

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO NA APLICAÇÃO DE PROVIMENTOS VINCULANTES POR SISTEMAS DE DECISÕES AUTOMATIZADAS

João Sergio dos Santos Soares Pereira⁶
Eurípedes Jose de Souza Junior⁷

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Os vícios na formação e aplicação de provimentos vinculantes: a questão central da *ratio decidendi*; 2 Decisões automatizadas, por sistema de inteligência artificial (I.A), baseado em algoritmos, e a dificuldade de identificação da *ratio decidendi*; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: Há algum tempo o ordenamento jurídico brasileiro se movimenta para enfrentar a litigiosidade em massa, o que buscou resolver por meio da criação de mecanismos de objetivação de demandas, possibilitando que um único julgamento seja aplicável à solução de milhares de casos presentes e futuros. Apesar da necessidade de tais mecanismos, ainda há enormes dificuldades na correta utilização dos instrumentos disponíveis, em especial a falta de uma genuína cultura de precedentes no Brasil, o que prejudica sobremaneira a otimização esperada, considerando-se, inclusive, a dificuldade em definir e encontrar a *ratio decidendi* dos julgados. Ante esse cenário, surgem novas tecnologias que prometem conferir maior celeridade, segurança e previsibilidade aos julgamentos por meio de decisão automatizadas, operados por algoritmos e/ou mecanismos de Inteligência Artificial (I.A). Tais novas tecnologias, no entanto, não são ainda capazes de oferecer a segurança e previsibilidade que se espera na aplicação dos provimentos vinculantes, o que fomenta a necessidade de se pensar em um devido processo tecnológico que tutele os direitos fundamentais das partes afetadas pelos atos praticados por sistemas automatizadas.

Palavras-chave: Processo Civil; Precedentes; Objetivação; Devido Processo Legal Tecnológico.

FIRST REFLECTIONS ON THE DUE TECHNOLOGICAL PROCESS IN THE APPLICATION OF BINDING PROVISIONS BY AUTOMATED DECISION SYSTEMS

ABSTRACT: The Brazilian legal system has been moving for some time to face mass litigation, which it sought to resolve by creating mechanisms for objectifying demands, enabling a single judgment to be applied to the solution of thousands of present and future cases. Despite the need for such mechanisms, there are still enormous difficulties in the correct use of the available instruments, in particular the lack of a genuine culture of precedents in Brazil, which greatly undermines the expected optimization, considering, also, the difficulty in defining and find the *ratio decidendi* of the judges. Faced with this scenario, new technologies emerge that promise to provide greater speed, security and predictability to judgments through automated decisions, operated by algorithms and / or artificial intelligence (AI) mechanisms. Such new technologies, however, are not yet able to offer the security and predictability that is expected in the application of binding

⁶ Doutorando em Direito pela Universidade Nacional de Brasília – UnB. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF). Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), em Direito Processual Civil Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI/IBDP) e, em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). Assessor de Órgão Julgador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ). Vinculação institucional à Universidade de Brasília (UNB). E-mail: josh.sergio@uol.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6271-4242>

⁷ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-Brasília). Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (LFG). Advogado. E-mail: euripejr@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9333-0073>

provisions, which fosters the need to think about a due technological process that protects the fundamental rights of the parties affected by the acts performed automated systems.

KEYWORDS: Civil Procedure; Precedents; Objectification; Due to Technological Legal Process.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A abertura axiológica da Constituição da República de 1988 conduz a uma forma de interpretação criativa das normas jurídicas, alargada pela utilização de técnicas de ponderação e argumentação, bem como o fortalecimento da competência do Poder Judiciário para invalidar atos legislativos, controlar as funções e políticas públicas e exercer o amplo controle de constitucionalidade das Leis e atos normativos.

Tal quadro conduz à possibilidade de que dispositivos legais e constitucionais sejam interpretados e aplicados das mais variadas formas por diferentes juízes e Tribunais, o que é uma possibilidade natural do sistema.

Na sociedade atual, por sua vez, com suas múltiplas relações entre indivíduos e instituições, é comum que certas demandas judiciais se tornem repetitivas, com questões de fato e de direito similares, pulverizadas em centenas ou milhares de ações.

A grande preocupação do Poder Judiciário, no momento, é, portanto, garantir segurança e previsibilidade às decisões, além de gerir um sistema que seja viável, com julgamentos otimizados e resultados seguros a casos presente e futuros. Nasce, disso, o “sistema de precedentes brasileiro”, ou melhor, sistema de provimentos vinculantes, que visa entregar a promessa de acabar com a loteria judicial e, ao mesmo tempo, dar maior celeridade à resolução dos casos e à pacificação social.

