



INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

PONTUAÇÃO DE CRÉDITO E DIREITOS
DOS CONSUMIDORES
O DESAFIO BRASILEIRO

RAFAEL A. F. ZANATTA
INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
São Paulo, 2017



PONTUAÇÃO DE CRÉDITO E DIREITOS DOS CONSUMIDORES: O DESAFIO BRASILEIRO¹

Rafael A. F. Zanatta
Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

Sumário

1.1.	Pontuação de crédito e transparência: panorama histórico.....	5
1.2.	A sociedade pontuada: as propostas de Frank Pasquale e Daniele Citron	8
1.2.1.	Fiscalização regulatória sobre os sistemas de pontuação.....	10
1.2.2.	Acesso a trilhas de auditoria.....	11
1.2.3.	Modelagem interativa.....	11
2.1.	A decisão do STJ: como aconteceu?	12
2.2.	Os direitos reconhecidos pela Corte	14
2.3.	Três problemas para a efetividade dos direitos dos consumidores.....	17
2.3.1.	Falta de conhecimento e consciência jurídica	17
2.3.2.	Práticas do setor de negócios	18
2.3.3.	O desafio para ONGs e ativistas	20

¹ Este artigo foi escrito originalmente em inglês para o workshop "Tomada de decisão algorítmica: *Big Data* e discriminação de grupos vulneráveis na América Latina", realizado pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade em novembro de 2016. A pesquisa realizada para este trabalho faz parte do projeto "*Credit Scoring* e direitos dos consumidores", que tem apoio financeiro da Open Society Foundations. Agradeço a Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes pelas conversas sobre direitos à transparência, proteção de dados pessoais e direitos dos consumidores no Brasil. Agradeço também a Mario Viola, Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos pela oportunidade de produzir este artigo. Agradeço Barbara Prado Simão pelo auxílio na conversão para o português. E-mail para comentários: rafael.zanatta@idec.org.br

Resumo

Este artigo fornece uma análise abrangente dos direitos dos consumidores em sistemas de pontuação de crédito no Brasil. Argumenta que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu direitos à transparência que ainda não foram totalmente compreendidos por advogados, empresas e pela sociedade civil. O artigo sustenta que o conjunto de direitos assegurado no caso da pontuação de crédito poderia ser usado estrategicamente em outros cenários envolvendo algoritmos e "salvaguardas procedimentais" para consumidores. O artigo é dividido em três partes. A primeira fornece um panorama geral sobre a pontuação de crédito e os direitos dos consumidores, e resume as "salvaguardas procedimentais" discutidas por Citron & Pasquale (2014). A segunda parte analisa a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a legalidade da pontuação de crédito e o conjunto de direitos à transparência garantido aos consumidores. A última parte discute os desafios para a efetividade desses direitos no Brasil, considerando três obstáculos: falta de consciência jurídica, atuais práticas comerciais no mercado, e uma aproximação entre as organizações de defesa do consumidor e de direitos digitais.

Palavras-chave: pontuação de crédito, direitos dos consumidores, transparência de algoritmos;

Introdução

Em Agosto de 2014, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) realizou a primeira audiência pública de sua história. O principal problema jurídico: se a pontuação de crédito seria uma metodologia para avaliação de risco ou um "banco de dados", como descrito na Lei nº. 12.414/11 (Lei do Cadastro Positivo). Este debate conceitual teve importantes consequências jurídicas. Se o Tribunal declarasse que práticas de pontuação de crédito geravam um "novo banco de dados", então toda a coleta de dados precisaria do consentimento dos consumidores, como definido por lei. Os desembargadores do Tribunal do Rio Grande do Sul – setor jurisdicional conhecido por seu entendimento jurídico progressivo – tinham essa interpretação, bem como advogados e ativistas do movimento brasileiro de proteção do consumidor.

O Banco Central e as principais empresas do setor financeiro, no entanto, pressionaram por uma interpretação diferente. Na opinião delas, a pontuação de crédito seria apenas uma metodologia e o consentimento não seria necessário. De acordo com essa visão, os birôs de crédito usariam dados pessoais de outros bancos de dados. Eles estariam apenas aplicando conhecimentos matemáticos para avaliar o quão arriscada uma transação financeira ou comercial poderia ser.

Após a decisão do STJ – o Recurso Especial nº 1.419.697/RS² -, jornais voltados para o setor de negócios comemoraram a notícia. "O Superior Tribunal de Justiça do Brasil decidiu que os credores podem manter um sistema de classificação de crédito, o qual, afirma o banco central, ajudou a baixar as taxas de juros. (...) O sistema de pontuação de crédito não é um banco de dados, mas o uso de informações publicamente disponíveis", afirmou o Bloomberg.³

A decisão, por outro lado, fez mais do que classificar a pontuação de crédito como uma *metodologia para avaliação de risco* - uma derrota para a defesa dos consumidores no Brasil. Como observado por Danilo Doneda, a pontuação de crédito foi considerada legal "se os dados do consumidor forem tratados com transparência e boa-fé, de acordo com os direitos dos consumidores" (Doneda, 2016: 153). Isso ocorre porque o Tribunal

² Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/recrep/toc.jsp>

³ <https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-11-12/brazil-superior-court-upholds-bank-credit-scoring-system>

"reconheceu que o uso de informações sensíveis, excessivas ou incorretas pode gerar danos morais" (*idem*: 154). O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do caso, declarou que "o uso de informações sensíveis e excessivas ou a recusa injustificada de crédito por uso de dados incorretos ou desatualizados pode justificar razoavelmente a compensação ao consumidor" (*idem*: 154).

É justo dizer que a decisão é equilibrada porque também declarou um conjunto de direitos para os consumidores, incluindo o direito à transparência da informação e o direito de acesso para corrigir ou contestar dados incorretos ou desatualizados de forma a melhorar o desempenho da pontuação. Juristas de fato notaram que nesta decisão o STJ reconheceu direitos à transparência e privacidade (Lupion, 2015; Doneda, 2016). Os princípios do Código de Defesa do Consumidor continuam aplicáveis, e novos "direitos à transparência" foram declarados pelo Tribunal quando se tratarem de práticas de pontuação de crédito pelas empresas.

Meu objetivo neste artigo é avançar e avaliar a efetividade desses direitos, conectando-a ao debate sobre "*accountability* de algoritmos" que está surgindo no Brasil. Minha hipótese é que, se as metodologias para avaliação de risco, como a pontuação de crédito, são consideradas fórmulas matemáticas e *algoritmos*⁴ - "rotinas automatizadas que mobilizam informações de maneiras padronizadas para alcançar fins particulares" (Gillespie, 2014) - então essa decisão fornece um importante conjunto de direitos no sistema jurídico para pensar sobre a "governança de algoritmos" (Campbell-Verduyn et al., 2016), "transparência de algoritmos" (Gramka, 2010) ou "*accountability* de algoritmos" (Pasquale, 2011). A decisão estudada neste artigo pode ser a *primeira decisão* sobre *accountability* de algoritmos e direitos dos consumidores no Brasil - e toda a comunidade de direitos digitais no Brasil deveria explorar isso mais a fundo.

