

ANDRE VASCONCELOS ROQUE
MILENA DONATO OLIVA
(Coordenadores)

DIREITO NA ERA DIGITAL:
Aspectos Negociais, Processuais e Registrais

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



ASPECTOS CONTROVERTIDOS QUANTO À HERANÇA DIGITAL¹

Aline de Miranda Valverde Terra²

Milena Donato Oliva³

Filipe Medon⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1. Armazenamento digital; 2. Tutela da personalidade após a morte; 3. Panorama das principais correntes doutrinárias acerca da transmissão *causa mortis* do acervo digital; 4. Os contratos com as plataformas; 5. Expectativa de privacidade e autodeterminação do titular; 6. Análise da Apelação Cível de nº. 1119688-66.2019.8.26.0100 do TJSP; 7. Transmissibilidade do acervo digital; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema da “Herança Digital” é objeto de intensas e inquietantes controvérsias na doutrina e na jurisprudência, tanto no Brasil como alhures, muito em razão do silêncio legislativo sobre a matéria. Com a digitalização da vida, que

- 1 *As principais ideias e desenvolvimentos deste trabalho foram originalmente publicados no texto intitulado “Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão *causa mortis*”, publicado na obra “Ana Carolina Brochado Teixeira; Livia Teixeira Leal, (coords.). *Herança Digital: Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 55-73”.
- 2 Professora de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Sócia do Escritório Aline de Miranda Valverde Terra Consultoria Jurídica.
- 3 Professora de Direito do Consumidor e de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogada Sócia do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA. Instagram: @milenadonatoliva.
- 4 Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Substituto de Direito Civil na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e de cursos de Pós-Graduação do Instituto New Law, PUC-Rio, ESA-OAB/RJ, ITS-Rio, CEPED-UERJ, EMERJ, IERBB-MP/RJ e do Curso Trevo. Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB-RJ e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Pesquisador em Gustavo Tepedino Advogados – GTA. Advogado. Instagram: @filipe.medon.

se opera em processo irreversível e cada vez mais intensificado, inúmeras relações jurídicas são iniciadas, documentadas, desdobradas, desenvolvidas, tratadas, executadas ou mesmo extintas por meios eletrônicos. No “mundo digital” armazena-se boa parte do acervo documental e dos ativos das pessoas naturais e jurídicas. Bens afeitos à personalidade humana, como fotos e vídeos pessoais, também se encontram, em proporção crescente, na nuvem. Como desdobramento natural, surgem controvérsias, especialmente na relação entre plataformas e herdeiros, que acabam chegando ao Poder Judiciário.

Nesse atual cenário em que boa parte dos bens e documentos se encontram armazenados eletronicamente, indaga-se acerca da destinação a ser dada ao acervo digital por ocasião do falecimento do seu titular. Controverte-se se há ampla transmissão aos herdeiros, como decorrência da *saisine*, ou se, por outro lado, incidem restrições com vistas a tutelar a privacidade tanto do falecido como de terceiros, a qualificar como intransmissíveis certos registros digitais. Existem alguns Projetos de Lei destinados a regular o tema,⁵ além do crescente número de ações judiciais que buscam discutir os termos de uso das plataformas frente aos direitos sucessórios invocados pelos herdeiros.

O presente artigo se propõe a investigar o panorama atual da sucessão do acervo digital no Direito Brasileiro, tendo em vista a ausência de legislação específica e o fato de que, efetivamente, hoje o destino do acervo digital acaba sendo ditado unilateralmente por cláusulas constantes de contratos de adesão celebrados entre os usuários e as plataformas. Diante da insuficiência do Direito Sucessório para regular o fenômeno em toda a sua complexidade, buscar-se-á lançar alguns contornos para a afirmação dos direitos básicos dos consumidores na relação com as plataformas.

1. ARMAZENAMENTO DIGITAL

O acervo digital é armazenado de forma eletrônica, sendo possível, por tal razão, estar em mais de um local ao mesmo tempo, no todo ou em parte: simultaneamente na nuvem, no *laptop*, no *desktop*, no celular, no *tablet*, no *pen drive* etc. Em qualquer caso, tem-se a aquisição de espaço, pelo titular, para guardar seus documentos e bens eletrônicos.

Atualmente, é cada vez mais comum o armazenamento em nuvem, por meio do qual se repassa a terceiros a guarda do acervo digital a fim de lhe conferir perenidade, segurança e ampla acessibilidade por qualquer dispositivo. Como define a *Microsoft* em seu *site*:

5 A título de exemplo, vejam-se os Projetos de Lei n. 4.847/2012, n. 5.820/2019, n. 6468/2019 e n. 1.144/2021.

O armazenamento em nuvem é um serviço que permite armazenar dados ao transferi-los pela Internet ou por outra rede a um sistema de armazenamento externo mantido por terceiros. Há centenas de sistemas de armazenamento em nuvem diferentes, por exemplo, aqueles que incluem armazenamento pessoal, armazenando e/ou fazendo backup de emails, fotos, vídeos e outros arquivos pessoais de um indivíduo, e aqueles que permitem que as empresas usem o armazenamento em nuvem como uma solução de backup remoto com suporte comercial para o qual a empresa pode transferir e armazenar de forma segura seus arquivos de dados ou compartilhá-los entre locais.⁶

Em outras palavras, os bens digitais podem ser armazenados fisicamente tanto em dispositivos (computadores, *pen drives*, cartões de memória, HDs externos) de titularidade da própria pessoa, como de terceiros que disponibilizam serviço de armazenamento (nuvem, rede social). Veja-se a seguinte situação: ao tirar uma foto com o celular e postar em rede social, o mesmo conteúdo passa a estar eletronicamente armazenado em, ao menos, dois locais: no celular e, também, no servidor daquela rede social.

Pelo exemplo formulado, verifica-se que o armazenamento digital não se restringe a bens dotados exclusivamente de valor patrimonial. Ao contrário. Na sociedade contemporânea, em que boa parte das interações humanas se estabelece por meio de redes sociais, inúmeros bens com valor existencial⁷ são diuturnamente armazenados digitalmente, a exemplo dos próprios perfis nas redes sociais, formados por vasto conteúdo disponibilizado pelos seus titulares: escritores postam textos, fotógrafos compartilham imagens, humoristas divulgam esquetes.

O fenômeno torna-se ainda mais evidente em tempos de pandemia da Covid-19, já que a imposição pelas autoridades públicas de distanciamento social conduziu à super utilização das redes sociais, que se tornaram, senão o único, o principal meio de socialização e, não raro, também de exercício da atividade profissional. Popularizaram-se as chamadas *lives* (transmissões ao vivo), multiplicaram-se os *webinars*, impuseram-se aulas *on-line*, e todo esse conteúdo acaba, no

6 Disponível em: <https://azure.microsoft.com/pt-br/overview/what-is-cloud-storage/>. Ver mais em: <https://aws.amazon.com/pt/what-is-cloud-storage/>. Ambos com acesso em: 7.5.2021.

7 Os bens digitais podem ser de natureza patrimonial, existencial ou dúplice. Sobre o tema, v. Carlos Nelson Konder; Ana Carolina Brochado Teixeira, O enquadramento dos bens digitais sob o perfil funcional das situações jurídicas. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Livia Teixeira Leal, (coords.). *Herança Digital: Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 27-37; Bruno Zampier, Bens digitais: em busca de um microssistema próprio. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Livia Teixeira Leal, (coords.). *Herança Digital: Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 43.

mais das vezes, salvo em algum perfil social do anfitrião da *live*, dos palestrantes, do realizador do *webinar*, do professor e da instituição de ensino.

