DOIS CONCEITOS PARA *ANSWERABILITY*: RESPONSABILIDADE E DEVIDO PROCESSO INFORMACIONAL

TWO CONCEPTS TO *ANSWERABILITY*: RESPONSABILITY AND INFORMATIONAL DUE PROCESS

Felipe Bizinoto Soares de Pádua[1]

RESUMO: *Answerability*, ou *explainability*, é instituto nascido dos reflexos da 4ª Revolução Industrial no campo do Direito da Responsabilidade Civil. Concebida como uma das acepções de *responsability*, *answerability* tem fundamento que extrapola a responsabilização civil e é de caráter constitucional. A partir desse novo fundamento que surge a noção de direito à justificação como devido processo informacional.

PALAVRAS-CHAVE: Explicabilidade; Direito à justificação; Devido processo; Responsabilidade.

ABSTRACT: *Answerability*, or *explainability*, is an institute born from the reflexes of 4th Industrial Revolution in the field of Tort Law. Conceived as one of the meanings of *responsability*, *answerability* has a foundation that goes beyond civil liability and is of a constitutional character. From this new foundation that arises the notion of right to justification as informational due process.

KEYWORDS: Answerability; Direito à justificação; Due process; Responsability.

DATA DE RECEBIMENTO: 27/06/2024
DATA DE APROVAÇÃO: 18/07/2025

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Disrupção é um vocábulo muito associado ao fenômeno que toma conta da humanidade desde meados da década de 1950, com o advento da 3ª Revolução

[1] Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDPSP). Contato: bizinoto.felipe@hotmail.com.

Industrial. Sob o advento do que Klaus Schwab[2] alcunha como a 4ª Revolução Industrial, o desenvolvimento baseado na convergência entre meios de comunicação e tecnologia resultou em mudanças profundas no já decadente modelo fundado na soberania estatal como desenvolvedora e aplicadora do Direito. A informação torna-se o meio e o fim dos debates sociais, de forma implícita ou explícita.

Ainda sobre a virada copernicana que a humanidade sofre, Frank Pasquale explana que ‘‘Há uma nobre tradição entre os cientistas sociais de tentativa clarificar como o poder funciona: quem recebe o quê, quando, onde e por quê’’[3]. E tal investigação envolve esforços fundados nas informações disponíveis a tais cientistas, sendo incompreensível ou inviável de investigação um tema sobre o qual nada ou pouco é sabido[4]. E é justamente a ideia de informação como a base não apenas de compreensão, mas do próprio poder que Frank Pasquale afirma que há lacunas de conhecimento[5] que surgem em razão da constatação de Klaus Schwab sobre a 4ª Revolução Industrial: o controle da informação deixa o Estado e ruma para o âmbito privado.

Um retrato muito evidente da figura panóptica que se busca trazer está no filme cuja tradução para o português brasileiro é O Círculo (*The Circle*), que mostra uma empregada de uma *Big Tech* que descobre e busca expor a vida de quem pouco se expõe, mas que muito estimula o outro a que o faça. Prefixos que dão intensidade são comuns ao se deparar com a atividade humana na *Internet*: a superexposição, a hiperconexão, a ultravigilância etc. E tais usos da linguagem são produto da mudança das estruturas sociais e, por conseguinte, das próprias estruturas do e no poder.

Os impactos da 4ª Revolução Industrial apontam para não apenas uma conexão forte entre os poderes político e econômico, mas, também, para a força que quem controla o mundo digital tem sobre a sociedade. Como dizia a personagem de Homem Aranha Tio Ben Parker: ‘‘com grandes poderes vêm grandes responsabilidades’’, e tal frase sintetiza o que Facebook (atual Meta), Amazon, Apple,

---

[2] SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, pp. 18 e ss.
[3] PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control Money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 1.
[4] PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control Money and information*. Cit., p. 1.
[5] PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control Money and information*. Cit., p. 2.

Alibaba e muitas outras gigantes da tecnologia têm de responsabilidade perante a sociedade, a qual é fortemente influenciada por essas *Big Techs*.

