

JORDI NIEVA-FENOLL

**INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL
E PROCESSO
JUDICIAL**

2^a
edição
Revista

TRADUÇÃO:
Elie Pierre Eid

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

VI

Inteligência artificial e direitos humanos

Chegamos à parte final desta monografia, em que, seguindo a linha anterior, teremos de lidar com o impacto do uso judicial da inteligência artificial sobre os direitos humanos. Embora tudo isso possa ser interessante para ilustrar as mudanças e os perigos de cada setor, este é o capítulo central para o futuro.

Por mais automática que seja uma parte substancial do trabalho do Judiciário, os direitos humanos nunca podem ser esquecidos. Eles nasceram como uma barreira defensiva para os cidadãos contra o imenso poder do Estado,¹ e, agora, além de reforçá-la, essa garantia deve ser atualizada em razão do

1. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, II, Cambridge 1963, pp. 377 e ss (137 e ss). BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I, London 1791, pp. 126 e ss.

risco de que os indivíduos, pouco conscientes de seus direitos fundamentais, os renunciem e aceitem automatismos, como já foi observado nos últimos anos na área de privacidade e redes sociais, com uma negligência que tem sido aproveitada por muitas empresas em busca de lucro, assim como por governos, que reforçam, abusivamente, sua vigilância sobre população.

Alguns acreditam que o uso da inteligência artificial em assuntos judiciais aumentará o conhecimento das pessoas sobre seus direitos, porque será mais fácil e barato acessá-los.² Pelas razões que acabo de expor, não acredito que se possa ser tão otimista, pois a facilidade de acesso ao conhecimento nem sempre leva a uma maior consciência dos perigos para os cidadãos e de suas defesas. Por exemplo, quando se trata de doenças sexualmente transmissíveis ou uso de drogas, nunca houve tantas oportunidades para obter tantas informações a respeito; isso nem sempre se traduziu em um comportamento mais responsável por parte da população.

Portanto, parece particularmente importante alertar sobre os riscos do uso da inteligência artificial em matéria de direitos humanos.³ Este capítulo é dedicado a essa discussão, ainda é escassa na doutrina.⁴

-
2. ALARIE, B. / NIBLETT, A. / YOON, A. H., “Law in the future”, *University of Toronto Law Journal*, 2016, p. 3.
 3. Alguns autores já apontaram nessa direção de maneira incipiente: REID, M., “Rethinking the Fourth Amendment in the Age of Supercomputers, Artificial Intelligence, and Robots”, cit. pp. 863 e ss.
 4. Com poucas exceções, COMOGLIO, Paolo, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino 2018, pp. 341 e ss.

1. DIREITO A UM JUIZ IMPARCIAL

Existe razão para questionar a imparcialidade de uma máquina ou este é um predicado exclusivo dos seres humanos? A resposta não é tão óbvia quanto pode parecer inicialmente. Não há outra escolha senão enfrentar a essência psicológica da imparcialidade, e, em seguida, avançar para a jurídica, a fim de comprovar se alguma das reivindicações pretendidas com este antigo direito conservaria algum significado no quadro da inteligência artificial.

a. A essência da imparcialidade

A imparcialidade judicial pretende assegurar que o juiz esteja completamente distanciado, em termos reais e aparentes,⁵ do objeto do processo e dos interesses das partes.⁶ Na minha opinião, é um dos três direitos essenciais do processo, juntamente com o direito de defesa e a coisa julgada.⁷ Além disso, é um princípio tão importante para o nosso ordenamento jurídico que o legislador previu diversas garantias para reforçá-lo. Há muito tempo, talvez intuitiva ou naturalmente, os juristas estavam inclinados a favorecer a dualidade das partes para que o juiz pudesse se afastar delas, preservando, assim, a objetividade de seu julgamento. Ainda, como vimos, a presunção de inocência foi estabelecida em processos penais, cujo objetivo é evitar que o juiz, influenciado pelo preconceito social da culpabilidade,⁸

5. STC 145/1988.

6. RUIZ VADILLO, Enrique, “La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española”, *La Ley*, 1996, Tomo VI, p. 1641.

7. NIEVA-FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, cit. pp. 125 e ss.

8. NIEVA-FENOLL, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret*, 1/2016, p. 16.

incline-se excessivamente para o lado da acusação. Finalmente, foi imposta aos juízes a obrigação de se absterem de casos em que são parciais; caso isso não ocorra, sua exclusão é encorajada por meio do impedimento ou da suspeição.

