

NOTAS SOBRE USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SELEÇÃO DOS RECURSOS “REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA” NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS (ART. 1.036, CPC)

MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI

Professor doutor

nell'Università di San Paolo

SOMMARIO: 1. Fundamentos da técnica de julgamento de recursos repetitivos nos tribunais superiores. – 1.1. Notas breves sobre a técnica de julgamento de recursos repetitivos no CPC/2015. – 2. Algumas considerações sobre as atuais balizas do critério de escolha dos recursos representativos da controvérsia. – 3. Aspectos da chamada “virada tecnológica” na seleção dos recursos representativos da controvérsia. – 4. Quem controla o controlador da inteligência artificial? – 5. Considerações finais.

1. – Não é de hoje que os tribunais brasileiros, especialmente os superiores, estão sobrecarregados de recursos, a maioria deles interpostos pelo próprio Estado brasileiro.

É fato que a maioria desses recursos não é sequer conhecida, devido às barreiras da chamada “jurisprudência defensiva”, que se traduz em obstáculos quase que intransponíveis aos recorrentes, como o do “prequestionamento”¹, mas isso não significa que a gestão de todos esses milhares de recursos tenha sido fácil.

Essa gestão sempre foi lenta e sujeita a muitos equívocos. Em 2008, no entanto, foi dado um passo significativo no sentido da organização desses recursos dirigidos aos tribunais superiores, através da inclusão no CPC/1973 de um procedimento destinado especificamente aos chamados recursos repetitivos. Depois da instituição da repercussão geral, no âmbito do STF, esse procedimento destinado aos recursos repetitivos talvez tenha sido a mais significativa das mudanças em sede recursal.

Trata-se das disposições contidas nos artigos 543-C do já revogado CPC de 1973, segundo as quais, quando havia “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, o tribunal de origem e os tribunais superiores, na medida de seus respectivos regimentos internos, podiam selecionar os recursos que eram “representativos da controvérsia”

¹ Para superar esse óbice, o recorrente precisa demonstrar que o tribunal que proferiu a decisão impugnada no recurso especial ou extraordinário adotou posição explícita a respeito da violação de uma determinada norma legal ou constitucional.

para julgamento, determinando a suspensão de todos os demais recursos que tratassem dessa “idêntica questão de direito”.

Essa técnica foi inspirada na *Musterverfahren* alemã, instituída em 2005, em regime experimental, com previsão para terminar em 2010. Como essa experiência rendeu bons frutos, foi prorrogada até 2012 e depois definitivamente incorporada ao sistema recursal alemão através da Lei Federal n. 50, de 19.10.2012.

A origem remota dessa técnica alemã foi um grande conflito entre a empresa *Deutsche Telekom AG* e seus acionistas. A empresa teria divulgado informações falsas a respeito da robustez de seu patrimônio e isso teria levado milhares de acionistas a propor também milhares de processos, ou seja, a técnica alemã intitulada *Musterverfahren* nasce como uma forma de lidar com uma grande quantidade de processos em primeiro grau de jurisdição, não com recursos repetitivos.

Tudo se resume, portanto, à seleção de uma “causa-piloto”, com a consequente suspensão dos demais processos que tratem de “questão idêntica”².

Os efeitos dessa seleção são muito importantes, especialmente num sistema de *civil law*, em que o apego aos precedentes não é visto como um dever.

No entanto, na hipótese de “multiplicidade de recursos” com “idêntico fundamento de direito”, os tribunais superiores brasileiros passaram a valorizar seus próprios precedentes, mas, vale observar, apenas nesse ponto.

Os demais precedentes seguiram pouco valorizados, com exceção – óbvia – da súmula vinculante. Dessa forma, com certo pioneirismo, o sistema recursal brasileiro passou, a partir de 2008, com a introdução das disposições contidas no art. 543-C ao CPC, a observar fielmente seus precedentes³, ao menos no âmbito dos tribunais superiores.

² O sistema administrativo português (art. 48, 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos) e o espanhol (artigos 37.1 e 37.2 da Ley 29/1998), conhecem técnicas semelhantes. O sistema inglês, no âmbito judicial, admite o *group litigation* (*Civil Procedure Rules, Part. 19, section III, rules 19.10 e 19.15*). Em certa medida, a técnica brasileira dos processos coletivos tem os mesmos fundamentos: resolver litígios de massa através de um único processo. Não por acaso, essa técnica tem inspiração no sistema norte-americano da *class action* que, pragmaticamente, resolveu há décadas a forma de lidar com demandas repetitivas, talvez porque os EUA tenha sido o primeiro país a experimentar a explosão de consumo que todos conhecemos.

³ No caso, trata-se de típico precedente “horizontal”, porque os tribunais superiores estariam seguindo apenas seus próprios precedentes. O precedente “vertical” é aquele que os tribunais de instâncias inferiores estariam obrigados a observar.