Este artigo está dividido em três partes. Na primeira, faço um breve panorama histórico sobre a pontuação de crédito e direitos dos consumidores, e resumo brevemente as "salvaguardas procedimentais" discutidas por Citron & Pasquale (2014). Na segunda parte, analiso a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a legalidade da pontuação

⁴ Não vou discutir a materialidade dos algoritmos. O sociólogo Donald MacKenzie produziu análises afiadas sobre o tema, afirmando que "os algoritmos não são simplesmente os 'procedimentos efetivos' abstratos (conjuntos finitos de instruções exatas e mecânicas de metamatemática ou ciência da computação), mas sim "uma implementação material de tal procedimento, ou seja, um programa de computador executado em uma máquina física". MacKenzie nota que os algoritmos no comércio automatizado têm efeitos materiais sobre o comportamento de outros algoritmos, produzindo uma "ordem de interação de algoritmos" (MacKenzie, 2016: 5-6).

de crédito e o conjunto de direitos dos consumidores, seguindo Doneda (2016). Na terceira parte, discuto os desafios para a efetividade desses direitos e abordagens que poderiam ser adotadas por ativistas, defensores públicos e juristas preocupados com direitos dos consumidores.

1. O debate sobre a pontuação de crédito e as salvaguardas procedimentais

A pontuação de crédito é uma técnica antiga utilizada por diferentes atores privados para prever a probabilidade de pagamento e de “confiança” de consumidores. É importante rever como foi regulada nos Estados Unidos – lugar onde surgiu – e como o “direito a ser informado” tem se tornado mais difícil à luz dos avanços tecnológicos, coleta de dados massiva e *data analytics*.

1.1. Pontuação de crédito e transparência: panorama histórico

A pontuação de crédito tem sido usada como técnica no setor financeiro desde a década de 1950 nos Estados Unidos (Citron & Pasquale, 2014: 8-10). No entanto, foi apenas durante a década de 1970 que a legislação do país passou a controlar “abusos nos métodos de julgamento das garantias de crédito” (Capon, 1982: 82). Em 1979, pesquisadores estimaram que 30% de todas as decisões sobre crédito a consumidores nos EUA eram feitas por pontuação de crédito, e que bancos, empresas financeiras, comerciantes varejistas e cartões de viagem classificavam seus clientes (*idem*: 83).

Em 1978, David Hsia, da Divisão de Assuntos do Consumidor do *Federal Reserve System*,⁵ passou a preocupar-se com as práticas de pontuação de crédito criadas pelo setor financeiro. O trecho de Hsia aponta para o debate sobre a coleta ilegal de dados e decisões injustas que podem ser tendenciosas ou baseadas em dados incorretos:

"A pontuação de crédito é uma técnica empírica que usa metodologia estatística para prever a probabilidade de reembolso por requerentes de crédito. Um sistema típico avalia certas características financeiras e não financeiras de cada candidato em uma tabela de pontuação. A tabela deriva da experiência passada do credor com candidatos similares e atribui um número variável de pontos a cada uma das características, dependendo das

⁵ O Sistema de Reserva Federal (*Federal Reserve System*) é o sistema de bancos centrais dos Estados Unidos da América. Foi criado em 1913.

respostas do candidato. O credor acrescenta os pontos do requerente para obter uma pontuação total. Se o candidato marcar mais que o limite predeterminado, o credor aprova o pedido de crédito. Recentemente, muitas controvérsias legais e políticas cercaram o papel dos sistemas de pontuação na análise de confiabilidade. Existe uma preocupação particular com o potencial inerente de tais sistemas para a discriminação contra classes de candidatos federalmente protegidas "(Hsia, 1978: 371).

De fato, os Estados Unidos desenvolveram um sistema complexo de direitos na década de 1970 para proteger os consumidores e evitar a discriminação. O *Fair Credit Reporting Act* determinou que, se alguém tivesse o "crédito negado", então "um indivíduo poderia descobrir o nome e o endereço do credor que emitiu um relatório prejudicial e por quê" (Garman & Jeffrey, 1977: 44). A lei também assegurou que "uma pessoa descreditada poderia pedir para ver seu arquivo de crédito durante o horário comercial regular, ou exigir que se falasse o que estava em seu arquivo", que "informações incorretas deveriam ser excluídas, se incorretas, e o birô de crédito deveria informar outros que tenham recebido essa informação" e que "se a informação for verificada como correta, a pessoa pode descobrir por que e por quem" (idem: 45). O *Equal Credit Opportunity Act* também definiu que "o crédito não pode ser negado a uma pessoa por causa do sexo, estado civil, raça, religião ou idade" e que "casais com contas bancárias conjuntas podem solicitar que as informações relativas a essas contas sejam relatadas no nome de cada pessoa para que ambos tenham um histórico de crédito "(idem: 45).

Os birôs de crédito são, de fato, os pioneiros do *Big Data*. Como notado por pesquisadores do MIT Media Lab e da Universidade de Harvard, o *Fair Credit Reporting Act* de 1970 "foi escrito para regular as empresas líderes do big data naquela era, os birôs de crédito ao consumidor" (Weitzner *et al.*, 2014: 11). Nos anos 1970, essas agências deram um passo alarmante ao coletarem dados transnacionais detalhados da vida financeira de uma parcela significativa da população adulta dos Estados Unidos, "e submeterem-nos a análises sofisticadas com o propósito de desenvolverem pontuações de risco de crédito" (idem: 12). A preocupação com como vidas individuais poderiam ser afetadas por pontuações, práticas injustas, coletas de dados ilegais e transparência criou a ocasião de serem definidos princípios gerais sobre o uso desses dados e de assegurar o direito à transparência, entre outros (Kinsey, 1982).

O problema com essa moldura jurídica criada nos anos 1970 é que ela assume que as decisões são feitas por *humanos* e não por *máquinas e computadores* (é evidente que o estágio de desenvolvimento tecnológico era bem diferente quarenta anos atrás). Hoje em dia, o “credor que emite um relatório prejudicial” não é uma pessoa, mas uma máquina. Os mecanismos de decisão e a gestão dos dados no setor financeiro estão sendo constantemente substituídos por algoritmos, computadores e códigos. Algoritmos *performam e governam* uma grande parte do setor financeiro – e todo o campo científico de “sociologia dos mercados” presta atenção nesse fenômeno (Mackenzie, 2009; Mackenzie & Vurdubakis, 2011, Muniesa, 2014). A realidade é que “mais e mais aspectos das nossas vidas estão sendo mediadas, aumentadas, produzidas e reguladas por tecnologias habilitadas por software” (Kitchin, 2016: 1). O software é fundamentalmente composto de algoritmos: “conjuntos de passos definidos e estruturados para o processamento de instruções/dados para produzir um resultado” (*idem*). Há uma necessidade de se repensar a relação entre os direitos à transparência e a pontuação de crédito, à luz desse novo modo de governança por códigos.

Há uma tensão crescente entre os *direitos à transparência*, aplicados aos algoritmos, e os *direitos de propriedade*. Os desenvolvedores desses algoritmos afirmam que possuem direito de “segredo industrial” sobre essas fórmulas.⁶ Há cinco anos, Frank Pasquale notou que isso poderia produzir um problema real para direitos à transparência. Ele afirmou que a classificação social tinha potencial de produzir “profecias autorrealizáveis” e que seria “um resultado particularmente preocupante se as bases de tais designações nunca forem descobertas, e muito menos adequadamente desafiadas e revistas” (Pasquale, 2011: 237). Em sua opinião, a lei está atualmente “empilhando o baralho contra a *accountability* de autoridades automatizadas” em razão de proteções como o segredo industrial.