Entretanto, convém revisar as causas de afastamento do juiz,⁹ para que se consiga examiná-las cuidadosamente.

-
9. Podem ser úteis, como explicação, as causas expostas nos art. 219 da *Ley Orgánica del Poder Judicial*: 1.^ª *El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.* 2.^ª *El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.* 3.^ª *Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.* 4.^ª *Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.* 5.^ª *Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.* 6.^ª *Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.* 7.^ª *Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.* 8.^ª *Tener pleito pendiente con alguna de éstas.* 9.^ª *Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.* 10.^ª *Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.* 11.^ª *Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.* 12.^ª *Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.* 13.^ª *Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.* 14.^ª *En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de*

Bem analisadas, estão relacionadas com laços familiares; com a relação do juiz com as partes ou com juízes de outras instâncias; com a relação profissional como advogado das partes; ter conhecido os fatos em razão de uma profissão ou cargo anterior; ou ter expressado, publicamente, sua opinião sobre o caso concreto. Na realidade, com exceção desta última, todos os motivos poderiam ser resumidos na proximidade ou repulsa do juiz pelas partes ou pelo objeto do processo, como indicado acima na definição dada ao conceito de imparcialidade, lembrado pelo artigo 219 da Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol, em seus incisos 9 e 10.

O que se esconde por trás destas causas de parcialidade são, simplesmente, as emoções de afeto e ódio.¹⁰ No caso de o juiz ter expressado, previamente, uma opinião sobre o assunto, embora se possa falar de um viés de confirmação,¹¹ muitas vezes por trás deste viés está também o prazer de defender o orgulho de não modificar uma opinião, por medo de parecer ter cometido um erro.

los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.ª a 9.ª, 12.ª, 13.ª y 15.ª de este artículo.

15.ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.

16.ª Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.

10. Adverti em NIEVA-FENOLL, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona 2007, pp. 99 e ss.
11. MYERS, David G., *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de *Intuition: its power and perils*, New Haven e Londres 2002, Barcelona 2003, p. 175.

b. Imparcialidade e inteligência artificial

Encontramo-nos diante das duas emoções básicas do ser humano, que resumem todas as demais. Como vimos, as emoções são próprias das pessoas, enquanto as máquinas apenas podem simulá-las. Sendo assim, no trabalho realizado por uma ferramenta de inteligência artificial, seria possível defender e manter o direito a um juiz imparcial? Esse direito deveria desaparecer em um contexto em que as máquinas proferissem sentenças?

Certamente, se formos à essência do direito a um juiz imparcial, como se acaba de fazer, descobre-se que por trás dele está simplesmente uma emoção. Estamos cientes de que a máquina, chamada a tomar as decisões, não sente emoções, motivo pelo qual o direito em questão deixaria de fazer sentido. Não se poderia sequer pensar aqui – em princípio – na imparcialidade dos construtores dos algoritmos, como tem sido feito com relação à independência, porque imparcialidade, reitero que em princípio, é algo que só pode ser observado no caso concreto, e não *a priori* em uma variedade de casos gerais. Naturalmente, seu conteúdo pode ser categorizado genérica e previamente em uma série de motivos de desqualificação, destinados, sobretudo, a orientar e advertir os juízes sobre os prejuízos de sua conduta, mas o impacto da emoção deve ser observado em cada caso concreto. Naturalmente, cônjuges, familiares, subordinados ou dependentes podem ser automaticamente excluídos da função judicial, mas nenhuma dessas circunstâncias se aplica às máquinas. As possibilidades de sentir-se inimigo – ou amigo – de uma máquina são concebíveis, como mostra a literatura,¹² mesmo que sejam estranhas atualmente.

12. Não é preciso recordar HAL de 2001, *A Space Odyssey*. *Matrix* também poderia ser um excelente exemplo.

Voltemos aos construtores do algoritmo. É possível que eles tentassem manipulá-lo para favorecer um amigo ou um interesse particular, ou mesmo para alcançar a vitória em um processo pendente. Isto é exatamente o que alguns políticos corruptos fizeram ao longo da história quando conseguiram promulgar uma lei, que favorecia seus interesses individuais ou os de algumas poucas figuras próximos. Entretanto, as oportunidades para tais construtores são um pouco mais reduzidas nesta área. Além da vigilância a que deveriam estar sujeitos, pois, como vimos, eles atuarão dentro de amplos parâmetros e apenas ocasionalmente poderão influenciar a argumentação jurídica, é difícil conceber suas possibilidades de alterar o funcionamento da ferramenta sem causar um efeito em grande escala, sujeito a identificação, mais cedo ou mais tarde, como um erro e com grande chance de ser intencional.