Se, a partir de um único julgamento, milhares de recursos podem ser julgados, a economia de tempo dos tribunais e de dinheiro dos contribuintes era e continua sendo muito grande para ser desconsiderada. Além disso, os tribunais superiores deixam de proferir centenas ou milhares de decisões iguais e conseguem transmitir alguma segurança jurídica aos seus jurisdicionados, na medida em que, ao menos em determinados assuntos, é possível saber qual o posicionamento do tribunal antes mesmo da interposição de um recurso.

Portanto, desde 2008, os tribunais superiores estão habituados a selecionar recursos que representam uma controvérsia jurídica. No entanto, esses tribunais jamais revelaram quais seriam os critérios utilizados nessa seleção.

A Resolução n. 8/2008, do STJ, foi o primeiro ato normativo a cuidar desse tema. A partir da Emenda regimental n. 24/2016, o STJ, inclusive por conta da entrada em vigor no CPC/2015, incorporou ao seu Regimento Interno as disposições contidas na Resolução 8/2008.

O disposto no art. 256 desse Regimento do STJ é o que mais interessa ao presente estudo. No parágrafo primeiro desse dispositivo consta que os “recursos especiais representativos da controvérsia” deverão preencher, em síntese, os seguintes requisitos: a) possuir a maior diversidade de fundamentos; b) conter uma questão de mérito que possa “tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; c) demonstrar divergência, se for o caso, “entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto”.

O Regimento Interno do STF não explica quais seriam as hipóteses de seleção dos recursos extraordinários representativos da controvérsia.

De fato, o disposto no art. 326-A desse Regimento apenas disciplina que “os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no STF sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente...”, mas sem nenhuma indicação dos requisitos que esses recursos devem preencher.

Em todo caso, vale lembrar que as disposições contidas no art. 1.036 permitem ao STF, para além da exigência de repercussão geral, a escolha do recurso representativo da controvérsia, mas também não fixam quais seriam os critérios exatos pelos quais deve ser feita a seleção de recursos que possam representar uma determinada controvérsia.

1.1. – Na linha da bem-sucedida reforma ocorrida em 2008, a técnica da “causa-piloto” seguiu firme no CPC/2015, com alguns aperfeiçoamentos.

As disposições contidas no art. 1.036 desse novo diploma legal, conforme já foi visto, reforçaram a estrutura criada em 2008, de maneira que

os tribunais superiores continuam a julgar os recursos repetitivos na linha da “causa-piloto” inaugurada na Alemanha.

Há muitas considerações que podem ser feitas em torno desse tema, como, por exemplo, a proposta de ampliar essa técnica para os tribunais estaduais ou federais, ao menos nas causas rotineiramente repetitivas, como aquelas que envolvem a Fazenda Pública ou mesmo as concessionárias de serviço público⁴, porque, se o procedimento da causa-piloto é mesmo tão bom assim, não haveria motivo para não repetir esse procedimento em outras instâncias.

É claro que o IRDR (art. 976) cumpre função semelhante nos tribunais estaduais e federais, mas talvez jamais saibamos o motivo pelo qual o legislador simplesmente não repetiu nesses tribunais a exitosa experiência da “causa-piloto” dos tribunais superiores ao invés de criar uma técnica inteiramente nova, como a do IRDR⁵.

Em todo caso, interessa saber que essa técnica da causa-piloto não sofreu nenhuma modificação significativa no CPC/2015.

As disposições estão mais organizadas e alguns pontos específicos, como o da necessidade de suspensão da tramitação dos recursos que não foram selecionados (1.038, parágrafo 1º), ganharam merecido destaque, mas nada de relevante foi alterado em relação às disposições anteriores.

As regras contidas nos artigos 1.036 a 1.040 desse diploma legal tratam da seleção dos “recursos representativos da controvérsia”. Nas disposições contidas no parágrafo 6º do art. 1.036 talvez esteja a mais valiosa diretriz legal para os fins aqui propostos. Essa regra é muito clara ao dispor que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

⁴ Uma breve menção às concessionárias de serviço público é feita no art. 1.040, IV, do CPC. Ao publicar um acórdão paradigma que trate de prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado “ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização” da tese adotada.

⁵ A descontinuidade de técnicas já sedimentadas atrasa a evolução do sistema processual brasileiro. Há muitos exemplos dessa falha sistêmica, como o abandono da técnica dos embargos à execução, para criar a impugnação, assim como o abandono da súmula impeditiva de recursos, para adoção da improcedência liminar do pedido (ambas tentativas de valorização de precedentes em primeiro grau de jurisdição). Mesmo que a história do direito seja marcada por descontinuidades, conforme ensina António Manuel Hespanha (in *Cultura Jurídica Européia*, Lisboa, 2019, 29), e que o que estamos vivendo atualmente nada mais é do que uma nova *disrupção*, nada justifica abandonarmos práticas já consolidadas em prol de um sistema de inteligência artificial que, ao menos em princípio, parece entregar algo extremamente interessante apenas em termos de organização dos processos.

2. – A garantia constitucional do contraditório é a “alma do processo”⁶, e o critério de escolha dos recursos representativos da controvérsia deve, evidentemente, ser avaliado sob esse prisma.