E um denominador comum desses grandes agentes dáticos é a Matemática, particularmente a figura do algoritmo. Patrícia Peck Pinheiro define algoritmo como ‘‘a descrição sequencial dos passos que devem ser executados, de forma lógica, clara e em português, com a finalidade de facilitar a resolução de um problema’’[6].

Tal qual ocorre no Direito, o algoritmo é um modelo, mas que tem como base linguística a Matemática e cuja fórmula (ou receita) é preenchida com determinadas informações para que se conceba determinado resultado, este voltado a atingir determinado fim responsivo instituído por seu programador[7]. Algoritmo é modelo de linguagem matemática sequenciada e voltada a captar determinados quadros dáticos para lhes atribuir soluções.

Forma-se um eixo sob a égide da disrupção do 4.0: o manejo de algoritmos por grandes entidades empresárias da *Internet* para o atendimento do intuito empresário, que é a maximização do lucro. A tal fenômeno da monetização social que o Direito busca atribuir respostas, ainda mais por ter o ser humano como cerne. Todavia, uma dificuldade surge e que se atrela justamente aos algoritmos utilizados pelas grandes entidades empresárias: trata-se da opacidade.

O fenômeno acima será tratado em específico adiante, como parte de um processo de complexificação social e, por conseguinte, do Direito, destacando-se a relação com obra de Carlos María Cárcova[8] que tangencia o assunto.

Ao assunto da opacidade causada pela 4ª Revolução Industrial que se busca conferir alguma resposta. Embora as mudanças ocorram em escala temporal menor, destaca-se a lição de Thomas S. Kuhn[9] de que a ciência tem de confeccionar respostas aos dados sociais, o que significa que o Direito, ou a Ciência do Direito, tem também de ter suas respostas ao opaco.

Nessa pauta kuhniana que Nelson Rosenvald[10] enxerga um novo paradigma sobre o qual o Direito pode se escorar, partindo do Direito da Responsabilidade Civil

---

[6] PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 95.
[7] O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. Santo André: Rua do Sabão, 2020, p. 25 e ss.
[8] CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. São Paulo: Ltr, 1998.
[9] KUHN, Thomas Samuel. *The structure of scientific revolutions*. 3. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996, pp. 3 e ss.
[10] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, pp. 35 e ss.

e do que compreende como função promocional de tal regime jurídico. Tal perspectiva é plural e com uma mensagem dotada de quatro sentidos que o *Commom Law* tem sobre responsabilidade, cabendo aqui destacar uma delas, qual seja, *answerability*, também conhecida como *explainability*. Tal instituto será contextualizado e analisado como a solução a ser dada à opacidade acima.

Metodologicamente, o texto será preceptivo, com fontes bibliográficas e documentais, abordando o assunto da *answerability* de forma qualitativa e com intuito aplicativo à realidade fenomênica regida pelo Direito.

1 TECNOLOGIA: OPACIDADE E COMPLEXIDADE

Segundo o autor bielorrusso Evgeny Morozov[11], duas características são marcantes na sociedade pós-moderna: *(i)* a desconfiança generalizada em relação a certas instituições sociais consolidadas, as quais são percebidas com aspectos escusos e corruptivos; e *(ii)* a vitória neoliberal após a Guerra Fria, sobrepondo-se aspectos econômicos sobre os existenciais e, por conseguinte, da figura do consumidor sobre a do cidadão. E tais características se alinham à visão beckiana de uma sociedade de risco que tem como um dos seus denominadores comuns a falsa compreensão individual de que as tecnologias, principalmente a *Internet*, são meios de promover a individualidade[12].

Assim como aconteceu com o mercado, a *Internet* prega-se *ab initio* como um meio ambiente, mas que os ventos contemporâneos concebem como algo além de um espaço[13]. O ecossistema formado pela rede mundial de conexões móveis ou imóveis e pelos agentes dáticos faz com que o processo de pseudoindividualização trazida por Ulrich Beck se intensifique, o que ganha uma nova marcha diante do uso da Inteligência Artificial (IA) e o manejo de algoritmos.

[11] MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Traduzido por Cláudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018, pp. 19-20.
[12] BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Translated by Mark Ritter. London: Sage Publications, 1992, pp. 87 e ss.
[13] PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. Cit., p. 28.