Portanto, desse ponto de vista, e mesmo que as possibilidades de intervenção da ferramenta na argumentação jurídica sejam incrementadas, é difícil conceber a incidência sobre os riscos que o direito a um juiz imparcial pretendia evitar. Assim, se um dia algo que hoje é impossível – a substituição total do juiz pela máquina – fosse materializado, este direito seria completamente desnecessário.

c. Imparcialidade e independência são equivalentes no contexto da inteligência artificial

Entretanto, a essência da imparcialidade não deveria ser esquecida, ou seja, o juiz não deve estar mais próximo de uma parte do que da outra, tanto pessoalmente, como com relação ao objeto litigioso. Nesse sentido, a noção de imparcialidade, no contexto da inteligência artificial, ainda conserva sua utilidade, mesmo que ela seja definitivamente confundida com o estudo da independência. O empenho doutrinário para separar as duas

noções tem sido reiterado – embora não reconhecido –, mas, quando não se está lidando com pessoas, e, sim, com máquinas, a distinção não é mais viável.

Deseja-se que os algoritmos das máquinas sejam isonômicos em geral, e não discriminatórios. Como vimos, no cerne da independência está, acima de tudo, na pressão de outros ramos do governo sobre os juízes, que estabelecem diretrizes simplesmente emocionais. Desta forma, seria necessário ter o cuidado para o algoritmo não ser desequilibrado desde o início, em benefício de um grupo de sujeitos ou de interesses, como acontece quando os poderes executivos tentam influenciar uma decisão judicial, ou um conjunto delas.

Ao falar em independência, foi explicado que, assim como os legisladores poderiam favorecer certos grupos, a mesma postura poderia ser tomada pelos desenvolvedores de algoritmos. Existe o risco de o Poder Executivo ser o único a promover estas desigualdades. De fato, é a mesma medida adotada, certa vez, pelos legisladores para o acusado com relação à presunção de inocência¹³: desequilibrar a balança para que um sujeito, normalmente em desvantagem na relação processual, pudesse ter a oportunidade de um julgamento justo, restaurando, assim, a igualdade que deveria reger qualquer processo, para não frustrar a defesa. Veremos isso posteriormente.

Portanto, embora possa ser bem-intencionada, a decisão de proteger os devedores ou os proprietários contra pessoas que ocupam ilegalmente o imóvel, sob um pretexto ou outro,

13. Dig. L. 48, tit. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*”

nunca é ingênua, mas deliberada. Assim como a proteção aos consumidores, tornando suas chances de sucesso no processo maiores, caso eles não tivessem essa ajuda adicional.¹⁴ Tradicionalmente, o legislador interveio sobre o ônus da prova, criando – a meu ver, erroneamente¹⁵ – inversões, a fim de melhorar substancialmente não apenas as suas possibilidades de defesa, mas também suas perspectivas de sucesso no processo.

Da mesma forma, foram feitas tentativas para melhorar a situação dos réus, fazendo com que participassem por último durante todo o processo, como uma medida processual que pode parecer lógica e ingênua, mas com grande potencial dialético: presta-se maior atenção em quem é ouvido ou lido em último lugar, especialmente porque a pessoa que atua posteriormente teve a oportunidade de rebater os argumentos anteriores. Isso compensa o fato de que o demandante tem todo o tempo do mundo para preparar sua demanda, enquanto o demandado está sempre vinculado aos prazos; além disso, está sempre esperando por algo a ser dito pelo o demandante.

