

Dierle NUNES
Alexandre BAHIA
Flávio PEDRON

TEORIA GERAL do PROCESSO

2ª
edição

Revista
Atualizada e
Ampliada

2021

 EDITORA
JUSPODIVM

F P
V F

Fundação Professor
VALLE FERREIRA
Faculdade de Direito -
UFMG

e relatar em reclamar às autoridades públicas. Isso ocorre porque os serviços públicos muitas vezes dizem respeito a pessoas vulneráveis, que precisam de benefícios sociais, que seriam menos inclinados a reclamar de quaisquer decisões.

Oportunidades para reclamar com sucesso sobre o uso de IA e desafio decisões baseadas em IA são essenciais para fornecer acesso à justiça.²⁶⁰ Podemos enfatizar o seguinte como importante a este respeito:

- Consentir as pessoas de que a IA é usada;
- Consentir as pessoas sobre como e onde reclamar;
- Certificando-se de que o sistema de IA e as decisões baseadas em IA podem ser explicados.

Primeiro, todos *devem* saber se estão lidando com um sistema de IA. E se uma decisão tomada afeta as pessoas, por ex. sobre benefícios sociais, pessoas preocupadas podem reclamar em geral - mas eles não serão capazes de reclamar do uso de IA se não souberem que a IA está envolvida.

Embora haja disposição geral para reclamar, o maior problema é que as pessoas muitas vezes não sabem que a IA está sendo usada, porque as organizações não são transparentes sobre isso, mesmo que seja exigida pela LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados).²⁶¹ Assim, informar as pessoas que qualquer decisão tomada sobre eles é baseada em ferramentas (parcialmente) automatizadas é o primeiro passo para fornecer acesso às reclamações.

Em segundo lugar, todos precisam saber como e onde reclamar. Pode ser difícil para as pessoas saberem que órgão trata de que tipo de queixas. Os consumidores muitas vezes não sabem como reclamar - por exemplo, para um banco que pode usar algoritmos para decidir sobre finanças assuntos. Uma administração pública que emite decisões automatizadas decidida para adicionar nomes de funcionários às decisões de fornecer pessoas de contato para aqueles que potencialmente desafiam a decisão (automatizada). Existem formas e procedimentos para reclamações em vigor, que são os mesmos procedimentos que aqueles para quaisquer outras reclamações não ligadas ao uso de IA. Apenas algumas empresas ou organizações que

usam IA de forma anônima ou dados agregados indicam que eles não têm mecanismos de reclamação no lugar.

Finalmente, aqueles que reclamam precisam de informações suficientes para desafiar a subjacente decisão. Apenas informações completas sobre os sistemas de IA fornecem igualdade de armas para desafiar decisões de forma significativa. No entanto, isso não é simples quando se trata do uso de IA, principalmente por causa de: possíveis problemas de direitos de propriedade intelectual, e porque sistemas complexos são difíceis de explicar.

3.11. DIREITOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS AO PROCESSO NA ERA DO "BIG DATA" E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL



Para acesso a palestra acerca do tema, utilize o QR Code ao lado.

3.11.1. Direitos fundamentais estão em constante mudança

Os Direitos Fundamentais estão em constante mudança. Seja pela ampliação dos direitos para pessoas e grupos antes excluídos, pela releitura dos antigos direitos em novos formatos e para dar conta de novas necessidades (ou de questões que nem são novas, mas que apenas se tornaram visíveis em algum momento) ou mesmo para o reconhecimento de novos direitos.²⁶²

Assim é que a lista original de Direitos Fundamentais presente nas declarações liberais do século XIX sofreu mudanças ao longo do tempo não apenas porque houve a ampliação dos beneficiários (as mulheres e os negros, por exemplo), mas também porque houve releituras daqueles direitos e/ou a inclusão de novos.

Essas releituras não podem ser compreendidas sob a forma de um mero acréscimo de direito, como propõe a dogmática constitucional brasileira, que

260. Ver: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2020/08/os-neurodireitos-sao-os-novos-direitos-humanos.shtml>

261. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Getting the Future Right: artificial intelligence and fundamental rights*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. P. 76.

262. BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha e; O Levatá togado: os 30 anos de protagonismo judicial e o devir constitucional. In: PEREIRA, Rodolfo V.; FERNANDES, B. Gonçalves (coord.). *Constituição, democracia e jurisdição: um panorama dos últimos 30 anos*. Belo Horizonte: IDDE, 2018.

sob uma teoria das *gerações* de direito, como pretendia Paulo Bonavides,²⁶⁴ quer sob a proposta de *dimensões*, como pretende Ingo Sarlet.²⁶⁴

Concordamos com Menelick de Carvalho Netto²⁶⁵ e Marcelo Cattoni de Oliveira,²⁶⁶ no sentido de que estamos diante de verdadeira *revolução paradigmática*, de modo a vivenciarmos uma mudança e ruptura de sentido sobre o que compreendemos por direitos fundamentais, afinal tal leitura através mostra-nos que a cada paradigma acaba por negar o anterior e exigir uma *regra volta a zero* sobre o que conhecemos desse sistema de direitos, já que ocorre um redesenho e uma reinterpretção mais profunda, não podendo falar em mera adição a um catálogo de direitos.