Diante disso, torna-se inadiável investigar o destino de referidos bens após a morte de seu titular. Se a própria qualificação do bem digital já torna complexa a discussão, a diversidade de natureza dos bens digitais agrega ainda mais controvérsia ao debate, como se passa a examinar a seguir.

2. TUTELA DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE

A personalidade entendida como aptidão para titularizar direitos e contrair obrigações extingue-se, em absoluto, com o falecimento. Já a proteção da personalidade entendida como valor máximo do ordenamento projeta-se para além da morte do titular. De acordo com o art. 12 do Código Civil, “[p]ode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. O parágrafo único do mesmo dispositivo complementa que, “[e]m se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. Como se nota, apesar de as lesões aos direitos da personalidade do falecido não repercutirem sobre ele em virtude da cessação de sua existência, produzem efeitos naqueles que, de alguma forma, o sucedem, e, por isso, são coibidas pelo legislador, que conferiu a determinados legitimados o poder de agir contra referidas violações.⁸

Importante destacar, a propósito, que a vontade do falecido há de ser protegida, preservando-se, tanto quanto possível, sua pregressa autodeterminação, vale dizer, eventual manifestação efetuada em vida quanto ao destino de seus bens, de seu corpo e de outros aspectos relacionados à sua personalidade. Mostra-se ilustrativo o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2019 acerca do destino a ser dado ao cadáver. As filhas do falecido discordavam quanto a submetê-lo à criogenia. O STJ procurou reconstruir a vontade do falecido no caso concreto, deixando de lado a contenda entre as filhas. Concluiu a Corte que a manifestação da filha mais nova, que defendia a criogenia, seria a que melhor traduziria “a real vontade de seu genitor em relação à destinação de seus restos mortais, visto que, sem dúvida alguma, é a que melhor pode revelar suas convicções e desejos, em razão da longa convivência com ele, que perdurou até o final de sua vida”.⁹

8 Gustavo Tepedino; Milena Donato Oliva, *Fundamentos do Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 169; Anderson Schreiber, *Manual de direito civil: contemporâneo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 231.

9 STJ, 3ª T., REsp. 1.693.718/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 26.3.2019.

Como observou Anderson Schreiber, ao fim e ao cabo, o STJ acabou por reconhecer “que a autodeterminação pessoal não cessa com a morte, não podendo a vontade do titular ser afastada pelo interesse dos familiares simplesmente pelo fato de ter falecido. Impõe-se, portanto, o respeito às decisões adotadas explícita ou implicitamente em vida acerca da destinação do próprio corpo após a morte, desde que tais decisões se revelem compatíveis com a ordem constitucional”.¹⁰

3. PANORAMA DAS PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS DO ACERVO DIGITAL

Há duas principais correntes no que tange à sucessão *post mortem* do acervo digital: a da transmissibilidade ou hereditabilidade, e a da intransmissibilidade. Em apertada síntese, os defensores da intransmissibilidade sustentam que nem todos os bens digitais são passíveis de transmissão, havendo, portanto, dois regimes jurídicos distintos aplicáveis a referidos bens. Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal, nessa linha, aduzem que “ao menos *a priori*, somente deveria seguir a regra geral do direito sucessório os bens com característica patrimonial, ao passo que os demais não estariam sujeitos à transmissão para seus herdeiros em virtude da preservação da privacidade”, tanto do *de cuius* como de todos os terceiros que se relacionem com o conteúdo deixado na rede.¹¹ Aludidos autores sustentam que nem mesmo o titular do acervo digital poderia, em vida, optar por futura destinação de seu patrimônio para eventuais herdeiros quando o seu conteúdo pudesse “comprometer a personalidade de outrem, o que ocorre com conversas de WhatsApp, *e-mail* e também em redes sociais que dotam de espaços reservados para conversas particulares, como as *direct messages* do Facebook e do Instagram”.¹²

Identificam-se três principais fundamentos para negar a transmissibilidade absoluta: (i) a preservação da privacidade e da intimidade tanto do falecido como de quem tenha com ele se relacionado;¹³ (ii) a colisão de interesses entre

10 Anderson Schreiber, *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 232.

11 Gabriel Honorato; Livia Teixeira Leal, Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020.

12 Gabriel Honorato; Livia Teixeira Leal, Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020.

13 “Não se pode descuidar que há uma expectativa de privacidade maior no que se refere à utilização da rede, inclusive em relação ao acesso de determinados conteúdos após a morte. Quando um indivíduo cria e utiliza uma conta protegida mediante senha, há, ao menos de forma geral, uma expectativa de que terceiros não terão acesso às informações privadas ali constantes. No caso dos bens físicos, como diários, anotações, cartas etc., já se sabe de antemão que, após a morte do seu titular, os familiares poderão ter acesso a esses bens, o que, contudo, não ocorre com o conteúdo

o *de cuius* e seus herdeiros, que podem vir a demonstrar “interesses puramente econômicos em comercializar informações íntimas do falecido sob a forma de publicações e biografias póstumas ou em manter ativo o perfil do morto, explorando o nome e imagem do parente falecido”,¹⁴ e, por fim, (iii) a violação à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações, materializada na “quebra na confiança legítima dos usuários no sigilo das conversas estabelecidas no mundo digital, pois a existência de senha de acesso às contas traz em si uma expectativa maior de sigilo”.¹⁵

A bem da verdade, embora se utilize o termo “intransmissibilidade” para designar a corrente em exame, no fundo, o que se sustenta não é a intransmissibilidade total dos bens digitais, como já se apontou alhures, mas apenas daqueles cuja sucessão possa violar certos direitos da personalidade, especialmente a privacidade. Mais acurado seria, portanto, utilizar a expressão “transmissibilidade parcial” ou “hereditabilidade parcial”, que se contraporía à “transmissibilidade plena” defendida pela outra corrente, comumente designada apenas como “transmissibilidade” ou “hereditabilidade”.

constante na rede protegido por senha”. Livia Teixeira Leal, Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018, p. 187.

- 14 Karina Nunes Fritz, Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido? In: Guilherme Magalhães Martins; João Victor Rozatti Longhi, (coords.). *Direito digital: direito privado e internet*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, 3. ed., p. 195, em exposição da corrente que ulteriormente refuta.
- 15 “Em um mundo físico, temos ciência de que a morte acarretará a triagem de nossos pertences e que documentos considerados importantes poderão ser conservados em um arquivo. O material selecionado pode conter diários, cartas, anotações, comprovantes, certificados, evidências de nossa existência terrena. Em ambiente online, contudo, existe uma expectativa muito maior de privacidade. Enquanto viva, uma pessoa acessa e-mails e redes sociais, armazena conteúdo na nuvem, troca mensagens, tudo isso protegido por meio de senha, sem que cogite dividi-la com terceiros ou, ainda, sem que assuma o risco de ter aquele material acessado por mais alguém. O que une o material criado online por uma pessoa (a partir de seus perfis em redes sociais, contas de e-mail, blogs, vídeos e comentários, entre outros) e o adquirido por ela para seu consumo e entretenimento (vídeos, músicas, videogames e textos em plataformas digitais) é a expectativa de segredo consideravelmente maior do que aquela que desfrutamos em nosso ambiente físico”. (Sérgio Branco, *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 110). Em sentido contrário: “(...) é preciso investigar, mais profundamente, se há diferenças funcionais entre o conteúdo virtual, que revela aspectos da personalidade do falecido, e o conteúdo de bens tangíveis, usualmente transmissíveis aos herdeiros – como cartas e diários, armários, cofres, gavetas e suas respectivas chaves –, a justificar tutela jurídica diferenciada da privacidade do *de cuius*. Com efeito, o simples fato de existirem senhas de acesso às contas virtuais não parece indicar, por si só, maior expectativa de privacidade do falecido quanto ao acesso do respectivo conteúdo pelos seus herdeiros, tratando-se de mecanismo de segurança das informações, sobretudo em relação a terceiros que lhe são estranhos. Ademais, a senha virtual constitui mera chave de acesso ao conteúdo da plataforma, sendo este o objeto de análise quando se avalia se interesses existenciais do falecido são violados no caso concreto.” (Gustavo Tepedino; Camila Helena Melchior Baptista de Oliveira, *Streaming e Herança Digital*. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Livia Teixeira Leal (coords.). *Herança Digital: Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 89).

