riscos para a concessão de crédito falhou, haja vista que os modelos construídos muitas vezes transmitem aos algoritmos preconceitos incutidos no intelecto não só do programador, mas como representação da própria sociedade em que se vive.

A doutrina aponta que, neste sentido, é essencial a criação de mecanismos de defesa dos cidadãos frente a sistemas automatizados, muitas vezes, eivados de vícios e vieses cognitivos que forçam a condução de resultados errôneos, discriminatórios e imprecisos, o que vem a gerar grandes impactos sobre os direitos individuais (MEDON, 2020, p. 339).

Assim sendo, sabe-se que sistemas de *scoring* são amplamente utilizados para a definição de parâmetros de negócios jurídicos não só por instituições bancárias, mas para a definição de confiabilidade do indivíduo como um todo, de modo que se mostra relevante a atuação do Poder Estatal no sentido de inserir balizas à utilização dos mencionados sistemas.

2 PANORAMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro possui regulamentação vigente que se aplica ao tratamento de dados pessoais para fins de *scoring,* conforme será exposto a seguir.

Primeiramente, cumpre destacar que a discriminação em todas as suas formas é vedada pela legislação, sendo objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 3º da Constituição Federal: "IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988, n.p.). Além disso, o artigo 5º, confere a todos os cidadãos a igualdade, o livre exercício das crenças, assegura a não discriminação, entre outros dispositivos.

Quanto à privacidade, o art. 5º da Constituição Federal, confere a todos a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem em seu inciso X (BRASIL, 1988, n.p.), o que também é disposto no Código Civil, a saber: "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (BRASIL, 2002, n.p.). Também é mencionada na Lei nº 13.709/2018, a qual

dispõe o respeito à privacidade como fundamento da proteção de dados pessoais (BRASIL, 2018, n.p.).

2.1 Lei nº 8.078/1990 - Código De Defesa Do Consumidor

Ao se tratar de *scoring,* evidentemente deve-se valer das disposições trazidas pela Lei nº 8.078/1990, que estabelece diretrizes para as relações consumeristas, ao reconhecer e mitigar a condição de vulnerabilidade do consumidor de produtos e serviços frente ao fornecedor.

Entre os direitos básicos do consumidor previstos na legislação, encontra-se o direito à "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6º, III) (BRASIL, 1990, n.p.).

Ademais, o art. 39, IV do CDC considera como prática abusiva, e assim sendo, vedada ao fornecedor: "prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços" (BRASIL, 1990, n.p.).

Já a existência de bancos de dados de consumidores contendo informações de inadimplemento é permitida pelo Código de Defesa do Consumidor, que dispõe algumas obrigações a serem assumidas pelos detentores das informações, como a exposição das informações dos consumidores de maneira objetiva, clara e verdadeira, além da vedação de conteúdo relativo a negativações referentes a período superior a 5 (cinco) anos (art. 43, §1º), comunicação prévia da abertura do cadastro por escrito (art. 43, §2º), entre outros.

2.2 Lei nº 12.414/2011 - Lei Do Cadastro Positivo

Quanto ao cadastro de adimplemento de consumidores, passaram a ser formados a partir da promulgação da Lei nº 12.414/2011, proveniente da Medida Provisória nº 518/2010, a qual apresentava em sua exposição de motivos, os benefícios do cadastro positivo principalmente para "os bons pagadores de baixa renda, que em geral são percebidos pelo mercado como de alto risco, e por isso, pagam as mais altas taxas de juros" (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2010, n.p.), de modo que a retenção destas informações podem auxiliar o varejo a diferenciar bons e maus pagadores e reduzir o risco do crédito.

Além disso, a referida lei determina que os bancos de dados de adimplemento poderão armazenar informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão (art. 3º, §1º), definindo estes critérios no parágrafo seguinte, que preceitua:

> §2º Para os fins do disposto no §1º, consideram-se informações:
> I – objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;
> II – claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;
> III – verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e
> IV – de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados (BRASIL, 2011, n.p.).

Também resta proibido anotações de informações excessivas, entendidas como os dados que não estiverem vinculados à análise de risco de crédito e informações sensíveis, como as de origem étnica, de saúde, genética, orientação sexual, convicções políticas, religiosas e filosóficas (art. 3º, §3º, I e II) (BRASIL, 2011, n.p.)

