

Henrique Alves Pinto

**A TRIPLA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES
JURISDICIONAIS PAUTADAS
EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

**o redimensionamento da
fundamentação pela explicabilidade
da linguagem algorítmica**

**2ª edição
revista e atualizada**

2024

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

A NECESSÁRIA REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA EFETIVAÇÃO MAIS ADEQUADA NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES PELO PODER JUDICIÁRIO

Na atualidade sabe-se que serviços como concessão de crédito, celebração de apólices de seguros, indicações de anúncios em redes sociais baseados no que é visto e curtido pelos usuários, autocorretor em aplicativos de mensagens, reconhecimento facial, sistema de gps em celulares, entre outros, confirmam a presença das decisões automatizadas na vida moderna. Tais decisões são umas das modalidades de aplicação prática da Inteligência Artificial, baseadas na identificação de padrões por meio da análise de dados feito por uma lógica algorítmica aliada ao aprendizado de máquina (*machine learning*).

Todavia, acreditar que algoritmos são despidos de subjetividade, insuscetíveis falhas. Manipulações e erros pode ser um caminho muito perigoso a ser trilhado pelos operadores de tecnologia inteligente o que reclama uma boa dose de precaução. A escolha de quais dados importam e porque eles importam ao se construir tais sistemas permeado pela linguagem algorítmica, vêm demandando um feixe de prescrições legais peculiares a este setor. Especialmente, porque problemas decorrentes de algoritmos enviesados, infelizmente, têm sido frequentes¹. Eles parecem indicar o abismo entre os desenvolvedores desse tipo de tecnologia e aqueles que são impactados por ela.

Como prova para atestar essas razões, algumas questões podem ser mencionadas tais como: a) o poder público no Brasil precisa regular a IA de forma séria, transparente e responsável para que a sociedade, através de seus órgãos de representação coletiva possa supervisionar, auditar e monitorar essas tecnologias por domínio; b) a busca pela redução das assimetrias existentes entre as empresas e o poder público que utilizam essa tecnologia

1. ANGWIN, Julia. **Bias in criminal risk scores is mathematically inevitable, researchers say**. Disponível em: [<https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say>].

em detrimento de seus usuários; c) a distância cultural entre os responsáveis por pesquisas e desenvolvimento dessa tecnologia e a diversidade das populações nas quais essa tecnologia é utilizada, especialmente no caso dos sistemas de Inteligência Artificial implementados pelo Poder Judiciário no Brasil, que necessita de uma premente regulamentação.

Como se vê, esse breve diagnóstico tem levantado importantes questões sociais que requer uma maior transparência não só uso como também na criação da Inteligência Artificial que se volta ao processo de tomada de decisões.

Com o intuito de se discutir tais questões voltadas a uma necessária regulação da IA para tornar sua aplicação mais adequada ao processo de tomada de decisões pelo Poder Judiciário será abordado o grau de força do princípio da precaução enquanto um fator essencial de *accountability* na implementação de sistemas de Inteligência Artificial (3.1). A necessária conciliação de estratégias de aplicação do princípio da celeridade processual aliada à garantia dos direitos fundamentais de acesso à justiça (3.2). A construção enviesada das normas de regulação da Inteligência Artificial derivada de uma construção não participativa (3.3). E por fim, a necessária regulação da Inteligência Artificial para o não superdimensionamento do algoritmo nas decisões judiciais (3.4).

3.1. O GRAU DE FORÇA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ENQUANTO UM FATOR ESSENCIAL DE ACCOUNTABILITY NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES PELO PODER JUDICIÁRIO

Realizada a discussão a respeito daquilo que pode ser compreendido pelo princípio da precaução enquanto ferramenta de regulação da Inteligência Artificial utilizada no processo de tomada de decisões, pretende-se verificar o seu grau de força normativa enquanto fator essencial de *accountability* em tais sistemas.

O princípio da precaução pode ser considerado um importante vetor de condução de importantes direitos fundamentais que nesta tese são discutidos que estão ligados ao processo de tomada de decisões judiciais. Tendo em vista que os sistemas de Inteligência Artificial já utilizados pelo Poder Judiciário se apoiam em uma extensa base de dados colhidos de sua jurisprudência. E apesar do avanço dessas tecnologias automatizadas aplicadas à atividade judicial, são necessárias não apenas discussões, mas também pesquisas voltadas à redução das incertezas que elas têm trazido. E até que

isso possa realmente amadurecer no Brasil, as ações que requerem um olhar atento pautado pelo princípio da precaução no âmbito da implementação da Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário incluem o estabelecimento de padrões regulatórios com margens de segurança. Já que a incerteza exige a proibição da atividade potencialmente arriscada até que quem a desenvolva possa demonstrar que ela não oferece risco ou se oferece risco, este é perfeitamente tolerável.