Para a segunda corrente, todo o conteúdo que integra o patrimônio digital é passível de compor a herança, salvo disposição expressa em vida do titular em sentido contrário. Referido entendimento passou a reverberar com maior intensidade após o julgamento do *leading case* pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), em 2018.¹⁶ Na ocasião, o Tribunal Alemão analisou o caso dos pais de uma adolescente de 15 anos falecida por atropelamento no metrô de Berlim em 2012, que pleiteavam acesso à conta da filha no Facebook. De acordo com o casal, o acesso lhes permitiria não apenas esclarecer as circunstâncias duvidosas da morte da filha, como também obter provas a serem utilizadas em sua defesa na ação judicial por danos morais movida pelo condutor do transporte público, que alegava ter sofrido abalo emocional em razão, segundo afirmava, do suicídio da menor.¹⁷

Os genitores já haviam tentado, sem êxito, acessar a conta da menor – aberta com o consentimento de ambos quando ainda tinha 14 anos – valendo-se dos dados de acesso fornecidos, no passado, pela própria menina. O insucesso se deu porque o Facebook, após notificação de terceiros, transformara a conta em “memorial” virtual,¹⁸ sob o argumento de, assim, proteger os direitos da usuária falecida e de seus contatos com quem, porventura, tenha trocado mensagens privadas. A ideia central é de que o conteúdo das mensagens deveria permanecer em sigilo mesmo após a morte do usuário, uma vez que eventual acesso dos herdeiros violaria a sua privacidade e a de seus interlocutores. Além disso, o Facebook alegou que a conta poderia conter detalhes íntimos que a filha não gostaria que fossem conhecidos por seus pais.¹⁹

Após a reforma da decisão favorável de primeira instância pela segunda, os pais da menina recorreram ao *Bundesgerichtshof*, equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que, em decisão proferida no dia 12.07.2018,²⁰ reconheceu aos genitores direito sucessório à conta e ao seu conteúdo, como esclarecem Laura Schertel Mendes e Karina Nunes Fritz:

16 Karina Nunes Fritz, *Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido?* 2020, cit., p. 194.

17 Laura Schertel Ferreira Mendes; Karina Nunes Fritz, Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. In: *RDU*, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019, p. 192-193. Ver mais em: Guilherme Magalhães Martins; José Luiz de Moura Faleiros Júnior, O planejamento sucessório da herança digital. In: Daniele Chaves Teixeira (Coord.), *Arquitetura do planejamento sucessório*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 473.

18 Laura Schertel Ferreira Mendes; Karina Nunes Fritz, Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. In: *RDU*, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019, p. 193.

19 Laura Schertel Ferreira Mendes; Karina Nunes Fritz, Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. In: *RDU*, Porto Alegre, vol. 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019, p. 193.

20 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17. Disponível em: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/741207/>. Acesso em: 5.5.2021.

Em síntese, a Corte Federal alemã reconheceu a pretensão dos pais, herdeiros únicos da menor, de ter acesso à conta e a todo o conteúdo nela existente, uma vez que essa pretensão decorre do contrato de consumo (contrato de utilização) existente entre a adolescente e o Facebook, o qual é transmissível aos herdeiros com a morte. Para a Corte, o direito sucessório à herança digital não se opõe aos direitos de personalidade *post mortem* da falecida, ao direito geral de personalidade do *de cuius* ou dos terceiros interlocutores, ao sigilo das comunicações, nem tampouco às regras sobre proteção de dados pessoais.²¹

Ainda de acordo com referidas autoras, que se filiam à segunda corrente, adotada no *leading case* germânico, “[s]e o que se visa tutelar é o caráter existencial do conteúdo, protegendo-se a privacidade, intimidade e personalidade do morto ou de terceiros, essa tutela teria que ser feita independentemente do meio no qual esse conteúdo personalíssimo se materializa”.²² Dito diversamente, seria “incoerente permitir a transmissão de cartas, diários e informações confidenciais e vedar a transmissão daquelas armazenadas em nuvens ou nos servidores de plataformas digitais como o Facebook”.²³ Isso porque o caráter existencial ou dúplice do bem jurídico digital a justificar a tutela da privacidade não derivaria da forma como tais informações são preservadas (se por meio analógico ou digital), mas, antes, do seu próprio conteúdo.²⁴ E, “até o momento, nenhum ordenamento jurídico parece vetar os herdeiros de acessar cartas e fotos confidenciais guardadas no fundo do baú”.²⁵

Se na Alemanha o embate entre ambas as correntes parece ter se arrefecido com a decisão proferida pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), no Brasil, os debates permanecem intensos. Seja como for, e a despeito da posição que se adote, afigura-se primordial analisar os termos dos contratos celebrados com as plataformas, que trazem ainda maior complexidade ao tema.

21 Laura Schertel Ferreira Mendes; Karina Nunes Fritz, Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. In: *RDU*, Porto Alegre, vol. 15, n. 85, 2019, jan-fev 2019, p. 194.

22 Laura Schertel Ferreira Mendes; Karina Nunes Fritz, Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. In: *RDU*, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019, p. 202.

23 Laura Schertel Ferreira Mendes; Karina Nunes. Case Report Fritz: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. In: *RDU*, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019, p. 202.

24 Karina Nunes Fritz, *Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido?* 2020, cit., p. 199; Laura Schertel Ferreira Mendes; Karina Nunes Fritz, Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. In: *RDU*, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019, p. 202.

25 Karina Nunes Fritz, *Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido?* 2020, cit., p. 199.

4. OS CONTRATOS COM AS PLATAFORMAS

À exceção das relações jurídicas personalíssimas, os herdeiros ocupam a posição do falecido, sucedendo nos direitos pessoais e reais. Para contornar o direito sucessório, as plataformas configuram seus contratos, celebrados por adesão com os usuários, de modo personalíssimo e, uma vez falecido o titular, não franqueiam acesso aos herdeiros ao conteúdo nelas armazenado. Diante da ausência de legislação específica sobre o assunto no Brasil, cada plataforma prevê um destino diferente ao conteúdo digital do falecido. Veja-se, por exemplo, os termos do serviço de *iCloud* da Apple, disponível em seu sítio eletrônico:

D. Não Existência de Direito de Sucessão: *A menos que exigido por lei*, você concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos a seu *ID Apple* ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser encerrada e *todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado*. Contate o Suporte iCloud através de <https://support.apple.com/pt-br/icloud> para mais assistência.²⁶ (grifou-se).

A previsão mostra-se de duvidosa legalidade, por retirar a autodeterminação do titular dos dados, que não pode escolher o destino a ser dado aos seus bens digitais por ocasião da sua morte. Com efeito, o serviço de armazenamento na nuvem (no caso, o *iCloud*) exerce a função de depósito, podendo o usuário armazenar informações e documentos os mais diversos no ambiente digital. Cuida-se de espaços digitais de armazenamento disponibilizados aos usuários mediante contraprestação. O conteúdo inserido nesses espaços digitais é do usuário e submete-se ao regime da titularidade privada. A cláusula contratual, tal como redigida, é expropriatória, porque, em última análise, conduz à aquisição da propriedade pela plataforma, que destruirá os bens ali contidos, sem que seja conferido qualquer prazo para sua retirada pelos herdeiros.

