



DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA ERA DA AUTOMAÇÃO: A DECISÃO PODE SER AUTOMATIZADA?

JUDICIAL DISCRETION IN THE AGE OF AUTOMATION: CAN DECISIONS BE AUTOMATED?

César Bisol¹
Andrielle Barboza Bernart²

RESUMO

Este artigo questiona o que há na atividade essencialmente humana de julgar disputas que não pode ser recriado de forma confiável ou segura por meio de sistemas de IA. Para atingir o objetivo esta investigação, evoluiu em três partes. A primeira parte forneceu os fundamentos essenciais sobre os quais construir em capítulos posteriores. Foi concedida atenção específica à discricionariedade judicial no contexto de casos fáceis e difíceis. A parte segunda versou sobre a capacidade de participar do processo de tomada de decisões judiciais e o exercício da discricionariedade judicial, são manifestações do Direito, tal como uma lei existe dentro de um contexto social mais amplo, que o molda e condiciona. Ao contrário de algumas análises, a lei não é aplicada através da seleção mecânica de precedentes “corretos” para fatos. A terceira parte tratou sobre a questão desta pesquisa que é: quando uma IA deve decidir? O mundo cotidiano da prática jurídica mostra-nos que o direito e a sua aplicação são cultivados de forma iterativa através de uma variedade de atores jurídicos. Nesse sentido, é flexível, dependente do contexto e não necessariamente computável em sistemas de IA, inclusive no contexto de modelos sofisticados de grandes linguagens. nos leva ao concluir que embora os juízes humanos não sejam infalíveis e possam melhorar, eles são especialistas em lidar com conceitos jurídicos nebulosos e aplicá-los intuitivamente. Eles sabem quando defender certos valores e deixar outros de lado. Logo, as tecnologias como IA's são incapazes de atingir este nível de sofisticação.

Palavras-chave: discricionariedade; direito; tecnologia.

ABSTRACT

This article asks what it is about the essentially human activity of adjudicating disputes that cannot be recreated reliably or securely through IA systems. To achieve the objective, this investigation evolved into three parts. The first part provided the essential foundations on which to build in later chapters. Specific attention was paid to judicial discretion in the context of easy and difficult cases. The second part dealt with the ability to participate in the judicial decision-making process and the exercise of judicial discretion, these are manifestations of the Law, just as a law exists within a broader social context, which shapes and conditions it. Contrary to some analyses, the law is not applied through the mechanical selection of “correct” precedents for facts. The third part dealt with the question of this research which is: when should an IA decide? The everyday world of legal practice shows us that law and its application are cultivated iteratively through a variety of

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha. Mestre no Programa de Pós - Graduação em Filosofia na Universidade de Caxias do Sul, Mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação na Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. E-mail: cesar.bisol@hotmail.com

² Graduada em Direito no Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG), advogada inscrita na OAB/RS n 124.734, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Damásio, pós-graduanda em Direito Empresarial pela FGV. adv.andrielle@gmail.com



legal actors. In this sense, it is flexible, context-dependent and not necessarily computable in IA systems, including in the context of sophisticated models of large languages. leads us to conclude that although human judges are not infallible and can improve, they are experts at dealing with nebulous legal concepts and applying them intuitively. They know when to defend certain values and leave others aside. Therefore, technologies such as IA are unable to reach this level of sophistication.

Keywords: discretion; right; technology.

INTRODUÇÃO

O exercício da discricionariedade é parte integrante do processo de tomada de decisão judicial. Há algo sobre a versatilidade desta “forma” de julgamento que é particularmente relevante em uma “Era da Automação”, onde os sistemas de IA se integram cada vez mais em nosso setor público e privado vidas. Ao considerar as formas do processo de tomada de decisão judicial que podem não ser replicados satisfatoriamente por uma máquina, os contornos da discricção parecem ser suficientemente amplos, aberto e contestado para ser digno de análise. Na verdade, parece ser uma forma que as máquinas terão dificuldade em capturar totalmente sem rebaixar ou eliminar a intuição inatamente humana que permeia o papel judicial.