Uma das melhores maneiras de se tratar a respeito das questões trazidas com a implementação e desenvolvimento da Inteligência Artificial no processo jurisdicional, a exemplo do que acontece na área ambiental mediante o manejo do princípio da precaução, em um primeiro momento, é o de assegurar a participação de toda a comunidade jurídica que se submete aos impactos desta tecnologia. Sendo assim, cada profissional do Direito e não apenas os magistrados, deve ter acesso adequado às informações relativas à forma como a justiça se vale das tecnologias inteligentes na elaboração das decisões judiciais, inclusive informações a respeito dos riscos que elas podem acarretar e o que pode ser feito para controlá-los e coibi-los.

Até mesmo porque a tarefa de julgar quais níveis de risco são aceitáveis não deve ser uma tarefa exclusivamente afeta aos órgãos administrativos do Poder Judiciário, já que o resultado da atividade jurisdicional, as suas decisões, tem grande poder de mudar a vida dos jurisdicionados.

Daí a necessidade de que os processos de tomadas de decisões judiciais pelas máquinas inteligentes devem ser transparentes e envolver o máximo possível dos mais variados setores da comunidade jurídica. Não apenas em um debate estéril em que as pessoas são ouvidas, mas nada do que é discutido acaba, de fato, sendo levado em consideração no momento de se criar instrumentos de regulação e controle do uso dessa tecnologia.

A fim de melhor esclarecer a importância da precaução e a sua relevância enquanto uma ferramenta de *accountability* na implementação dos sistemas de Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário, uma de suas primeiras noções é encontrada entre os gregos ao compreender que “precaução” significa “ter cuidado” e “estar ciente”². Na década de 1970, em resposta à poluição industrial, esse conceito é recuperado pelo direito germânico de onde surgiu o Princípio de Precaução. Após vinte anos, a precaução enquanto um princípio acolhido pelo Direito Ambiental se estabeleceria praticamente em todos

2. MYHR, A. I.; TRAAVIK, T. **Genetically modified (GM) crops: precautionary science and conflicts of interests**. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, v.16, p.227-47, 2003.

os países da Europa Ocidental sendo ele estendido aos diversos setores da economia deste³.

O Princípio de Precaução opera como uma modalidade de *in dubio pro ambiente*, ou seja, na dúvida decide-se a favor do ambiente. Acima de tudo, *impõe* que a responsabilidade de produzir os resultados científicos que provêm a inocuidade ou a insignificância dos riscos seja atribuída a quem tem interesse no desenvolvimento da atividade⁴. O princípio da precaução relaciona-se com a associação respeitosa e funcional do homem com a natureza pautada por ações antecipatórias “para proteger a saúde das pessoas e dos ecossistemas guiando as atividades humanas pois consegue incorporar parte de outros conceitos como justiça, equidade, respeito, senso comum e prevenção”⁵. Além dessa incorporação, observa-se ainda que o princípio da precaução deve ser aberto, informado e democrático devendo incluir aí as pessoas potencialmente afetadas pelos inventos e tecnologias que corporações e setores do poder público pretendem implementar nas sociedades. O que implica uma grande dose de prudência, em particular, a necessidade de sua fiscalização e controle diante de tecnologias avançadas aplicadas ao processo decisório judicial que nos últimos anos carece de um debate mais aprofundado com a comunidade jurídica a exemplo do que aconteceu na elaboração do Marco Civil da Internet, a Lei 12.965 de 23 de abril de 2014⁶.

Aceita como uma das primeiras concepções a respeito do princípio da precaução, sendo ela acolhida por diferentes jurisdições é a da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Rio 92), pela qual uma abordagem de precaução deveria ser amplamente aplicada pelos Estados, de acordo com suas capacidades, para a proteção do meio ambiente. Sob essa perspectiva se vê que a falta de completa certeza científica quanto a ameaças de dano irreversíveis não poderá, assim, ser utilizada como retórica com o objetivo de não se empregar medidas para evitar danos ambientais.

3. MACHADO, P. A. L. Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado. In: VARELLA, M. D.; PLATIAU, A. F. B. (Org.) Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.551-72.
4. CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.) Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
5. NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. Revista de Nutrição, v.16, n.1, p.105-16, 2003.
6. BRASIL. **Lei 12.695, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

No ano de 2000, de acordo com o Comunicado da Comissão Europeia (CE), com o objetivo de esclarecer alguns pontos a respeito da aplicação do princípio da precaução que estavam discutidos em vários cortes da União Europeia determinou que o recurso à aplicação de tal princípio pressupõe efeitos potencialmente perigosos ocasionados por um fenômeno, produto ou processo, e cuja avaliação científica não oferece grau de certeza suficiente. Em tais casos, várias são as medidas que podem ser adotadas, de contratos e acordos legalmente definidos a projetos de pesquisa e recomendações. Sendo que, em alguns casos, a depender da situação, a medida mais adequada seria simplesmente não fazer nada.

