

Contribuição Pessoal à Consulta

André Lucas Fernandes <andrelucas.fernandes@gmail.com>

ter 31/05/2022 10:23

Para: CJSUBIA <CJSUBIA@senado.leg.br>;

 1 anexo

Nem_subjetiva.pdf;

Você não costuma receber emails de andrelucas.fernandes@gmail.com. [Saiba por que isso é importante](#)

Bom dia, Caros e Caras,

Segue, em anexo, um texto para debate interno da comissão.

Reforço votos de que sejam trabalhos frutíferos e me coloco sempre à disposição.

Cordialmente,

--

André Lucas Fernandes

Advogado Especialista em Direito Digital - OAB/PE 42.487

Professor Universitário

Fundador e Pesquisador do IP.rec - Instituto de Pesquisa em Direito e Tecnologia do Recife

Nem subjetiva, nem objetiva: como regular a inteligência artificial entre dicotomias equivocadas

O Senado Federal, através da [comissão de juristas convocada](#) para apresentar substitutivo aos projetos de lei que buscam regular a inteligência artificial no Brasil, deu continuidade às audiências públicas com especialistas, numa nova dobradinha de debates, agora nos dias 12 e 13 de maio. Vários foram os temas discutidos: modelos de governança, problemas de racismo algorítmico e, no que me interessa aqui, os problemas de responsabilidade civil.

Dos pontos que merecem destaque, a partir das falas de juristas como Caitlin Mulholland, Anderson Schreiber, Nelson Rosenvald, merece destaque o rechaço à regra geral proposta no PL n. 21/20, de responsabilidade subjetiva – que já critiquei em outras oportunidades. Ademais, foi amplamente pontuado e defendido que o Brasil já conta com instrumentos legais de responsabilização – especialmente no código civil e código de defesa do consumidor – o que tornaria uma regra genérica, num diploma sobre inteligência artificial, inócua ou até mesmo perigosa, dado que existem diversos modelos de inteligência artificial.

A questão merece melhor tratamento. Em termos de doutrina corrente, sem verticalizar o debate, a oposição ao modelo subjetivo de responsabilidade é um acerto. De fato, os especialistas que defendem esse modelo de responsabilização subjetiva, usualmente, estão envolvidos na preservação de um quadro de inovação iterativa, nos moldes tradicionais da chamada ideologia californiana. Trata-se nada mais, nada menos do que o mote do “quebre primeiro, peça desculpas depois, mas inove”.

Em que pese o problema ter referência aos modelos de negócio praticados na economia da informação, ou, para outros economia de dados, há um relevante debate de dogmática jurídica a ser travado: quais os elementos que compõem a responsabilidade tecnológica, em eventual regulação da IA?

A responsabilidade subjetiva se constitui pela presença tríplice do ato, da culpa atrelada ao ato e do da causação. A fórmula discursiva resulta em que: ato + culpa + causação = responsabilidade. A responsabilidade objetiva, por outro lado, nega os três elementos, mas ainda conclui pela responsabilidade. Trata-se, no expediente científico, de uma pressuposição, ou seja, a inserção de um elemento ficcional para fazer atribuir a causalidade normativa, ou imputação.

Qual a importância disso? É que os modelos destacados pelos especialistas no painel não cuidam, como erradamente se menciona, de responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva ao tempo em que insere uma causação pressuposta, impede a alegação de qualquer excludente de responsabilidade – quem responde objetivamente responde sempre que há um enlace entre qualquer ato e um dano no mundo. A responsabilidade precisa se desdobrar não apenas na imputação, como no preenchimento do suporte fático com as matérias de prova. Um modelo de efetiva responsabilidade objetiva está no tratamento especialíssimo, dentro das indústrias perigosas, da

responsabilidade por danos nucleares (art. 4º, Lei n. 6453/77, “independentemente da existência de culpa”, “exclusiva”).

Assim sendo, a responsabilidade objetiva impede, salvo quando permitida pela própria lei, a apresentação de exceção, ou defesa. Em matéria de prova, a responsabilidade objetiva orienta-se para o conjunto de presunções legais ou *iuris et de jure*. É por não admitirem diferença no tratamento que também se chamam “absolutas”.