Assim, o exercício da discricção elucida a compreensão da seguinte pergunta: Quando deve uma IA decidir? Os tomadores de decisão muitas vezes consideram, para graus variados, múltiplos fatores antes de chegar a uma conclusão. Esses fatores variam em termos da sua ambiguidade e tangibilidade. Por exemplo, quando o exercício do poder discricionário é conferido no tomador de decisão, eles podem considerar vários fatores (alguns dos quais podem ser relativamente ambíguo) que ele/ela considera digno de deliberação. Um juiz em um julgamento criminal pode considerar fatores tão díspares quanto a idade do réu (sem dúvida uma consideração tangível), e o seu estado de espírito no momento da infração (sem dúvida uma consideração ambígua).

Nessa decisão, o exercício da discricionariedade é conferido ao juiz, pois não há nenhuma maneira óbvia e “correta” de chegar a uma conclusão. Em essência, podemos identificar a presença da discricionariedade aqui porque a análise de um conjunto idêntico de fatos pode levar a diferentes resultados.

Isto é importante no contexto desta pesquisa porque é precisamente esta ambiguidade no processo de tomada de decisão que os algoritmos lutam para aproveitar. A presença de discricção em uma decisão é importante para uma tomada de decisão racional, sensível ao contexto e democrática que atenda à natureza dinâmica e de textura aberta do



juízo de conflitos judiciais.

É neste ponto que a presença da discricionariedade numa decisão impede o seu sucesso ou segurança. Por exemplo, quando fatores como o “interesse público” ou o “direito consuetudinário”, princípios de justiça precisam ser avaliados em uma decisão, os algoritmos lutam para aplicá-los os valores a fatos novos e únicos, especialmente dado o entendimento aqui resumido de que o direito, em alguns casos, atua como um dispositivo heurístico operando de acordo com sua indeterminação inata.³

Mas tal indeterminação é evitada por “toda uma gama mais ampla de desafios profissionais, sociais e fatores econômicos dentro do sistema jurídico geral”.⁴ Isto está relacionado com a ideia de que o raciocínio jurídico é guiado por regras e não governado por regras, e que as regras jurídicas não podem ser aplicadas mecanicamente.

Raramente há respostas “corretas” para todas as questões jurídicas. Isto é, existem questões que pode haver vários resultados legítimos para casos judiciais. Intuição e o bom senso possivelmente brilham em “casos claros” (e como tal podem potencialmente ser calculado algorítmicamente), mas não pode fornecer uma resposta em casos marginais ou “difíceis”. Por estas razões que Deakin e Markou destacam:

(...) a substituição em massa de questões jurídicas raciocínio com computação corre o risco de minar uma das principais instituições de um ordem democrático-liberal (...) deve ser tratada com a devida cautela e ceticismo.⁵

A ênfase aqui é que regras jurídicas inequívocas e prescritivas podem potencialmente serem automatizadas, mas torna-se significativamente mais difícil fazê-lo quando as regras jurídicas agir heurísticamente para localizar/aproximar um resultado de decisão. Nos casos em que o exercício da discricionariedade é essencial para um resultado de justiça na decisão, é difícil ver como a IA, na sua forma atual, pode atender a esta prática dinâmica e nos casos da textura aberta. A ideia central aqui é que a discricionariedade atua como uma ferramenta para lidar com questões jurídicas novas e ambíguas à medida que surgem.

1 DISCRICIONARIEDADE

³ CILLERS, Paul. Critical Complexity: Collected Essays. Volume 6, Walter de Gruyter, 2016, p. 64

⁴ SHAPIRO, Martin. Courts: A Comparative and Political Analysis. The University of Chicago Press, 1981, p. 1

⁵ JOWEL, Jeffrey. The legal control of administrative discretion. 1973, p. 201.



A discricionariedade, em termos gerais, está presente no processo de tomada de decisão judicial onde a análise de um conjunto idêntico de fatos pode levar a diferentes resultados legítimos (e existe além das noções de caprichos e desejos pessoais, algo que Hart definiu como uma “escolha”, não uma discricção).⁶ Já as regras, por outro lado, funcionam do tipo “tudo ou nada”.⁷ Dessa maneira, anexando uma “consequência jurídica detalhada e definida para um estado de fato detalhado e definido”.⁸

O delineamento entre discricionariedade e regras está no cerne de um extenso discurso na filosofia jurídica que tenta rejeitar ou distinguir regras jurídicas, de padrões legais e não legais, normas e princípios legais e políticas.⁹

Um ponto de partida é talvez esclarecer que a discricção não está presente em todas as decisões e regras, assim, aparece ocupando o centro do palco apenas em alguns contextos.