Independentemente da ideia que gira em torno do princípio da precaução, o fato é que nenhuma das formulações acima apontadas traz o que seria o seu conceito. Elas apenas indicam situações em que a abordagem e a lógica da precaução deve ser utilizada. Todavia, uma das mais relevantes questões a ser observada é que a aplicação do princípio da precaução têm alimentado diversos debates a respeito de como se pode fazer uma rigorosa regulamentação a respeito de determinados avanços científicos como é o caso da utilização de Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões.

Isso se deve ao fato de que as incertezas e os riscos que giram em torno da sua implementação quanto as consequências de sua operabilidade justificam a sua regulamentação, como nos casos de enviesamento de dados inseridos nos bancos de dados que alimentam a IA, a reprodução pela máquina de um precedente mal construído pelos tribunais, a falta de sensibilidade do programador para compreender o significado do problema jurídico em torno do caso concreto, entre outros. E a depender da forma como isso costuma ser trabalhado no seu processo de construção pode existir uma grande probabilidade de que ela seja prejudicial.

A incerteza sobre uma atividade pode por si só ser vista como necessária à tomada de ações rigorosas, como a sua proibição, mesmo se houver apenas fundamentos inconsistentes e superficiais para acreditar que isso possa causar prejuízos. Contudo, não se pretende aqui demonizar a Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões ao ponto de se refutar toda e qualquer implementação de novas tecnologias ao universo jurídico. Todavia, uma boa dose de prudência na sua implementação se mostra necessária, principalmente, diante de um sistema processual, como é o caso do instaurado pelo CPC de 2015 no Brasil, que conferiu força normativa vinculante aos precedentes judiciais formados de acordo com a sistemática

do microsistema de julgamento de casos repetitivos. Apesar do país não ter ainda uma sólida tradição baseada na cultura de precedentes vinculantes.

Nesse sentido, o princípio da precaução seria um dos vetores normativos hábeis o suficiente a reconhecer as assimetrias de poder e de informação dos processos de avaliação regulatória ajudando a remodelar os diversos tipos de conhecimentos das mais diferentes áreas da prática jurídica que estão sendo afetados direta ou indiretamente por esse processo tecnológico.

Trata-se assim de assumir compromissos com a deliberação e a *accountability*⁷, assegurando justificações explícitas e cuidadosas sobre as escolhas regulatórias feitas diante de um conhecimento incompleto⁸. Isso seria algo que inclusive serviria de incentivo além de criar obrigações para com a pesquisa e o conhecimento científico voltados à busca de informações a respeito de riscos desconhecidos. Até mesmo porque a utilização do princípio da precaução nas pesquisas e aplicações de Inteligência Artificial tomadas em decisões judiciais, não implica em obrigar os seus criadores para que cheguem a um determinado resultado, mas sim a um agir prudente e clarividente no gerenciamento de seus riscos que não são pequenos.

Tal perspectiva é justificada pelo fato de que, ao se criar uma forma democrática de controle da Inteligência Artificial utilizada pelo Judiciário brasileiro, não poderá ela ficar limitada apenas em sua estrutura. Tendo em vista que ao se aumentar a intervenção da atividade decisional inteligente por esta via tecnológica na vida dos jurisdicionados, na busca para a preservação de seus direitos também democráticos, requer-se a expansão dos limites da

-
7. *Accountability*, termo da língua inglesa que ainda não tem uma tradução precisa na língua portuguesa, é conceito que denota práticas a serem observadas por aqueles que exercem relevantes funções em dada sociedade, a exemplo dos Poderes Públicos e das grandes corporações empresariais. Nesse sentido, de forma simplificada, *accountability* é o agir pautado por responsabilidade ética, transparência das ações, com uma devida e adequada prestação de contas de tais atos. Tal concepção liga-se à ideia de governança e também à de responsabilidade civil. Essas são apenas umas das razões pelas quais na atualidade esse assunto, combinado ao campo da IA, tem atraído cada vez mais a atenção de governos, corporações empresariais e organizações nacionais e internacionais.
 8. BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. *O princípio da precaução na regulação de Inteligência Artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada?* In: **Inteligência Artificial e Direito. Ética, Regulação e Responsabilidade**. Coord.: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 213.

arena de seu controle⁹. E dessa forma, percebe-se que criadas as vias de controle¹⁰, tal dimensão assume uma maior legitimidade.