Como um grande aliado na entrega desse compromisso, surge a tecnologia, por meio de seus algoritmos e métodos de Inteligência Artificial (doravante denominada de I.A.), os quais prometem a formulação e operacionalização de sistemas de decisão automatizadas que possam auxiliar os juízes a proferir julgamentos, em conformidade com os precedentes firmados nas Cortes Superiores. Há quem acredite que, em breve, esses sistemas serão capazes de julgar mais e melhor que os juízes.

Incorporar a tecnologia ao processo, no entanto, demanda uma reflexão aprofundada acerca do que a doutrina vem denominando de “devido processo tecnológico”, tendo em vista que já se tem como certo que a retirada do fator humano da cadeia decisória não exclui a possibilidade de equívocos e vieses cognitivos na decisão tomada por sistemas automatizados.

O presente artigo visa introduzir algumas ideias sobre o devido processo

tecnológico, por meio da análise do ordenamento jurídico brasileiro, seu movimento rumo à objetivação das demandas e o enfrentamento da litigiosidade em massa, a fim de questionar: seriam esses programas de I.A. capazes de formar/aplicar corretamente os provimentos vinculantes? Seriam os algoritmos mais confiáveis e eficientes para a construção/interpretação/aplicação de tais padrões decisórios? E, acima de tudo, esse sistema de decisões automatizadas seria transparente e consentâneo com garantias básicas e democráticas previstas na Constituição Federal de 1988?

Analisa-se as dificuldades enfrentadas em nosso sistema de provimentos vinculantes, em especial na própria formação do “precedente”, o que dificulta, consideravelmente, a aplicação da *ratio decidendi* aos casos de futuro julgamento.

Por fim, é feita uma avaliação da aplicação dos provimentos vinculantes por sistemas automatizados de decisão e alguns direitos que devem ser observados aos litigantes, em nome de um devido processo tecnológico, especialmente porque eventual impugnação de decisões tomadas por algoritmos deverá levar em conta o acesso às informações que, hoje, não fazem parte do cotidiano de debates judiciais.

A pesquisa se utiliza do método descritivo exploratório para verificação do estado da arte do sistema de provimentos vinculantes, em correlação à existência de decisões automatizadas, a partir de análise bibliográfica dos materiais pertinentes à temática (livros, artigos, periódicos, notícias). Igualmente, adequa-se ao estudo o método hipotético-dedutivo com o propósito de promover o falseamento das hipóteses, em sua perspectiva crítica.

1. OS VÍCIOS NA FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PROVIMENTOS VINCULANTES: a questão central da *ratio decidendi*

A entrega da prestação jurisdicional, de forma mais racionalizada, pressupõe celeridade e coerência, o que se dá por meio da previsibilidade de resultados. O ordenamento jurídico brasileiro vem caminhando para criar institutos processuais para tal garantia, o que culminou no denominado “sistema de precedentes” do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Não obstante alguns aspectos positivos, advindos da objetivação, os provimentos vinculantes não vêm atingindo os seus objetivos integralmente. Basta, para tanto, perceber que a cultura demandista, instalada ao longo das últimas décadas, continua crescente e a promessa de uma resposta rápida e massificada parece não estar atendendo aos seus objetivos (MANCUSO, 2019, p.10).

Consigne-se que o sistema brasileiro de “precedentes” é diverso daquele que se encontra em países da common law. A diferenciação no plano dogmático é essencial, a fim de que não realizemos importações indevidas de outros sistemas. Pontue-se que, nesse último modelo, o efeito vinculante da jurisprudência é fruto da evolução histórica da comunidade jurídica, em cuja tradição já marca a flexibilidade da referida vinculação, ao passo que, no nosso sistema, ele é imposto por Lei.

Com efeito, o referido sistema, no Brasil, é algo novo, criado por nós e sem paralelo próximo no mundo. A valorização do precedente e sua consagração como uma fonte primária do direito é, por certo, uma aproximação do nosso sistema ao common law, mas nada além disso.

Lenio Streck e Georges Abboud afirmam que não é possível criar, por intermédio da legislação, um genuíno sistema de precedentes como o modelo existente no common law, tendo em vista que, ao contrário do sistema brasileiro, neste último, o precedente não nasce como precedente e não é previamente definido como tal (STRECK; ABOUD, 2015, p. 176).