Um raciocínio superficial a esse respeito permitiria afirmar que todas as teses veiculadas nos recursos repetitivos deveriam ser avaliadas pelos tribunais superiores. Entretanto, isso não parece ser possível na prática, dada a grande quantidade de argumentos que normalmente são veiculados nos milhares de recursos dirigidos aos tribunais superiores.

Em nada contribui para melhorar essa situação o fato de que as balizas legais e as que estão nos regulamentos internos dos tribunais superiores, vale recordar, não são nem um pouco objetivas. Em linhas gerais, tratam da necessidade de o recurso selecionado possuir “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (art. 1.036, parágrafo 6º), bem como “a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos” e demonstrar, ainda, a “divergência entre órgãos julgadores do tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto” (art. 256 do Regulamento Interno do STJ).

Esse cenário deixa claro que os tribunais superiores possuem boa margem de escolha dos recursos afetados e tudo indica que estão sendo criteriosos nessas seleções, simplesmente porque não há registros de falhas ou mesmo que alguém tenha sido prejudicado no julgamento dos recursos repetitivos, o que, mesmo diante de margens de escolha bastante elásticas, é um grande mérito desses tribunais.

As coisas não iriam bem se, por exemplo, uma determinada argumentação, sustentada em um ou mais dos recursos selecionados como representativos da controvérsia, não fosse sequer considerada em sede de recursos repetitivos. Aquele que sustentou tal argumentação se sentiria prejudicado e isso poderia minar a credibilidade do sistema de julgamento através de uma “causa-piloto”.

O sistema também falharia se, na fase de seleção dos recursos representativos da controvérsia, deixasse de lado algum recurso importante, cuja argumentação tivesse força para influir decisivamente no julgamento final. Nesse caso, a insatisfação do recorrente seria muito intensa, seja pela perda de tempo em esperar um julgamento que não lhe diz respeito, seja pelo desrespeito ao contraditório, na medida em que seus argumentos teriam sido completamente ignorados.

Todas essas informações demonstram que o contraditório, no sistema de julgamento dos recursos repetitivos, está sendo respeitado, embora essa

⁶ Conforme já tive a oportunidade de abordar na obra intitulada *Princípios do processo no novo CPC* (São Paulo, 2016, 88).

não pareça ser uma tarefa fácil, dado o volume e a quantidade de informações que demandam análise por parte dos tribunais.

A identificação dos recursos que versam sobre um determinado tema não deve apresentar nenhuma dificuldade, mas o passo seguinte, que trata da seleção daqueles recursos que podem efetivamente representar a controvérsia, depende de uma análise complexa de todos os argumentos levantados pelos recorrentes e da correta escolha dos melhores recursos, assim entendidos como aqueles que contenham a argumentação mais abrangente.

Talvez as escolhas dos tribunais sejam facilitadas pela homogeneidade dos argumentos, o que, em se tratando de temas repetitivos, é algo bem provável. Mesmo assim, levando em consideração que já há centenas de julgamentos repetitivos realizados pelos tribunais superiores, notadamente pelo STJ, o trabalho de análise de uma grande quantidade de recursos sempre exige esforços e muito investimento por parte dos tribunais superiores.

Esta breve análise permite uma visão geral da missão dos tribunais superiores na seleção dos recursos representativos de uma determinada controvérsia. Ao optar pelo julgamento apenas da “causa-piloto”, compete a esses tribunais analisar cada um dos argumentos veiculados nos recursos selecionados para representar a controvérsia que, por sua vez, devem conter, no mínimo, os argumentos que foram levantados nos recursos que não foram afetados.

Em outras palavras, a única justificativa que os tribunais superiores possuem para determinar a suspensão de milhares de recursos é a de que os selecionados (ou afetados) para julgamento representam fielmente todos os argumentos que foram levantados pelos recorrentes, tanto para acolher quanto para negar provimento a todos esses recursos.

Se não for assim, não haverá respeito ao contraditório e a bem-sucedida técnica da “causa-piloto” seria apenas um instrumento autoritário, em que os tribunais superiores poderiam escolher quais temas serão levados a julgamento.

No entanto, vale repetir, não há notícias concretas sobre a existência de violações ao contraditório nessa seara, seja porque os argumentos têm sido homogêneos (entre os recursos afetados e aqueles apenas suspensos), seja porque os tribunais provavelmente têm sido eficientes na escolha dos recursos afetados, no sentido de que tais recursos efetivamente representam a controvérsia instaurada em torno de uma determinada regra legal⁷.

⁷ Sobre o tema, v. L.G. AIDAR BONDIOLI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XX. 2ª edição, São Paulo, 2017, 257-259.

3. – A chegada de novas tecnologias, nas mais diversas áreas da atuação humana, tem provocado alterações significativas na vida das pessoas⁸.

Dentre outras tantas novidades, já é realidade, por exemplo, a conversa entre humanos e máquinas através do “chatbot”, que é um programa de computador apto a simular respostas humanas numa determinada interação, como a que ocorre em alguns procedimentos de agendamento de revisão periódica de veículos, de consultas a profissionais liberais etc.