Por outro lado, os legisladores terão por vezes de confiar em terminologia vaga e tornar claro o *ethos* da legislação, ao mesmo tempo que “deixa os limites específicos do conceito a estabelecerem pelos tribunais à luz dos fatos de casos individuais”.¹⁰ A discricção flutua dentro desses limites indistintos. Hart também fornece um exemplo relevante, observando que os tribunais exercerão discricionariedade quando a ocorrer aplicação de um padrão variável como o “devido cuidado” em casos como por exemplo de negligência civil. Não é surpreendente que há dificuldade em localizar precisamente o que esta norma implica, pois isso exigirá consideração cuidadosa do direito consuetudinário. Mesmo assim, “devido à imensa variedade de possíveis casos em que o cuidado é necessário, não podemos prever *ab initio* quais combinações de surgirão circunstância”. Hart continua: “É por isso que não podemos considerar antes que surjam casos particulares, que sacrifício ou compromisso de interesses ou valores desejamos fazer para reduzir o risco de danos”.¹¹

⁶ WIERINGA, Maranke. Hey SyRI, Tell Me about Algorithmic Accountability: Lessons from a Landmark Case. 2023

⁷ PASQUALE, E. Frank. Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information (HUP 2016).

⁸ HART, Herbert. Discretion. 2013. Harvard Law Review. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/print/vol127/discretion/>> Acesso: 15 out.2024

⁹ KAMINSKO, Margot. Understanding Transparency in Algorithmic Accountability” in Woodrow Barfield (ed), The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms. 2020.

¹⁰ Christoph Molnar, Interpretable Machine Learning: A Guide for Making Black Box Systems Explainable. Disponível em: https://originalstatic.aminer.cn/misc/pdf/Molnar-interpretible-machine-learning_compressed.pdf Acesso: 16 out. 2024

¹¹ HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 113.



Esta é uma projeção interessante no contexto da automação e tomada de decisão discricionária. Não importa o nível de dados passados e poder computacional disponível, não é possível ver antecipadamente quais combinações de circunstâncias podem surgir e, portanto, que compromissos podem precisar ser considerados para aliviar um dano específico. Na verdade, como observam Sourdin e Cornes, a aplicação de princípios a casos novos sempre exigem, “uma nova avaliação das circunstâncias além da capacidade da máquina aprendizado”.¹²

Consequentemente, pode-se, portanto, concluir que um limite claro para “o Juiz IA, pelo menos no presente, diz respeito a casos novos”.¹³ Em essência, o passado não prevê o futuro, e enquanto podemos ser capazes de domar o acaso e aproveitar a imprevisibilidade, não podemos eliminá-lo completamente.

Na verdade, isso leva à consideração do papel que os algoritmos desempenham em tudo isso, particularmente, os sistemas de IA só operam dentro de limites definidos parâmetros e dentro de um conjunto de dados que é apenas uma representação histórica do mundo. Por conseguinte, a IA é incapaz de capturar adequadamente o processo dinâmico e de textura aberta do julgamento. Esta incompatibilidade está justamente no cerne do direito e da inteligência artificial.

1.1 A natureza dinâmica e de textura aberta do direito

Se aceitarmos que o exercício do poder discricionário é uma ferramenta para os juízes aderirem à estrutura aberta e a natureza dinâmica do direito, então as máquinas precisarão ser capazes de exercer discricionariedade para desempenhar o papel de juiz.

Tendo considerado as principais questões sobre o Direito e que estão no cerne da discricionariedade judicial, é hora de considerar essas questões mais detalhadamente no contexto da automação. Aqueles autores¹⁴ que consideram que os juízes têm apenas um

¹² SOURDIN, Tania. Tania Sourdin and Richard Cornes, “Do Judges Need to be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging” in Tania Sourdin and Archie Zariski (eds), *The Responsive Judge: International Perspectives*. Springer, 2018. p. 100.

¹³ SOURDIN, T. Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making. Disponível em: <<https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/Sourdin.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2024.