A questão, segundo os autores, é que, no Brasil, corre-se o risco de uma aplicação mecânica e subsuntiva dos precedentes, pois aqui se criou a prática de proclamar a tese jurídica (STRECK; ABOUD, 2015, p. 179). Sob o argumento de que a questão já teria sido resolvida pelos Tribunais Superiores, em decisão vinculante com tese proclamada, os juízes aplicam, irrefletidamente, a tese, sem observar, adequadamente, o próprio precedente que a gerou. Essa dinâmica de julgamento, verificável no dia a dia forense, está muito longe de ser a forma como se trabalham os genuínos precedentes no common law.

Não é possível olvidar que os provimentos vinculantes dispostos no artigo 927 do CPC/15, antes de tudo, são textos, e, assim, não fogem à interpretação. Não possuem finalidade de substituir o debate inerente às demandas a simples ato de autoridade, a partir da análise de qual órgão superior proferiu a decisão. Afinal, o padrão decisório, repita-se, deve ser considerado um ponto de partida, de onde se inicia a construção de um novo caso (ABBOUD, 2019, p. 1123-1127).

O CPC/15, determina quais julgamentos formalmente devem ser considerados como precedente. Porém, há de se ter a adequada fundamentação, de modo que se identifiquem os fatos tomados em consideração para o julgamento, além da explicitação do caminho interpretativo percorrido relativamente ao conteúdo normativo.

Nesse sentido, Otávio Motta assevera que, em razão da sobreposição da estrutura qualitativa do precedente à quantitativa, se não houver a precisa identificação das razões

de fato e da interpretação normativa, ainda que incluída no rol previsto pelo art. 927 do CPC/2015, não haverá a formação de precedente (MOTTA, 2015, p. 182).

A utilização de padrões decisórios exige fundamentação adequada, com ampliação de procedimentos participativos (CÂMARA, 2018, p. 351), deliberação qualificada pela colegialidade e explicitação clara e objetiva quanto à *ratio decidendi*, considerando-se, ainda, as modificações trazidas pelo CPC de 2015.

Assim, uma das grandes problemáticas relativas à formação e aplicabilidade de tais padrões ou provimentos está na identificação da *ratio decidendi* dos julgados (as razões necessárias e suficientes para a decisão), uma vez que, “dentre nós, não há nem mesmo um critério único e seguro para identificação do que seja a jurisprudência dominante, e onde a súmula, em verdade, como que se desloca das decisões que a embasou, passando a ter existência autônoma” (MANCUSO, 2016, p. 615-616).

A dificuldade perpassa pela falta de adaptação do jurista brasileiro ao genuíno sistema de precedentes, explica Lucas Buril de Macêdo. No sistema de civil law nunca existiu a preocupação em definir o elemento principal de um precedente: a *ratio decidendi*. É através da identificação dela que se faz possível definir o que é, efetivamente, vinculante no precedente (MACÊDO, 2015, p. 216).

A tarefa de definição do tão importante elemento decisional não é fácil, configurando-se como objeto de intensos debates na doutrina anglo-saxônica, gestada no sistema de common law. No Brasil, o próprio sistema de julgamentos colegiados conduz a uma especial dificuldade na identificação da *ratio decidendi*, a depender da conduta dos julgadores.

Com efeito, os acórdãos são compostos pelos votos de todos os integrantes do colegiado, que podem adotar cada uma das seguintes posturas: (i) apenas acompanhar o voto do relator e sua fundamentação; (ii) acompanhar o voto do relator e declinar sua própria fundamentação (oralmente ou por escrito); (iii) divergir do relator, estando, nesse caso, obrigado a declinar a fundamentação; e (iv) acompanhar a divergência pelos seus próprios fundamentos ou declinar sua própria fundamentação (oral ou escrita).

Tomando como exemplo o Supremo Tribunal Federal (STF), disso decorre a possibilidade, em um extremo, de acórdãos unânimes com apenas um único voto fundamentado (o do relator), bem como, em outro extremo, de acórdãos igualmente unânimes, porém com 11 votos fundamentados.

Situações como essa, que se tornaram cada vez mais frequentes, geraram a chamada metáfora das “onze ilhas”, que retrata uma suposta falta de comunicação entre os Ministros do Supremo. Os votos de cada um dos integrantes do STF seriam elaborados

individualmente, dentro de seus próprios gabinetes, desprovidos de debates e trocas de opiniões, de modo que os julgamentos seriam nada mais que a soma dos resultados dos votos (KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 92).