Os tribunais brasileiros, que estão saturados de processos, também já assumiram o uso das novas tecnologias. O Conselho Nacional de Justiça, através de pesquisa coordenada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), informa que “entre fevereiro e agosto de 2020, o Judiciário contava com 64 projetos de IA (inteligência artificial) em funcionamento ou em processo de implantação, em 47 tribunais do país”.

Nessa pesquisa houve destaque ao “Sistema Mandamus”, empregado pelo Tribunal de Justiça de Roraima no “cumprimento dos mandados, por meio de automação e distribuição eletrônica desses documentos”.

Também o programa “Sinapses” mereceu destaque nessa pesquisa, por se tratar de uma “plataforma voltada para o desenvolvimento e a disponibilidade em larga escala de IA”, de modo a permitir que projetos que envolvam inteligência artificial “sejam compartilhados e utilizados por outros tribunais”.

A inteligência artificial, vale lembrar, é um ramo da Ciência da Computação que utiliza o sistema de “algoritmos” para simular comportamento humano, como no caso do “chatbot”, ou mesmo para aprender uma determinada função (*machine learning*).

Por sua vez, os algoritmos são códigos de computador (conjunto de instruções de um determinado sistema de processamento de dados⁹) que utilizam informações para aprender algo e, como é notório, há tanta informação no mundo virtual que esse método de aprendizagem da

⁸ A “virada tecnológica”, na (otimista) visão de Dierle Nunes, vai além da informatização judicial e do “emprego de tecnologias no exercício das profissões jurídicas”, para abranger também o impacto da inteligência artificial, na mudança dos institutos jurídicos (...), sem olvidar a criação de novos institutos (...) e de práticas jurídicas absolutamente inovadoras (...) até impactando no design das peças processuais”. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação). In NUNES-LUCON-WOLKART. *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*, Salvador, 2020, 18-19.

⁹ A “religião dos dados”, ou simplesmente “dataísmo”, “oferece tecnologias inovadoras e poderes inéditos e imensos”, na (irônica) visão de Yuval Noah Harari. Nessa perspectiva, afirma esse autor, “não apenas os organismos individuais estão sendo considerados sistema de processamento de dados”, mas também “sociedades inteiras” (in *Homo Deus: uma breve história do amanhã*, São Paulo, 2016, 370-371).

máquina não encontra dificuldade para, por exemplo, dissecar quais são os hábitos de consumo de uma determinada pessoa, suas preferências políticas etc.¹⁰.

Daí por que o uso da inteligência artificial vem revolucionando também o modo de trabalho dos tribunais brasileiros. Em termos de velocidade e precisão, atributos que não costumam ser encontrados na Administração Pública brasileira em geral, evidentemente a inteligência artificial é insuperável. O trabalho de muitos meses de dedicação dos seres humanos na busca de determinados dados pode ser realizado em poucos segundos pelas máquinas e com margens de erro muito pequenas. Nessa perspectiva, não há motivos para não aplaudir a chamada “virada tecnológica” no âmbito dos tribunais, embora pareça prematuro afirmar que essa virada irá além da simples organização e apoio ao andamento dos processos¹¹.

Por outro lado, se a atuação da inteligência artificial não se limitar a tarefas meramente burocráticas ou de simples organização dos processos, o que estaríamos assistindo não seria propriamente uma “virada” tecnológica, mas sim uma “invasão” tecnológica que, a depender de sua proporção, pode ser preocupante.

Não se trata, aqui, de ingressar no argumento superficial – facilmente encontrado em obras literárias e cinematográficas – de que poderia haver uma tomada de poder pelas máquinas. No contexto em análise, são os seres humanos que estão entregando esse poder às máquinas, aliás, com indisfarçável prazer, porque ninguém gosta de trabalhos repetitivos e enfadonhos. Portanto, ao contrário do que se imaginou, as máquinas da atualidade não precisam forçar o ingresso em atividade alguma.

É neste ponto, provavelmente, que reside o risco do uso da inteligência artificial pelos tribunais. A tendência de destinar serviços burocráticos às máquinas pode abrir portas para que outras tarefas, não tão burocráticas assim, também tenham o mesmo destino, no que se poderia chamar de *abuso da inteligência artificial*.

¹⁰ A expressão “algocracia”, cunhada pelo professor irlandês John Danaher, vem sendo utilizada como exemplo da crescente valorização do uso dos algoritmos em diversos campos da atividade humana atualmente. O valor estimado do mercado global de inteligência artificial, segundo a Revista Veja publicou em seu *site* em 02.07.21, é superior a trezentos e vinte bilhões de dólares.