Fernanda Bruno[14] contribui ao conceber o que chama de individualização algorítmica, que envolve não propriamente a identidade de certo sujeito, mas a criação de perfis personalizados e que remetem a base de dados úteis para simular condutas futuras, algo valioso para o mercado. Explica a autora que essa algoritmização envolve a ideia de perfil, "um conjunto de traços que não concerne a um indivíduo específico, mas sim expressa relações entre indivíduos, sendo mais interpessoal do que intrapessoal"[15].

Enxerga-se até aqui um dos resultados do avanço tecnológico sob o advento do 4.0. O problema está não apenas nesse resultado que despersonaliza a pessoa – mediante a conversão pessoal em dados essencialmente voltados a fins mercadológicos -, mas também na origem, no mecanismo matemático utilizado para criação dessas receitas denominadas perfis. Trata-se da opacidade do 4.0.

Como constata Marc Halévy[16], a teoria noética envolve a noção de noosfera, uma camada sobreposta à biosfera e à sociosfera e que corresponde ao tecido cognitivo, ao conjunto de ideias e conhecimentos. Essa ideia de que o mundo das ideias começa a se dissociar do mundo social tal qual acontece entre o húmus e a árvore que o enraíza, formando uma camada dotada de certo grau de autonomia da vida e da sociedade atrai uma nova acepção de complexidade, a qual, por sua vez, se associa à opacidade aqui tratada.

Complexo e complicado não são sinônimos sob as lentes científicas, embora muito se veja um fenômeno que contemple ambas as características. Complexidade consiste na irredutibilidade de algo em suas estruturas elementares, que estão submetidas de uma forma fixa a determinadas disciplinas universais de interação[17]. Toma-se de exemplo o cerne deste texto, que é a sociedade contemporânea e sua complexidade: não mais é tratada sob as lentes contratualistas de ser a somatória de indivíduos, mas algo a mais que tal visão agregativa, uma tessitura própria e dotada de certa autonomia em relação às individualidades.

---

[14] BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 161.
[15] BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Cit., p. 161.
[16] HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução noética no século XXI*. Tradução de Roberto Leal. São Paulo: UNESP, 2010, p. 331.
[17] HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução noética no século XXI*. Cit., pp. 45 e ss., p. 323.

Se a sociedade é algo além da somatória de entidades individuais, evidente que explicações sociais que partem do indivíduo para explicar o social não conferem respostas adequadas. Estuda-se a psicologia individual, bem como a psicologia coletiva, e não apenas a partir do indivíduo, mas sob as lentes de uma entidade a mais, a própria coletividade, conforme se pode ver em textos de Gustav Le Bon.

Quando se fala em sociedade complexa é que se deve ter em mente a acepção de Marc Halévy de que se trata de uma camada sobreposta ao indivíduo, isolada ou conjuntamente. E tal constatação ganha novos contrastes com os impactos da 4ª Revolução Industrial. As ligas que compunham a tessitura social antes dos choques ocorridos a partir nos pós 2ª Guerra Mundial fazem com que estruturas sejam subvertidas, p. ex., o risco à democracia ante o fato de o controle informacional estar sob curadoria de grandes entidades empresárias, as quais podem influenciar eleições[18].

Constituem-se em torno desses polos informacionais além-Estado uma caixa preta sobre como esse controle informacional é feito, particularmente em como os algoritmos são programados. E essa caixa preta que tanto Cathy O'Neil quanto Evgeny Morozov reconhecem como produtoras da desigualdade e que talvez seja a principal referência da sociedade contemporânea, a qual está inserta no imaterial, no digital. Problemas relacionados à seleção de pessoas em universidades, às escolhas bem-informadas da democracia, à seleção de trabalho e aos julgamentos criminais estão rodeadas e orientadas por algoritmos dos quais tais núcleos decisórios muitas vezes não percebem conscientemente[19]. E se não há consciência algorítmica, quiçá da forma como essas receitas ou modelos foram moldados para manejo nessas searas.