Guilherme Klafke e Bruna Pretzel (2014, p. 92-93) destacam que as críticas por trás da metáfora das onze ilhas residem na dificuldade em se encontrar uma maioria fundamentadora, pois os Ministros que compõem a corrente vencedora nem sempre se utilizam do mesmo fundamento, e ainda que seja possível identificar os mesmos fundamentos nos diversos votos, o simples fato de existirem vários votos no mesmo sentido dificulta a identificação dessa maioria fundamentadora, o que reflete, decisivamente, na fixação da *ratio decidendi*.

Partindo das ideias de concentração e dispersão da fundamentação – que significam, em resumo, a concentração da fundamentação em um único voto e a dispersão da fundamentação em vários votos, ainda que com o mesmo teor -, Klafke e Pretzel argumentam que, quanto mais dispersa for a fundamentação de um determinado acórdão, mais difícil é identificar a *ratio decidendi* de um julgado, o que não acontece, naturalmente, com as decisões em que exista apenas um voto na corrente vencedora (KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 96).

Observe-se que a concentração ou dispersão da fundamentação diz respeito à quantidade de votos fundamentados prolatados na corrente vencedora. Isso quer dizer que é possível ter uma decisão com fundamentação concentrada cujo placar tenha sido 6 a 5, enquanto é possível uma decisão com fundamentação dispersa com o placar de 11 a 0. Isso significa que pode ser mais fácil identificar a *ratio decidendi* de uma decisão altamente controvertida, tomada com placar apertado, do que em uma decisão unânime, o que dependerá do comportamento dos julgadores perante o voto do relator ou da divergência (se houver). Para fins de aplicação como precedente, a decisão concentrada com o placar de 6 a 5 será certamente mais útil do que a decisão com fundamentação dispersa com placar de 11 a 0.

Outrossim, revela-se, igualmente, preocupante, quanto às decisões com fundamentação dispersa, a formação de precedentes sem *ratio decidendi*. Independentemente do método que se escolha para identificá-la, é desejável que haja uma única fundamentação de fato e de direito na decisão, pois, quando da criação de uma proposta de método, os diversos autores que escreveram sobre o tema no contexto da common law não imaginaram a possibilidade de um somatório de decisões, cada uma com sua fundamentação de fato e de direito, na formação de um acórdão.

Marinoni expressa isso de maneira clara quando afirma que, em julgamentos

colegiados, só há ratio decidendi, se a maioria da corrente vencedora afirmar o mesmo fundamento (MARINONI, 2016, p. 189). É admitida a proclamação da tese como uma possibilidade de contornar esse problema, já que, no momento da elaboração da proclamação, a decisão já foi tomada, pouco importando se com ratio decidendi ou não.

Diante das dificuldades cada vez maiores em formar acórdãos com ratio decidendi, a solução adotada foi adaptar a sugestão de Einsenberg à nossa realidade. Já que os acórdãos muitas vezes não a possuem, os tribunais passaram a votar a tese jurídica, a qual se torna efetivamente vinculante.

A proclamação da tese jurídica veio para substituir a ratio decidendi. Ao contrário, portanto, de toda a tradição histórica de construção de uma teoria dos precedentes, no Brasil o que tem se tornado vinculante é a tese proclamada, e não a ratio decidendi.

A tese jurídica proclamada pelos tribunais é um enunciado normativo, com caráter geral e abstrato, construído ao final dos julgamentos. Guarda, portanto, muita semelhança com dispositivos legais. Há uma pretensão de clareza na redação da tese jurídica, com o objetivo de tornar sua aplicação a mais fácil possível. Apesar disso, a tese não expressa o conceito e nem os motivos determinantes da decisão de onde foi extraída, o que lhe impede de ser considerada como algo próximo de uma ratio decidendi.

Taís Ferraz faz críticas contundentes à essa prática de proclamação de teses: atribuir eficácia vinculante a um precedente sem ratio (que é o que acontece quando a decisão é dispersa na fundamentação), prejudicando o dever de coerência na aplicação dos precedentes. Apenas mediante uma investigação destes últimos torna possível encontrar o princípio de direito construído à luz dos fatos substanciais de um conflito, a fim de aplicação futura aos casos iguais ou semelhantes (FERRAZ, 2018).

A tese jurídica, para Taís, é menos que a ratio decidendi, pois ela permite apenas a aplicação em casos idênticos, ao passo que a ratio pode ser aplicada em outro contexto, desde que as circunstâncias de fato se assemelhem.

Assim, a proclamação de teses gera dificuldades evidentes na aplicação posterior do precedente.