¹¹ Num “mundo líquido” ou disforme, entregue a intensos “fluxos de poder” (cfr. Z. BAUMAN – C. BORDONI, *Estado de crise*, Rio de Janeiro, 2016, *passim*), não está descartada a rápida queda do império do algoritmo (como religião ou como forma de imposição de poderes – dataísmo e algocracia), que cederia espaço a um novo império, talvez fundado na teoria *quântica*. Nesse ambiente líquido, parece impossível imaginar como as tradicionais instituições do Direito que conhecemos vão permanecer, se adaptar ou mesmo desaparecer.

Isso não ocorrerá de forma explícita ou abrupta, porque tribunal nenhum assumirá que seus julgamentos, ou qualquer decisão que envolva algum tipo de valoração, estão sendo feitos ou auxiliados por máquinas¹². No entanto, ninguém pode garantir que isso não venha a acontecer na prática, muito menos com o crescente uso dessas novas tecnologias.

No tema que constitui o objeto do presente estudo, ao menos em princípio, evidentemente não há nenhum problema na utilização da inteligência artificial na seleção dos recursos representativos de uma determinada controvérsia.

De fato, as vantagens que esse sistema possibilita são imensas. Se, por exemplo, há cinco mil processos no STJ versando sobre um determinado tema, a inteligência artificial pode identificar quais os processos e as teses sustentadas, bem como a origem dos recursos e os critérios que devem ser utilizados para selecioná-los.

Todos esses dados são imprescindíveis para o bom funcionamento do método da “causa-piloto”, mas, ao mesmo tempo, criam um paradoxo, que é o da inédita possibilidade de controle absoluto dos critérios utilizados pelas máquinas na seleção dos recursos representativos da controvérsia.

Se esses critérios de seleção, que constituem os algoritmos criados por seres humanos, *precisam ser* previamente manipulados para que o sistema saiba que tipo de recurso deve ser selecionado, talvez tenha chegado o momento de exigirmos que os tribunais superiores exponham, claramente, quais são os critérios que foram utilizados na programação de seus sistemas de inteligência artificial que estão sendo ou que serão utilizados¹³.

4. – A conhecida indagação de Norberto Bobbio¹⁴ continua mais atual do que nunca e faz muito sentido na análise ora desenvolvida. Não se trata, aqui, de nenhuma proposta de controlar os tribunais e suas decisões, mas sim de aproveitarmos um momento único, em que os sistemas de

¹² Sobre o tema, mais amplamente, v. F.N. ANDRIGHI – J.F. BIANCHI, *Reflexão sobre os riscos do uso da inteligência artificial ao processo de tomada de decisões no Poder Judiciário*, in H. ALVES PINTO – J. CARÚ GUEDES – J. PORTES DE CERQUEIRA (coordenadores), *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*, Belo Horizonte, São Paulo, 2020, 173-190.

¹³ Em 2019 o STJ já utilizava os seguintes sistemas: Athos, Sócrates, E-Juris e TUA. Ao que se sabe, o STF tem utilizado apenas o sistema Victor. Em circunstâncias ideais, todos os tribunais exporiam, com clareza, como são escolhidos e de que formam funcionam os sistemas de inteligência artificial que já estão utilizando ou aqueles que pretendem utilizar. É desigual, especialmente em relação aos mais vulneráveis, o acesso à tecnologia da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário.

¹⁴ In *O futuro da democracia*, 15ª ed., São Paulo, 2009.

inteligência artificial começam a ganhar terreno nas atividades desses tribunais, para discutirmos os critérios que serão utilizados na formatação desses sistemas de seleção de recursos representativos da controvérsia e de outros sistemas.

Está em curso, portanto, para além da simples adoção de um sistema de inteligência artificial, um momento de *legitimação constitucional* desse sistema¹⁵. Deve ser feito, urgentemente, um verdadeiro teste de resistência de todos os sistemas de inteligência artificial, que leve em consideração as vantagens concretas que ele proporciona, bem como a possibilidade de garantir ou mesmo ampliar as garantias constitucionais dos jurisdicionados em geral e dos recorrentes em particular. Não pode haver retrocesso nesse ponto.

Em 2008, quando a técnica da causa-piloto começou a ser utilizada nos tribunais superiores, os critérios utilizados na seleção dependiam exclusivamente de seres humanos e jamais se cogitou de qualquer tipo de controle sobre os membros da equipe de apoio aos ministros desses tribunais que auxiliavam e continuam auxiliando nessa tarefa. Mas havia um argumento de autoridade: se foram selecionados pelos tribunais, os membros dessa equipe de apoio seriam pessoas dignas da confiança de todos.

Mas o cenário atual é muito diverso. Muito provavelmente já há máquinas atuando nessa seleção e é importante saber quais sistemas estão sendo utilizados e de que forma funcionam, não porque exista algum motivo para desconfiar da eficiência dos programas de inteligência artificial escolhidos pelos tribunais superiores, mas sim porque há bons motivos para justificar esse controle da inteligência artificial.

Um deles é, certamente, a previsibilidade das chances de um recurso ser selecionado como representativo de uma determinada controvérsia. Se, por exemplo, for possível saber que as máquinas selecionarão os recursos que contiverem uma determinada “palavra-chave” ou um conjunto de expressões, os recorrentes poderão – legitimamente – se comportar segundo esses parâmetros, criando suas próprias estratégias de comunicação com um sistema de inteligência artificial.