Desse modo, o controle constituiria prerrogativa essencial aos operadores do Direito e, principalmente, dos jurisdicionados, não em uma perspectiva individual, mas como a de uma comunidade organizada. Isso porque, a despeito de sua legitimidade, as reivindicações individuais não dispõem da força necessária para conter eventuais abusos praticados no uso do desenho tecnológico criado pelo próprio Judiciário. O ponto a enfatizar, é que um controle efetivo é consequência do produto das discussões realizadas por uma comunidade organizada, pois diante de sua desmobilização não se terá como garantir a *accountability*.

E à medida que os diferentes interesses se organizam, aumenta a possibilidade tanto dos operadores do Direito quanto também dos próprios jurisdicionados de exercerem o controle mais adequado a fim de cobrar do Judiciário aquilo a que têm direito, que não é necessariamente apenas uma justiça mais célere, como se todos os problemas dessa esfera do poder fossem apenas uma questão de agilidade. Um desses mecanismos de controle da Inteligência Artificial voltada ao processo decisório, combinado ao princípio

-
9. CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, fev./abr. 1990, p. 34.
 10. Em entrevista ao podcast de Joe Rogan, no dia 22 de março de 2022, Elon Musk revela que atualmente ele está tentando convencer os pesquisadores de Inteligência Artificial a irem mais devagar em seus estudos e aplicações de tal tecnologia. De acordo com Musk, o ideal seria que o Estado regulasse a IA o quanto antes para se evitar os vários danos que ela já está causando e pode causar ainda mais no futuro. Como foi reconhecido pelo entrevistado, o jeito que a regulação caminha é bastante lento, tão lento ao ponto de que as investigações a respeito dos danos provocados pelas novas tecnologias acabam levando anos. E para exemplificar o que ele estava dizendo, Elon Musk comentou o caso do cinto de segurança e a resistência durante mais de uma década por parte da indústria automobilística em colocá-lo nos veículos por ela fabricados como item obrigatório. Como isso certamente, impactaria no aumento dos custos e a redução de seus lucros, por anos essa indústria, conseguiu evitar com sucesso que legislações que a obrigassem a colocar tal equipamento de segurança nos automóveis fossem aprovadas. Em contrapartida, enquanto essa luta ocorria no campo político, por conta da falta de regulamentação de tal setor, várias pessoas morreram em acidentes de trânsito porque justamente dirigiam veículos que não tinham cinto de segurança. Todavia, como a IA é uma tecnologia muito mais impactante do que a questão de segurança nos veículos automotores, para Musk, se eventualmente os órgãos responsáveis pela regulação tiverem que aguardar por mais de 10 anos, para começar a discutir formas de se fiscalizá-la e regulá-la, talvez isso possa ser tarde demais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iWVoHkxxoJw>. Acesso em: 22 de março de 2022.

da precaução, seria uma sólida participação da comunidade jurídica na avaliação das políticas públicas de implementação dessa tecnologia, conferindo a ela a oportunidade de efetuar recomendações a partir de suas avaliações.

A perspectiva do princípio da precaução que aqui se vislumbra é de que ela seria uma inovação na direção da pesquisa e desenvolvimento científico para melhor dirigi-lo e não o bloquear. Não se tratando necessariamente de “proibição”, mas sim de mais tempo e esforços para reunir informações mais profundas e relevantes levando em consideração opções mais amplas e acertadas na condução prudente desse processo tecnológico que está sendo implementado pelo Poder Judiciário.

Em condições de incerteza para as quais a avaliação de risco é simplesmente inaplicável, a precaução oferece um meio para construir entendimentos mais robustos das implicações de visões divergentes do mundo e possibilidades mais diversas de ação¹¹.

Apesar da avaliação de risco assim como a precaução, em algumas ocasiões, costumam ser discutidas de forma equivocada. Isso se deve muito mais pela forma como a precaução penetra nas esferas de poder e provoca a discussão a respeito da regulação de tais questões do que propriamente com a sua própria significação.

Embora os interesses do Poder Judiciário na democracia sejam legítimos na tentativa de reduzir o seu acervo tornando a prestação jurisdicional mais dinâmica e moderna, essa questão não pode ser levada em consideração baseando-se apenas nestes estreitos interesses setoriais. Pois esse tipo retórico que se apresenta como uma ciência desinteressada pautada por razões de interesse público pode acabar se olvidando do elemento mais essencial da prestação da atividade jurisdicional que é o direito fundamental de acesso à justiça dos cidadãos, independentemente da sua condição social.

Nesse sentido, o princípio da precaução poderá ser utilizado pelos operadores do Direito evitando com que eles caiam em armadilhas tecnocratas utilizadas pelos interesses setoriais baseadas em uma avaliação de risco limitada que tende a forçar visões particulares a respeito do processo de implementação de tomada de decisões judiciais por máquinas inteligentes.