A questão é saber se isso tudo, ou, pelo menos, algo semelhante, pode ser feito através da inteligência artificial. Em outras palavras, como os algoritmos poderiam ser configurados para que não apenas o direito a um juiz imparcial não

14. É o que tentou o legislador da União Europeia e o Tribunal de Justiça da União Europeia com a ampliação dos poderes de ofício dos juizes: ARROYO AMAYUELAS, “No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo”, AAVV (dir. Arroyo / Serrano), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid 2016, pp. 65 e ss, assim como a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas nos contratos de consumo, bem como a respectiva jurisprudência, por exemplo, STJUE 14-3-2013, Mohamed Aziz c. Catalunyaixa. C-415/11. Ainda, NIEVA-FENOLL, “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, *Diario La Ley*, n. 9.000, 14-6-2017.

15. NIEVA-FENOLL, *Derecho Procesal II. Proceso civil*, cit. pp. 189 e ss.

fosse violado, mas também para que os interesses coletivos ou prioritários do ordenamento jurídico sejam protegidos.

d. Preservação da imparcialidade/independência da inteligência artificial

Inegavelmente, quando o legislador edita normas para proteger um grupo ou um interesse específico, sua intenção inicial é generalizar esta proteção a todos os casos concretos. Neste momento de certa euforia legislativa, que tantas vezes acompanha o pai de uma norma, não se costuma perceber que as leis nem sempre são o que o legislador desejou, pois, em muitas ocasiões, seu conteúdo é alterado ao longo do tempo, às vezes em um período muito curto. O estudo da Teoria do Direito mostra que essas alterações são naturais, respondem, sobretudo, às circunstâncias sociológicas e são necessárias para o ordenamento jurídico ser um organismo vivo,¹⁶ essencial para a evolução da sociedade, como reiterei em várias ocasiões neste trabalho.

Os legisladores costumam ignorar a figura do juiz, que inevitavelmente interpretará a lei para aplicá-la ao caso concreto.¹⁷ Isso significa que nem sempre será diretamente atendida a *voluntas legislatoris*. Além disso, os juízes desconsideram, frequentemente, os debates parlamentares prévios à edição da norma e realizam a interpretação que lhes pareça mais

16. SATTÀ, Salvatore (com Carmine PUNZI), *Diritto Processuale Civile*, Padova 1996. CARNELUTTI, Francesco, “Nuove riflessioni sul giudizio giuridico”, *Riv. di dir. proc. civ.* 1956, p. 104.

17. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, reimpr. de la ed. de Leipzig e Wien, 1934, Darmstadt 1994, p. 79. “*Die Funktion der sogenannten Rechtsprechung ist vielmehr konstitutiv, ist Rechtserzeugung im eigentlichen Sinne des Wortes.*”

apropriada, utilizando, principalmente, o argumento teleológico, que mais parece o sociológico. Em outras palavras, eles tentam analisar qual foi a intenção do legislador com aquela norma para, finalmente, dar-lhe o direcionamento adequado àquela intenção geral, muitas vezes coincidindo com sua própria ideologia.¹⁸

Tudo isso, embora tenha sido reiteradamente percebido como um perigo¹⁹ – em outros momentos, em certo sentido, como uma vantagem²⁰ –, é natural e inevitável, pois o juiz não é o próprio legislador, e, portanto, mesmo inadvertidamente, é possível que ele modifique as intenções originárias quando da aplicação da norma jurídica. Além disso, a aplicação concreta da norma, editada em caráter geral, evidentemente não pode ser vista como uma atividade deletéria, porque essa a adaptação é inevitável.

-
18. Há ampla bibliografia sobre o tema: GAROUPA, Nuno e. a., “Judging Under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court”, 29 *J.L. Econ. & Org.* 513, 516, 2013. CARRUBBA, Clifford J. e. a., “Judicial Behavior Under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice”, 102 *Am. Pol. Sci. Rev.* 435, 449, 2008. EPSTEIN, Lee et al., “The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases”, 80 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 109-10, 2005. STAUDT, Nancy, *The Judicial Power Of The Purse: How Courts Fund National Defense In Times Of Crisis*, 2011. Sobre o tema: HOWELL, William G. / AHMED, Faisal Z., “Voting for the President: The Supreme Court During War”, 30 *J.L. Econ. & Org.* 39, 68, 2014. Certamente, POSNER, Eduard A., *Cómo deciden los jueces*, Madrid 2011, *passim*.
 19. MONTESQUIEU, Barón de (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reedição da edição de Paris de 1748, Paris 1979, L. XI, Cap. VI, p. 301: “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”.
 20. Apesar do grande distanciamento político de ambos os autores e das respectivas concepções, ver KANTOROWICZ, Hermann Ulrich (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, pp. 10 e ss. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. de Guastavino de “Taking rights seriously”, ed. de Londres de 1977, Barcelona 1997, p. 46.