Com os contrastes das desigualdades a partir da algoritmização e do uso de IAs que se chega à percepção de Carlos María Cárcova do porquê o Direito é um fenômeno opaco. O autor argentino capta que tal fenômeno tomado da Física Óptica decorre da desigualdade, esta identificada a partir de três ópticas: a marginalidade, a aculturação e a anomia[20].

---

[18] MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Cit., pp. 81 e ss.; O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Cit., pp. 278 e ss.
[19] O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Cit., pp. 80 e ss.
[20] CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Cit., pp. 45 e ss.

Como muito da subsistência humana se conecta ao mercado, às suas exigências as pessoas precisam se adequar, o que leva a compreender que mecanizações substituem ao manufaturado e o intelectual começa a ascender em detrimento do braçal. Todavia, tais mudanças não são paulatinas, eis que um dos efeitos do 4.0 é a sua praticamente imediatidade, o que faz com que muitos tipos laborais sejam extintos ou bruscamente mudados, o que faz com aumente a escala de marginalização por desemprego ou subempregos[21].

No cerne dessa desigualdade está o conhecimento, a informação. Ao explicar às três identidades da desigualdade, Carlos María Cárcova expõe que ‘‘são causas imediatas e quase óbvias do efeito do desconhecimento que temos caracterizado’’[22]. O distanciamento cognitivo afeta de forma mais evidente o social e reflete no jurídico, ainda mais com a complexidade contemporânea ante a tessitura noética que se autonomiza da sociosfera a que agregada, o que faz com que a constatação de Carlos María Cárcova a partir de determinado caso tributário seja ampliado para um premissa geral: a opacidade 4.0 chega a ser interna em razão da linguagem utilizada ser incompreensível para a própria comunidade operadora, e é externa em relação a quem é externo a tal comunidade, mas é afetado por essa linguagem algorítmica[23].

Mas, afinal, o que é opacidade para este texto? Parte-se da principal ciência que se debruça sobre o assunto, qual seja, a Física.

De acordo Walter F. Huebner e W. David Barfield[24], opacidade é uma propriedade que serve de medida relacionada à resistência à transmissão de radiação. É dizer, opacidade é uma característica que serve para classificar matérias dotadas de maior ou menor resistência ao transporte, principalmente, de fótons, servindo a ideia de transparência como a matéria qualificada com menor grau de opacidade, porquanto a luz (ou os fótons) têm maior facilidade de transporte, enquanto materiais com maior resistência – aqueles que a luz pouco ou nem transpassa – são comumente definidos como opacos (quando deveriam ser mais opacos).

Embora não defina categoricamente o que consta no título de sua obra, a opacidade do Direito (e da própria sociedade) trazida por Carlos María Cárcova

[21] CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Cit., pp. 45 e ss.
[22] CÁRCOVA, Carlos María. *Op.* Cit., p. 45.
[23] Id. Ibid., pp. 59 e ss.; O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Cit., pp. 52-79.
[24] HUEBNER, Walter F.; BARFIELD, W. David. *Opacity*. New York: Springer, 2014, p. 1.

envolve a troca de categorias físicas para categorias das ciências sociais: o fenômeno linguístico jurídico é incompreensível – e, portanto, mais opaco – para a sociedade e para a própria comunidade jurídica[25]. Em suma, trocam-se fótons por instrumentos jurídicos e resistência à transmissão por compreensão: o Direito contemporâneo não é transparente nem para quem o maneja nem para quem lhe presta.

E como exposto, a opacidade se alinha à complexidade social, o que torna as relações em sociedade também opacas. E a forma como tais relações são, grosso modo, geridas por algoritmos torna os próprios algoritmos opacos: esta última constatação é a opacidade (do) 4.0. Sabe-se que há todo um mundo eletrônico ou digitais que ambienta as relações sociais (e, também, jurídicas), mas pouco ou nada se sabe acerca desses mecanismos que constituem, modificam ou extinguem essas ambientações digitais.

Adotando-se a visão crítica de Evgeny Morozov[26] é que se faz referência à música de Jazz da década de 1920 (1926, especificamente) denominada *Kansas City Shuffle* (no português, Manobra Kansas City), que envolve o emprego de meios de desorientar ou desviar a atenção, a fim de obter determinada vantagem, o que acontece muito em jogos. As *Big Techs* perpetuam a opacidade e investem na complexidade social para que justamente não se voltem os olhares para o que então é a caixa preta algorítmica, que causa a opacidade 4.0 e, por conseguinte, a não-transparência social e jurídica.