A Lei do Cadastro Positivo ainda prevê em seu artigo 5º, os direitos do cadastrado, quais sejam: solicitação de cancelamento e reabertura do cadastro; acesso gratuito às informações contidas no banco de dados; impugnação e correção de informações errôneas; conhecer os principais parâmetros considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial; informação prévia sobre a identidade do gestor e o objetivo do tratamento de seus dados pessoais; solicitação de revisão da decisão tomada exclusivamente por meios automatizados; e, ter seus dados utilizados somente para fins de análise de risco de crédito (BRASIL, 2011, n.p.).

Na redação da original da exarada Lei do Cadastro Positivo, seu art. 4º impunha a necessidade de autorização prévia do consumidor por meio de assinatura para a sua abertura, porém, o mencionado artigo fora modificado pela Lei Complementar nº 166/2019, que extinguiu a necessidade de consentimento do titular das informações, acarretando o registro automático no cadastro positivo.

À época do ocorrido, fora noticiado que os bancos de dados continham dados de aproximadamente 6 (seis) milhões de pessoas, estimando-se que receberia dados de mais de 110 (cento e dez) milhões de pessoas (BANCO DO BRASIL, 2011, n.p.).

2.3 Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais

Como já mencionado, para a definição de *scoring,* sistemas de inteligência artificial se valem do tratamento de uma grande quantidade de dados pessoais, motivo pelo qual, também se aplica a Lei nº 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

A exarada lei define em seu artigo 2º, II, a autodeterminação informativa como fundamento da proteção de dados pessoais (BRASIL, 2018, n.p.), que diz respeito ao controle que o indivíduo exerce sobre seus próprios dados pessoais (TEIXEIRA; ARMELIN, 2019, p. 30).

Ademais, conforme o art. 6º da mencionada legislação, todo tratamento de dados pessoais deve se pautar na boa-fé, além dos seguintes princípios:

> I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
> II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
> III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
> IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
> V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
> VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
> VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
> VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
> IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
> X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, 2018, n.p.)

E ainda, a legislação protetiva de dados pessoais também garante ao seu titular, o direito de requerer a revisão das decisões tomadas exclusivamente através de tratamento automatizado de dados, como nos casos descritos no presente trabalho, sempre que estas decisões forem utilizadas para perfilização (pessoal, profissão, de consumo ou de crédito) e vierem a afetar seus interesses (art. 20), determinando também no parágrafo 1º que, caso haja solicitação, o controlador deverá fornecer "[...] informações claras e adequadas a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos industrial e comercial" (BRASIL, 2018, n.p.).

Além disso, cumpre salientar que caso não haja o oferecimento das mencionadas informações sob a proteção do segredo industrial e comercial, fica facultado à autoridade nacional a realização de

auditoria para a verificação de características discriminatórias no tratamento automatizado de dados pessoais (art. 20, §2º) (BRASIL, 2018, n.p.).

Vale ressaltar que na redação original da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais continha o §3º do art. 20, que asseverava: "A revisão de que trata o caput deste artigo deverá ser realizada por pessoal natural, conforme previsto em regulamentação da autoridade nacional, que levará em consideração a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados" (BRASIL, 2018, n.p.).

No entanto, tal dispositivo fora vetado, sob o argumento de que a necessidade de participação humana inviabilizaria os modelos atuais de planos de negócios, em especial das startups, impactando negativamente na oferta de crédito aos consumidores, tanto em relação às garantias, como no que toca ao volume de crédito contratado, composição de preços, implicando em reflexos nos índices de inflação e condução da política monetária, sendo, portanto, contrária ao interesse público (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2019, n.p.), de modo que a redação original dada pela Lei nº 13.853/2019, que modificou a LGPD, excluiu a figura da revisão por pessoa humana.

3 O DIREITO À EXPLICAÇÃO E A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Não se pode negar que a automação da atividade de análise de risco de crédito apresenta grandes vantagens para ambas as partes pertencentes à relação negocial. Ao fornecedor, reduzindo o risco de seu negócio e gerando menores custos com a realização de uma análise eficiente e incrivelmente rápida, realizada sem a necessidade de disposição de serviço humano. Também ao consumidor, que possui acesso a diferentes financeiras e seguradoras, mesmo não possuindo com elas longo relacionamento, possibilitando a procura por melhores preços e condições.

No entanto, verifica-se que grandes riscos envolvem a tomada de decisões automatizadas, já que esses perfis criados com base nos dados pessoais de seu titular criam uma verdadeira representação deste perante a sociedade, o que nem sempre é assertivo e autorizado, ocasionando a perda de controle do que o próprio indivíduo sabe sobre si mesmo (DONEDA, 2006, p. 174-181).