Mesmo nos contratos personalíssimos, de que é exemplo o mandato, sua extinção com a morte não significa que uma das partes possa simplesmente se apropriar dos bens da outra. O término do mandato em razão do falecimento do mandante, por exemplo, não exonera o mandatário do dever de prestar contas nem de restituir aos herdeiros os bens do *de cuius*. Notadamente no âmbito de

26 Disponível em: <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 11.6.2021. A Apple anunciou que criará atualização que permitirá o acesso de contatos herdeiros ao conteúdo do iCloud de usuários falecidos. Cf. Fernando Luiz, iCloud + Digital Legacy simplifica os procedimentos de acesso aos dados após a morte. In: Universo da Maçã. Disponível em: <https://universodamaca.com.br/icloud-digital-legacy-simplifica-os-procedimentos-de-acesso-aos-dados-apos-a-morte/>. Acesso em: 11.6.2021.

relação de consumo, disposição contratual de adesão pela qual o consumidor é expropriado por ocasião de sua morte, sem que lhe seja franqueado o direito de dispor diversamente, afigura-se flagrantemente abusiva.

Os usuários do serviço, de regra, não leem todos os seus infundáveis termos, dispostos em cláusulas de adesão. Como resultado, sujeitam-se, sem saber, ao apagamento definitivo de tudo o que estiver nas nuvens: fotos, vídeos, documentos. Nada se transmite aos herdeiros. Além disso, do momento da morte até o recebimento de cópia de certidão de óbito pela Apple, esta se torna administradora provisória de fato do conteúdo digital deixado pelo *de cuius*.

O Facebook, por seu turno, prevê que o usuário pode optar tanto por excluir permanentemente a sua conta após a morte, como indicar um contato herdeiro (só se confere essa prerrogativa de indicação aos usuários maiores de 18 anos) para geri-la, hipótese esta que não obsta a sua transformação em memorial.²⁷ A plataforma se arroga, assim, a legitimidade para decidir sobre a criação de memorial. Sua criação e manutenção, contudo, parecem escolhas existenciais mais afeitas à família do falecido na hipótese de ausência de manifestação de vontade pelo *de cuius*, especialmente em se tratando de menores de 18 anos, sujeitos que estão à autoridade parental.

27 “O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer? Você pode optar por indicar um contato herdeiro para cuidar de sua conta transformada em memorial ou excluí-la permanentemente do Facebook. Se você não decidir excluir a conta permanentemente, ela será transformada em memorial assim que ficarmos cientes de seu falecimento. Contas transformadas em memorial. As contas transformadas em memorial são um local em que amigos e familiares podem se reunir para compartilhar lembranças após o falecimento de uma pessoa. As contas transformadas em memorial têm as seguintes características principais: A expressão Em memória de será exibida ao lado do nome da pessoa em seu perfil. Dependendo das configurações de privacidade da conta, os amigos poderão compartilhar lembranças na linha do tempo transformada em memorial. O conteúdo que a pessoa compartilhou (por exemplo, fotos e publicações) permanecerá no Facebook e ficará visível para o público com o qual foi compartilhado. Os perfis transformados em memorial não são exibidos em espaços públicos, como nas sugestões de Pessoas que você talvez conheça, em lembretes de aniversário ou em anúncios. Ninguém poderá entrar em uma conta transformada em memorial. As contas transformadas em memorial que não tiverem um contato herdeiro não poderão ser alteradas. Se recebermos uma solicitação de memorial válida, as Páginas com um único administrador cuja conta for transformada em memorial serão removidas do Facebook. Contatos herdeiros. Um contato herdeiro é a pessoa que você escolhe para cuidar de sua conta caso ela seja transformada em memorial. Recomendamos definir um contato herdeiro para que sua conta possa ser gerenciada depois de transformada em memorial. Um contato herdeiro pode aceitar solicitações de amizade em nome de uma conta transformada em memorial, fixar uma publicação de homenagem no perfil, bem como alterar a foto do perfil e a foto da capa. Se a conta transformada em memorial tiver uma área para homenagens, um contato herdeiro será capaz de decidir quem poderá ver e quem poderá publicá-las. Saiba mais sobre o que os contatos herdeiros podem fazer e como adicionar um contato herdeiro à sua conta. Como optar pela exclusão da conta em caso de falecimento. Você poderá optar por excluir a conta permanentemente em caso de falecimento. Isso significa que, quando alguém nos informar que você faleceu, todas as suas mensagens, fotos, publicações, comentários, reações e informações serão permanentemente removidos do Facebook.” Disponível em: https://www.facebook.com/help/103897939701143?helpref=search&sr=12&query=memorial&search_session_id=74bc307ef5cbdefbeaaabc27a73ba6c4. Acesso em: 26.1. 2021.

Nos termos de uso definem-se os poderes do contato herdeiro que, dentre outras prerrogativas, poderá visualizar publicações configuradas para visualização apenas do usuário (modalidade de privacidade “somente eu”); escrever publicação fixada no perfil (para, por exemplo, compartilhar mensagem final em nome do falecido ou informar sobre o funeral); decidir quem poderá ver e publicar homenagens na página; alterar quem pode ver as publicações em que o falecido está marcado e removê-las; responder a novas solicitações de amizade; atualizar a foto do perfil e de capa. No entanto, talvez o maior de todos os poderes seja o de solicitar a remoção da conta.²⁸

Por outro lado, o contato herdeiro não poderá entrar na conta, ler as mensagens, remover amigos nem fazer novas solicitações de amizade. A plataforma ainda esclarece que se reserva o direito de alterar esses poderes ao longo do tempo,²⁹ ou seja, as cláusulas previamente acordadas com os usuários podem ser modificadas depois de sua morte, alterando a extensão dos poderes dos contatos herdeiros. Como se percebe, a decisão acerca de aspectos relacionados a escolhas existenciais do falecido fica a cargo da plataforma, e não do próprio falecido ou, na falta de sua prévia determinação, da família. A plataforma decide que não haverá novas solicitações de amizade pelo contato herdeiro ou remoção de amigos. Mas, paradoxalmente, o contato herdeiro pode aceitar novos amigos – só não pode tomar a iniciativa. E mais: a plataforma pode alterar todas essas condições ao longo do tempo, sendo ela a verdadeira gestora desse acervo digital, pois a decisão final acerca dos poderes do usuário e de seus familiares é dela.

Há, ainda, cláusula pela qual o Facebook se dirige aos herdeiros e dispõe que: “[e]m casos raros, consideramos solicitações relativas a conteúdo ou informações adicionais sobre a conta. Você deverá fornecer uma ordem judicial e um comprovante de que é um representante autorizado (por exemplo, um familiar)”. Contudo, “o envio da solicitação ou o preenchimento da documentação necessária não garante que será possível fornecer a você o conteúdo da conta de um usuário falecido”.³⁰ Quer isso dizer: em tese, havendo ordem judicial, é possível solicitar ao Facebook o acesso ao específico conteúdo da conta de pessoa falecida, mas a plataforma se reserva o direito de, ainda assim, não fornecer o acesso. O caso, então, deverá ser resolvido em batalha judicial para a obtenção, ou não, do conteúdo solicitado.

Na linha contrária da Apple, o Google fornece interessante mecanismo, permitindo ao usuário que cadastre pessoas de confiança que possam herdar todo

28 Disponível em: <https://www.facebook.com/help/1568013990080948?helpref=search&query=morte&sr=5&ref=contextual>. Acesso em: 26.1.2021.