Isso porque, o papel do princípio da precaução no âmbito do desenvolvimento de programas inteligentes aplicados ao processo de tomada de decisões judiciais é o de oferecer uma escolha mais democrática sob as in-

11. STIRLING, Andrew. **Risk regulation of big data: has the time arrived for a paradigm shift in EU data protection.** *European Journal of Risk Regulation*, v. 2, 2014. p. 2.

certezas que aí estão presentes, demonstrando as melhores direções a serem seguidas que estão sendo promovidas por essas inovações.

Assim, a decisão de não tomar nenhuma medida a respeito de tais inovações é apenas uma das opções dentro do extenso significado assumido pela concepção do princípio da precaução. Já que o foco de tal princípio, neste contexto aqui estudado, são os motivos levados em consideração na criação e tomada de decisões regulatórias voltadas ao funcionamento mais ético e humano da IA na tomada de decisões judiciais. E não propriamente o das decisões em si que levaram o Poder Judiciário na sua utilização.

Devendo ser ainda verificado como anda o nível de engajamento e participação pública nesses setores do processo de tomada de decisões judiciais; tendo em vista que o grau de força do princípio da precaução, enquanto indispensável elemento de *accountability* da tecnologia automatizada manuseada pelo Judiciário, reside também na sua responsabilidade de provar que ela é segura, mesmo que a relação de causa e efeito não possa ser cientificamente demonstrada para se evitar potenciais prejuízos aos jurisdicionados.

No próximo item, será analisada a necessária conciliação de estratégias de aplicação do princípio da eficiência processual com a garantia dos direitos fundamentais ligados ao acesso à justiça. Tendo em vista que um dos maiores desafios da Inteligência Artificial utilizada na atividade judicial é o de proporcionar um julgamento mais rápido, mas sem que se reduza ou aniquile dos jurisdicionados e daqueles que vão bater às portas do Poder Judiciário relevantes direitos fundamentais conquistados desde a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988¹².

3.2. A NECESSÁRIA CONCILIAÇÃO DE ESTRATÉGIAS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL COM A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO À JUSTIÇA

O art. 8º do CPC de 2015 ao exigir do juiz na aplicação do ordenamento jurídico o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, a promoção da dignidade da pessoa humana e a observância da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, consagrou uma avançada concepção da função jurisdicional. A norma em questão se volta à atividade jurisdicional do magistrado e não à aplicação do direito ao

12. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

caso concreto, porque em tais situações a principiologia que deve orientar o julgador é a do direito material aplicável.

Como pode ser percebido, a parte final do art. 8º do CPC/15 oferece à atividade jurisdicional três dos cinco princípios da Administração Pública alocados no art. 37 da Constituição Federal: legalidade, publicidade e eficiência. Não consta da norma processual o princípio da impessoalidade, pelo fato deste princípio ser assunto examinado no processo civil como garantia do juízo natural e da moralidade, já que no art. 5º do CPC/15 está consagrado o princípio da boa-fé objetiva. Sendo o princípio da publicidade concretizado no art. 11 do CPC/15.

O princípio da eficiência, em breve síntese, exige que todos os órgãos da Administração Pública exerçam suas funções de modo eficiente oferecendo o grau máximo de satisfação, não podendo ser diferente com o Poder Judiciário. E como a função jurisdicional no exercício de sua atividade principal, que é a tutela de direitos, cabe ao Poder Judiciário prestar um serviço eficiente a fim de alcançar o melhor acesso possível à ordem jurídica justa, no menor espaço de tempo para entregar aos jurisdicionados a maior satisfação possível.

Na atual realidade jurídica acadêmica brasileira e na jurisprudência, tem sido cada vez mais comum a associação entre eficiência e economia de acordo com os recentes estudos da análise econômica do direito. A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) ganhou destaque no mundo a partir da segunda metade do século XX e em termos gerais, esta corrente doutrinária defende a utilização da análise econômica enquanto ferramenta auxiliar das justificações doutrinárias para atingir maior objetividade e precisão na tomada de decisões¹³. Além disso, parte da perspectiva que os indivíduos são criaturas racionais que se comportam tentando maximizar seus interesses em todas as facetas da vida em sociedade, representando o direito um conjunto de incentivos que visa premiar as condutas eficientes e penalizar as ineficientes¹⁴.

13. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC/RJ, v. 9, n.º 29 (jul/dez), 2006, p. 51.

14. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC/RJ, v. 9, n.º 29 (jul/dez), 2006, p. 52.