Ademais, pela análise do panorama regulatório atual, percebe-se que, apesar da existência de diversos dispositivos que versam a favor do titular de proteção de dados sujeito à tomada de decisões automatizadas, na prática, sua efetividade se mostra subvertida, principalmente, pela proteção

ilimitada do segredo industrial e comercial, mencionado tanto na Lei do Cadastro Positivo, como na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Até porque, apesar de garantir o direito à revisão das decisões pautadas em sistemas automatizados, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais retirou a necessidade de presença da figura humana, permitindo que a revisão seja realizada no mesmo sistema e nos mesmos dados utilizados, transformando esta garantia em um mero reforço argumentativo.

Outrossim, parte da doutrina defende que o exarado princípio da transparência, previsto na Lei nº 13.709/2018, somente poderia ser exigido em decisões tomadas pelo Poder Público, já que se consideraria a revelação de todo o sistema responsável para a análise e realização de resultado, o que poderia causar a perda de vantagem competitiva (TRIGO, 2020, p. 67-71), não sendo razoável também a exigência de divulgação de fórmulas pelas quais se investiu tempo e dinheiro.

Este também o entendimento de Lawrance Lessig, que em artigo *"Against Transparency"* (2008, n.p., tradução nossa), assevera que a transparência pode vir a ser utilizada de maneira a não tornar o mercado mais eficiente, mas sim, permitir que o consumidor venha a mudar a maneira como o mercado trabalha.

No entanto, a ausência de transparência também traz efeitos negativos sobre outros princípios que regem o tratamento de dados pessoais, como o livre acesso e a qualidade de dados, já que possibilita o aproveitamento de dados injustificados, além de permitir a aferição de pesos a dados que não deveriam ser considerados para a finalidade específica do tratamento.

Para Frank Pasquale, o *credit score* é mecanismo muito poderoso para determinar o sucesso e o fracasso de uma pessoa para que seja permitido que trabalhe em segredo (2015, p. 483, tradução nossa), de modo que defende a chamada "transparência qualificada", ou seja, revelações limitadas e suficientes para respeitar os interesses de ambas as partes envolvidas na relação (2015, p. 2833-2837, tradução nossa).

Claudia Lima Marques e Guilherme Mucelin também asseveram a importância da transparência:

> Em outras palavras, a transparência, aliada à boa-fé objetiva, é a base deontológica sobre a qual se assentam e se consubstanciam, de um lado, o dever de informar e o correspondente direito à informação e, por outro, o dever de lealdade e cooperação nas praticas comerciais. Por isso se estabelece que a transparência é bidirecional, ou seja, deve ser um predicado de ambos os sujeitos das relações de consumo (2020, p. 422-423).

Porém, o que se verifica nas relações atuais, pautadas em dados pessoais é que a transparência é característica apenas do consumidor, em uma inferência ao chamado por Stefano Rodotà de "homem de vidro", isto é, aquele sobre o qual tudo se sabe, até mesmo seus aspectos mais íntimos

(2008, p. 8), enquanto o fornecedor se torna cada vez mais obscuro, lhe sendo permitido se valer de decisões automatizadas impregnadas de abusividades (MARQUES; MUCELIN, 2020, p. 424), que não podem ser auditadas pelo titular de dados pessoais.

O *General Data Protection Regulation,* importante fonte de inspiração da legislação de proteção de dados brasileira, regula a tomada de decisões automatizadas em seu art. 22, asseverando em sua alínea *a* que, mesmo nos casos em que a submissão a decisões automatizadas, como o perfilamento, sejam necessárias para a celebração ou execução de contrato entre o titular de dados pessoais e o responsável pelo tratamento, deve-se aplicar medidas adequadas para a salvaguarda de seus direitos e liberdades, como a obtenção de intervenção humana, manifestação do seu ponto de vista e contestação da decisão (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, n.p., tradução nossa).

Ademais, o art. 13, 2, alínea *f* do mencionado GDPR, determina o dever do responsável pelo tratamento de dados pessoais de informar ao titular sempre este for submetido ao tratamento automatizado de dados pessoais referido acima, caso em que, deverá lhe ser disponibilizado informações significativas sobre a lógica envolvida, assim como a importância e consequências diante deste tipo de tratamento de dados pessoais (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, n.p., tradução nossa).

Além disso, as *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* da Comissão Europeia, criada com o objetivo de esclarecer o previsto na mencionada legislação europeia, estabelecem as *Good practice recommendations* sobre como fornecer as informações significativas ao titular de dados pessoais, expondo que, ao invés de fornecer uma explicação matemática sobre o tratamento realizado, o controlador deveria se valer de meios facilmente compreensivos de entregar a informação requisitada, como por exemplo: informar a categoria de dados utilizados, o motivo de sua pertinência naquele tratamento, como o perfil é criado, inclusive demonstrando como as estatísticas são usadas, entre outros (COMISSAO EUROPEIA, 2018, p. 31, tradução nossa), o que é chamado pela doutrina de direito à explicação.