¹⁴ É dentro desta discussão que Bingham postula que os juízes não exercem discricionariedade e, portanto, apenas exercem julgamento ao aplicar regras, princípios e políticas legais. Neste sentido, Bingham e outros defensores parecem estar atribuindo uma qualidade exaustiva à doutrina jurídica (ou pelo menos à discricionariedade ou “julgamento”) pintando-o e sua aplicação como algo finito e determinável onde e somente se a regra for aplicada corretamente o resultado correto ser alcançado.



poder discricionário “fraco” e/ou que defendem que a aplicação de políticas, princípios e outras considerações são, na verdade, exercícios de julgamento dentro de limites definidos regras, são potencialmente mais propensos a considerar a automatização do papel judicial alcançável, particularmente na medida em que acreditam (como por exemplo Bingham parece sugerir) que o exercício do poder discricionário envolve a aplicação de instrumentos jurídicos aos fatos.¹⁵

Esta pesquisa não aceita esta proposição e em resposta reitera a adesão à teoria da indeterminação do direito, onde o direito não ocupa um papel exaustivo ou totalmente prescritivo, mas em vez disso atua como uma espécie de mecanismo heurístico em alguns contextos. Sendo assim, é um guia de regras, não uma regra que governa¹⁶. Em resumo, quando consideramos a natureza do direito com a sua textura aberta e qualidades dinâmicas, é difícil aceitar que existam respostas objetivas para questões jurídicas, especialmente quando examinado juntamente com o exercício do poder discricionário em alguns casos em que a análise de um conjunto idêntico de fatos pode levar a múltiplos resultados legítimos ou aceitáveis.¹⁷

Este território talvez seja melhor iluminado através da reiteração das peculiaridades da legislação jurídica prática. Existe um ambiente social que molda e condiciona a lei uma combinação de “conhecimento jurídico” e um “saber fazer” jurídico mais amplo que é construído por atores dentro do sistema jurídico. Sistema este que é muito complexo para ser gerenciado pelos sistemas de IA.¹⁸ Para fazer isso, os sistemas de IA provavelmente precisam ser treinados em toda uma ontologia jurídica, algo que vai muito além do que Pasquale considera uma abordagem reducionista no direito computacional onde vestígios de processos legais são considerados equivalentes ao próprio

¹⁵ BINGHAM, T. *The rule of law*. Harlow, England: Penguin Books, 2011. p.51

¹⁶ A complexidade inata ao sistema jurídico precisaria ser compactada para ser computável por meio das tecnologias atuais de IA. Fazer isso seria envolver tornar o dinâmico, estático; o de textura aberta, fechado. Regras legais, princípios e políticas seriam hermeneuticamente seladas em um sistema de IA, inflexível aos desenvolvimentos em o mundo real – uma espécie de “rigidez algorítmica” onde algumas características relevantes são ocultadas o tomador de decisão, e recursos não modelados/não considerados podem ser erroneamente, mas deterministicamente, posta de lado. Esta rigidez, sugere Sourdin, “é indiscutivelmente incompatível com decisões discricionárias” – decisões que podem envolver a consideração de “decisões comunitárias” mais amplas valores, as características subjetivas das partes e quaisquer outras circunstâncias que possam ser relevantes. Tania Sourdin and Richard Cornes, “Do Judges Need to be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging” in Tania Sourdin and Archie Zariski (eds), *The Responsive Judge: International Perspectives* (Springer 2018) 87, p. 104.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Talvez mais claramente discutido a partir dos “casos difíceis” p. 127.

¹⁸ MORISON, J.; HARKENS, A. *Algorithmic justice: dispute resolution and the robot judge?* Em: *Comparative Dispute Resolution*. [s.l.] Edward Elgar Publishing, 2020. p. 339–352



processo.¹⁹

Em essência, o argumento central é que não é possível comprimir de forma coerente a complexidade (indeterminável) que permeia o direito na prática para uma forma que seja computável pelos sistemas de IA atuais. Aqui, existe o risco de “formalismo tirânico”, como Binns o chama, “onde as regras são aplicadas independentemente de fatores contextuais”.²⁰

Tentar fazê-lo mina a natureza dinâmica e de textura aberta do direito e, conseqüentemente, degrada a utilidade da discricionariedade ao facilitar a navegação do juiz nesta complexidade. Como Cillers observa astutamente no contexto de sistemas complexos:

(...) a complexidade não pode ser comprimido um modelo adequado de um sistema complexo teria que ser tão complexo quanto o próprio sistema. Como resultado, o comportamento do modelo será tão complexo - e imprevisível - como a do próprio sistema.²¹

Neste novo mundo algorítmico, a discricção não funciona como agora, mas em vez disso, torna-se (pelo menos parcialmente) determinado pela própria previsão. Aqui, a justiça, apoiada pela capacidade do juiz de exercer discricção, fica comprometida. Isto pode resultar em decisões injustas e arbitrárias.²² Birhane articula esta posição bem no contexto da IA. Referindo-se à “indeterminabilidade da pessoa”, ela nota um desejo em visões de mundo cartesianas e newtonianas para isolar indivíduos em unidades de dados para torná-los analisável. Referindo-se aos testes de memória na pesquisa em ciências cognitivas, Birhane explica:

(...) formulações objetivas e universalizáveis... pintam um quadro da pessoa que equipara pessoas a cérebros. A ênfase nas relações dinâmicas, nas incorporações contextuais e históricas e nas interações confusas... são percebidas como uma ameaça que confunde e contamina classificações claras e concepções universalizáveis.²³

¹⁹ FRANKENREITER, J.; NYARKO, J. Natural language processing in legal tech. Em: Legal Tech and the Future of Civil Justice. [s.l.] Cambridge University Press, 2023. p. 82

²⁰ BINNS, R. Algorithmic Loops: Individual Justice and Automated Decision Making” (2022) 16 Regulation & Governance. [s.l.: s.n.]. p. 199.

²¹ CILLERS, P. Critical Complexity: Collected Essays. [s.l.] Walter de Gruyter, 2016. v. 6. p. 64

²² BELL, Felicity. IADecision-Making and the Courts. Disponível em: https://aija.org.au/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2022/06/AI-DECISION-MAKING-AND-THE-COURTS_Report_V5-2022-06-20-11zkls.pdf Acesso:12 out. 2024.

²³ BIRHANE, A. et al. The values encoded in machine learning research. 2022 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency. Anais...New York, NY, USA: ACM, 2022. p. 49



Esta avaliação é transferível para a automatização da função judicial. Dada a forma como o sistema da IA opera, vale destacar que as informações jurídicas precisarão ser extraídas, estabilizadas e representadas de uma forma que possa ser analisada por esses sistemas. Isto exigiria uma rejeição ao direito como um sistema aberto e dinâmico que opera dentro do ambiente social. Dessa maneira, envolveria a organização de regras, princípios e políticas legais em algum tipo de sistema fixo. Isto entra em conflito com a fluidez de tais instrumentos que são moldados pela situação social e contexto jurídico, que pode responder adequadamente a questões diferenciadas e sensíveis ao contexto, circunstâncias facilitadas pelo exercício da discricionariedade judicial.²⁴

Surden observando que novos casos de que “casos futuros apresentam fatos únicos ou incomuns comparados ao passado, tais casos futuros distintos podem ser menos previsíveis”.²⁵ Parte disso diz respeito ao fato de que as variáveis no centro de uma decisão judicial “são forças inter-relacionadas que empurram e puxar em muitas direções diferentes”, e a discricionariedade judicial é, portanto, necessária para entregar justiça individualizada nestes contextos.²⁶ É aqui que os sistemas de IA perdem a sua vantagem sobre os juízes humanos: onde a ausência de regularidades significa padrões mais flexíveis pode ser melhor do que regras.

2 UM SISTEMA IA PODE LIDAR COM UM CASO FÁCIL?

Tem havido tentativas de aproveitar este debate complexo na teoria jurídica e no contexto da IA. Gardner, por exemplo, examinou a adequação de abordagens baseadas em regras para lidar com conceitos de textura aberta por meio de um paradigma de questões jurídicas fáceis versus difíceis. Gardner desenvolveu um algoritmo que adotou um método heurístico para distinguir entre e questões jurídicas difíceis. Ao fazê-lo, ela destacou as limitações do sistema baseado em regras.²⁷

Esta pesquisa adota a posição de que em alguns casos não existem necessariamente respostas “corretas” para questões jurídicas, o que constitui um caso fácil não é nada

²⁴ LEVMORE, S.; FAGAN, F. The impact of artificial intelligence on rules, standards, and judicial discretion. SSRN Electronic Journal, 2019. p. 11

²⁵ SURDEN, Harry. Machine Learning and Law. Washington Law Review. 2014 p. 105-106.