Os marcos iniciais dessa corrente doutrinária são os estudos de Ronald H. Coase¹⁵ e Guido Calabresi¹⁶, porém a análise econômica do direito só ganhou destaque através dos estudos de Richard Posner¹⁷. O movimento não é homogêneo, congregando diversas tendências como a conservadora, a liberal-reformista e a neoinstitucionalista, entretanto possui como ponto de convergência a utilização da interdisciplinaridade com a teoria econômica como metodologia de análise para o Direito¹⁸. Como se percebe, é exatamente dentro dessa matriz doutrinária que emerge a dicotomia entre justiça e eficiência. E de acordo com os estudiosos que adotam essa metodologia, a dicotomia entre esses valores seria falsa, porque para uma decisão ser considerada justa é necessário que o elemento eficiência seja considerado¹⁹. Sob esse aspecto, destaca-se que o critério de eficiência mais conhecido e um dos mais criticados de toda análise econômica do direito é o da teoria da maximização da riqueza²⁰ e que ao longo do tempo sofreu algumas mutações.

Inicialmente, tendo como ponto de partida o utilitarismo²¹, apesar de que ao final de suas conclusões essa corrente se descola de tal vertente filo-

-
15. COASE, Ronald H. **The Problem of Social Costs**. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, out. 1960.
 16. CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents: A Legal and Economics Analysis**. New Haven, CT: Yale University, 1970.
 17. POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
 18. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC/RJ, v. 9, n.º 29 (jul/dez), 2006, p. 53.
 19. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics*. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, n. 73, jun-jul. 2005, p. 1. (p. 01-10).
 20. POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 75.
 21. O utilitarismo é uma concepção da filosofia que tem entre seus principais pensadores Jeremy Bentham (1748- 1832) e John Stuart Mill (1806-1873). Ambos não comungam da mesma ideia sobre o conceito de útil, contudo, eles partem dos mesmos pressupostos, a saber: a natureza volitiva da moral, o procedimento de deliberação e a defesa negativa do princípio da utilidade. Para Bentham, os juízes e legisladores antes de tomarem suas decisões devem levar em consideração a busca por determinados objetos, a relação existente entre eles, além de outras aspectos particulares que circundam a questão em si, que é de onde surge o princípio da utilidade enquanto elemento teórico de sua construção. Para ele, “por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida feli-

sófica, a eficiência na condição de maximização da riqueza é um princípio moral, seja por oferecer uma base sólida para uma teoria de justiça distributiva (corretiva), seja por respeitar as escolhas individuais (liberdade), já que calcada no modelo de transação voluntária de mercado. As pessoas, de modo geral, são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as suas atividades que implicam alguma escolha²². Assim, tanto as satisfações não monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização e as decisões não precisam ser conscientes para serem racionais, já que a racionalidade é considerada apenas uma adequação de meios e fins²³. Aqui, a quantificação da riqueza se deve pela média ponderada de preços ofertados, ou seja, quanto uma pessoa está disposta a pagar pelo bem, e de procura, isto é, quanto o proprietário do bem exigiria para dele abrir mão, bem como o *superávit* que resulta dessa transação²⁴. É exatamente por conta desse *superávit* que as partes concordam em transacionar. Daí que, na primeira fase dessa concepção a respeito da eficiência enquanto maximização da riqueza, o consentimento passa a ter um papel fundamental.

cidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo”. *In: Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo. Editora Abril. 1974, p. 9. Já para Mill, para quem a felicidade não é só a quantidade de prazer produzido, mas também a qualidade do prazer conquistado, a utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral, são as ações corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade se entende prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer [...] o prazer e a imunidade à dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e que todas as coisas desejáveis [...] são desejáveis quer pelo prazer inerente a elas mesmas, quer como meios para alcançar o prazer e evitar a dor. *In: A Liberdade/Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 187.

22. FREIRE, Alonso. O pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, v. 8, n° 2, 2015, p. 240.
23. FREIRE, Alonso. O pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, v. 8, n° 2, 2015, p. 240.
24. Conforme exemplificado por Richard Posner:” [...] eu lhe ofereço \$5 por um saco de laranjas, você aceita e a transação se efetua. A sociedade deve ter ficado masi rica. Antes da transação você tinha um saco de laranjas que julgava valer menos que \$5, enquanto eu tinha \$5. Agora você tem \$5, e eu tenho um saco de laranjas que julgo valer mais \$5”. POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 74.

Todavia, anos depois, por conta das críticas recebidas, essa corrente da análise econômica do direito, efetuou uma revisão de sua posição, mesmo que modestamente, passando a defender que, de fato, o seu critério não era superior aos demais parâmetros clássicos da filosofia liberal²⁵, e que seus limites estariam impressos na Constituição. Assim, a maximização da riqueza enquanto eficiência não deveria ser tratada mais como um princípio moral ou ético, por assim dizer, mas sim como mais um entre outros valores a serem considerados no conjunto das instituições de justiça daquilo que deve ser levado em consideração no momento da realização das escolhas, ou seja, da tomada de decisões pelos agentes públicos, sem olvidar-se do papel de destaque da função jurisdicional nesse contexto.