Naturalmente, essa tarefa apresenta alguns perigos, porquanto é na margem de discricionariiedade que são produzidos os ataques à independência e imparcialidade. Entretanto, em uma estrutura de inteligência artificial, esses perigos podem ou não ocorrer, por inexistir margem de discricionariiedade, ou os riscos são causados pela mera configuração do algoritmo, como já observado.

Em outras palavras, uma ferramenta de inteligência artificial aplicaria, inexoravelmente, a lei às situações reais para as quais foi concebida, sem qualquer margem de discricionariiedade baseada em sensações pessoais. A ferramenta classificaria a situação concreta em uma das hipóteses da norma e a aplicaria imediatamente. Isso se assemelha a um teste de diagnóstico médico, realizado mediante inteligência artificial, em que a máquina identifica o tumor e pode recomendar um tratamento.

No entanto, dois fatores interessantes devem ser levados em conta. Em primeiro lugar, é difícil para a máquina classificar todas as situações de vida para fins de execução de seus algoritmos, mas, em termos gerais, poderia fazê-lo com elevada precisão, razão pela qual não é descabido pensar que, em algum dia, este limite seja alcançado mesmo sem argumentação jurídica expressa em uma motivação, pois a ferramenta aplicaria a lei conforme programada. Em segundo lugar, estão as reclamações dos profissionais jurídicos sobre a configuração do algoritmo, mas que, como já dissemos, a motivação se torna desnecessária, ou melhor, é expressa antecipadamente pelo conteúdo do algoritmo.

Contudo, vimos que a máquina pode simular emoções. Portanto, se ela tiver a informação precisa em seus algoritmos para detectar alguns dados que denotem, por exemplo, vulnerabilidade em uma das partes, poderia alterar sua lógica,

exatamente como faz um juiz quando sente que não é justo aplicar a lei com todo o seu rigor, realizando um exercício elementar de empatia. A máquina pode fazer isso, embora de forma fria e sistemática, ao detectar, novamente, essas situações de vulnerabilidade por meio de estatísticas da percepção social e das circunstâncias que causam comiseração ao ser humano comum. Dessa forma, também poderíamos ter a sensação de que a máquina é empática, caso corresponda ao nosso próprio sentido, como observadores, da vulnerabilidade dos outros. Não se deve esquecer que quando um juiz toma a decisão de modular a aplicação da lei, ele está simplesmente realizando um exercício estatístico, ainda que apenas aproximado ou genericamente, sobre o que é percebido socialmente como mais justo.

Analisando friamente, tudo isso é impressionante. No entanto, essa não é uma perspectiva futurista impossível, e nos permite determinar se queremos ou não a imparcialidade da máquina em vários contextos específicos. Com um juiz, dificilmente podemos controlar esta variável estritamente, mas com uma ferramenta de inteligência artificial tal controle é absolutamente possível. Basta configurar o algoritmo para ele levar ou não em conta estas circunstâncias pessoais. E o que acontece depois disso dependerá da noção de justiça do desenvolvedor do algoritmo, de acordo com as instruções que lhe foram dadas.

Portanto, será necessário tomar uma decisão sobre até que ponto queremos a imparcialidade da máquina, o que equivale a refletir sobre seu conteúdo, estando bem conscientes de que ela será sistemática. Se lhe dermos diretrizes “empáticas”, que quebrem sua imparcialidade, é possível que os resultados sejam adversos às intenções. Vejamos a seguir.

e. Empatia e algoritmos

Pensar, criticamente, a inteligência artificial é reconhecer que ela possa ser tão humana quanto qualquer outra criação do *homo sapiens*. Afora disso, o que geralmente se pretende explicar com essa constatação é a ausência de sentimentos da máquina.

Espera-se que o juiz não aplique todo o rigor das leis, mas seja capaz de adaptá-las ao que parece justo em cada caso concreto, questão essa que, invariavelmente, se relaciona, como foi dito, com a ideologia e com outras variáveis sociológicas. Em linguagem popular, podemos chamá-las de “sentimentos”.