Assim, à medida que as sociedades mudam surgem novas (ou se tornam evidentes) carências e necessidades e o sistema dos direitos fundamentais é relido para se adaptar.²⁶⁷

O avanço dos computadores e da *internet*, o surgimento de redes sociais e, mais recentemente, a “mineração” de dados a partir de programas de computador constituídos em algoritmos e a “inteligência artificial” vêm mostrando a necessidade de uma nova leitura dos direitos fundamentais para se repensar questões como privacidade, direito à imagem, liberdade, assim como novos direitos como proteção contra a manipulação de dados ou o acesso igualitário às novas tecnologias.²⁶⁸

263. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
264. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
265. CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, mai. 1999.
266. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
267. Um exemplo interessante se deu com o direito de igualdade – que sempre foi tão importante para o Direito em geral e para o processo em particular e que demanda novas relações face ao uso dos novos meios eletrônicos de gestão e decisão que tratamos aqui. Sobre as mudanças daquele direito ver: BAHIA, Alexandre. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. *In: CLÉVE, Cláemson M.; FREIRE, Alexandre (orgs.). Direitos fundamentais e Jurisdição constitucional: análise e contribuições*. SP: Revista dos Tribunais, 2014, p. 73-98.
268. SPERB, Paula. Os neurodireitos são os novos direitos humanos? diz cientista espanhol. *Folha*, 26.08.2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2020/08/os-neurodireitos-sao-os-novos-direitos-humanos.shtml>. Sobre os direitos à privacidade, à liberdade e a própria autonomia como capacidade de tomar decisões, Byung-Chul Han chama a atenção sobre como “[os] *big data* são um instrumento psicopolítico muito eficiente, que permite alcançar um conhecimento abrangente sobre as dinâmicas de comunicação social. (...) A abertura do futuro é constitutiva para a liberdade de ação. Contudo, os *big data* tornam possíveis prognósticos sobre o comportamento humano. (...) A própria pessoa se posiciona em coisa, que é quantificável, mensurável e controlável. Nenhuma coisa, porém é livre (...)” (HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. 7ª ed. III Avulh. 2020, p. 23). Trazendo para o mundo do Direito, com o uso de algoritmos pode-se fazer prognósticos sobre possíveis resultados de uma demanda quando apresentada para certo juiz – e/ou corpo de julgados, se se pensa no processo penal – com índices altos de acerto.

Tais questões têm afetado indiretamente o *dia a dia* dos Tribunais, haja vista que novas demandas começam a surgir – como a pretensão ao “direito ao esquecimento”, por exemplo²⁶⁹ –, mas também diretamente, já que há uma euforia nos dias de hoje com o uso de “Inteligência Artificial” no Judiciário, como vamos argumentar abaixo.

3.1.1.2. “Big data” e inteligência artificial

Há algum tempo que Tribunais vêm implementando mecanismos de inteligência artificial para o auxílio na gestão de processos.

Está acontecendo uma virada tecnológica no mundo do Direito²⁷⁰ e, no entanto, a formação dos estudantes da área continua a se dar como no século passado (senão antes). Muito pouco dessas discussões reverberam nas salas de aula e egressos dos cursos de Direito apenas têm alguma noção das mudanças tecnológicas se tiverem tido contato com isso em seus estágios.²⁷¹

3.1.1.3. Novos direitos fundamentais do processo em tempos de “big data” e inteligência artificial

Como ficam, então, o Direito em geral – e o Processo em particular – face àquelas mudanças?

Uma questão que precisa ser discutida é que o uso de algoritmos para a tomada de decisão – ou mesmo para a seleção de recursos viáveis/não – tem que considerar todo o aprendizado sobre a ausência de neutralidade em qualquer atividade humana. Por certo, o algoritmo não possui preconceitos e nem tem “vontade” para discriminar pessoas/situações. No entanto, aqueles que o configuram possuem pré-compreensões (vieses cognitivos) que podem influenciar na forma como o programa irá se comportar,²⁷² sem esquecer outras contingências na construção de modelos

269. Cf., e.g., no STF: REsp. n. 1.736.803/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Cueva, j. em 28.04.2020. No STF há o Sistema Victor, com função similar e atuando desde 2018. Cf. <http://www.stfjuss.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>.