Para desafiar e rever decisões automatizadas, Pasquale afirma que uma “doutrina da informação justa” deveria incluir a obrigação de que grandes e poderosos detentores de dados “submetam uma amostra de seus dados a entidades encarregadas de auditar e avaliar suas atividades” (Pasquale, 2011: 238). Isso é especialmente importante se considerarmos que “birôs de crédito também se engajaram em práticas secretas de

⁶ Kitchin também identifica isso como um obstáculo à pesquisa, entre outras coisas. Ele afirma que “existem três principais desafios que dificultam a pesquisa sobre algoritmos: ganhar acesso às suas formulações; eles são heterogêneos e enraizados em sistemas mais abrangentes; seu trabalho se desenvolve contextualmente e contingencialmente, o que requer atenção prática e epistemológica” (Kitchin, 2016).

ranqueamento e pontuação que comprometem reputações individuais” (*idem*: 248) e que “a pontuação de crédito tem impactos negativos e diferentes em minorias e bairros de baixa renda” (*idem*: 249). Para Frank Pasquale, leis promovendo transparência são importantes, mas “novas autoridades automatizadas são frequentemente tão complexas que apenas revelá-las não resolverá os problemas” (*idem*: 254). Apenas expor as fórmulas matemáticas que sustentam o sistema de pontuação de crédito não é suficiente. A transparência é um primeiro passo em direção a uma sociedade *inteligível*, em que as decisões críticas podem ser entendidas “não apenas por seus próprios engenheiros e matemáticos, mas também por gerentes de risco e reguladores”.

Na próxima seção, irei explorar ainda mais as teses de Pasquale sobre as salvaguardas processuais para pontuação de crédito, expostas em seu ensaio sobre “a sociedade pontuada”.

1.2. A sociedade pontuada: As propostas de Frank Pasquale e Daniele Citron

As ideias sobre direitos à transparência desenvolvidas por Pasquale em 2011 foram expandidas no ensaio *A Sociedade Pontuada*, escrito em parceria com Danielle Citron em 2014. Neste ensaio, Pasquale e Citron afirmam que sistemas de pontuação de crédito possuem três problemas básicos: opacidade, resultados arbitrários e impacto diferenciado entre mulheres e minorias (Citron & Pasquale, 2014: 9-10).

O *problema da opacidade* é relacionado à negação do pedido para detalhes no sistema de pontuação dos consumidores. Para Pasquale, “ninguém além da entidade de pontuação pode conduzir uma auditoria no algoritmo preditivo subjacente” (*idem*: 11). Consumidores ficam confusos sobre o funcionamento do sistema de classificação (a “engenharia reversa” é dispendiosa, difícil de executar e não confiável). Eles não sabem *como* e nem *por quê* suas pontuações mudam. Também não sabem o que pode determinar o seu melhor desempenho na pontuação.⁷

O *problema dos resultados arbitrários* está relacionado a diferentes técnicas utilizadas por birôs de crédito. Conforme Citron e Pasquale, um estudo de 500.000

⁷ A indústria geralmente argumenta que fornecer transparência total ao modo como os algoritmos funcionam poderia estimular comportamentos oportunistas, como fraudes ou mesmo entidades privadas (ou especialistas) que ofereceriam o serviço de “melhorar seu desempenho na pontuação de crédito”. Este é o mesmo argumento que a Google usou contra a transparência total dos algoritmos de seus mecanismos de pesquisa. Ver Gramka (2010).

arquivos descobriu que quase 30% dos consumidores tinham notas de crédito que diferiam em pelo menos 50 pontos entre três birôs (*idem*: 12). Isso acontece porque as "máquinas de calculabilidade" dependem de modelos econômicos e pressupostos normativos - uma visão também fornecida pela sociologia econômica e pela teoria da *performatividade* de Michel Callon.⁸ Os sistemas de classificação funcionam com base em comandos de "como classificar" ou "como quantificar". Isso pode levar a avaliações erradas e resultados socialmente indesejáveis, como aconteceu na crise de títulos de crédito hipotecário nos EUA.

Por fim, o *problema do impacto diferenciado* se relaciona com a maneira como algoritmos sistematizam práticas discriminatórias "de forma oculta" (*idem*: 14). Pasquale afirma que os "engenheiros de software constroem os conjuntos de dados extraídos pelos sistemas de pontuação; eles definem os parâmetros das análises de mineração de dados; eles criam clusters, links e árvores de decisão aplicadas; eles geram os modelos preditivos aplicados" (*idem*: 15). O problema é que preconceitos e "valores dos desenvolvedores do sistema são incorporados em cada passo do desenvolvimento". Por exemplo, algoritmos podem colocar uma baixa pontuação em ocupações como o trabalho migratório. Isso acontece porque há tendências e correlações automatizadas, como se fossem "inferências objetivas". Para Citron e Pasquale, "as agências de crédito podem estar lavando a discriminação em pontuações de caixa preta, que são imunes ao escrutínio" (*idem*: 14).

Para aumentar a *accountability* dos sistemas de pontuação de crédito, Pasquale afirma que a "regularidade procedimental é essencial". Nesse sentido, "sistemas de pontuação deveriam ser sujeitos a requisitos de justiça que reflitam sua centralidade na vida das pessoas" (*idem*: 19). Influenciado por Kate Crawford e Jason Schultz, ele argumenta por um "devido processo tecnológico" e procedimentos que assegurem que algoritmos preditivos "atinjam algum padrão de avaliação e revisão para garantir sua equidade e precisão" (*idem*: 19). Pasquale aponta para três salvaguardas procedimentais.

⁸ O trabalho de Michel Callon é extremamente rico para este debate. Baseado no conceito de *dispositivo* de Foucault e no conceito de *agenciamento* de Deleuze (*assemblages* sócio-técnicos, incluindo as afirmações que apontam a esses arranjos), Callon examina a maneira pela qual "uma fórmula que descobre progressivamente o seu mundo e um mundo que é posto em movimento pela fórmula que o descreve" funciona. Ele observa como "uma fórmula que anteriormente funcionava em um mundo de papel, o que era perfeitamente real, posteriormente funciona, depois de muitos investimentos, em um mundo de computadores e silício, algoritmos, habilidades profissionais e instituições inteligentemente ajustadas" (Callon, 2007: 13 -14). Pasquale menciona Donald MacKenzie - outro sociólogo proeminente no campo da performatividade - em seu artigo, mas não avalia o trabalho de Callon.

1.2.1. Fiscalização regulatória sobre os sistemas de pontuação

A primeira proposta de Pasquale é a de que os consumidores saibam claramente distinguir entre as fases do processo de pontuação – (i) a coleta de dados sobre indivíduos; (ii) o cálculo dos dados obtidos em pontuações; (iii) a divulgação dessas pontuações para tomadores de decisão; (iv) o uso das pontuações por empregadores e outros para tomarem decisões –, garantindo a indivíduos pontuados diferentes direitos nas diferentes fases.