29 Disponível em: <https://www.facebook.com/help/1568013990080948?helpref=search&query=morte&sr=5&ref=contextual>. Acesso em: 26.1.2021.

30 Disponível em: https://www.facebook.com/help/123355624495297?helpref=search&sr=10&query=memorial&search_session_id=74bc307ef5cbdefbeaaabc27a73ba6c4. Acesso em: 26.1.2021.



INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS: TRÊS PREMISSAS BÁSICAS

Andre Vasconcelos Roque¹ Lucas
Braz Rodrigues dos Santos²

SUMÁRIO: 1. A crise numérica do Judiciário e a tecnologia; 2. Os principais aspectos e benefícios da inteligência artificial aplicada ao Direito; 3. A inteligência artificial na tomada de decisões e as três premissas básicas para sua utilização; Conclusão; Referências bibliográficas.

1. A CRISE NUMÉRICA DO JUDICIÁRIO E A TECNOLOGIA

A razoável duração do processo, garantia fundamental inserida no texto constitucional, por meio da EC nº 45/2004, apesar de se apresentar como uma promessa ainda longe de ser concretizada na realidade brasileira, é um ideal perseguido pela comunidade jurídica a bem de toda a sociedade.

A morosidade do Poder Judiciário, em que pese a diversidade de fatores que contribuem para esse quadro, é evidente.

O Brasil reúne mais faculdades de direito que China, Estados Unidos da América e Europa juntos.³ Segundo o Conselho Federal da OAB,⁴ há, atual-

1 Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor de Direito Processual Civil da UERJ. Sócio de Gustavo Tepedino Advogados. E-mail: andreroque@andreroque.adv.br.

2 Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela EPD. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da ESAMC Santos. Sócio de Braz Advocacia e Consultoria Jurídica. E-mail: lucasbraz@brazadvocacia.com.

3 <https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>. Acesso em 30.5.2020.

4 <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em 30.5.2020.

mente, 1.197.483 advogados em todo país, o que representa uma proporção estimada de um advogado para cada 190 habitantes.⁵ Evidente, pois, que essa enorme quantidade de profissionais acaba por impactar no aumento do número de demandas ajuizadas, lembrando que a cada semestre são formados novos profissionais pelas universidades.

Ao lado disso, entre inúmeras outras causas, o incremento da tecnologia através da internet e das plataformas jurídicas, além da facilitação nos meios de acesso à informação – e aqui se insere o processo eletrônico e a divulgação de informação pelos próprios sítios on-line dos tribunais brasileiros –, permitiu que os cidadãos procurassem cada vez mais fazer valer os seus direitos, em processo que se vem incrementando desde a Constituição de 1988 e continua em curso nos dias de hoje.⁶

O resultado disso é que, segundo o relatório Justiça em Números 2019 do CNJ,⁷ ao final do exercício de 2018, o judiciário brasileiro contava com 78.691.031 processos pendentes, representando um gasto efetivo, descontadas as despesas com servidores inativos, de R\$ 76,8 bilhões, equivalente a 1,1% do PIB nacional.

Diante desse cenário beligerante, ao lado da tendência de desjudicialização, inclusive por incentivo à utilização dos meios adequados de solução de

5 <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI312946,11049-Brasil+tem+um+advogado+para+cada+190+habitantes>. Acesso em 30.5.2020.

6 Para uma exposição das principais causas da crise numérica do Poder Judiciário brasileiro, remeta-se a Andre Vasconcelos Roque, A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução. In: *Revista eletrônica de direito processual*, n. 7, p. 246-247, jan.-jun./2011: “Sem a preocupação de apresentar uma lista exaustiva, as principais causas para o descumprimento da promessa de duração razoável do processo são de ordem: a) estrutural (falta de verbas, recursos humanos e de autonomia financeira do Judiciário; gestão ineficiente dos escassos recursos pelos tribunais, visto que realizada por magistrados, com formação exclusivamente jurídica e que não receberam qualquer treinamento para as tarefas administrativas; comodismo dos juízes, formados através de um sistema generalista e pragmático, que tem por objetivo a aprovação dos disputados concursos públicos, mas não à formação de magistrados participativos e diligentes); b) técnica (desprestígio das decisões de primeira instância pela ampla recorribilidade e pelo sistema rígido de preclusões do Código de Processo Civil; formalismo exagerado de algumas normas processuais e de determinados entendimentos jurisprudenciais; regulamentação ineficiente para as lides de natureza coletiva, podendo gerar milhares ou mesmo milhões de demandas individuais repetitivas); c) sócio-política (explosão da litigiosidade após a Constituição de 1988, como resultado não apenas da intensificação dos fluxos de pessoas, bens e informações e do processo de redemocratização no Brasil, mas também pela progressiva universalização do acesso à justiça e pelo fortalecimento gradual – mas insuficiente – da assistência judiciária gratuita; existência de um Estado demandista, que não atende de forma voluntária as pretensões dos jurisdicionados, ainda que sobre temas já pacificados na jurisprudência, interessando-se mais em protelar suas obrigações, o que ocasiona congestionamentos sobretudo na Justiça Federal)”.

7 <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 30.5.2020.

controvérsias, como, por exemplo, a mediação e a arbitragem,⁸ desenvolvem-se as “*lawtechs*” e “*legaltechs*”, especializadas em engenharia de “*softwares*” voltadas ao mercado jurídico.

As empresas do setor apresentam a inteligência artificial como uma sedutora alternativa ao descontingenciamento de processos, especialmente relacionados aos litígios de massa, bem como de redução de custos, além de permitir um melhor aproveitamento do tempo pelos humanos.

Ocorre que, até o presente momento, muito embora haja um especial incentivo por parte do CNJ na implementação da inteligência artificial pelos tribunais do país, através da plataforma SINAPSES, desenvolvida em conjunto com o Tribunal de Justiça de Rondônia – TJRO, é certo que o tema ainda carece de regulamentação.⁹ Nessa direção, o uso descomedido da tecnologia pode encontrar barreiras no sistema de garantias constitucionais, notadamente voltadas ao devido processo legal constitucional.

Dessa forma o presente estudo tem o objetivo de estimular a reflexão acerca do uso da tecnologia da informação, mais especificamente da inteligência artificial, na resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, demonstrando os seus benefícios, mas também alertando o leitor para o risco do “*decisionismo tecnológico*”¹⁰ – vale dizer, o perigo de a tecnologia ser utilizada não como auxílio para a tomada de decisões, mas sim para que sejam tomadas decisões de forma inteiramente automatizadas

Nessa direção, serão propostas algumas premissas como forma de harmonizar a tecnologia e o devido processo legal constitucional.

8 Nesse sentido, dispõe o art. 3º, § 3º do CPC que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Para Humberto Dalla, a busca da pacificação dos conflitos, com a utilização de meios consensuais, configura a quinta fase metodológica do processo civil brasileiro (Humberto Dalla Bernardina de Pinho, *Jurisdição e pacificação* – limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017, p. 95 e ss.).

9 “A plataforma Sinapses, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), constitui-se num modelo unificado para construir soluções e prover IA. Por meio de um termo de cooperação técnica, servidores daquela unidade estão no CNJ para desenvolvimento e funcionamento de IA num ambiente de nuvem para atendimento de todos os tribunais do país. O passo seguinte foi o chamamento público, por meio de edital, para que os tribunais trabalhem com o CNJ por meio de propostas, desenvolvimento e produção de IA” (Fonte: <https://www.cnj.jus.br/inovacoes-em-inteligencia-artificial-para-o-pje-sao-apresentadas-no-cnj/>. Acesso em 30.5.2020).