2 *ANSWERABILITY*: DIREITO À JUSTIFICAÇÃO E DEVER DE JUSTIFICAÇÃO

Em obra crítica acerca da caixa preta algorítmica que se forma contemporaneamente, Frank Pasquale[27] aponta posturas que se orientam a um rumo de uma ‘sociedade inteligível’, voltada a dissipar as sombras que não tomadas pela cognoscibilidade social, chegando o autor a mencionar o Direito, este pautado na ideia de transparência e de proteção, principalmente, à pessoa consumidora.

[25] CÁRCOVA, Carlos María. *Op.* Cit., pp. 59 e ss.
[26] MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Cit., pp. 117 e ss.
[27] PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control Money and information*. Cit., pp. 189 e ss.

Na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018) há previsão expressa que embasa a resposta a ser dada acerca da figura da *answerability*:

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
> 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.

Nelson Rosenvald[28] parte da noção de explicabilidade (vocábulo traduzido literalmente de *explainability*) consiste em uma tradução de responsabilidade do inglês (*responsability*) e tem suas amarras no polo que titulariza o direito à explicação, o beneficiário ou aquele que pode exigir razões sobre determinadas posturas adotadas por quem controla a atividade algorítimica.

Surgem duas premissas subjacentes à *answerability* e que constam no desenvolvimento das ideias de Nelson Rosenvald. A primeira é a noção relacional trazida por Mark Coeckelbergh, que define referida categoria sob as lentes da *responsability*, expondo que há duas noções essenciais de relacional[29]: a de perspectiva, na qual não há apenas agentes morais, mas pacientes (ou beneficiários) morais, o que significa que o conhecimento não é apenas base para o que fazer como agente, mas como base para a explicação requerida por aqueles afetados pela atividade; a segunda noção de relacional é a responsabilidade social e os aspectos sociais de dar explicações.

A partir da noção relacional que se desenvolve a *answerability*, porquanto tanto uma quanto outra acepção envolve um dever – moral e jurídico – de dar explicações àqueles sujeitos cujos dados são objeto de algoritmos. E é sob tal óptica que Nelson Rosenvald leciona que:

> Em uma abordagem relacional dos problemas de responsabilidade, resta induvidoso que não existe um agente de responsabilidade (aquele que atua e quem deve agir com responsabilidade), mas também um paciente que é afetado pela ação do agente e que exige que este aja com responsabilidade no sentido daquilo que é esperado e reclama razões para sua ação. Responsabilidade não é apenas algo e saber o que você está fazendo; é também uma questão comunicativa, talvez até dialógica, pois a sociedade, deseja respeitar os seres humanos não apenas como seres humanos autônomos, mas também sociais[30].

---

[28] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., p. 50.
[29] COECKELBERGH, Marck. Artificial intelligence, responsability attribution, and a relational justification of explainability. *Science and Engineering Ethics*, v. 26, 2020, p. 2052.
[30] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., pp. 50-51.

Marck Coeckelbergh também adota uma postura relativa às IAs sob a óptica da explicabilidade na responsabilidade civil ao expor que ‘‘Responsabilidade como explicabilidade também pode ser formulada em termos de razões, ou mais especificamente, em termos de dar razões’’[31].

A segunda premissa basilar de *answerability* está na função promocional do Direito da Responsabilidade Civil. Trata-se de uma visão estimulada no Brasil por parcela doutrinária adepta à ideia de que o Direito de Danos não só pune ou compensa, mas encoraja determinados comportamentos mediante sanções premiais aos agentes sociais que interferem na tessitura social[32]. Há clara base na Teoria Geral do Direito, que enxerga na classificação de Giuseppe Lumia sobre as sanções positivas como medidas que tutelam ou protegem determinado comportamento, expondo o jurista italiano que ‘‘a técnica sancionatória promocional está destinada a ampliar-se mais em relação àquela dissuasória, sobretudo em consequência dos novos deveres que o Estado vem assumindo, como órgão de promoção social’’[33].