Ressalte-se que, não obstante a importância da visualização de soluções para evitar a má formação e aplicação dos padrões decisórios, há, na atualidade, mais um fator que não deve ser desconsiderado: o fomento das novas tecnologias com o escopo de redução da quantidade de processos. Um novo atrativo para aqueles que acreditam que a padronização vinculante é a solução para a diminuição da litigiosidade excessiva e o solipsismo judicial, embora existam dúvidas quanto a referida assertiva. É o que passaremos a explorar, no próximo item.

2. DECISÕES AUTOMATIZADAS, POR SISTEMA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)⁸ BASEADO EM ALGORITMOS⁹ E A DIFICULDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA RATIO DECIDENDI

Diante de todo esse cenário de intensos debates acerca da melhor utilização de um sistema de precedentes criado no contexto brasileiro, surgem propostas para a utilização de automatismo decisional (IA) com o objetivo de trazer mais celeridade e segurança jurídica aos julgamentos, especialmente na aplicação de precedentes qualificados como vinculantes.

Aponte-se, inicialmente, que, a nível mundial, alguns desafios vem sendo apontados no uso das novas tecnologias: a falta de inteligibilidade e transparência (a necessidade de que sejam construídos modelos e soluções em que se tenha um mínimo de compreensão de como as saídas, ou outputs, são geradas), a opacidade e perenidade (uma vez que, diante de um grande volume de dados, há a necessidade de submissão a uma fase de treinamento ou testes, a fim de que mecanismos de IA, com o aprendizado de máquina, possa “aprender” para, posteriormente, ser utilizado); a ausência de regulamentação específica, no que tange ao mínimo de critérios éticos e de auditabilidade nos dados e algoritmos que são utilizados para a tomada de decisões.

Tal qual foi a tendência, há algumas décadas, para a informatização, o uso de IA para definir uma série de medidas estratégicas, tanto para a execução da própria atividade fim do judiciário, quanto para decisões sob o ponto de vista da gestão e fluxo do trâmite de processos, é crescente (PEIXOTO; SILVA, 2019).

Em relação ao presente trabalho, a preocupação se volta ao elemento central do sistema de provimentos vinculantes - a ratio decidendi - dada a dificuldade de sua identificação, como vimos no item anterior. As questões são: seriam esses programas de IA capazes de formar/aplicar corretamente os provimentos vinculantes? Seriam os algoritmos mais confiáveis e eficientes para a construção/interpretação/aplicação de tais padrões decisórios?

Sunstein, ainda no ano de 2001, acreditava que não, principalmente no que se refere a opacidade no uso de algoritmos para a tomada de decisões, restando necessária a regulamentação de tal uso (SUNSTEIN, 2001).

⁸ O eterno desafio da Inteligência Artificial (IA) é fazer computadores realizarem tarefas típicas da mente humana. Sobre o tema, vide: STEIBEL; VICENTE; VIEIRA DE JESUS, 2019, p. 55.

⁹ O algoritmo pode ser entendido como um conjunto de passos para realizar uma tarefa específica.

Suas ideias, desenvolvidas no contexto do common law, estão fortemente conectadas à dificuldade na identificação de uma ratio decidendi que seja aplicável ao caso em julgamento, e sua descrença na capacidade dos programas de IA em empreender métodos de argumentação por analogia. Os programas de IA seriam incapazes de identificar os “princípios de julgamento” (ratio decidendi) que conectam ou separam os casos.

Ao contrapor as alegações “fortes” e “fracas” em prol da IA na fundamentação jurídica (RUSSELL; NORVIG, 2003, p. 947), Sunstein defende que a fórmula fraca é a adequada, tendo em vista que a fórmula forte se baseia em uma visão inadequada do que é a fundamentação jurídica (notadamente por analogia). Não há evidências de que a IA, segundo o Autor, é capaz de fazer o necessário, ainda.

De acordo com a fórmula fraca, a IA é um aprimoramento relevante nos serviços computadorizados atuais, considerando a capacidade de reunir casos relevantes e sugerir semelhanças e diferenças entre eles, além de esboçar argumentos e contra-argumentos.

A fórmula forte, por outro lado, segundo o autor, especifica que a IA pode fundamentar juridicamente, tendo em vista que um bom programa pode dizer a um juiz quais casos são consideravelmente semelhantes ao caso em análise e quais casos são diferentes.

Sunstein (2001) defende que a fórmula forte desconsidera que a fundamentação jurídica por analogia é baseada em julgamentos avaliativos de precedentes, o que a IA não é capaz de fazer. Encontrar um precedente aplicável ao caso não se resume a uma questão quantitativa de encontrar o caso “mais” semelhante, mecanicamente ou silogisticamente, apenas. O que fará o precedente ser aplicável ou não é o princípio normativo que orientou a decisão.