²⁶ MARTIN, The Honourable Justice Glenn AM - “How far has technology invaded the criminal justice system?”, Speech delivered at the ANZELA (Australia & New Zealand Education Law Association Ltd) Legal Studies Teachers’ Conference (QSC) [2018] QldJSchol 10. Disponível em: <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/QldJSchol/2018/10.html>>. Acesso em: 03 out. 2024.

²⁷ GARDNER, A. V. D. L. Ann von der Lieth Gardner, An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning. An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning, [s.d.]. p. 21-23.



óbvio (ou pelo menos não são casos “limítrofes”) e que o exercício do poder discricionário ajuda os juízes a decidirem tais casos.²⁸

Na verdade, há sugestões da esfera administrativa de que decisões que não exijam o exercício do poder discricionário (juntamente com a existência de uma base jurídica) pode ser totalmente automatizado, como visto com a Lei de Licitações (nº 8.666/1993). Isto apoia o analisado nesta pesquisa de que se trata de fato da discricionariedade judicial, como forma integrante da tomada de decisão, com efeito, isso impede a automatização bem-sucedida do papel judicial.²⁹

Engstrom e Gelbach sugerem que os sistemas de IA, com o seu foco no reconhecimento de padrões “distantes” ou “grosseiros”, “só serão capazes de resolver casos fáceis, não difíceis, e pode perder a evolução sutil interna (doutrinária) ou externa tendências (sociais).³⁰

Contudo, não é tão simples como decidir automatizar apenas casos fáceis, porque determinar o que constitui um caso fácil e compreender e localizar onde termina um caso fácil e um caso difícil começa, não é um empreendimento simples. Na verdade, foi sugerido, estudiosos como Dworkin acreditavam que existem respostas “certas” para questões jurídicas complexas em teoria, mas que tais respostas estão além das capacidades dos “meros mortais” e devem ser deixada para o fictício “Juiz Hércules” que a “IA superinteligente” pode resolver este vácuo.

Hart elucida³¹ claramente a dificuldade em atribuir ao rótulo de “fácil” e “difícil” aos casos. Em essência, dado que não podemos prever antecipadamente que combinação de circunstâncias surgirá e qual regra será aplicada, não podemos categorizar de forma

²⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 81

²⁹ MITROU, L.; JANSSEN, M.; LOUKIS, E. Human control and discretion in AI-driven decision-making in government. 14th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance. Anais...New York, NY, USA: ACM, 2021. p. 12.

³⁰ FREEMAN, & Jonah B. Gelbach Legal Tech, Civil Procedure, and the Future of Adversarialism, 169 U. Pa. L. Rev. 2021. p. 1028.

³¹ Hart fala sobre um protótipo ideal onde, por exemplo, existe um número finito de características e características para agir e escolher; as maneiras pelas quais eles podem combinar eram limitados e “conhecíamos exaustivamente essas características e modos de combinação”. Em casos, “poderíamos saber antecipadamente todas as circunstâncias possíveis em que uma questão de surgiria a aplicação de uma regra (...)”. Ver: HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 92. Hart observa, no entanto, que este seria o mundo da “Jurisprudência mecânica”, que não é o mundo que habitamos. Seu exemplo da regra “não os veículos devem ser levados para o parque” ilumina este ponto. O que constitui um veículo é óbvio em circunstâncias “fáceis” (carro, ônibus, van, moto etc.), mas não é óbvio em “casos limítrofes”, como Hart os chama (bicicleta, e-bicicleta, e-scooter, patins, carro de brinquedo, scooter de mobilidade). HART, H. L. A. Discretion. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/print/vol-127/discretion/>>. Acesso em: 22 out. 2024. Referindo-se à aplicação do padrão de cuidado razoável ou devido, ele resume, que dada a infinidade de casos possíveis onde o “cuidado” é relevante, estamos incapaz de prever antecipadamente quais “combinações de circunstâncias” surgirão, nem quais os interesses precisarão ser protegidos ou sacrificados para proteger contra danos.