A fundação promocional da responsabilidade civil na *answerability* envolve a teoria da mitigação dos danos (*mitigation of damages doctrine*), mas indo além do que Nelson Rosenvald explana: trata-se não apenas de uma atribuição pós-dano que permite à vítima a adoção de meios efetivos para minimizar a extensão dos efeitos lesivos, mas um pré-dano no sentido de evitar lesões a interesses jurídicos tutelados pelo Direito de Danos[34]. Tal visão pré-dano se alia mais à relação *accountability-answerability*[35], mas ambas estão insertas na macrodefinição *responsability*, que está inclusa não apenas no viés funcional da responsabilidade civil, mas na sua essência frente aos influxos sociais, especialmente os advindos do 4.0.

---

[31] Tradução livre e adaptada de ‘‘*Responsibility as answerability can also be formulated in terms of reasons, or more specifcally, in terms of giving reasons*’’ (COECKELBERGH, Marck. Artificial intelligence, responsability attribution, and a relational justification of explainability. Cit., p. 2064).

[32] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., p. 79. Além de Nelson Rosenvald, cite-se obra destinada ao tema da função promocional da responsabilidade civil que é de autoria de Antonio dos Reis Júnior (REIS JÚNIOR, Antonio dos. *A função promocional da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Foco, 2022).

[33] Tradução livre e adaptada de ‘‘*la tecnica sanzionatoria promozionale sai destinata ad estendersi sempre più rispetto a quella deterrente, sopratutto in conseguenze dei nuovi compiti che lo stato si è venuto assumendo, come organo di promozione sociale*’’ (LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1981, pp. 52-53).

[34] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., p. 82.

[35] SACRAMENTO, Ana Rita Silva; PINHO, José Antonio Gomes de. The process of implementing answerability in contemporary Brazil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, mar.-abr./2016, pp. 193-196.

Embora esteja centrada na responsabilidade civil, cabe neste trecho parcialmente discordar em relação ao discurso de ser a *answerability* algo genuinamente do Direito de Danos. Na verdade, tal instituto tem sustento constitucional no que Ana Paula de Barcellos[36] define como direito fundamental à justificativa.

Embora centralize seus esforços no que chama de devido procedimento na elaboração normativa (DPEN), algo voltado à participação (= ouvir e ser ouvido) na composição das decisões dos ‘‘Poderes’’ majoritários, a professora da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro atrela à dignidade humana estampada no art. 1º, III da Constituição do Brasil a Pirâmide de Maslow, particularmente à necessidade de segundo grau estima, que tem como uma das suas concretizações nas relações sociais que envolvem a participação em debates públicos nos quais os sujeitos falam e escutam[37].

Mais ainda: a autora explica que o direito fundamental à justificativa é essencial por concretizar a dignidade humana ao dar maior concretude à visão do indivíduo em sociedade, ao seu perfil social, expondo que ‘‘As pessoas, na realidade, são seres que dão explicações e querem recebê-las, sendo certo que ser tratado com respeito está diretamente ligado a receber explicações para atos que afetem o indivíduo’’[38].

Não apenas no inciso III do art. 1º CRFB/1988 há fundamento para a *answerability* – esta consistente no direito à justificativa -, mas há assento mais específico para tal posição jurídica de caráter procedimental: o devido processo jurídico, que está previsto no art. 5º, LIV CRFB/1988. Devido processo não é apenas uma garantia geral constitucional de âmbito público, embora tenha nascido nessa seara, mas se aplica às relações privadas[39]. E com a 4ª Revolução Industrial que tal instituto sofreu mudanças, o que resultou em decisão de relatoria do Ministro Gilmar Mendes em medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental

[36] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 92 e ss.
[37] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Cit., pp. 92-93.
[38] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Cit., p. 94.
[39] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Cit., pp. 92 e ss.

(MC na ADPF n. 695), decidindo em sede de tutela precária sobre um devido processo informacional, conforme trecho a seguir:

> A partir da tradição norte-americana, também é possível identificar como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, a preservação de verdadeiro "devido processo informacional" (*informational due process privacy right*), voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios[40] (destaque no original).