As defesas contundentes da IA se baseiam numa visão crua do que é a fundamentação jurídica, visão essa que desconsidera a necessidade de avaliar os precedentes de maneira qualitativa. Saber, portanto, se um precedente é aplicável a determinado caso é uma questão de difícil resposta para juízes treinados, que podem de boa-fé divergir acerca da ratio decidendi do julgado paradigma e sua aplicação a determinado caso concreto. Acreditar na capacidade de programas de inteligência artificial para melhor executar essa tarefa é algo que não parece sensato (SUNSTEIN, 2001, p. 7).

A IA serviria, outrossim, como um grande auxílio ao julgador, a quem caberá fazer o julgamento avaliativo dos dados reunidos, a fim de encontrar o princípio normativo dos precedentes e decidir qual deles deve se aplicar ao caso em julgamento.

É certo que a proclamação de teses pode mitigar a necessidade de fazer com que

programas de IA busquem e identifiquem a ratio decidendi de provimentos para aplicação em casos concretos, mas isso ainda não resolve o problema da segurança dos julgamentos por programas de IA

Em que pese toda a problemática anunciada, suponhamos que a fórmula forte seja expressamente adotada e que os programas de IA recebam uma espécie de delegação para decidir casos. As decisões automatizadas no âmbito do Poder Judiciário, embora possam cumprir a promessa de dar mais celeridade aos casos, potencializam outros problemas que demandarão novas soluções.

Decisões automatizadas possuem o benefício de maior agilidade no processamento de informações e redução de custos associados à gestão e contratação de funcionários, mas o mito de que tais decisões são capazes de mitigar vieses decisórios e, portanto, trazer uma decisão qualitativamente melhor que a decisão humana já foi desvelado.

Com efeito, existem diversos exemplos reais e concretos de que as decisões automatizadas podem afetar direitos fundamentais individuais, em especial a autonomia, personalidade e igualdade (DONEDA, 2018). A I.A. já vem sendo cotidianamente utilizada para previsões de fatos gerais sobre a economia, natureza (fenômenos naturais) ou política, mas também e principalmente para prever comportamento individual.

Os algoritmos, dessarte, exercem hoje funções que classificam pessoas com base em diversos critérios e fins. Saber, por exemplo, onde a pessoa mora, que tipo de trabalho exerce, quais lugares frequenta, são critérios tomados em consideração por programas de computador para definir, por exemplo, se o indivíduo é um bom inquilino, bom pagador ou bom empregado.

Citron e Pasquale (2014) criticam a denominada scored society, na qual algoritmos são largamente utilizados para definir se o indivíduo é, por exemplo, um bom ou mau pagador e, por isso, deve ou não ter acesso restrito a crédito.

Segundo os autores, a falta de controle sobre o processo de tomada de decisão automatizada pode tornar referidas decisões como profecias autorrealizáveis, na medida em que acabam por criar certos problemas que deveriam apenas apontar (CITRON; PASQUALE, 2014). Se a decisão automatizada disser que determinada pessoa não é uma boa pagadora, isso restringirá seu acesso a crédito, o que, por sua vez, dificultará que ela cumpra com suas obrigações financeiras. Esse ciclo é a profecia autorrealizável referida pelos autores.

Mas, é claro, estamos aqui considerando que os processos de tomada de decisão automatizada podem cometer erros, e há evidências mais que suficientes de que isso é um risco real e palpável.

São duas as principais razões para que programas de tomada de decisão automatizada produzam resultados discriminatórios.

A primeira razão reside na qualidade dos dados que o algoritmo processa, o chamado input. Uma base de dados históricos repletos de preconceitos fará com que o algoritmo reproduza decisões automatizadas (output) preconceituosas.

A outra razão diz respeito ao método utilizado em tais decisões, uma vez que, se utilizado como característica provável de um grupo no qual determinado indivíduo estaria classificado, pode ser que a previsão em torno desse determinado indivíduo seja equivocada ou discriminatória.

É evidente que a utilização de decisões automatizadas, no Poder Judiciário, pode produzir os mesmos resultados problemáticos.

Hoje, no Brasil, os principais sistemas de decisão automatizadas no Poder Judiciário são o Victor, do Supremo Tribunal Federal, e o Sócrates, do Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o que foi noticiado, ambos trabalham de maneira semelhante e muito próximo daquilo que Sunstein (2001) defendeu como uma fórmula fraca de utilização de IA, para a tomada de decisões.