10 Expressão concebida em um contexto de incremento das desigualdades em caso de utilização de decisões proferidas por meio de máquinas. Sobre o ponto, remeta-se a Dierle Nunes; Ana Luiza Pinto Coelho Marques, *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. In: *Revista de Processo*, n. 285, pp. 421-447, nov. 2018.

Antes, contudo, de apresentar os possíveis riscos que poderão exsurgir a partir do uso desenfreado da inteligência artificial, e as respectivas propostas, ainda que tímidas, em termos de futura regulamentação para mitigar os riscos apontados, abordar-se-ão os seus principais benefícios.

2. OS PRINCIPAIS ASPECTOS E BENEFÍCIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO DIREITO

A inteligência artificial, reconhecida como a aptidão das máquinas em realizar atividades que se aproximam ou procuram imitar a inteligência humana, apesar de ser uma das grandes ambições dos pesquisadores desde a década de 50, apresenta-se, mais do que nunca, como uma das principais ferramentas da *Quarta Revolução Industrial*, também chamada de *Revolução Digital*.¹¹ Trata-se de estágio da evolução tecnológica em que se busca uma simbiose entre o mundo físico, digital e biológico, marcada essencialmente pela cibernética, considerando-se a grande quantidade de dados que são produzidos¹².

Os ideais, portanto, de otimização do tempo x redução de custos, bem como de incremento na produção x acurácia de resultados, propiciados pela automação de processos, são de interesse de todos os setores produtivos. Decerto, o Poder Judiciário não poderia resistir a esse fenômeno da virada tecnológica, ainda mais diante do contingente avassalador de processos judiciais em andamento no Brasil e da intensificação na adoção de meios virtuais e de outras tecnologias estimulada pela recente pandemia da Covid-19, com a consequente impossibilidade, durante o período de isolamento social, do comparecimento pessoal de juízes, das partes e de seus advogados para a realização de atos processuais.

No Direito, a inteligência artificial é utilizada por meio da estruturação de algoritmos, os quais se caracterizam como um procedimento lógico voltado à solução de determinado problema, tendo como ponto de partida os dados que são fornecidos ao sistema – *input* – como, por exemplo, os padrões de fatos, os padrões de documentos, os julgados e os precedentes, e como ponto de chegada – *output* – o resultado alcançado.¹³ Esse ponto de chegada poderá ser desde uma

11 <https://www.atse.org.au/news-and-events/article/why-we-need-a-cybernetic-future/>, acesso em 30.5.2020.

12 Marcílio Henrique Guedes Drummond, O direito dataísta. In: Isabella Fonseca *et al*, *Inteligência artificial e processo*, Belo Horizonte: D'Placido, 2019, p. 120.

13 Sobre o ponto: "(...) é necessário estabelecer o mecanismo de entrada de dados (*input*). Um algoritmo deve ter um ou mais meios para recepção dos dados a serem analisados. Em uma máquina computacional, a informação deve ser passada para o computador em meio digital (*bits*). Do mesmo modo, é necessário ter um mecanismo para a saída ou retorno dos dados trabalhados (*output*). Um algoritmo deve ter um ou mais meios para retorno dos dados, os quais devem estar relacionados de modo específico com o *input*. Por exemplo, um algoritmo de uma calculadora que

simples análise ou confecção de documentos, contratos e de petições a até mesmo a facilitação de identificação de demandas repetitivas e a predição de possíveis julgamentos futuros por meio de métodos quantitativos e estatísticos das decisões e dos precedentes – o que se conhece como jurimetria.

A jurimetria nada mais é do que a estatística aplicada ao direito, utilizada em conjunto com softwares jurídicos para tentar prever resultados e oferecer probabilidades de resolução dos litígios em determinado sentido. Essa talvez seja uma das grandes apostas da tecnologia para o descontingenciamento processual, uma vez que permitirá, como já dito, não só a antecipação de possíveis resultados, como também terá o condão de auxiliar os juízes na tomada de decisões. Já para a advocacia impactará positivamente no aconselhamento aos clientes – inclusive sugerindo as melhores condições para eventual solução consensual de seus conflitos –, porquanto os advogados terão uma visão global sobre os casos envolvendo determinada temática, podendo predizer o entendimento do Poder Judiciário, e mesmo de determinado magistrado, sobre a questão, ao invés de terem que se pautar única e exclusivamente em sua experiência prático-profissional, que pode estar enviesada por uma visão incompleta do profissional do Direito.

Acredita-se, nessa direção, que a predição de resultados pode desestimular a judicialização de demandas com baixa probabilidade de êxito, favorecer a auto-composição e, por vezes, o reconhecimento jurídico do pedido pelo réu com o consequente cumprimento da prestação, haja vista que o Código de Processo Civil prevê uma sanção premial consistente na redução pela metade dos honorários advocatícios devidos ao patrono da outra parte, de acordo com a previsão do §4º, do art. 90 desse diploma. Para além disso, pode desestimular a interposição de recursos com baixa probabilidade de êxito, devido à previsão dos honorários de sucumbência recursais, na forma do art. 85, § 11 do CPC.

receba as informações para somar 2+2 (*input*) irá retornar como resultado o número 4 (*output*). O *output* decorre do *input*, sendo papel do algoritmo fornecer o retorno dos dados corretos a partir dos dados de entrada. Uma vez que o algoritmo não faz nenhum juízo de valor para além de sua programação, é necessário que a relação de “correção” entre o *input* e o *output* seja definida de modo preciso e sem ambiguidade. Por isso, os algoritmos precisam ter cada passo de suas operações cuidadosamente definido. Assim, cada passo da tarefa computacional deve seguir um roteiro de tarefas pré-determinado e o programa (computação dos dados) deve terminar depois que o roteiro seja cumprido. O algoritmo tem que ser finito, ou seja, entregar algum retorno (*output*) após cumpridos todos os passos estabelecidos. Para cumprir a tarefa adequadamente, cada operação que o algoritmo tiver que realizar deve ser simples o suficiente para que possa ser realizada de modo exato e em um tempo razoável (finito) por um ser humano usando papel e caneta(...)” (Dierle Nunes; Ana Luiza Pinto Coelho Marques, Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: *Revista de Processo*, n. 285, pp. 421-447, nov. 2018, p. 3 (versão eletrônica)).

Além disso, a jurimetria pode se revelar como um importante mecanismo de controle – *accountability* – das decisões judiciais e, por via de consequência, do Poder Judiciário. Isso porque permitirá a fiscalização na observância aos precedentes, bem como eventuais desvios de comportamento¹⁴, seja por desprezar o sistema de precedentes, seja por mudanças injustificadas de posicionamento anteriormente adotado, sem a devida demonstração da distinção (*distinguishing*) do caso concreto examinado, nem da superação (*overruling*) do precedente a ser considerado. Vale dizer, qualquer quebra de padrão decisório poderá ser facilmente identificável, de modo que os juízes terão que estar atentos às transformações causadas pela jurimetria.

No Brasil, já é possível encontrar diversas instituições, públicas e privadas, valendo-se da inteligência artificial no Direito.

A título de exemplo, no escritório Urbano e Vitalino, sediado em Recife (PE), a assistente virtual “Carol” – que se utiliza da plataforma WATSON, desenvolvida pela IBM –, tem como principal função realizar serviços repetitivos, incrementando, sobremaneira, a média de acertos nos serviços de preenchimento de dados em relação aos advogados. A assistente virtual, ainda, deverá ter a sua experiência ampliada para viabilizar a análise rápida de documentos, o resumo de peças processuais, entre outras atividades, de forma que se espera um aumento de 30% (*trinta por cento*) na produtividade do escritório a médio prazo¹⁵.