Se uma empresa coleta dados de mais de 2.000 pessoas, ela deve cumprir as regras da FCRA (*Fair Credit Reporting Act*). Nesse sentido, na *fase de coleta de dados*, "os indivíduos deveriam ter o direito de inspecionar, corrigir e contestar dados imprecisos, e conhecer as fontes (fornecimento) dos dados" (Citron & Pasquale, 2014: 20).⁹ O *cálculo dos dados* deveria ser inspecionável por amostragem (em casos de proteção do segredo industrial, avaliações fechadas deveriam ser disponibilizadas). A divulgação da pontuação deveria produzir um dever pelo qual "o indivíduo pontuado deve ser notificado quando pontuações ou dados são comunicados a uma entidade" (idem: 21). Para Pasquale, se a pontuação de crédito fosse usada por motivos médicos ou empregatícios, o sistema de pontuação deveria estar sujeito a requisitos de licenciamento e auditoria:

Dada a sensibilidade da pontuação, o uso justo, preciso e replicável dos dados é crucial. Não podemos confiar nas próprias empresas se autorregulando para esse fim – elas são apenas obrigadas a encontrar o modo de processamento mais *eficiente*, e não a reivindicar outros valores sociais como a equidade. O licenciamento pode servir como uma forma de garantir que valores públicos façam parte desta tecnologia. Entidades de licenciamento poderiam garantir que determinados dados confidenciais não cheguem à pontuação. Por exemplo, intermediários vendem os nomes dos pais cujo filho foi morto em um acidente de carro, de vítimas de estupro ou de pacientes com

⁹ Pesquisadores notaram que os birôs de crédito tentaram escapar dos regulamentos da FCRA e que uma perspectiva de proteção de dados é necessária: "As empresas usam essas pontuações e segmentações para o mercado e determinam quais ofertas, ofertas e remédios proporcionam a diferentes indivíduos. Essas avaliações e classificações são baseadas não apenas nas histórias financeiras e interesses relevantes dos consumidores, mas também em sua raça, gênero, CEP, status social, educação, vínculos familiares e uma ampla gama de dados adicionais. No entanto, os consumidores são em grande parte inconscientes dessas pontuações e segmentações, e normalmente não têm como desafiar a sua veracidade porque eles usualmente ficam fora do alcance do *Fair Credit Reporting Act* (FCRA). Além disso, o uso dessas informações por parte das empresas pode favorecer a discriminação e aumentar os desequilíbrios de poder já existentes entre os consumidores, canalizando as melhores ofertas e remédios para os consumidores mais ricos e sofisticados. O uso dessas pontuações e segmentações aumenta o desnível crescente entre poderosos que "têm" e vulneráveis que "não têm". (Schmitz, 2014).

AIDS. Licenciadores poderiam assegurar que estar em uma lista como essa não influenciasse a pontuação. (Citron & Pasquale, 2014: 22).

Esse sistema de licenciamento demandaria novas leis nos Estados Unidos e no mundo. Outra estratégia seria reforçar a autoridade da *Federal Trade Commission* (FTC), sendo que "a FTC deveria ter acesso a sistemas de pontuação de crédito e outros sistemas de pontuação que prejudiquem injustamente os consumidores" (*idem*: 23). Pasquale propõe auditorias semestrais pela FTC, garantindo que "pesquisadores e outros especialistas possam comentar esses sistemas de pontuação" (*idem*: 26).

1.2.2. Acesso a trilhas de auditoria

Pasquale afirma que os consumidores poderiam ser notificados com antecedência razoável se "os sistemas de pontuação incluíssem trilhas de auditoria registrando as correlações e inferências feitas algoritmicamente no processo de predição". Desse modo, indivíduos "teriam os meios para entender suas pontuações" e "poderiam desafiar determinações incorretas e inferências errôneas que levaram a suas pontuações".

Se a divulgação do sistema de pontuação ao público não for possível devido a "razões concorrenciais" e ao segredo industrial (Grankan, 2010), então ela poderia ser confiada a "especialistas neutros". Estes poderiam avaliar se "as pontuações são baseadas em características ilegítimas como raça, nacionalidade, gênero, ou em determinações incorretas"(Citron & Pasquale, 2014: 28).

1.2.3. Modelagem interativa

Outra abordagem baseada nos direitos dos consumidores seria a chance de "ver o que acontece à pontuação com diferentes alterações hipotéticas em seus históricos de crédito". Pasquale explica isso nos seguintes termos:

"Imagine uma interface onde cada aspecto do histórico de crédito de uma pessoa é representado em uma wiki. Para torná-lo mais concreto, imagine uma consumidora que enfrenta um dilema. Ela vê em seu relatório de crédito que possui uma conta trinta dias atrasada. Ela poderia pegar um empréstimo no dia de pagamento para pagar a conta, mas teria de arcar com uma taxa de juros exorbitante se optasse por isso. Ela provavelmente pode ganhar dinheiro suficiente, trabalhando por horas extras, para pagar a

conta em quarenta dias. O software poderia dar-lhe uma ideia das chances relativas a qualquer um dos caminhos. Se sua pontuação caísse em 100 pontos quando uma conta não fosse paga por um total de sessenta dias, ela seria muito mais propensa a optar pelo empréstimo no dia do pagamento do que se apenas cinco pontos fossem deduzidos por esse prazo de inadimplência" (*idem*: 29).

Basicamente, na modelagem interativa os consumidores teriam “*feedback* e controle”. Isso é válido para o movimento de “valores no design” e para a abordagem contextual desenvolvida por Hellen Nissebaum.¹⁰

Pasquale reconhece que a indústria desafiará suas propostas alegando que a transparência total pode diminuir qualidade e criar incentivos para que os usuários “brinquem com o sistema”. Não é meu objetivo avaliar essas críticas. Na próxima seção, irei analisar a decisão brasileira sobre pontuação de crédito e relacioná-la com as salvaguardas procedimentais.

2. O desafio brasileiro: tornando efetivos os “direitos à transparência”

O sistema jurídico brasileiro é diferente do americano. As regras relativas à defesa do consumidor e aos birôs de crédito foram criadas durante a década de 1990 com o Código de Defesa do Consumidor. Durante a última década, foi promulgada uma nova lei para bancos de dados e avaliação de risco dos consumidores. Estas normas fundamentaram a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a legalidade do sistema de pontuação de crédito e o conjunto de direitos garantidos aos consumidores. Esta seção descreve a decisão e esses direitos.

2.1. A decisão do STJ: como aconteceu?

Como observado na introdução, a decisão sobre pontuação de crédito foi a primeira a ser equipada com uma audiência pública na história do Superior Tribunal de Justiça.¹¹ O caso foi levado ao STJ por um Recurso Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e havia mais de 80 mil casos semelhantes (Doneda, 2016: 154). O caso

¹⁰ Os textos mais influentes de Helen Nissebaum são *Privacy as Contextual Integrity*, publicado na *Washington Law Review* em 2004, e *A Contextual Approach to Privacy Online*, publicado na revista *Daedalus*, do MIT, em 2011.

¹¹ Ver Zanatta e Glezer (2014) para uma crítica sobre o debate ocorrido durante a audiência, que não se conectou a debates mais amplos sobre proteção de dados pessoais.

envolveu a Boa Vista Serviços S/A e dizia respeito à seguinte questão: se a inclusão dos consumidores em um sistema de pontuação de crédito fosse ilegal, ela poderia gerar danos morais e compensação monetária?

O caso teve cinco *amici curiae*. Todos representavam o setor privado e o governo (Banco Central, Confederação Nacional dos Gerentes de Loja, Serasa S/A, Federação Brasileira de Bancos - Febraban, Instituto para Desenvolvimento de Varejo). Faculdades de direito, escritórios modelo e organizações da sociedade civil não aplicaram para fazer parte da ação.