270. Como já tratado no início deste Capítulo. Para um estudo completo sobre o tema ver também: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coords.). *Inteligência artificial e Direito Processual*: os impactos da virada tecnológica no direito processual. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.

271. Sobre isso cf. MARQUES, Ana Luiza P. Coelho; PERILLO, Lucas P. As Novas Tecnologias e o seu Impacto no Ensinho do Direito. *cit.*

272. Como já apontado acima. Ver também: NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza P. Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, nov. 2018. No mesmo texto são apontados vários exemplos do uso de IA que

algorítmicos de IA. Seu uso nos Tribunais deve ser feito de forma a não violar os direitos fundamentais, inclusive, por exemplo, a vedação de discriminações (art. 3º, IV – CR/88), isso para não falar do devido processo legal, do contraditório, etc.

A *quimera* de tentar resolver, seja o excesso de ações, seja a divergência de julgamentos, com o *apristionamento* do processo de conhecimento-interpretado-aplicação do direito já vem sendo tentada no Brasil desde que as reformas processuais do final do século passado começaram a apostar no (ou melhor numa versão brasileira do) sistema de precedentes: toda uma “nova escola da exegese” surgiu e tem se tornado *mainstream* no país, com poucas vozes críticas. Nesse sentido vieram as Súmulas obstativas de recursos, Súmulas Vinculantes, Transcendência no Recurso de Revista, Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, etc. No entanto se trata de uma luta vã, pois que, “do outro lado” está o ser humano que julga.²⁷³

O próximo passo nessa tentativa de estandardizar, “a fórceps”, o processo de compreensão-interpretado-aplicação do direito é, então, eliminar este “outro lado”, substituindo-o por um algoritmo previamente preso à programação. Certamente a utopia de qualquer exegeta: se o homem tem, em si, o “problema” da interpretação, elimina-se o homem e, com ele, as garantias constitucionais acima citadas, trocadas pela racionalidade cartesiano-matemática do *software*.

O robô não presta contas de sua decisão, muito menos de suas razões. Ele não pode olhar nos olhos de quem é afetado pelo seu exercício de poder, não pode com ele travar qualquer diálogo humano, nem compreendê-lo (...), mas unicamente simular todas essas atitudes, a black box (...) não é apenas opaca, e sim *vazia*.²⁷⁴

Se é assim, o que resta à defesa daquele que teve uma decisão desfavorável? Como discutir com uma (pseudo) ciência exata? O que se poderá

gerar em resultados incompatíveis com o Estado de Direito, como um algoritmo de reconhecimento facial que associava pessoas negras a gorilas (*idem*).

273. Cf., e.g., TARUFFO, Michele. La giurisprudenzia entre casuística y uniformidad. *Revista de Derecho*, vol. XXVII, n. 2, Dec. 2014, p. 9-19. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/revide/v27n2/art01.pdf>. BAHIA, Alexandre. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012. Segundo Greco, ademais, a instituição do juiz-robô nada mais é do que uma “reedição do sonho racionalista do juiz como máquina de subsunção” (GRECO, Luís. *Poder de Julgar sem Responsabilidade de Julgador: a impossibilidade jurídica do juiz robô*. SP: Marcial Pons, 2020, p. 43).
274. GRECO, Luís. *Poder de Julgar sem Responsabilidade de Julgador*. cit., p. 45-46.

argumentar em um eventual recurso? Discutir a programação do *software*? Questionar a idoneidade do algoritmo? O que resta do **Direito** para os Tribunais?

Viola, pois, o devido processo legal e o juízo natural, a possibilidade de um robô tomar decisões (mesmo que seja “apenas” de admissibilidade de recursos extraordinário e especial). O que se teria aqui é muito mais do que um “juiz sem rosto”,²⁷⁵ mas a ausência mesmo de um magistrado, aderindo ao que argumenta Luís Greco,²⁷⁶ no sentido de que um robô não pode ser considerado “juiz” para efeito de regularidade de oferta de jurisdição.

O processo de virtualização do processo e o uso de novas tecnologias são fatos fora de questão. O Judiciário continua padecendo de decisões lentas e disparates – mesmo quando envolvem condições similares. Não se olvidada que o uso das novas tecnologias pode auxiliar, em muito, a acelerar processos – ao tratar de forma mais eficiente atividades repetitivas – e a ofertar decisões similares para casos similares – notadamente em um quadro de litigiosidade em massa.²⁷⁷

Contudo, é necessário tomar em consideração os problemas que as novas tecnologias podem gerar face às garantias processuais previstas na Constituição e/ou regulamentadas no CPC. Técnicas e formas de movimentar processos têm mudado ao longo da história. Os direitos fundamentais, inclusive aqueles ligados ao processo também têm mudado. O que não pode acontecer é que haja prioridade dos primeiros sobre os últimos. Para isso, inclusive, novos direitos vêm se impondo: “neurodireitos”, “direitos da tecnologia”, “direitos da era virtual”. Os nomes podem variar, mas eles reclamam pretensões como o direito de acesso igualitário, a transparência na formatação e no uso das tecnologias (transparência algorítmica),²⁷⁸ a primazia da pessoa humana sobre quaisquer imperativos do “sistema”, o direito à privacidade e à imagem também no mundo virtual etc. A