Assim, ao se pensar a respeito da possibilidade de se aplicar algumas premissas da análise econômica do direito, em certa medida, na realidade processual brasileira, a depender da abordagem feita pelo julgador, é viável a utilização do valor eficiência como razão de decidir, ainda que de forma velada, ou não expressa, nas razões apresentadas na decisão²⁶. A eficiência aí, seria, dessa maneira, um *standard ético* que auxiliaria na determinação do que é ou não é justo²⁷.

Todavia, o grande desafio lançado a respeito da utilização das premissas da análise econômica do direito, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é também o de se pensar de que forma o sistema pátrio, recheado de vários direitos fundamentais de caráter social e assistencial, pode com essa doutrina ser compatibilizado, sem que àqueles que acabam dependendo dessas políticas, venham a ser, infelizmente, os mais prejudicados. Se de fato, se pode pensar nesse sistema pautado pela busca da maximização de riquezas em prol do bem-estar social, ainda que na condição de só mais um elemento a ser levado em consideração pelos agentes políticos, é bom que se defina o quanto antes, o que, em nosso país, possa ser compreendido como “maximização de riquezas”, além do aspirado e tão sonhado “bem-estar social”. Tarefa, não necessariamente impossível, mas que reclama uma análise associada não apenas entre a relação, às vezes quase que promíscua entre o direito e a economia, mas também com outras ciências sociais aplicadas,

25. POSNER, Richard A. Wealth maximization revisited. *Notre Dame Journal of Law: Ethics & Public Policy*, v. 2, 1985-1987. p. 85.

26. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 9.

27. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 9.

como a sociologia, a ciência política, a história, a administração, a filosofia, a contabilidade além das novas tecnologias da informação. Isso porque a despeito das pretensões da análise econômica do direito que, de certo modo, estão vocacionadas a uma relação de custo-benefício, é necessário também que essa doutrina ofereça alternativas do que pode ser feito com os eventuais ganhos advindos com uma justiça mais pragmática seja no seu sentido filosófico ou jurídico. Sob pena de tal concepção se tornar mais uma audaciosa teoria que habitará os bancos acadêmicos sem maiores resultados praticados.

Daí a necessidade de se conciliar estratégias de aplicação da eficiência processual sem que se reduzam as garantias fundamentais de acesso à justiça até então conquistadas e que na prática, ainda há muito a ser alcançado, especialmente ao se pensar que, apesar do Brasil ter ultrapassado a marca de mais de 1 milhão de advogados, com aproximadamente um advogado a cada 209 (duzentos e nove) habitantes, os quadros de assistência judiciária gratuita, seja pela Defensoria Pública²⁸ ou pelos mais de 1.400 (mil e quatrocentos) cursos de Direito²⁹ espalhados pelo país, ainda é bastante precário.

O acesso à justiça está previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, na condição de direito fundamental, sendo aí estabelecido que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

28. Embora a Constituição Federal tenha optado pela criação de uma estrutura jurídica própria para a defesa dos hipossuficientes, a Defensoria Pública, em várias ocasiões devido ao descaso dos governos estaduais na implementação de tal instituição, o Supremo Tribunal Federal já foi provocado em algumas ocasiões determinando que tais entidades federativas efetuassem a criação deste órgão. “Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994). STF, ADI 4270, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 14/03/2012”.

29. Este levantamento de dados está contido no relatório do Conselho Federal da OAB e da ONU, e disponibilizado em: **Por que o Brasil tem Tantos Advogados** - <https://perma.cc/AW95-2JLZ>.

Esse direito foi reproduzido no art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, sendo ressaltado em seus parágrafos a importância da solução consensual dos conflitos, que deverá ser promovida pelo Estado sempre que possível, além da sua estimulação no curso do processo judicial. O acesso à justiça, um dos mais importantes direitos fundamentais dos seres humanos, também está previsto no art. 6º, 1, primeira parte, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao estipular o direito a um processo equitativo, dispondo que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecida pela lei”.