O caso foi decidido pelo Ministro Paulo de Tarso San Severino após audiência pública com diferentes setores, incluindo ONGs de proteção ao consumidor, juristas e defensores públicos. A decisão afirmou que o Código de Defesa do Consumidor se aplica à pontuação de crédito. Existe uma forte tradição jurídica de regulamentação dos bancos de dados de crédito ao consumidor no Brasil:

"Os bancos de dados de crédito ao consumidor estão regulados pelo artigo 43 do CDC (Código de Defesa do consumidor, promulgado em 1990). O artigo 43 engloba tanto devedores como bancos de dados de proteção ao crédito. O Ministro nota que o art. 43 tem uma forte relação com a privacidade do consumidor, seguindo inspiração internacional, como o North American Fair Credit Reporting Act (de 1970), assegurando que as decisões tomadas através dos dados e informações coletadas sejam informadas, responsáveis e transparentes. Novamente, o Juiz traz a Diretiva Europeia 96/45/CE como exemplo de norma internacional que considera a proteção de dados pessoais como um direito fundamental. O Art. 43, portanto, não proíbe bancos de dados de crédito ao consumidor, mas estabelece um conjunto de regras para legitimar o seu uso" (Doneda, 2016: 156).

O caso foi decidido por um tipo especial de recurso, chamado "recurso especial repetitivo". No Código de Processo Civil, isso significa que a interpretação definida por essa decisão aplica-se a todos os casos semelhantes que compartilhem os mesmos elementos factuais. O julgamento ocorre por amostragem, o que significa que um caso é escolhido como "representativo" de outros:

"O julgamento por amostragem é uma técnica que identifica questões de direito repetitivo em vários recursos especiais, escolhe os recursos que serão julgados como representativos da controvérsia e paralisa os demais recursos sobre esse mesmo tópico. (...) o julgamento por amostragem é uma adjudicação de apelações coletiva, apropriada para minar o problema relativo à

quantidade excessiva de judicialização e reivindicações em massa. (...) Para adaptar os recursos especiais repetitivos ao modelo de julgamento por amostragem em seu potencial efetivo, aspectos processuais devem ser melhorados para garantir a efetividade do direito ao contraditório por *amici curiae*"(Souza, 2014).

A decisão não pode ser apelada para um nível superior, a menos que alguém tente contestá-la em níveis constitucionais - o que levaria o caso ao Supremo Tribunal Federal. Isso não aconteceu. Portanto, a decisão é válida e todos os brasileiros devem cumpri-la. Na próxima parte, irei me concentrar no conteúdo da decisão e no significado dos direitos declarados pelo Tribunal.

2.2. Os direitos reconhecidos pela Corte

A decisão sobre o Recurso Especial Repetitivo nº 1.419.967/RS tem cinco principais teses. Elas podem ser resumidas da seguinte forma:

- I. A pontuação de crédito é um método para avaliação de risco e crédito com base em modelos estatísticos, que considera muitas variáveis e atribui uma nota/graduação ao consumidor;
- II. Este ato comercial é legal e está autorizado pelo artigo 5º, inciso IV, e artigo 7º da Lei nº 12.414/2011;
- III. No procedimento de avaliação de risco, devem ser respeitados os limites definidos pelo sistema de proteção ao consumidor, no sentido de regulação da privacidade e transparência máxima nas relações comerciais, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 12.414 / 2011;
- IV. Apesar de não ser necessário o consentimento do consumidor para o uso da metodologia, se o consumidor solicitar as fontes dos dados considerados (histórico de créditos) e das informações pessoais avaliadas, a empresa deve cumprir e entregá-lo;
- V. O desrespeito dos limites legais no uso da pontuação de crédito pode ser interpretado como um "abuso de direito", gerando danos morais e deveres de compensação.

Conforme observado por Doneda (2016), o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino fez uma profunda análise histórica do Código de Defesa do Consumidor em sua decisão, ligando a disposição sobre banco de dados (Artigo 43) ao *Fair Credit Reporting Act* dos Estados Unidos. Com base no trabalho de Leonardo Bessa, o ministro Sanseverino afirma que existem princípios gerais para o tratamento de dados pessoais, que incluem (i) o

direito de acesso às informações pessoais, (ii) o direito de modificar dados imprecisos; (iii) a ideia de que os dados pessoais devem ser coletados para "fins legítimos"; (iv) a exigência de que os dados sejam verdadeiros, precisos, objetivos, relevantes e não excessivos; (v) o princípio de que há prazos razoáveis para a utilização desses dados¹².

A decisão também reconheceu o direito fundamental da "boa fé" nas relações de consumo, que se aplica aos sistemas de pontuação de crédito¹³. O prestador do serviço deve cumprir cinco deveres reconhecidos pelo sistema jurídico brasileiro após a Lei 12.414 / 2011: (i) dever de veracidade; (ii) dever de clareza; (iii) dever de objetividade; (iv) a proibição do uso de informações excessivas; (v) a proibição do uso de informações sensíveis. A decisão afirma:

No caso específico do “credit scoring”, devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei nº 12.414/2011. (...) Essas informações, quando solicitadas, devem ser prestadas ao consumidor avaliado, com a indicação clara e precisa dos bancos de dados utilizados (histórico de crédito), para que ele possa exercer um controle acerca da veracidade dos dados existentes sobre a sua pessoa, inclusive para poder retificá-los ou melhorar a sua performance no mercado. (...) Não podem ser valoradas pelo fornecedor do serviço de “credit scoring” informações sensíveis, como as relativas à cor, à opção sexual ou à orientação religiosa do consumidor avaliado, ou excessivas, como as referentes a gostos pessoais, clube de futebol de que é torcedor etc.” (STJ, 2014)

É claro que os consumidores estão protegidos e que possuem direitos quando submetidos a práticas de pontuação de crédito. Os consumidores possuem tanto "direitos de imunidade" (o direito a não ser prejudicado)¹⁴ como "direitos à transparência" (direito

¹² A Lei nº 12.414 foi parcialmente inspirada pelo modelo europeu de proteção de dados pessoais. Pesquisadores latino-americanos perceberam, há muito tempo, que a rede ibero-americana desempenhou um papel neste movimento: "A influência da rede ibero-americana, guiada pela Espanha e Portugal, tem sido importante neste processo. Nesse sentido, o sistema adotado pelos países latino-americanos segue o modelo baseado nas Diretivas 1995/46/CE e 2002/58/CE que aparecem como instrumentos que conferem especial importância à harmonização e subordinam a livre circulação de dados pessoais à existência de um nível mínimo de proteção entre os Estados "(Nougrères, 2016).

¹³ Sanseverino usa a doutrina de Miguel Reale e Cláudia Lima Marques para discutir a centralidade da "boa fé" na proteção do consumidor no Brasil.

¹⁴ Um desses direitos poderia ser o de não ser colocado em uma "lista negra" pelo *Big Data* (o processo de classificar indivíduos como administrativamente "culpados até serem provados inocentes" em virtude de dados suspeitos e resultados de triagem em bancos de dados). Este direito pode ser assegurado pelo direito ao devido processo legal (Hu, 2016).

a acessar como as informações sobre ele/ela estão sendo usadas) - que são direitos de proteção de dados. Esta concepção da proteção de dados, no entanto, não se baseia no antigo "direito a ser deixado sozinho", mas é uma concepção positiva da vida democrática, do controle da informação e da autonomia. Isso é consistente com a tese de Doneda e Mendes de que "mais e mais conflitos em relação ao processamento de dados [no Brasil] estão sendo considerados dentro de um quadro de transparência e controle, em vez de um quadro de privacidade, que enfatiza opacidade e confidencialidade" (Doneda & Mendes, 2014). Segundo eles, "isso se deve aos desenvolvimentos recentes da jurisprudência, à aplicação das autoridades públicas e às novas leis promulgadas em 2011 (Lei do Cadastro Positivo e Lei de Acesso à Informação)".