Certamente haverá, com o perdão dos neologismos, uma *devida inteligência artificial* se essa previsibilidade for respeitada no âmbito processual, sem embargo da garantia de um *contraditório algorítmico*, que não causará surpresas ou decepções a nenhum dos recorrentes.

Todas essas expressões, forçadamente adaptadas para o tema em tela, indicam que precisamos aproveitar esse momento inicial do uso da

¹⁵ V. L.A. REICHEL, *Inteligência artificial e direitos fundamentais no âmbito cível: uma primeira aproximação*, in *Revista de Processo*, v. 46, 2021, 387-408.

inteligência artificial para ampliarmos o respeito às garantias constitucionais que guiarão os processos em que seja utilizado algum tipo de inteligência artificial. Não pode haver, repita-se, nenhum retrocesso nesse ponto.

Tais garantias constitucionais, ao contrário do que ocorre com os sistemas de inteligência artificial recentemente criados e recebidos com entusiasmo (talvez exagerado) pela doutrina, foram duramente conquistadas ao longo dos últimos tempos e não podem simplesmente desaparecer em nome da eficiência de alguns sistemas eletrônicos. É esse o ponto em que se deve cuidar zelosamente da *legitimação constitucional* do uso da inteligência artificial nos modelos processuais.

O segundo motivo é o da necessária *transparência*¹⁶ dos modelos de inteligência artificial utilizados. A garantia constitucional da publicidade dos atos estatais em geral e processuais em particular impõe aos tribunais o dever de revelar quais são os sistemas contratados e os critérios pelos quais esses sistemas operarão no âmbito da seleção dos recursos representativos de uma determinada controvérsia, dentre outras possibilidades de uso desses sistemas.

Também a garantia da igualdade entre os litigantes poderia ser levantada como um dos fundamentos do controle do uso da inteligência artificial pelos tribunais. De fato, enquanto grandes escritórios de advocacia talvez até já estejam usando seus próprios programas de inteligência artificial, a grande maioria dos advogados provavelmente sequer tenha entendido como esses novos sistemas funcionam. Se os tribunais forem mais transparentes, todos os advogados teriam condições de montar as próprias estratégias ou, se for o caso, de adquirirem seus próprios sistemas de inteligência artificial¹⁷.

Na mesma linha do que vem sendo sustentado no presente estudo, Luís Manoel Borges do Vale lembra que os algoritmos podem ser “supervisionados” e que o *dever* de transparência e publicidade dos tribunais em relação a esses instrumentos de inteligência artificial encontra fundamento legal nas disposições contidas no art. 20, parágrafo 1º, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A redação desse dispositivo, de fato, não deixa dúvidas que, quando se trata de decisões proferidas por um sistema de inteligência artificial (*decisão automatizada*): “O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito

¹⁶ V. L.A. REICHEL, *Reflexões sobre inteligência artificial aplicada ao Direito Processual Civil: o desafio da transparência dos algoritmos sob a ótica dos direitos fundamentais processuais*, in *Revista de Processo*, v. 46, 377-393.

¹⁷ Vale lembrar, nesse ponto, que os órgãos de assistência judiciária que não possuam seus próprios sistemas de inteligência artificial, também estariam em situação de desigualdade, no que diz respeito ao acesso às informações sobre o modo de funcionamento da inteligência artificial nos tribunais.

dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os critérios comercial e industrial”.

Mas o ponto ora em análise é outro. Os tribunais, vale repetir, jamais vão declarar que estão usando um sistema de inteligência artificial em seus julgamentos. Quando muito, vão dizer que o sistema fornece sugestões ao magistrado. Daí por que, mesmo diante de declarações dessa natureza, o dever de transparência exige que todos saibam qual sistema de inteligência artificial estaria fornecendo tais sugestões e através de quais critérios.

Seria plenamente possível agregar outros tantos motivos, mas talvez valha a pena destacar apenas mais um. Ocorre que a inteligência artificial, especialmente no cenário da seleção dos recursos representativos de controvérsia, não realiza tarefas puramente mecânicas.

Sempre haverá algum juízo de valor nessa seleção, porque nem mesmo a inteligência humana pode expressar, de forma objetiva, o que significa exatamente representar uma controvérsia e talvez cada magistrado tenha sua própria opinião sobre como uma controvérsia deve ser representada.

Se isso ocorrer, embora pareça pouco provável, o sistema de seleção de um recurso que representasse toda a controvérsia simplesmente não poderia ser utilizado da forma como estamos imaginando, salvo se, e aí voltamos ao ponto inicial, os algoritmos forem preparados de forma transparente, de maneira que o resultado seja compreensível.

Seria recomendável, inclusive, que o trabalho humano fosse comparado ao trabalho da inteligência artificial, ao menos no estágio inicial da utilização de um determinado algoritmo. Se os recursos selecionados pelos seres humanos não forem os mesmos apontados pela inteligência artificial, evidentemente algo precisará ser revisto.