O Victor realiza a leitura de todos os recursos extraordinários, a fim de identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Já o programa Sócrates também efetua a leitura automatizada do recurso e do acórdão recorrido, indo além para apresentar referências legislativas e listagem de casos semelhantes, bem como a sugestão de decisão, a qual será acatada ou não pelo Ministro Relator. Os resultados iniciais apontam que o Sócrates obteve um índice de acerto de 86%.

A adoção de um programa de decisões automatizadas demandará o desenvolvimento do que Citron e Pasquale (2014) denominaram de devido processo tecnológico. Como visto, os algoritmos podem errar tanto no processo de coleta de dados como pelo método que utilizam para a tomada de decisão, de modo que o controle das decisões deve residir sobre esses dois aspectos da decisão automatizada .

Atacar, portanto, uma decisão automatizada é mais do que impugnar o resultado, é principalmente impugnar as premissas (os dados) e a fundamentação (o método do algoritmo).

O devido processo tecnológico, nessa senda, seria o procedimento que sujeita programas de tomada de decisão automatizada a certos padrões de revisão e impugnação dos resultados, a fim de garantir que tal resultado seja justo e preciso. Deve ser aplicado não apenas a decisões automatizadas, mas também em decisões tomadas com base em resultados apresentados por programas de I.A.

Embora Citron e Pasquale (2014) tenham os seus comentários tomando como base o sistema de crédito (social score), que, exemplificativamente, pode vir a gerar viés discriminatório social, seus ensinamentos são interessantes no que pertine a eventual utilização de mecanismos de IA, como o aprendizado de máquina, no Poder Judiciário, uma vez que indicam etapas nas quais se fazem necessário observar os direitos de transparência e accountability aos indivíduos (CITRON; PASQUALE, 2014, p. 20-22).

Em uma primeira etapa, defendem que os indivíduos devem ter direito de inspecionar, corrigir e contestar dados colhidos sobre si, além de saber a fonte deles.

Perceba-se que, em tempos de utilização de banco de dados virtuais, a velocidade de troca de informações é amplificada em um espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial de computadores e fórmulas matemáticas automatizadas. Faz-se, assim, imprescindível um elevado grau de transparência algorítmica, a fim de que os profissionais jurídicos em geral (e não só os programadores, operadores e controladores de sistemas) controlem e fiscalizem o que está sendo utilizado (os dados), e o modo de tal tratamento.

Como bem questionam Dierle Nunes e Ana Luiza Coelho Marques: “como defender-se de um ‘índice’ sem saber o método de cálculo? Como submeter o ‘índice’ ao controle do devido processo constitucional?” (NUNES; MARQUES, 2019, p. 49).

Na segunda etapa, defendem Citron e Pasquale (2014) que os métodos de cálculo deveriam ser públicos e os processos (seja por IA ou algoritmos) deveriam ser inspecionáveis. Essa questão, no entanto, é sensível em razão do segredo comercial, mas, ainda assim deve haver, na visão dos autores, o privilégio ao direito de os indivíduos terem as informações necessárias para saberem e entenderem como seus dados são classificados e ranqueados.

A sugestão é interessante no que pertine, igualmente, à informação para que os sujeitos de direito que operam no processo alcancem um cenário adequado de verificação das classificações processuais, bem como a clusterização de palavras e contextos que são formados em banco de dados, utilizados para decidir sobre, por exemplo, a similitude ou não de determinado recurso ao tema reconhecido como vinculante.

Não restam dúvidas de que as tecnologias trazem ferramentas para o melhoramento da qualidade da pesquisa jurídica e auxílio, tanto da advocacia, como do Poder Judiciário, porém, devem ser vistas como forma de aperfeiçoamento e não substituição do fator humano, até mesmo porque, no que tange à tomada de decisões, nada garante que a máquina as realize de forma menos nociva do que vemos na atualidade. Afinal, os vieses e heurísticas são tão humanos como o são os inputs algoritmos realizados pela coleta e

tratamento de dados (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 133-134).

Em outro tópico, Citron e Pasquale (2014) defendem uma série de direitos individuais que devem ser respeitados como corolário do technological due process. A premissa necessária exige que os processos automatizados possuam uma “trilha auditável”, permitindo a verificação do passo a passo do sistema e, por consequência, a identificação da causa de eventual erro de classificação ou padronização indevida dos indivíduos.