Existe uma profunda conexão entre essa decisão, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo. O "conjunto de direitos" reconhecido pelo Tribunal deve ser interpretado com esses materiais em mente.

Além disso, o que impressiona nessa decisão é o reconhecimento de um conjunto de direitos dos consumidores à transparência quando eles são submetidos a algoritmos e quando são tomadas "decisões automatizadas" (Pasquale, 2011). Isso vai além dos limites dos sistemas de pontuação de crédito. O raciocínio por trás da decisão é o de que consumidores têm o direito de informações claras em todas as relações consumo, e que metodologias para avaliação de risco - algoritmos que realizam atividades de classificação com base em um conjunto maciço de dados - só podem ser executadas no Brasil se elas obedecerem os direitos à transparência estabelecidos pela Lei n. 12.414/2011 e os princípios do Código de Defesa do Consumidor.

A questão interessante para o futuro é avaliar se essa interpretação pode ser expandida e aplicada a outros casos que lidam com a relação entre consumidores e empresas privadas através da mediação de algoritmos. Pode-se argumentar que a decisão do STJ fornece fundamentos legais para identificar todo um conjunto de direitos à transparência para consumidores e decisões automatizadas. Isso ocorre porque o Tribunal reconheceu que, apesar de não ser um novo "banco de dados" - como identificado na Lei do Cadastro Positivo -, consumidores possuem direitos à transparência quando lidam com algoritmos como em sistemas de pontuação de crédito, incluindo o direito de entender *por quê uma decisão automatizada foi tomada*. Veremos futuramente como essa decisão pode ser aplicada a outros algoritmos e decisões automatizadas.

2.3. Três problemas para a efetividade dos direitos dos consumidores

Uma única decisão não altera toda uma cultura e consciência jurídica de uma determinada sociedade. O cenário brasileiro é complexo e fundamentalmente diferente do norte-americano. Não houve um debate contínuo sobre os riscos da pontuação de crédito desde a década de 1970, não houve um *Fair Credit Reporting Act* e não houve um debate acadêmico vigoroso sobre como esses direitos podem ser aplicados aos consumidores. Precisamos avaliar como esses direitos podem ser exercidos nesse contexto de debates fracos sobre a pontuação de crédito e uma cultura jurídica crescente de proteção ao consumidor e direitos à transparência.

2.3.1. Falta de conhecimento e consciência jurídica

O problema fundamental a ser desafiado é o do conhecimento. Assim como aconteceu nos Estados Unidos durante a década de 1970, é preciso haver um trabalho ativo para expandir informação sobre práticas de pontuação de crédito e os direitos básicos dos consumidores.¹⁵ Isso pode ser feito pelo governo federal – por meio do Banco Central ou da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor.

Mecanismos de autorregulação e divulgação de informações jurídicas pelos birôs de crédito não irão funcionar (Citron & Pasquale, 2014). Eles não querem ser incomodados por petições e pedidos que exijam as fontes de dados utilizadas pelos sistemas de pontuação de crédito. Essas empresas farão o possível para reduzir os custos transacionais e diminuir seus encargos regulatórios. Portanto, o governo federal tem o dever essencial de expandir o conhecimento dos consumidores de forma a garantir a efetividade desses direitos.

Juristas e professores também desempenham um papel importante na melhoria da consciência jurídica em relação aos direitos à transparência e aos algoritmos de pontuação. Associações como a Brasilcon (Associação Brasileira de Direito do

¹⁵ Na história jurídica dos EUA, pode-se notar um processo dialético entre "ativismo de base" e "reação política" em termos de pontuação de crédito, proteção contra a discriminação e direitos à transparência. Ralph Nader - um dos principais advogados de interesse público do século XX - publicou investigações profundas sobre a indústria de pontuação antes da FCRA e mobilizou a opinião pública. Antes disso, o movimento dos direitos civis também destacava as práticas de discriminação baseadas na raça e na classe social.

Consumidor, que reúne os principais estudiosos da proteção ao consumidor no Brasil) podem participar ativamente na produção de panfletos e documentos que poderiam ser distribuídos pelos Procons e órgãos públicos de defesa do consumidor. Eles também poderiam pressionar por parcerias com a Ordem dos Advogados do Brasil, de forma a gerar um discurso harmonioso sobre direitos à transparência e pontuação de crédito, levando a interpretação do STJ para fora dos domínios de especialistas e profissionais de elite. Advogados em diferentes partes do país poderiam ser responsáveis por levar esse conhecimento jurídico básico (um discurso de direitos) aos cidadãos e aos consumidores através de suas Ordens Seccionais.

Existe uma necessidade urgente de se expandir a doutrina sobre direitos à transparência e proteção ao consumidor.¹⁶ Ao contrário dos Estados Unidos, poucas universidades e revistas acadêmicas participaram ativamente desse debate por meio de seminários, workshops e produção de conhecimento. A decisão do STJ é uma "janela de oportunidade" para provocar esse debate e esclarecer o discurso sobre direitos à transparência. Há também uma conexão incrível com a "comunidade de direitos digitais" no Brasil - um grupo de acadêmicos e ativistas em organizações como Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS), Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), InternetLab, Instituto Iris e outros. Esses grupos poderiam explorar o debate emergente sobre a "*accountability* de algoritmos" com base nos fundamentos legais oferecidos pela decisão do STJ. Parece claro que a decisão definiu "salvaguardas procedimentais" (Citron & Pasquale, 2014) para algoritmos, baseadas na equidade e não discriminação. O que precisa ser testado é como esta decisão paradigmática se aplica a outros casos envolvendo consumidores e algoritmos. Há uma agenda de pesquisa inspiradora que une o Código de Defesa do Consumidor (incluindo a proteção de dados pessoais como um princípio fundamental da proteção ao consumidor) com a *accountability* de algoritmos.

2.3.2. Práticas do setor de negócios

O segundo desafio envolve a modificação das práticas comerciais, especialmente de empresas como Boavista, Serasa e a nova coalizão de grandes bancos. Essas empresas, até agora, não se comprometeram a garantir esses direitos à transparência. Pelo contrário,

¹⁶ O trabalho realizado por Leonardo Bessa, Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda deve ser reconhecido como um esforço importante nesse sentido.

foi relatado que algumas empresas oferecem o "acesso à pontuação" (o número) se o consumidor concordar em criar um banco de dados sobre informações de crédito positivas. Isso é altamente ilegal em termos de proteção ao consumidor.