Nesse cenário, vale indagar o que se pode esperar de um sistema de inteligência artificial que venha a fazer esse tipo de seleção. Como todo instrumento, ele trabalhará segundo as preferências de seu programador e, se pode aprender algo, também será o seu programador que dirá em que extensão isso virá a ocorrer. Tudo isso precisa guardar estreita relação com as diretrizes fixadas em lei, quando o sistema for utilizado no contexto da atividade jurisdicional.

A exigência legal, na perspectiva adotada no presente estudo, é a de que o recurso selecionado contenha “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”, conforme disposto no art. 1.036, parágrafo 6º, do CPC.

Na linha da preservação do contraditório que vem sendo sustentada, o primeiro passo do sistema seria descobrir exatamente quais os argumentos que foram veiculados em todos os recursos, tanto para acolher quanto para rejeitar a tese de que uma determinada norma teria sido violada.

Na perspectiva proposta por Dierle Nunes, a partir do acesso ao banco de dados do tribunal pelo sistema de inteligência artificial, seria possível descobrir rapidamente quantos recursos existem a respeito de uma determinada controvérsia e tais dados, devidamente “parametrizados” por esse sistema, permitiram obter “subsídios para que um pequeno ou grande *player* impactado pela decisão possa requerer a afetação de um recurso mais abrangente que permita a real influência”¹⁸.

Isso significa que a inteligência artificial pode, de alguma maneira, atribuir um determinado valor ou importância a um recurso, em detrimento de outros, mas, embora constitua pista significativa, essa informação não joga luz suficiente no eixo central do tema em estudo, que consiste em saber em que medida a inteligência artificial pode atuar na seleção de recursos que sejam representativos de uma determinada controvérsia.

É bem verdade que, conforme demonstrado por Alexandre Morais da Rosa e Bárbara Guasque¹⁹, o projeto através do qual a inteligência artificial atuará nesse campo está em seu estágio inicial e avança inclusive como “ferramenta de auxílio à tomada de decisão judicial”, embora a decisão final, assim se espera, ficará sempre a cargo do ministro encarregado do julgamento.

E essa informação robustece o entendimento de que perderemos uma janela de oportunidade no que diz respeito à legitimação constitucional do uso da inteligência artificial pelos tribunais se, desde já, não os obrigarmos a serem muito transparentes em relação a esse uso.

Várias sugestões podem ser feitas em relação a essa transparência, no contexto do sistema da causa-piloto. O sistema de inteligência artificial deve estar preparado para detectar a repetição de recursos a respeito de um determinado tema, como, por exemplo, o da chamada “controvérsia 133”, registrada no *site* do STJ, em que está em discussão a existência de obrigação de as operadoras de plano de saúde cobrirem tratamento médico e/ou medicamentos que não estejam listados no rol da Agência Nacional de Saúde – ANS.

Nesse caso, naturalmente encontraremos recorrentes afirmando que existe essa obrigação e outros, representantes dessas operadoras, sustentando exatamente o contrário, o que obrigará o sistema a fazer uma *seleção proporcional* entre as duas teses antagônicas²⁰, com ênfase nas teses principais.

¹⁸ *Op. cit.*, 25.

¹⁹ O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In NUNES-LUCON-WOLKART, *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*, cit., 77.

²⁰ Sem favoritismos e de forma que *hackers* de má-fé não exerçam nenhuma invasão do sistema em prol, por exemplo, das operadoras de plano de saúde,

Mas, tanto de um lado quanto de outro, quase sempre haverá teses secundárias, que não podem ser desconsideradas de plano. O sistema precisa saber quais são essas teses e consultar o ministro relator sobre quais podem ser descartadas ou não, bem como quais os recursos que concentram a maior parte dessas teses. Em outras palavras, a avaliação da relevância de uma tese evidentemente não é uma tarefa que possa ser transferida para o sistema de inteligência artificial sem maiores formalidades. Há uma avaliação (humana) a ser feita em relação a esses valores.

Dessa forma, se o recorrente “x”, sustenta em seu recurso, por exemplo, mais de oitenta por cento das teses existentes em favor dos usuários dos planos de saúde, ele deve, muito provavelmente, ser selecionado como autor do recurso mais representativo de uma determinada controvérsia. Da mesma forma, um ou mais recursos que, juntos, correspondam a oitenta por cento dos temas sustentados pelas operadoras de plano de saúde, deverão ser os selecionados.

É nesse ponto que a inteligência artificial pode atuar, porque essa seleção dependeria talvez de meses de trabalho humano, enquanto uma máquina provavelmente consiga realizar esse trabalho em poucas horas.

No entanto, não é isso que ocorre quando for o caso de analisar, aproveitando o exemplo acima, se as demais teses (vinte por cento) podem mesmo ser descartadas ou se, apesar de não aparecerem em vários outros recursos, podem ser vistas como relevantes.