A presunção absoluta (melhor seria se chamar pressuposição) é contrafática, como a responsabilidade objetiva, é uma colocação de um dado jurídico mesmo que exista prova em contrário. A responsabilidade objetiva coloca o ônus da prova todo do lado do objeto – conhece-se apenas a imposição objetiva feita pelo ordenamento. Há mais: a responsabilidade objetiva, atrelada a uma presunção absoluta, restringe a cognição do juiz, a alegação de todas as partes do processo

A responsabilidade subjetiva inverte, simetricamente, essas regras, expõe o ônus da prova ao marcador tradicional daquele que alega o fato e amplia as possibilidades de provar algo contrariamente. Sem ônus, a responsabilidade subjetiva está intimamente ligada às presunções, aqui em sentido próprio, *iuris tantum*, ou, relativas. Este modelo coloca a responsabilidade do lado do sujeito, não há mais uma imposição objetiva, há um cotejo dos fatos conhecidos pelos sujeitos no processo. Sua reprovabilidade no caso da tecnologia envolve, assim, a contrastante impossibilidade, por parte do ofendido por um dano, de fazer prova evidente sobre a relação causal cuja explicitação é obrigatória. Criar-se-ia uma situação em que não só o eventual ofensor que desenvolve produto em inteligência artificial estaria em relação assimétrica quanto às provas, como também daria a ele o benefício de causar dano e quedar silente na instrução processual. Não é somente isenção de provar, é facilidade para a produção da prova.

O que fazer? Aqui entra o recorte sobre a transubjetividade. Transubjetivo é a expressão que Pontes de Miranda usa para designar, de forma própria, a um conjunto de responsabilidades, como as por risco assumida diante da má escolha, má vigilância, indústria e outras. Não é objetiva, não é subjetiva. Aqui há um nexos causal entre um ato indireto/mediato. É transubjetiva porque atravessa o espaço do sujeito para ser marcada por uma característica inerente do objeto – *trans*, do latim, atravessar, ou cruzar ao lado oposto. Há um ato cuja relação causal é alcançada de forma indireta.

A responsabilidade transubjetiva se faz provada pela dinâmica das presunções intermediárias – nem absolutas, nem relativas. Elas surgem de um destaque nas presunções absolutas para fundar um regime especial de exceção. Defende-se apenas quando se puder fazer a prova conforme comando legal, mas admitida a contrariedade. O absoluto objetivo é misturado ao relativo subjetivo.

Pontes de Miranda é claro, ao afirmar sobre a distinção objetiva-ficta que deve se estabelecer entre presunção e pressuposição: “A presunção simplifica a

prova, porque a dispensa a respeito do que se presume. Se ela apenas inverte o ônus da prova, a indução, que a lei contém, pode ser elidida, in concreto e in hypothesi. Se ao legislador parece que a probabilidade contrária ao que se presume é extremamente pequena, ou que as discussões sobre provas seriam desaconselhadas, concebe-as ele como presunções inelidíveis, irrefragáveis: tem-se por notório o que pode ser falso. A confusão das ficções com as presunções ainda se nota em W. Endemann e Adolf Wach [...]”¹.

É o atravessamento que faz com que elementos como risco inerente, ou analogia com dano causado por animal, ou empregado, que impõe o regime transubjetivo. Ao ofendido por eventual dano causado por má construção do algoritmo ou do conjunto de dados de treinamento e verificação, garante-se um comando legal expresso de responsabilidade, restringindo ao ofensor a possibilidade de se eximir ou ter facilitado o seu ônus probante, sem criar a situação injusta de, por um lado, permitir a exploração de uma eventual situação de prática danosa com dolo e, de outro, de impedir o exercício de defesa. A discussão é de dogmática jurídica estrita.

Em eventual dano causado por uma IA, a lei não precisa criar uma responsabilização sem exceções ou com uma lista exclusiva de pressuposições que possam ser manejadas pelo ofensor. Basta impor

Sobre esse regime transubjetivo, que tem característica basilar, não são relevantes as práticas como “accountabilidade” ou regulação responsiva – estas que não são resposta-base do problema da atribuição de responsabilização por danos, mas apenas expedientes regulatórios lato sensu complementares, para além de uma imputação de responsabilidade expressa.

Concluindo: há uma confusão evidente na defesa da inexistência de um comando específico para a responsabilidade por inteligência artificial que cause dano. São, ao menos, cinco razões: (1) perde-se a oportunidade de resolver a confusão conceitual (alhos não são bugalhos!); (2) há um elemento de política legislativa em se diferenciar, junto ao regime de provas e presunções/pressuposição, qual o grau de absolutidade objetiva (responsabilidade objetiva ou transubjetiva); (3) um modelo intercalar garante a paridade de armas no *enforcement* de um direito/garantia contra práticas deletérias da indústria, sem ignorar um espaço de atuação processual condizente com o reforço da inovação; (4) o ambiente jurídico brasileiro, de aplicações criativas da lei e da dogmática, demanda uma diretriz clara, de modo a proteger, razoavelmente, direitos divergentes – ou melhor, de precisar, com maior exatidão o campo de incidência de cada direito; (5) a partir das características do objeto regulado, ou seja, deficiência inerente aos modelos algorítmicos de IA e dos conjuntos de dados (datasets), falar em transubjetividade faz exsurgir, de forma cristalina, a diferença do objeto regulado, sem ignorar suas limitações próprias.

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil de 1973. T. IV. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974, p. 235.