É verdade que as empresas privadas se envolveram em debates públicos sobre a pontuação de crédito e os direitos dos consumidores. Eles atuaram como *amici curiae* na decisão do recurso especial repetitivo e participaram de todos os principais debates sobre esse assunto, incluindo o Seminário Anual de Privacidade do Comitê Gestor da Internet e o Seminário sobre Algoritmo Responsabilidade organizado pelo ITS-Rio. No entanto, elas usam estrategicamente esses espaços públicos para defenderem uma interpretação reduzida da decisão do STJ e a tese de que as "fórmulas" do algoritmo são protegidas por segredo industrial.¹⁷

Advogados de direito do consumidor, acadêmicos e líderes do setor financeiro devem debater a forma como os birôs de crédito podem cumprir com decisão do STJ. Mais do que isso, eles podem buscar ativamente o fornecimento de informações claras aos consumidores, "trilhas de auditoria" e "modelagem interativa" (Citron & Pasquale, 2014). O desafio é convencer o setor privado a fazê-lo mesmo sem uma lei geral de proteção de dados no Brasil.¹⁸

As empresas podem ativamente criar "conselhos éticos" (Polonetsky et al., 2014) internamente, e convidar pesquisadores de universidades públicas e centros de pesquisa para realizar auditorias e análises empíricas centradas na equidade da tomada de decisão automatizada. Elas podem inclusive pedir ao governo federal que ofereça benefícios fiscais se o fizerem - se elas implementarem esses conselhos e fornecem amostragens para especialistas e pesquisadores investigarem efeitos socialmente indesejáveis no uso de algoritmos -, para equilibrar os custos financeiros de criar tais conselhos e pesquisas independentes.¹⁹

¹⁷ Ver a mesa redonda "Mineração de dados e crédito" (2016) promovida pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, especialmente os argumentos fornecidos por Vanessa Butalla (Serasa): <https://www.youtube.com/watch?v=ol70yz4TRIA>

¹⁸ Para um estudo sócio jurídico sobre como o setor privado tentou barrar a lei de proteção de dados no Brasil, ver Zanatta (2015).

¹⁹ Bruno Bioni e outros pesquisadores no campo da lei de privacidade no Brasil têm defendido uma concepção mais abrangente de ferramentas regulatórias, incluindo regras voltadas a prêmios e benefícios fiscais. Bioni baseia-se na literatura sobre tecnologias que melhoram a privacidade (Danezis et al., 2015).

2.3.3. O desafio para ONGs e ativistas

Por fim, as organizações da sociedade civil têm o dever e o desafio de promover campanhas de conscientização e incidência estratégica em relação a direitos dos consumidores e pontuação de crédito. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) já iniciou um projeto com esta estratégia. Em 2017, o Idec publicará uma Carta de Direitos para aumentar a consciência jurídica quanto aos direitos à transparência. O objetivo é que os cidadãos entendam claramente que possuem o direito de acessar a fonte de dados pessoais utilizados pelos algoritmos dos birôs de crédito, bem como o direito de entender como as decisões automatizadas foram tomadas, para evitar, identificar e punir comportamentos discriminatórios que sejam injustos.

O Idec também está planejando oficinas práticas com advogados da Defensoria Pública e do Ministério Público Federal. Essas instituições estão melhor equipadas (financeiramente e estruturalmente, em termos de recursos humanos) para impetrar ações civis públicas de forma a garantir esses direitos coletivos. O que precisa estar claro é que *esses novos direitos à transparência são direitos coletivos*. Os consumidores têm o direito de acessar e entender como estão sendo classificados para fins financeiros. Os consumidores têm o direito de modificar um conjunto de dados se ele estiver incorreto ou impreciso. Os consumidores têm o direito de entender não só a sua pontuação ou classificação - isto não é sobre conhecer um número -, mas também como as decisões automatizadas são tomadas. Esta é a ideia básica da "*accountability* do algoritmo", como defendido por Frank Pasquale e outros ativistas.

Outras organizações, como a Coding Rights, estão formando coalizões de jornalistas, advogados e especialistas em tecnologia para aumentar a conscientização sobre práticas injustas de pontuação de crédito e a necessidade de uma regulamentação mais forte quanto à proteção de dados pessoais. A "estratégia da coalizão" (que ultrapassa o diálogo entre advogados e decisores políticos) foi reconhecida como uma maneira possível de tornar essa questão mais acessível para os cidadãos em uma sociedade democrática.

O maior desafio nos próximos anos será a falsa colisão entre o segredo industrial e o direito à transparência quanto aos algoritmos e à pontuação. Os birôs de crédito irão argumentar que possuem a obrigação de fornecer a "lista das fontes de dados" utilizadas, mas não de fornecer a fórmula, porque isso prejudicaria sua posição no mercado

(Grankan, 2010) e porque o negócio é todo sobre a criação desses algoritmos, o que paga altos salários a cientistas e engenheiros de dados. Esta visão, no entanto, não é consistente com a decisão do STJ. O Tribunal decidiu que os direitos à transparência garantidos pela Lei n. 12.414/2011 são válidos, e os consumidores têm o direito de saber *por que uma decisão automatizada* foi tomada.

A questão, portanto, é sobre como as pessoas saberão como as decisões são tomadas por algoritmos como no sistema da pontuação de crédito. Existem muitas opções para isso. O acesso direto ao algoritmo - "transparência total" - pode não ser uma opção tão frutífera devido às dificuldades para entender como os algoritmos funcionam (o problema da linguagem para entender fórmulas matemáticas) e o problema econômico de oferecer "de graça" o produto intelectual de um grupo de pessoas dentro de uma empresa. A "solução da auditoria" proposta por Pasquale pode fornecer um novo conjunto de direitos.²⁰ Se um grande número de consumidores não estiver convencido pelas razões gerais fornecidas pela empresa sobre como funcionam as fórmulas e o algoritmo, eles deveriam ter o *direito de desafiar essa narrativa unilateral* e ter acesso a um procedimento administrativo de auditoria independente e de análise empírica de práticas desleais (Barocas & Selbst, 2016). O ônus da produção deste tipo de análise não deve incidir sobre consumidores e ativistas. Eles não criaram esse problema e esse tipo de risco de exclusão, o setor financeiro o fez.²¹

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor claramente afirma que os consumidores são a "parte mais fraca" nesta relação, e que as grandes empresas têm o dever de garantir que não tenham feito nada de errado ou injusto (Direito, 2015). Ativistas deveriam avançar ainda mais contra esta narrativa e avaliar se a Secretaria Nacional do Consumidor²² poderia decretar regulamentos quanto a essas salvaguardas procedimentais.²³

²⁰ A literatura emergente sobre *accountability* dos algoritmos explora a opção de auditoria e o dever dos governos de criar essas novas formas de direitos (Citron & Pasquale, 2014; Diakopoulos, 2016).

²¹ Uma agenda proeminente pode ser a comparação entre direito ambiental e direitos digitais. Sobre a relação entre riscos, democracia, regulação e proteção ao consumidor, ver Hartmann (2012).

²² A Secretaria Nacional do Consumidor é o órgão competente para formular, promover, coordenar e implementar a Política Nacional de Proteção ao Consumidor. Ver <http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/o-que-e-senacon>

²³ Foi argumentado que a FTC deveria buscar "proteção robótica do consumidor" (Hartzog, 2015).

Conclusão

A decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a pontuação de crédito fornece um precedente paradigmático para os direitos à transparência. A decisão evidentemente afeta os sistemas de pontuação de crédito e o quadro regulatório de proteção ao consumidor, mas também pode ser usada estrategicamente para debater a "accountability de algoritmos" (Pasquale, 2015) no Brasil. Argumentei neste estudo que os direitos à transparência estabelecidos no "caso da pontuação de crédito" não se limitam às relações de consumo neste mercado. Em termos gerais, acredito que a *ratio decidendi* envolve uma análise de quais direitos estão em jogo quando alguém enfrenta uma análise de risco baseada em algoritmos.