No que decidido, o Ministro Gilmar Mendes faz referência ao autor Julie E. Cohen, que reforça a acepção de devido processo informacional como decorrência da cláusula constitucional do *due process*. O autor estadunidense coloca que uma das implicações contemporâneas causadas pelo intenso desenvolvimento tecnológico no devido processo envolve a compreensão de ser instituto aplicado às relações privadas, ponderando-se que "o caráter intersticial [ou autônomo] da privacidade sugere uma necessidade de repensar a concepção de devido processo como uma tomada de decisão individualizada"[41].

Asseverou-se em certa oportunidade que os polos de controle dáticos não são do Direito Público, mas do Direito Privado, e embora Julie E. Cohen mencione devido processo informacional nos procedimentos administrativos públicos, fato é que tal ratio se aplica, também, aos privados, ainda mais diante de uma lei brasileira de proteção de dados que se volta, essencialmente, aos particulares[42].

Como forma de concretizar a autodeterminação informacional, a *answerability* viabiliza não apenas a obtenção de razões sobre posturas adotadas por quem controla os dados (inclusive com exposição do que algoritmos fazem com tais dados), mas contempla a garantia da atuação humana mediante instituição de uma instância revisora humana que diga respeito à base automatizada (ou algoritmizada) de tratamento de dados[43]. Tal instância está positivada na LGPD:

> Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

---

[40] STF, MC na ADPF n. 695, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/06/2020, DJE: 26/06/2020.
[41] Tradução livre de "*the interstitial character of privacy suggests a need to rethink the conception of due process as individualized decisionmaking*" (COHEN, Julie E. What privacy is for. *Harvard Law Review*, v. 126, 2013, p. 22).
[42] ANDRADE, Júlio Ferreira de; PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Democracia 4.0 e risco informacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 131, mai.-jun./2022, pp. 363-372.
[43] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., p. 51.

> § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.
> § 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

Grande inspiração para a LGPD, a *General Data Protection Regulation* (GPDR) contempla um mecanismo revisional humano relativo às decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis, constando no art. 22 a disciplina sobre *automated individual decision-making, including profiling*:

> Art. 22.
> 1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.
> 2. O parágrafo 1 não se aplica se a decisão:
> (a) for necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento;
> (b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados;
> (c) For baseada no consentimento explícito do titular de dados.
> 3. Nos casos referidos nos pontos (a) e (c) do parágrafo 2, o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.

Em suma, com o argumento constitucional extraído do devido processo jurídico que se enxerga *answerability* que faz frente à opacidade do 4.0 como um poder jurídico fundamental procedimental voltado a realizar a autodeterminação informacional e tutelar os dados de seu titular mediante obtenção de justificações acerca das posturas adotadas por quem trata referidos dados[44].

O cerne da *answerability* é moldado no direito de obter razões de quem exerce determinado poder sobre o titular da posição jurídica ativa informacional. Todavia, a própria conformação legal contempla um limite entre explicabilidade e exposição, esta figura relacionada ao trecho final do inciso VI do art. 6º da LGPD: ‘‘observados os segredos comercial e industrial’’. Trata-se de uma região de fronteiras a definir, mas

[44] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., pp. 51-52; COECKELBERGH, Marck. Artificial intelligence, responsability attribution, and a relational justification of explainability. Cit., pp. 2061-2062; SACRAMENTO, Ana Rita Silva; PINHO, José Antonio Gomes de. The process of implementing answerability in contemporary Brazil. Cit., p. 195; COHEN, Julie E. What privacy is for. Cit., p. 13; BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Cit., pp. 51-52.

que encontram na seguinte passagem de Nelson Rosenvald certo lume ao tratar das decisões totalmente automatizadas:

> [...] a decisão deve ser explicada de uma forma que o sujeito possa compreender o resultado, o que não requer necessariamente que a '*black box*' seja aberta, mas simplesmente uma explicação contrafactual para que o particular se situe sobre o que deva ser modificado para que uma diferente decisão seja alcançada.
> [...]
> A *answerability* não significa que se explique todo o processo causal que contribuiu para a ação ou decisão, mas sim que se possa saber o que é relevante[45].