275. Fazemos referência aqui à crítica que alguns fazem a respeito da Lei 12.694/2012, que cria a figura do juiz colegiado para julgamento de certos crimes. Sobre isso ver: ROSA, Alexandre M. da; CONDOLLI, Ricardo. Democracia e juiz sem rosto. *Problemas da Lei nº 12.694/2012. Revista Libertas UFOP*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/8082/p/In dex.php/libertas/article/view/251/225>.

276. GRECO, Luís. *Poder de Julgar sem Responsabilidade de Julgador*. cit., p. 41-5.

277. No que toca a se tentar proporcionar decisões mais coerentes com o que já foi decidido e pensando nisso de forma estratégica – isto é, visando sucesso da ação e não, necessariamente, a “integridade” do sistema –, já há empresas de tecnologia especializadas em fazer pesquisa de precedentes, mostrando aqueles que são mais “persuasivos”, considerando o Juiz/Tribunal Julgador do caso. Cf. MARQUES, Ana Luiza P. Coelho; PERILLO, Lucas P. As Novas Tecnologias e o seu Impacto no Ensino do Direito. cit., p. 138.

278. NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza P. Coelho. Inteligência artificial e direito processual. cit.

enumeração nem tem como ser exaustiva uma vez que estamos vivendo, justamente, a configuração de algo totalmente novo.²⁷⁹

Alguns Direitos Fundamentais de natureza (ou implicação) processual no uso de IA foram enumerados na Resolução n. 332 do CNJ, de 21 de agosto de 2020:²⁸⁰

- **Respeito aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição e Tratados/Convenções Internacionais de Direitos Humanos** (arts. 4º-6º): entre eles é mencionado o direito à igualdade e à proteção de dados sensíveis (referenciada na Lei n. 13.709/18);
- **Não-discriminação** – e também diversidade, pluralidade e solidariedade) (art. 7º): de forma “que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos”. Para garantir isso a Resolução prevê que os sistemas sejam homologados antes de começarem a funcionar, a fim de se verificar se eles reproduzem alguma forma de preconceito ou tendência discriminatória e, ainda, que se tais problemas surgirem depois deverão ser corrigidos ou, em sua impossibilidade, levar ao abandono do sistema;
- **Publicidade e Transparência** (art. 8º): fundamentais para se garantir a possibilidade de controle e, logo, também de manifestação contra eventuais problemas do sistema em geral ou de seu uso em casos particulares, o que pode garantir que haja meios para se evitar um dos problemas acima citados sobre a certeza absoluta do julgamento feito por uma máquina;
- **Governança e Qualidade dos Dados** (arts. 9º-12);
- **Segurança dos Dados** (arts. 13-16);

279. Já mencionamos alguns desses princípios quando tratamos, no presente capítulo, sobre diretrizes éticas. Alguns desses direitos aparecem na Resolução n. 332 do CNJ, de 21 de agosto de 2020. Lá se lê: “... os tribunais deverão observar sua compatibilidade com os Direitos Fundamentais: CONSIDERANDO que a Inteligência Artificial aplicada nos processos de tomada de decisão deve atender a critérios éticos de transparência, previsibilidade, possibilidade de auditoria e garantia de imparcialidade e justiça substantiva; CONSIDERANDO que as decisões judiciais apoiadas pela Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade, a solidariedade e o julgamento justo, com a viabilização de meios destinados a eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos; (...) CONSIDERANDO que o uso da Inteligência Artificial deve respeitar a privacidade dos usuários, cabendo-lhes ciência e controle sobre o uso de dados pessoais; CONSIDERANDO que os dados coletados pela Inteligência Artificial devem ser utilizados de forma transparente e acessível para proteção do usuário; CONSIDERANDO que a utilização da Inteligência Artificial deve desenvolver com vistas à promoção da igualdade, da liberdade e da justiça, bem como para garantir e fomentar a dignidade humana (...)”.

Controle do Usuário (arts. 17-19): para o usuário, o sistema deve ser tal que garanta sua autonomia e incremento (e não restrição).

O que permanece certo, então, é que o sistema dos direitos fundamentais seja visto como aberto para a inclusão de novos direitos e de novos sujeitos de direitos por força do art. 5º, S2º da CR/88, o que não exige, necessariamente, que eles precisem ser formalmente “constitucionalizados” para serem incluídos como materialmente conformes àquela.