O Brasil carece de uma forte tradição em leis federais contra práticas injustas relacionadas à proteção de dados e sistemas de pontuação de crédito, como se pode encontrar nos Estados Unidos e seus 40 anos de discussão e conscientização sobre o *Fair Credit Reporting Act*. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor (1990) e a Lei do Cadastro Positivo (2011) são "marcos legais" na busca de direitos à transparência. Este quadro normativo foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para afirmar o direito de obter informações claras sobre como os dados da pontuação de crédito são coletados e utilizados, o direito de modificar dados imprecisos e o direito de entender como as decisões automatizadas foram tomadas com base no uso desses dados. O *tour de force* interpretativo fornecido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino deve ser claramente entendido por todos os ativistas de direitos digitais, porque fornece um sólido entendimento para futuros casos envolvendo coleta de dados, algoritmos e direitos à transparência. Os ativistas brasileiros podem aproveitar nossa cultura jurídica sempre em mudança e a força crescente dos precedentes estabelecidos por este tribunal.

A decisão do STJ de 2014 não é simplesmente sobre os direitos dos consumidores. Trata de algoritmos e direitos à transparência - o que abre espaço para mais colaboração entre advogados atuantes na defesa do consumidor e a comunidade brasileira de direitos digitais. O Tribunal decidiu que a pontuação de crédito não deve ser tratada como um banco de dados, mas deve ser interpretada como uma metodologia que diz respeito aos consumidores e que desencadeia um conjunto complexo de direitos à transparência. A decisão assegura os direitos promulgados em 2011 e protege os direitos coletivos.

Existem o *direito nos livros* e o *direito em ação* quando se trata dos direitos à transparência no Brasil. A decisão do Superior Tribunal de Justiça escreveu outro capítulo no livro de como a lei se aplica ao sistema de pontuação de crédito no Brasil. No entanto, o desafio é alcançar o direito em ação e a efetividade desses direitos. Todos deveríamos ser responsáveis por este objetivo e inovar em nossas práticas sociais, conceitos legais e quadros regulatórios. Os sistemas de pontuação de crédito não são novos e estão aqui para ficar. A coleta de dados está se tornando cada vez mais generalizada e as fórmulas de matemática usadas nos algoritmos estão se tornando progressivamente complexas e difíceis de entender. O enigma ainda não resolvido para o Brasil está em como avançar a inovação institucional em direitos à transparência - e implantar sistemas de auditoria, análise empírica de práticas desleais e um trabalho robusto da Secretaria Nacional do Consumidor - em um cenário de profunda crise política, restrições fiscais e orçamentárias e perda de capital humano capaz de realizar essas atividades.

Referências

- Barocas, S., & Selbst, A. D. (2016). Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*, 104.
- Callon, M. (2007). What does it mean to say that economics is performative. *Do economists make markets*, 311-357. Available at: https://economix.fr/pdf/seminaires/conventions/2007-02-06_CALLON.pdf
- Campbell-Verduyn, M., Goguen, M., & Porter, T. (2016). Big Data and Algorithmic Governance: the case of financial practices. *New Political Economy*, 1-18.
- Citron, D. K., & Pasquale, F. A. (2014). The scored society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, 89.
- Danezis, G., Domingo-Ferrer, J., Hansen, M., Hoepman, J. H., Metayer, D. L., Tirtea, R., & Schiffner, S. (2015). Privacy and Data Protection by Design-from policy to engineering. *arXiv preprint arXiv:1501.03726*.
- Diakopoulos, N. (2016). Accountability in algorithmic decision making. *Communications of the ACM*, 59(2), 56-62.
- Direito, C. A. M. (2015). A proteção do consumidor na sociedade da informação. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, 63-75.
- Doneda, D. (2016). Current Judicial and Administrative Issues of Consumer Data Protection in Brazil, in: Metz, R.; Binding, J.; Haifend, P. (ed.), *Consumer Protection in Brazil, China and Germany: a comparative study*. Gotting University Press. Available at: https://www.univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-978-3-86395-236-5/Huber_consumer.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Doneda, D., & Mendes, L. S. (2014). Data protection in Brazil: new developments and current challenges. In: *Reloading Data Protection* (pp. 3-20). Springer Netherlands.
- Garman, T.; Jeffrey, S. (1977) *Obtaining and Using Consumer Credit: a learning module*. Virginia Polytech Institute. Available at: <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED159323.pdf>
- Gillespie, T. (2014). "The Relevance of Algorithm", in Gillespie, T.; Boczkowski, P.; Foot, K. (ed.), *Media Technologies, Essays on Communication, Materiality, and Society*. MIT Press, pp. 167-194.
- Granka, L. A. (2010). The politics of search: A decade retrospective. *The Information Society*, 26(5), 364-374.
- Hartmann, I. A. M. (2012). O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. *Direito & Justiça*, 38(2).
- Hartzog, W. (2015). Unfair and Deceptive Robots. *Maryland Law Review*, 74(785).
- Hsia, D. C. (1978). Credit Scoring and the Equal Credit Opportunity Act. *Hastings Law Journal*, 30, 371.

- Hu, M. (2015). Big Data Blacklisting. *Florida Law Review*, 67, 2016-4.
- Kinsey, J. A. (1982). *Your Credit Rights: An Instructional Unit on Consumer Credit Protection*. Washington, D.C.
- Kitchin, R. (2016). Thinking critically about and researching algorithms. *Information, Communication & Society*, 1-16.
- Mackenzie, A., & Vurdubakis, T. (2011). Codes and Codings in Crisis Signification, Performativity and Excess. *Theory, culture & society*, 28(6), 3-23.
- MacKenzie, D. (2009). *Material markets: How economic agents are constructed*. Oxford University Press.
- MacKenzie, D. (2016). *How Algorithms Interact: Goffman's 'Interaction Order' in Automated Trading*, University of Edinburgh School of Social and Political Science. Available at: http://www.sps.ed.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0009/199863/IntOrder27.pdf
- Mendes, L. S. (2011). O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 79, p. 45-81.
- Muniesa, F. (2014). *The Provoked Economy: Economic reality and the performative turn*. Routledge.
- Nougères, A. B. (2016). Data Protection and Enforcement in Latin America and in Uruguay. In: *Enforcing Privacy* (pp. 145-180). Springer International Publishing.
- Pasquale, F. A. (2011). Restoring Transparency to Automated Authority. *Seton Hall Research Paper*, (2010-28). Available at: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2357&context=fac_pubs
- Pasquale, F. (2015). *The Black Box Society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press.
- Polonetsky, J., Tene, O., & Jerome, J. (2014, September). Benefit-Risk Analysis for Big Data Projects. In *Future of Privacy Forum (FPF)*. Washington, DC.
- Schmitz, A. (2014). Secret Consumer Scores and Segmentations: Separating Consumer 'Haves' from 'Have-Nots'. *Michigan State Law Review*, 1411.
- Souza, M. R. O. (2014). *Recurso especial repetitivo: análise crítica do julgamento por amostragem* (Masters' degree dissertation, Universidade de São Paulo). Available at: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-21012015-090420/en.php>
- Zanatta, R. A. F.; Glezer, R. (2014). O atraso regulatório para proteção de dados pessoais no Brasil, *Jornal Valor Econômico*, 08/10/14.
- Zanatta, R. A. F. (2015). A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: os limites do Marco Civil da Internet, in: De Lucca, N. et al., *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*, p. 447-470.