Normalmente, não estamos suficientemente cientes da enorme lacuna aberta por tal pensamento na ordem jurídica, pois nos acostumamos a conviver com ela e, em certa medida, a respeitá-la. Na verdade, estamos habituados com a linguagem persuasiva. Não nos importa que o juiz manifeste seu senso de justiça na sentença e manipule as leis para alcançar o efeito que consideramos justo, usando as técnicas interpretativas usuais de qualquer jurista. Assim, aceitamos que os juízes tenham uma amplíssima margem de discricionariedade na fixação das penas a serem impostas para um crime, pois a própria arbitrariedade do legislador ao prevê-las vem dando causa a essa margem bastante ampla.

Isso também ocorre com a análise das diversas figuras delitivas, com apreciação mais ou menos graves dos tipos legais, em função do rigor que o juiz queira aplicar às condutas. O processo civil também convive com essa realidade, embora de maneira menos visível. Certamente, o legislador impõe o dever de pagar as dívidas, mas deixa uma margem considerável de discricionariedade, por exemplo, sobre os vícios de consentimento, e sempre que introduz um conceito

jurídico indeterminado. A partir disso, o que constitui boa ou má-fé, ou ações prudentes ou negligentes, depende de cada juiz, como é sabido.

Os contrastes jurisprudenciais nesta área são notáveis. É bom saber que cada caso concreto depende da observação do juiz e que, ao final, tudo é resolvido de acordo com a maior empatia que ele tem por uma ou outra parte. Não surpreende a dificuldade para os juristas explicarem ao público as motivações de um juiz, mesmo que formalmente refletidas na decisão. Raramente, um juiz se refere à sua própria empatia na fundamentação, embora por ela se deixe levar. Essa empatia varia de acordo com a sua experiência de vida e, é claro, com a sua tendência ideológica.²¹

Suponhamos que quiséssemos sistematizar todas essas tendências dos juízes, a fim de escolher aquelas que nos parecem mais defensáveis e que queremos ver objetivamente aplicáveis nos julgamentos. Em outras palavras, seria uma questão de, finalmente, superar a “*dura lex, sed lex*”, mas, ao mesmo tempo, suprimir o apelo à “prudência” ou “equidade” para termos uma noção mais precisa sobre esses valores. Vale dizer, seria uma questão de isolar as situações em que os juízes têm empatia, escolhendo apenas aquelas que nos pareçam razoáveis.

Isto não é novidade. Como vimos, os legisladores estabeleceram algumas presunções de boa-fé, ou, como já indicado, inversões do ônus da prova,²² guiando, assim, a equidade

21. FORZA, Antonio / MENEGON, Giulia / RUMIATI, Rino, *Il giudice emotivo*, Bologna 2017, pp. 93 e ss, 107 e ss.

22. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid 2005.

dos juízes em situações nas quais a aplicação estrita da lei levaria a resultados indesejáveis. Além destas normas, foi implicitamente considerada a impossibilidade de limitar ainda mais o trabalho dos juízes, daí o recurso à justiça, equidade ou prudência.

Agora, poder-se-ia fazer este esforço graças à inteligência artificial, observando orientações sociais a partir da jurisprudência, ou mesmo a opinião das pessoas através de pesquisas de massa, com um estudo de campo no qual, colocando vários itens na forma de perguntas sobre uma multiplicidade de situações, determinaríamos, na medida do possível, o sentido social sobre o que é justo.²³ Uma vez feito isso, o próximo passo seria introduzir essas informações em um algoritmo para a inteligência artificial influenciar a aplicação das leis com uma visão “mais humana”, baseada no desejo popular.

Muitos perceberão que agir assim é democrático. E é mais do que provável que os primeiros a concordarem com isso sejam profissionais da inteligência artificial. Entretanto, embora a elaboração de um estudo de campo tão ambicioso possa ser útil de várias maneiras, tal introdução estatística de empatia no processo judicial pode ser inconveniente.

É fácil entender a razão saindo da bolha do fascínio pelo moderno, que nada mais é do que um uso da falácia *ad novitatem*. O juiz reflete um consenso social com a aplicação do ordenamento jurídico,²⁴ que, basicamente, é a

23. Algo parecido foi tentado com as normas penais: GREEN, Stuart, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, Madrid 2013, pp. 337 e ss.

24. NIEVA-FENOLL, Jordi, “Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n. 23, 2017, pp. 113 e ss. http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A4.pdf.