Considerando o objeto do trabalho, percebe-se o quanto é dificultosa a implementação de sistemas de decisões automatizadas, diante do sistema de provimentos vinculantes, hoje estipulado legalmente, em nosso país. Defende-se, inclusive, que a desumanização do julgador pode ensejar a preocupante aplicação mecanicista do ordenamento jurídico, retomando críticas que remontam à Escola da Exegese (FRANCISCO, 2019, p. 239).

A fim de que tenhamos melhores decisões, é preciso, antes, formular melhor uma teoria da decisão, e mais: formas de estipular, hermeneuticamente, a ratio decidendi dos casos em julgamento. Não se faz possível, por meio de um “sistema de precedentes”, retornar ao sujeito que objetifica a realidade que, “(...) por sua vez, deseja retornar ao assujeitamento das cartografias que pretendem conter a completude do mundo em si” (STRECK, 2018, p. 146).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de programas de decisão automatizadas, no âmbito do Poder Judiciário, suscita uma mudança de paradigma no que se refere ao devido processo legal, que deve levar em conta a possibilidade de accountability para o alcance de um resultado aceitável.

Para tanto, e para que possamos extrair reais benefícios das novas tecnologias, que, como vimos, advém do contexto de virtualização da sociedade pelo desenvolvimento de sistemas inteligentes, faz-se necessário o respeito aos direitos individuais e ao devido processo legal substancial (agora tecnológico).

A preocupação nessa nova realidade é a opacidade e falta de transparência do processo automatizado em si, ainda mais no que se relaciona ao elemento central do “sistema de precedentes”, estipulado, em nosso País, por determinação legal.

Se não temos elementos suficientes sequer para formular a identificação clara, objetiva, específica, da ratio decidendi em provimentos vinculatórios, a dificuldade de implementação de classificações, afetações de recursos, e, em um estágio mais avançado

de IA, eventual formulação de decisões por entes não humanos, resta, deveras, comprometido.

A crítica hermenêutica aplica-se tanto ao cenário humano como ao tecnológico não antropocêntrico: não se quer uma “justiça lotérica”, porém, menos ainda, uma criticável “justiça injusta”, que se preocupa mais em números e estatísticas do que propriamente resolver os conflitos individuais, o que se revela, cotidianamente, pela forma como os Tribunais vêm lidando com a padronização decisória, no ambiente precedentalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério** – formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018.

CITRON, Danielle Keats and PASQUALE, Frank A., The Scored Society: Due Process for Automated Predictions (2014). **Washington Law Review**, Vol. 89, 2014, p. 1-; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2014-8. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2376209> Acesso em 26 mai. 2021

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto, et. al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal, **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FERRAZ, Taís Schilling. A Construção Da Motivação Nas Decisões Colegiadas: O Importante Papel Da Majority Opinion em Um Sistema De Precedentes. **Revista de Processo** | vol. 282/2018 | p. 435 - 451 | Ago / 2018 DTR\2018\18244.

FRANCISCO, José Carlos. Juiz natural e inteligência artificial para pronunciamentos judiciais. In: LORENCINI, José Carlos; FRANCISCO, José Carlos (coord.) **Nuevas Tecnologías y Derecho: retos y oportunidades planteados por la Inteligencia Artificial y la Robótica**. Curitiba: Juruá, 2019.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. V. 1. Nº 1. Jan. 2014, p. 92.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a Definição de *Ratio Decidendi* na Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais. In: DIDIER JR., Fredie, et. al. **Precedentes** – Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Jus Podvium: 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia e operabilidade. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOZENIC, Vinícius Almada. Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy. **Revista brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol 13, n. 3, p. 437-454, set-dez, 2017.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: A elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Algoritmo: o risco da decisão das máquinas. **Revista Bonijuris**, ano 31, edição 659, ago/set 2019, p. 49.

_____; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

RUSSELL, Stuart J; NORVIG, Peter. **Artificial intelligence**: A Modern Approach. 2nd ed., Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall. 2003.

STEIBEL, Fabro; VICENTE, Victor Freitas; VIEIRA DE JESUS, Diego Santos. Possibilidades e potenciais da utilização da Inteligência Artificial. *In*: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.) **Inteligência Artificial e Direito**: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando. *In*: DIDIER JR., Fredie, et. al. **Precedentes** – Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Jus Podvium: 2015.

_____. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SUNSTEIN, Cass R., Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning (November 2001). **University of Chicago Law School Roundtable**, Vol. 8, 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=289789> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.289789> Acesso em: 22 mai. 2021.

_____; KLEIBERG, Jon; LUDWIG, Jens, et.al. **Discrimination in the age of algorithms**. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w25548.pdf> Acesso em: 15 jun. 2021.