O direito à explicação possui o intuito de promover a revelação de informações suficientes ao titular de dados pessoais para que este possa promover a auditoria da análise de seu risco de crédito, ao mesmo tempo em que protege os interesses dos fornecedores, já que não impõe a divulgação de sua fórmula matemática, a tecnologia empregada ou outros aspectos técnicos do tratamento automatizados de dados pessoais ocorrido.

Assim sendo, Ana Frazão e Carlos Goettenauer defendem que para a efetividade do direito à explicação, se deve ir além da transparência e do fornecimento de informações:

> [...] o direito à explicação se representa como uma tradução para a linguagem natural dos elementos da infraestrutura matemática que levaram a decisão automatizada. O dever do

> controlador é fornecer subsídios que tornem compreensível a passagem dos seus objetivos, consolidados no artefato algorítmico em critérios matemáticos até a decisão automatizada. Não se torna imperativo que as minúcias técnicas da decisão sejam reveladas, protegido assim o segredo comercial e industrial; mas deve o controlador demonstrar, em linguagem natural, porque ele mesmo acredita que a decisão automatizada é a que melhor atende suas pretensões (2020, p. 59).

Outrossim, o FAT-ML (Fairness, Accountability and Transparency in Machine Learning) é um instituto criado por um grupo de estudiosos que compilou 5 princípios chaves que desenvolvedores de sistemas de aprendizagem de máquinas (como os utilizados para *scoring)* devem observar, quais sejam: a) responsabilidade, que impõe a necessidade de possibilitar vias de reparação e identificação de efeitos adversos individuais ou sociais com a designação de um responsável interno por essas questões; b) explicabilidade, a qual deverá ser assegurada para os usuários finais da tecnologia e outros interessados com a utilização de termos não técnicos; c) precisão, que determina o dever de identificar e registrar fontes de erro e incertezas que todo algoritmo pode produzir, para que, caso aconteçam, seja possível a sua compreensão e utilização de medidas para a mitigação; d) auditabilidade, impõe que seja permitido que terceiros interessados investiguem, entendam e revisem o comportamento do algoritmo; e, f) justiça, que institui o dever de certificação de que as decisões algorítmicas não geram impactos discriminatórios ou injustos (FAT-ML, n.p., tradução nossa).

Deste modo, verifica-se a existência de mecanismos capazes de promover a utilização de tomada de decisões automatizadas, especialmente para fins de *scoring,* de maneira mais confiável, desde que boas práticas sejam exigidas de seus desenvolvedores, e, principalmente dos controladores e fornecedores que vem a se utilizar deste tipo de sistema.

Ademais, verifica-se que, somente com a observância do direito à explicação se faz possível a garantia dos já mencionados princípios que regem o tratamento de dados pessoais, previstos no art. 6º da legislação, uma vez que, somente a partir da revelação das informações através do livre acesso (IV) e da transparência (VI), se confirmará a responsabilização e a prestação de contas (X), possibilitando a confirmação do respeito à finalidade (I), adequação (II), necessidade (III), qualidade dos dados (V), segurança (VII), prevenção e, principalmente, a não discriminação (IX).

CONCLUSÃO

A concessão de crédito no atual cenário brasileiro, no que concerne as grandes instituições financeiras, é totalmente pautada nos sistemas de *scoring,* que definem em números a confiabilidade

de um solicitante consumidor e a sua capacidade de arcar com as despesas decorrentes da operação, com base em seus dados pessoais, que vem a definir o seu perfil de crédito.

Assim sendo, atualmente, os mencionados sistemas de aprendizagem de máquinas possuem o poder de abrir e fechar as portas para o indivíduo que busca a contratação de vendas a prazo, empréstimos, mútuos, seguros, entre outros, de modo que a sua utilização de maneira incorreta e irresponsável pode gerar efeitos nefastos, tanto individuais quanto coletivos, como já se constatou na ocorrência de diversas discriminações.

Diante de sua crescente utilização, nos últimos anos o Poder Legislativo tem se mostrado atuante na criação de dispositivos para a sua regulamentação, no entanto, os dispositivos criados não se mostram suficientes à garantia de um cenário transparente e seguro ao titular de dados pessoais, inclusive porque a tão importante transparência também é bastante criticada por seu potencial risco à livre concorrência e ao desenvolvimento econômico, já que fornecedores e controladores investem em sistemas de *machine learning* para garantir sua vantagem competitiva no mercado.