Tradicionalmente, o princípio de acesso à justiça não deve ser compreendido como mera garantia de provocação do Judiciário, pois nem sempre aqueles que tiveram seu “dia na Corte” sentem que, de fato, a “justiça foi feita”³⁰. Daí poder se afirmar que o referido princípio abrange a garantia de todos os requisitos necessários para assegurar o acesso à ordem jurídica justa. Apenas haverá acesso à justiça quando o sistema legal estabelecer regras claras para toda a sociedade e garantir a correção efetiva de ilegalidades através de instituições capazes de fornecer adequada aplicação do direito³¹. Além disso, há também a concepção de que o direito de acesso à justiça não se encerra com a decisão final do processo. Nessa ótica, o ordenamento

30. “In conventional usage, the concept seems largely procedural. ‘Equal justice’ is usually taken to mean ‘equal access to justice,’ which in turn is taken to mean access to law. But as is frequently noted, a purely procedural understanding by no means captures our aspirations. Those who receive their “day in court” do not always feel that ‘justice has been done,’ and with reason”. Tradução livre: No uso convencional, o conceito parece amplamente processual. “Justiça igual” é geralmente entendida como “acesso igual à justiça”, que, por sua vez, significa acesso à lei. Mas, como é frequentemente observado, um entendimento puramente procedimental de forma alguma captura nossa aspirações. Quem recebe o seu “dia no tribunal” nem sempre se sente que “a justiça foi feita”, e com razão. *In*: RHODE, Deborah L. Access to Justice. **Fordham Law Review**, v. 69, 2001, p. 1.786.

31. Na clássica concepção de Cappelletti e Garth, o acesso à justiça é garantido se o ordenamento possuir duas características elementares: a) assegurar a todos, de forma igualitária, o recurso ao sistema legal; e b) produzir, por meio desse sistema, resultados individual e socialmente justos. **Acesso à justiça**. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 8. E na doutrina brasileira, para Cândido Rangel Dinamarco, “só tem acesso à justiça quem recebe justiça, e isso significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do Juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade”. *In*: **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 1. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 206.

jurídico precisaria ser capaz de implementar o comando contido na ordem judicial, a fim de que vencedores em juízo não saíssem perdedores na vida. E conforme decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Hornsby v. Greece*, em 19 de março de 1997, a garantia de acesso às Cortes prevista no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos seria ilusória se o sistema legal do Estado-parte permitisse que uma decisão judicial final e vinculante restasse inoperante em detrimento de uma das partes, de modo que a execução de um julgamento proferido por qualquer Tribunal deve ser considerada como parte integral da aludida garantia³².

No Brasil, essa discussão a respeito da implementação do comando judicial que, em algumas ocasiões, só se materializa por meio do processo de execução, tem provocado intensos debates, tendo em vista que ele acaba sendo um óbice ao acesso à justiça nos casos de execução de condenações contra a Fazenda Pública pelo regime de precatórios. Em tais situações, percebe-se claramente que este imbróglio não pode ser resolvido e não será resolvido apenas pela implementação de tecnologias inteligentes ao Poder Judiciário que proporcionem maior celeridade aos seus julgamentos, quando na verdade, o problema é de ordem cultural, institucional e econômico, já que o calote foi institucionalizado pitorescamente na Constituição Federal de 1988³³. E apesar do Supremo Tribunal Federal já ter decidido que o “regime

32. [...]Execution of judgments a. Right to prompt implementation of a final and binding judicial decision 92. Article 6 § 1 protects the implementation of final, binding judicial decisions (as distinct from the implementation of decisions which may be subject to review by a higher court) (*Ouzounis and Others v. Greece*, § 21). 93. The right to execution of such decisions, given by any court, is an integral part of the “right to a court” (*Hornsby v. Greece*, § 40; *Scordino v. Italy* (no. 1) [GC], § 196). Otherwise, the provisions of Article 6 § 1 would be deprived of all useful effect (*Burdov v. Russia*, §§ 34 and 37). [...]. In: European Court of Human Rights – Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights – Right to a fair trial, 2013. Disponível em: <https://www.ejtn.eu/PageFiles/15659/2013%20ECtHR%20Case-law%20Guide%20Article%206%20civil.pdf>. p. 23.

33. Como se não bastasse, aumentando ainda mais os receios dos credores da Fazenda Pública, no dia 12 de dezembro de 2021, foi promulgada a Emenda Constitucional de nº 113, conhecida como a PEC dos precatórios (Proposta de Emenda à Constituição 23/21). Com as novas regras da PEC, o volume de precatórios não pagos pode chegar a R\$ 121,3 bilhões em 2026, já corrigidos pela taxa Selic. O limite de pagamento para precatórios é estimado em R\$ 40,38 bilhões para 2022, o qual se aplica somente aos precatórios e requisições de pequeno valor (RPVs), de até 60 salários mínimos ou cerca de R\$ 70 mil. Dentro desse limite, terão prioridade no pagamento as despesas com as RPVs, estimadas em R\$ 19,89 bilhões para o mesmo exercício. Com isso, sobrarão R\$ 20,49 bilhões para pagar os outros precatórios. Além disso, serão pagos