Até onde se sabe, a inteligência artificial não está preparada sequer para sugerir algo que, por exemplo, diga respeito a um argumento altamente elaborado, feito por um grande especialista em um determinado tema, mas que, talvez justamente por esse motivo, só tenha sido mencionado em um único recurso.

Seria mesmo muito importante saber como o sistema de inteligência artificial poderia ser instruído para lidar essa situação. O mais importante para o algoritmo seria a quantidade de recursos veiculando uma determinada tese ou uma tese que, a despeito de ter sido mencionada num único recurso, seria muito relevante para a discussão? No mínimo, a forma de resolver dilemas desse porte precisa ser transparente. Aliás, todas as possíveis inconsistências do sistema precisam ser publicamente avaliadas, inclusive para que os tribunais descartem os resultados alcançados. Nesse ponto, o sistema de inteligência artificial se legitimaria ainda mais se pudesse gerar um relatório sobre quais argumentos (ou recursos) foram

conforme exemplo acima mencionado. Somente a transparência, acompanhada de testes paralelos, que podem ser frequentes no começo e aleatórios no futuro, oferecerá alguma garantia aos jurisdicionados.

considerados representativos de uma controvérsia e sobre quais foram descartados.

6. – Não há como fugir da natureza humana. Se a utilização dos sistemas de inteligência artificial vai permitir, de fato, ampla organização e seleção de recursos *verdadeiramente* representativos de uma determinada controvérsia, é muito provável que esse sucesso se repita em outras tarefas do Poder Judiciário e até no aumento das hipóteses em que pode haver *sugestão* da decisão judicial a ser tomada por um magistrado, fornecida, conforme já vimos, pela inteligência artificial.

Talvez não seja difícil imaginar um cenário em que as sugestões de decisões judiciais feitas por um sistema de inteligência artificial possam superar, em quantidade e em qualidade, as decisões tomadas por seres humanos e de fato não haveria problema algum se um magistrado, convencido da qualidade da decisão sugerida pelo sistema, resolvesse simplesmente adotá-la, sem nenhuma alteração ou reserva.

Nessa hipótese, em prol da transparência e da publicidade, todos precisam saber qual programa de inteligência artificial está sendo usado e quais são as diretrizes desse programa, justamente para que possam desenvolver estratégias com base nessas informações²¹.

O mais importante, dentre as reflexões que se pode extrair das considerações acima, é aceitarmos que o – a esta altura, inevitável – uso da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário em geral não pode significar nenhum retrocesso nas garantias constitucionais já conquistadas.

Ao contrário, essa nova ferramenta de trabalho precisa ampliar essas garantias, melhorando, por exemplo, a proteção ao contraditório na seleção dos recursos representativos de uma determinada controvérsia, além de, obviamente, sempre trabalhar com ampla transparência, que permita ao jurisdicionado se comportar previamente segundo as regras que foram inseridas num determinado algoritmo.

²¹ Em certa medida, também seria desejável que houvesse transparência a respeito do que foi sugerido pelo sistema de inteligência artificial e do que foi utilizado na decisão a partir dessa sugestão. Embora pareça utópica esta proposta, quanto maior for o respeito à publicidade em situações como essa mais democrático será uso da inteligência artificial nos tribunais. No sentido da amplitude da transparência e da publicidade, v. Marco Antonio Rodrigues e Jean Carlos de Albuquerque Gomes. As novas tecnologias estão mudando a forma de recorrer? In NUNES-LUCON-WOLKART, *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*, cit., 649.

Se isso não ocorrer, o uso da inteligência artificial simplesmente não se legitimará frente às garantias constitucionais do processo, especialmente se, para além de simples organização, passar a sugerir decisões que, de tão “perfeitas”, acabem tomando o lugar das decisões humanas.

Não é essa a saída para o congestionamento dos tribunais que almejamos, mesmo porque, com o passar do tempo, as decisões judiciais *automatizadas* se transformarão naquilo que, com o perdão da ironia, os restaurantes *fast food* têm representado para a saúde humana.

Abstract

NOTES ON THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE SELECTION OF “CONTROVERSY REPRESENTATIVE” APPEAL IN THE BRAZILIAN SUPERIOR COURTS (ART. 1.036, CPC)

Il saggio affronta il tema dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale quale mezzo di selezione delle impugnazioni da parte delle Corti superiori brasiliane. Sebbene nessun dubbio vi sia quanto all'utilità, questa pratica ha sollevato varie preoccupazioni, in ragione del fatto che non è noto l'uso dell'algoritmo applicato. In questo contesto, l'Autore conclude per la legittimità costituzionale dell'uso in tale contesto dell'IA alla necessaria condizione che sia resa nota e discussa la creazione degli algoritmi applicabili.

This study deals with the use of artificial intelligence as an appeal selection means by Brazilian Superior Courts. Although no one doubts its efficiency, this practice has caused some concern, because the formatting of the algorithms used by these courts is not known. In this context, the study concludes that the constitutional legitimation of the use of artificial intelligence will only take place through the publicity in the creation of these algorithms.