Deste modo, é preciso que a atuação do Poder Público seja no sentido de impor e fiscalizar técnicas de boas práticas por parte de desenvolvedores, controladores e fornecedores que se valem de tecnologias de tomada de decisões automatizadas, a partir de proposta que viabilize a consecução de um ambiente em que é possível a conciliação entre os seus direitos na salvaguarda do segredo industrial e comercial, com os direitos dos consumidores e titulares de dados pessoais.

Tal situação se mostra viável a partir da positivação do direito à explicação, que não impõe a revelação dos atributos técnicos dos sistemas, mas sim de informações em linguagem natural acerca dos dados pessoais, sua relevância para a finalidade em que o tratamento está sendo realizado e como as estatísticas foram empregadas, promovendo a possibilidade de o titular de dados promover a sua contestação, caso se verifique alguma irregularidade.

Assim sendo, confirmou-se a hipótese, já que o panorama regulatório atual não é suficiente para a garantia dos princípios que regem o tratamento de dados pessoais, o que pode ser alcançado através do direito à explicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO DO BRASIL. Lei do Cadastro Positivo é sancionada. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/336/noticia. Acesso em: 08 out. 2012.

BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. **Revista dos**

Tribunais. São Paulo, v. 995/2018, p. 1-16, set. 2018. DTR/2018/18341. Disponível em: http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf. Acesso em: 15 set. 2022.

BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011.** Disciplina a formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 1 out. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation.** Bruxelas, [2016]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679. Acesso em: 30 set. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679.** Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053. Acesso em: 30 set. 2022.

DOMINGOS, Pedro. **O algoritmo mestre.** Tradução de Aldir José Coelho Corrêa da Silva. São Paulo: Novatec, 2017. 341 p. Título original: The Master Algorithm.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade a proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAT-ML. Principles for Accountable Algorithms and a Social Impact Statement for Algorithms. Disponível em: https://www.fatml.org/resources/principles-for-accountable-algorithms. Acesso em: 1 out. 2022.

FRAZÃO, Ana; GOETTENAUER, Carlos. O jogo da imitação jurídica: o direito à revisão de decisões algorítmicas como um mecanismo para a necessária conciliação entre linguagem natural e

infraestrutura matemática. *In:* TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **O Direito Civil na era da inteligência artificial.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

JUNQUEIRA, Thiago. Tomada de decisões automatizadas nos seguros privados: tratamento de dados pessoais e prevenção da discriminação racial à luz da LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial.** São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

LESSIG, Lawrence. Against Transparency. **The New Republic,** 9 out. 2009. Disponível em: https://newrepublic.com/article/70097/against-transparency. Acesso em: 8 out. 2022.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada:** a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**.** Curitiba, PR: Juruá, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Inteligência artificial e a "opacidade" no consumo: a necessária revalorização da transparência para a proteção do consumidor. *In:* TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MEDON, Filipe. Decisões automatizadas: o necessário diálogo entre a Inteligência Artificial e a proteção de dados pessoais para a tutela de direitos fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial.** São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Algorithms and Discrimination: The Case of Credit Scoring in Brazil. In: ALBERS, Marion; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.) **Personality and Data Protection Rights on the Internet:** Brazilian and German Approaches. Gewerbestrasse, Switzerland: Springer, 2022.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society**: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. EM Interministerial nº 171/2010 – MF/MJ, de 19 de novembro de 2010. Exposição de motivos de projeto de medida provisória que visa disciplinar a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm. Acesso em 07 out. 2012.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídico. Mensagem nº 288, de 8 de julho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

SPC BRASIL. Serviço de proteção ao crédito completa 60 anos no mercado. **SPC Brasil,** São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/aniversario_spc_vfinal.pdf. Acesso em: 01 out. 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado**: Teoria, jurisprudência e prática. 10 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais:** comentada artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

TRIGO. Alberto Lucas Albuquerque da Costa. Breves notas sobre o controle das decisões informadas por algoritmos. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial.** São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

VIGEN, T. Spurious corelations. Disponível em: https://www.tylervigen.com/spurious-correlations. Acesso em: 09 out. 2022.

ZULIANI, Matheus Stamiloo Santarelli. Score de crédito e sua incidência no sistema jurídico brasileiro. **Escola da Magistratura,** Brasília, 30 dez. 2017. Disponível em: http://www.escoladamagistratura.org.br/artigos/score-de-credito-e-sua-incidencia-no-sistema-juridico-brasileiro/. Acesso em: 29 set. 2022.