Já na advocacia pública, mais especificamente na Advocacia-Geral da União (AGU), foi implantado o Sistema de Apoio à Procuradoria Inteligente - SAPIENS. A ferramenta de inteligência teve como objetivo facilitar o trabalho dos procuradores e servidores, o que se dá por meio da implementação de rotinas de inteligência capazes de realizar a triagem de processos, promover a indicação de teses relacionadas aos casos concretos e, inclusive, auxiliar na elaboração de peças judiciais e pareceres.¹⁶

14 Nada obstante, na França foi proibida a análise de dados estatísticos relacionados ao Judiciário, notadamente mediante o emprego de inteligência artificial para, com base em dados públicos, tentar prever o resultado de julgamentos. O art. 33 da Lei de Reforma do Judiciário daquele país dispõe: “Os dados de identidade de magistrados e membros do registro não podem ser reutilizados com o objetivo ou efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever suas práticas profissionais reais ou supostamente. A violação desta proibição é punível com as penas previstas nos artigos 226-18.226-24 e 226-31 do Código Penal, sem prejuízo das medidas e sanções previstas na lei n° 78-17 de 6 de janeiro de 1978, relativa ao processamento de dados, arquivos e liberdades” (Fonte: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/franca-proibe-divulgacao-estatisticas-decisoes-judiciais> e https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/3/23/2019-222/jo/article_33. Acesso em 4.8.2020).

15 <https://ab2l.org.br/inteligencia-artificial-da-ibm-ja-ajuda-advogados-brasileiros/>. Acesso em 5.8.2020.

16 <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/100556940/advocacia-geral-da-uniao-vai-utilizar-ferramenta-com-inteligencia-artificial-e-automacao-de-processos-em-todo-o-brasil>. Acesso em 30.5.2020.

No âmbito do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal - STF lançou mão do VICTOR,¹⁷ programa de inteligência artificial desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília - UnB. O nome atribuído foi uma homenagem ao Min. Victor Nunes Leal, em razão de ter sido um dos primeiros ministros a se preocupar com a unificação da jurisprudência e com a identificação dos temas repetitivos. O VICTOR tem a função de aumentar a eficiência e velocidade na avaliação judicial de processos que chegam à corte, identificando as vinculações aos temas de repercussão geral. Atualmente, o *software* já é capaz de avaliar os recursos extraordinários que se enquadrarem em um dos 27 (vinte e sete) temas que foi ensinado a identificar e de forma muito mais ágil do que os servidores.¹⁸

Ainda, o sítio on-line do Tribunal de Justiça de Minas Gerais divulgou em matéria publicada no ano de 2018 que a 8ª Câmara Cível julgou, com apenas um único clique, um total de 280 (duzentos e oitenta) processos, valendo-se da ferramenta RADAR aplicada aos recursos similares.¹⁹ No caso, referida ferramenta identificou e separou recursos com idênticos pedidos, montando um padrão de voto que contempla matéria já decidida pelos Tribunais Superiores ou em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Esse esboço de voto é apresentado ao desembargador relator, que tem a possibilidade de fazer alterações e imprimir seu traço pessoal ao texto. Feitas as correções, a máquina já identifica os recursos iguais e procede ao julgamento conjunto, em questão de segundos.

Discute-se, por outro lado, se a utilização da jurimetria como uma ferramenta de controle do Poder Judiciário não poderia acabar por engessar o sistema de precedentes judiciais, dificultando a demonstração da distinção entre o caso concreto e o precedente – *distinguishing* – ou da superação do precedente – *overruling*.²⁰ Não é difícil imaginar, da mesma forma, uma possível tendência ao tabelamento das indenizações, ficando relegadas a segundo plano as circunstâncias individuais do caso concreto e das partes envolvidas.

17 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>. Acesso em 30.5.2020.

18 <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/stf-aposta-inteligencia-artificial-celeridade-processos-11122018>. Acesso em 30.5.2020.

19 <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.Xj-loFVKjIV>. Acesso em 30.5.2020.

20 Nesse sentido: “A confluência de um sistema de precedentes obrigatórios e um algoritmo de Inteligência Artificial decisória pode resultar na total impossibilidade de superação de precedentes judiciais, afinal, o direito é aquilo que os tribunais dizem que é, para lembrar do realismo jurídico, que se mostrou incorrigivelmente insatisfatório. Lembre-se, neste momento que os precedentes não são virtuosos por si só e o que os tribunais decidem nem sempre é correto, motivo pelo qual um processo verdadeiramente democrático demanda a possibilidade de revisitação dos atos decisórios estatais, sem que isso represente, necessariamente, uma anarquia jurisprudencial” (Antônio Aurélio de Souza Viana, Juiz-robô e a decisão algorítmica: a inteligência na aplicação dos precedentes. In: Isabella Fonseca *et al*, *Inteligência artificial e processo*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 39).

Ainda, por conta dos benefícios e da comprovada aptidão dos sistemas de inteligência artificial no desempenho de tarefas que até alguns anos atrás seriam exclusivamente realizáveis por seres humanos, chegou-se a cogitar que os advogados pudessem ser substituídos pelas máquinas – mesmo fora das tarefas repetitivas do contencioso de massa.

A notícia da criação do programa chamado COIN – *Contrato de Inteligência* – pelo Banco JPMorgan, uma das maiores instituições financeiras do mundo, foi encarada de início como uma verdadeira ameaça aos advogados, pois esse programa, além de poder trabalhar de forma ininterrupta e ser pouco propenso a erros, interpretou acordos de empréstimo comercial em segundos, algo que consumia cerca de 360 (trezentos e sessenta) mil horas por ano dos advogados²¹.

Outra notícia impactante foi o resultado da competição travada entre vinte advogados humanos e a inteligência artificial, decorrente do desafio de quatro horas para revisão de cinco acordos de confidencialidade – *non disclosure agréments* –, promovido pelas Universidades de Stanford, Duke e do Sul da Califórnia, todas dos Estados Unidos, em parceria com a Lawgeex, startup de tecnologia jurídica. Nessa competição restou evidenciado que os robôs não apenas foram mais precisos que os humanos, como também realizaram a tarefa em tempo infinitamente menor, no caso em apenas 26 (vinte e seis) segundos, contra 92 (noventa e dois) minutos, em média, pelos humanos.²²

Sem embargo de tais preocupações e apesar dos evidentes impactos que a utilização dos sistemas de inteligência artificial no meio jurídico pode trazer para a empregabilidade de advogados que trabalham com contencioso de massa, tais mecanismos foram concebidos essencialmente para somar, facilitando a rotina dos profissionais (sobretudo nas tarefas repetitivas) e liberando mais tempo para que possam se dedicar a atividades intelectuais e criativas.

O maior risco, sob a perspectiva das garantias fundamentais do processo, reside na possibilidade de se implementar a inteligência artificial para a tomada de decisões de forma totalmente automatizada, o que parece ser um caminho natural do desenvolvimento do *machine learning* – aprendizado de máquina, sem a interferência humana, por meio da experiência obtida em função dos parâmetros já alcançados anteriormente. Afinal, seguindo essa lógica utilitarista, de pouco adiantaria a aceleração da marcha procedimental, por meio da execução automatizada dos atos processuais repetitivos e de menor complexidade, se, ao final, os processos ficassem represados nos gabinetes dos julgadores para

21 <https://www.itforum365.com.br/sistema-do-jpmorgan-realiza-em-segundos-o-que-advogados-levaram-360-mil-horas/>. Acesso em 30.5.2020.

22 <https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos>. Acesso em 30.5.2020.

a tomada de decisões – ainda que seja para acolher o padrão decisório sugerido pelos algoritmos.