A síntese está no fato de *answerability* ser ''um procedimento recíproco de justificação de escolhas que extrapola o direito à informação, facultando-se a compreensão de todo o cenário da operação de tratamento de dados''[46].

Chega-se a uma postura intermediária entre a abertura da *black box* algorítmica e a sua ocultação: explica-se ao titular dos dados tratados toda a operação de tratamento, mas sem apresentar as fórmulas algorítmicas que compõem o segredo protegido legalmente.

CONCLUSÕES

Inerente ao social contemporâneo é a sua complexidade e como o processo de complexificação tornou o ambiente social opaco, o que refletiu nos seus diversos sistemas. O fenômeno jurídico torna-se mais opaco em razão da sofisticação e da incompreensão das relações intersubjetivas, que encontra como contribuinte central e principal catalizadora a 4ª Revolução Industrial.

A incompreensão ou não-transparência do fenômeno jurídico alinha-se à caixa preta algorítmica que opera o ambiente digital pelo qual, praticamente, todas as relações sociais nascem, perpassam ou findam. A *black box* carrega em si benefícios, mas também aprofunda desigualdades, assim como torna as individualidades em pseudoindividualidades, porquanto todo indivíduo que age no mundo digital é convertido em dados, dados que, grosso modo, são tratados por fórmulas

[45] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., pp. 52-53.
[46] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., p. 51.

matemáticas voltadas a determinados fins para as quais programadas, destacando-se o intento mercadológico.

Em razão da ascensão dos dados – e, portanto, dos algoritmos – é que as caixas pretas precisam de atenção por quem opera o Direito. Surge no Direito de Danos o debate sobre a transparência, que é centrada na *answerability*. que faz frente à opacidade do 4.0 como um poder jurídico fundamental procedimental voltado a realizar a autodeterminação informacional e tutelar os dados de seu titular mediante obtenção de justificações acerca das posturas adotadas por quem trata referidos dados.

Embora tenha surgido no assento da responsabilidade civil, envolvendo o caráter relacional e a função promocional do referido regime jurídico, fato é que há fundação constitucional da *answerability*, que é, essencialmente, um direito de obter razões, à justificação. E essa premissa se conecta à dignidade humana sob as lentes maslowniana do respeito na modalidade escutar e ser escutado. Mais ainda, o assento constitucional específico está no devido processo jurídico, que formula a (nova) acepção de devido processo informacional, que ocorre evidentemente nos dois âmbitos, público e privado. Por isso a explicabilidade ser um poder jurídico fundamental de caráter procedimental, porquanto envolve a concretização de meios através dos quais o titular ou legitimado dos dados utilizados por quem seja responsável obtenha razões relativas ao uso, sem vulnerar o segredo atrelado aos interesses industriais e comerciais.

A abertura da *black box* algorítmica não é total, uma exposição escancarada de todo o conteúdo operacional (ou das fórmulas algorítmicas), mas a levada de lume daquilo que não compromete o segredo e que envolve o tratamento dos dados daquele sujeito que tem o direito às razões.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Júlio Ferreira de; PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Democracia 4.0 e risco informacional. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 131, mai.-jun./2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Translated by Mark Ritter. London: Sage Publications, 1992.

BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Porto Alegre: Sulina, 2013.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. São Paulo: Ltr, 1998.

COECKELBERGH, Marck. Artificial intelligence, responsability attribution, and a relational justification of explainability. *Science and Engineering Ethics*, v. 26, 2020, p. 2051-2068.

COHEN, Julie E. What privacy is for. *Harvard Law Review*, v. 126, 2013, p. 1-24.

HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução noética no século XXI*. Tradução de Roberto Leal. São Paulo: UNESP, 2010.

HUEBNER, Walter F.; BARFIELD, W. David. *Opacity*. New York: Springer, 2014.

KUHN, Thomas Samuel. *The structure of scientific revolutions*. 3. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1981.

MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Traduzido por Cláudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018.

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. Santo André: Rua do Sabão, 2020.

PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control Money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SACRAMENTO, Ana Rita Silva; PINHO, José Antonio Gomes de. The process of implementing answerability in contemporary Brazil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, mar.-abr./2016, p. 193-213.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.