Por esse motivo pensa-se agora em algumas premissas para assegurar que, uma vez que a inteligência artificial seja utilizada não como simples auxílio, mas para a tomada de decisões automatizadas pelo Poder Judiciário, tal providência não implique em violação às garantias fundamentais do processo e a completa perda de sua humanização.

3. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE DECISÕES E AS TRÊS PREMISSAS BÁSICAS PARA SUA UTILIZAÇÃO

Inicialmente, cumpre já afastar a falsa aceção no sentido de que as decisões tomadas por meio de máquinas seriam neutras – isto é, mais do que imparciais, uma vez que estariam livres de experiências humanas –, como forma de legitimar a sua aplicabilidade nos processos judiciais.

Isso porque, para além de ser indesejável a perda absoluta de humanização na administração da justiça, os dados (*inputs*) que alimentam a inteligência artificial são frutos de interpretações humanas e, portanto, a depender de sua qualidade, bem como dos anseios dos seus programadores ou até da complexa forma como se desenvolveu o procedimento lógico do algoritmo, seria perfeitamente possível obter decisões por demais subjetivas, eivadas de ilegalidades, levando aos chamados “*algoritmos enviesados*”.

Com efeito, os algoritmos enviesados são aqueles que apresentam padrões deturpados em sua formação e se mostram bastante perigosos. Sob a falsa aparência de neutralidade, acabam por perpetuar vieses difíceis de serem percebidos, eventualmente até mesmo por seus programadores, carecendo da transparência necessária. O resultado é a legitimação, por meio da tecnologia, de tratamentos desiguais e discriminatórios, que se encontram como um dado real na sociedade e acabam sendo absorvidos pelos algoritmos.

Apenas a título de exemplo, em estudo publicado na revista *Science*, cientistas acompanharam a evolução de um *software* voltado para a área da saúde, que indicava a ordem de prioridade dos pacientes em fila para receber atendimento. O resultado observado foi um viés racial, que desfavorecia pessoas negras nos algoritmos do sistema.²³

Outro exemplo de enviesamento observado foi nos algoritmos de reconhecimento facial. Observou-se que a ocorrência de falsos positivos (quando o *software*

23 <https://jornal.usp.br/radio-usp/colunistas/inteligencia-artificial-ainda-sofre-com-algoritmos-enviesados/>. Acesso em 30.5.2020.

aponta serem a mesma pessoa dois rostos diferentes) em programas desenvolvidos nos Estados Unidos era de 10 a 100 vezes maior para rostos de pessoas asiáticas e afro-americanos, em comparação a pessoas caucasianas. Já algoritmos desenvolvidos por empresas asiáticas apresentaram menos falsos positivos em verificações “um para um” entre faces asiáticas e caucasianas, o que provavelmente se deve ao fato de estas usarem bases de dados mais diversas para treinar seus algoritmos.²⁴

Adentrando no campo jurídico, o mesmo aconteceu com o sistema *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* - COMPASS, utilizado nos Estados Unidos com o objetivo de avaliar o risco de reincidência, auxiliando, assim, na fixação da pena do acusado, levando-se em conta que quanto maior fossem os indicativos de reincidência, maior seria o tempo da reprimenda que deveria ser imposta pelo Estado. Verificou-se que o sistema possuía um viés social discriminatório, considerando os acusados negros como mais propensos à reincidência em comparação aos acusados brancos, sendo certo que o referido sistema não garantia ao acusado acesso aos dados relacionados ao procedimento computacional que levou a tal conclusão.²⁵

A preocupação com a transparência dos algoritmos mostrou-se tão importante que já foi objeto da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, contendo recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica, sendo que, dentre as recomendações, a de nº 12 realça o princípio ético da transparência, apontando que, em linhas gerais, a tomada de decisão, que se valha da inteligência artificial e cause impacto substancial na vida de uma ou mais pessoas, deve viabilizar a redução de tais mecanismos de inteligência a uma forma compreensível pelos seres humanos.²⁶

Frise-se que no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio ético da transparência algorítmica revela-se como substrato do próprio princípio da publicidade (art. 5º, LX e 93, IX da Constituição e art. 8º do CPC). Se não há a devida transparência é impossível exercer controle – *accountability* – sobre a adequada utilização da inteligência artificial.

E, para além disso, a ausência de transparência também prejudica o próprio exercício do direito de ação e do contraditório, em sua dimensão de influência

24 <https://gizmodo.uol.com.br/reconhecimento-facial-enviesados-estudo-eua/>. Acesso em 30.5.2020.

25 Dierle Nunes; Ana Luiza Pinto Coelho Marques, Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: *Revista de Processo*, n. 285, pp. 421-447, nov. 2018, p. 7 (versão eletrônica).

26 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html#title1. Acesso em 30.5.2020.

sobre o convencimento do julgador (contraditório participativo),²⁷ na medida em que traz obstáculos à parte derrotada no processo, os quais impedem o exercício desses direitos em sua plenitude, por não lhe ser possível compreender o processo de formação do algoritmo que levou à tomada da decisão prejudicial a seus interesses. A preocupação se agrava, no campo jurídico, quanto ao conteúdo das decisões tomadas por intermédio de “*softwares*”, tendentes a buscar padrões, em casos específicos, o que poderia, em última análise, levar à “*industrialização das decisões judiciais*”, afastando-se cada vez mais da riqueza de elementos que os casos concretos apresentam.²⁸

Imagine-se, ainda, se essa decisão, tomada com base em inteligência artificial, fosse omissa e contra ela aviados Embargos Declaratórios, posteriormente rejeitados, valendo-se da mesma lógica algorítmica, ou seja, novamente por sistemas automatizados e sem respeitar os elementos específicos do caso concreto.

Para piorar o panorama, considere-se ainda que os procuradores das partes não tenham sido informados pelo Poder Judiciário sobre a utilização dos meios artificiais de tomada de decisão – não haveria sério risco às garantias fundamentais do processo? Eis o ponto central de nossa reflexão sobre o assunto.

Para mitigar esses riscos, propõem-se três premissas básicas para a utilização da inteligência artificial como ferramenta para a tomada de decisões pelo Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, considerando que as decisões e os julgamentos proferidos pelos juízes devem ser públicos – e mesmo nos excepcionais casos de segredo

27 Sobre a noção de contraditório participativo, embora nem sempre adotando tal terminologia, confira-se Andre Vasconcelos Roque, *Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições*. In: *Revista de Processo*, n. 279, p. 19-40, mai. 2018; Humberto Theodoro Jr. *et al*, *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 104 e ss.; José Roberto dos Santos Bedaque, *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: José Rogério Cruz e Tucci; José Roberto dos Santos Bedaque (Coord.), *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20-23; Leonardo Greco, *Instituições de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I, p. 513-514; Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 91-97; Antonio do Passo Cabral, *Contraditório*. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino (Org.), *Dicionário de princípios jurídicos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 193-210 (apontando que o contraditório, para além do poder de influência, impõe deveres, como resultado da exigência de colaboração e participação dos sujeitos do processo). Criticando tal terminologia, Cândido Rangel Dinamarco; Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 62 (apontando que não se concebe contraditório que não seja “participativo”).

28 Nesse sentido remeta-se Antônio Aurélio de Souza Viana, *Juiz-robô e a decisão algorítmica... cit.*, p. 27. “Por um lado, a aplicação da estatística ao Direito poderia significar o pleno alcance da estabilidade, igualdade e previsibilidade, a partir da compreensão do modo como decidem os tribunais. Por outro ângulo, poderia representar um incremento da desigualdade entre litigantes habituais e litigantes eventuais. E, num cenário ainda mais corrosivo, a jurimetria, alinhada aos precedentes obrigatórios, poderia ensejar um engessamento do Direito em função de uma possível aplicação irrefletida”.