coerente os casos como fáceis ou difíceis. Hart convenientemente refere-se aos elementos abstratos ou incomensuráveis do papel judicial que os sistemas de IA enfrentam capturar, como a importância da experiência. Embora Hart não elabore o que ele entende precisamente por “experiência”, destaca, no entanto, o tipo de elementos abstratos do papel judicial que não são facilmente quantificados.³²

Schauer tenta localizar um caso fácil em três níveis diferentes do sistema judicial americano: o Supremo Tribunal, o Tribunal de Apelação e o Tribunal de Primeira Instância (cabe uma sobre uma vez que: este é interessante porque os dois tribunais superiores tratam apenas da lei, enquanto o tribunal de primeira instância trata de direito e do fato, reforçando assim a complexidade do direito mesmo quando os fatos são resolvidos, e não exatamente onde a lei e o fato se combinam).³³

Portanto, se não houver casos fáceis (se não conseguirmos distinguir de forma coerente entre casos fáceis e difíceis) como esperamos que os sistemas de IA lidem com todo esse ruído?

Isto demonstra o papel sofisticado que a discricionariedade judicial desempenha na navegação neste terreno, onde casos “limítrofes” levam a considerações diferenciadas da lei à luz de fatos novos. Além disso, o envolvimento com o debate duradouro entre casos fáceis e difíceis, mais uma vez destaca a complexidade da lei. Se não conseguirmos chegar a acordo sobre o que constitui um caso fácil, como podemos começar a automatizá-los?

2.1 Ou a IA pode melhorar a decisão?

Há certamente um argumento válido de que a IA pode estabilizar certos problemas, tornando-os mais previsíveis. E se alguém for da opinião de que a discricionariedade é um problema que precisa ser resolvido (e que as vantagens potenciais da padronização da tomada de decisões judiciais são demasiado atraentes) então a promessa da IA é tentadora.

Um forte argumento pode ser apresentado para a adoção de tecnologia nesse sentido, especialmente se alguém for lutar pelo axioma clássico “tratar casos semelhantes iguais”, onde “um grupo importante de valores como a previsibilidade do resultado,

³² HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 663

³³ SCHAUER, Frederick. Easy Cases Interpretation Symposium: Philosophy of Language and Legal Interpretation. Rev 399, 1985. p. 409.



uniformidade do tratamento (...) e o receio de conceder poder discricionário irrestrito aos decisores individuais (...)” são essenciais.³⁴

Alguns autores que veem a discricção como um problema que precisa ser resolvido, estes, defendem que os sistemas de IA promoverá a objetividade e a racionalidade, diminuindo a influência da discricção humana e emoção.

Certamente há argumentos convincentes relativos à “variabilidade indesejada”, como diz Sunstein, mas pelo menos em humanos na tomada de decisões, estes são: (1) erros em casos individuais e não em escala; e (2) não hermeneuticamente selado em um sistema de IA e perpetuado sistematicamente.

Embora seja razoável, e na verdade aceitamos, que a lei e os instrumentos jurídicos que implementa, não se trata apenas de defender a justiça individualizada, não se trata apenas disso. Há também o risco em neste “novo mundo” impulsionado pela IA, em que princípios, padrões ou valores importantes “dão lugar” a regras através de um processo de constante aperfeiçoamento, dessa feita, tal progressão levará a um maior “governo especificidade”.³⁵

Contudo, mais uma vez, isto não está isento de preconceitos ou discriminação. Como afirmam Richard M. Re e Solow Niederman, “a adjudicação da IA tenderá a fortalecer a justiça codificada às custas justiça equitativa e uma ênfase crescente na justiça codificada influenciará, por sua vez, a forma como a adjudicação de IA é desenvolvida e usada”.³⁶

O receio é que a determinabilidade imposta pela IA bloqueie a lei na sua posição atual e perpetuará esse estado estático. De tal maneira que estaria condicionando o funcionamento da discricionariedade judicial com base no que as informações são empurradas para a superfície desses sistemas de IA. Reiterando, estes sistemas são projetados por humanos e treinado em dados que muitas vezes podem ser produzidos por algoritmos, suscitada e obscurecida por visões³⁷ de mundo hegemônicas e tendenciosas

³⁴ FREDERICK, F. Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning. 2009. p. 35

³⁵ LEVMORE, S.; FAGAN, F. The impact of artificial intelligence on rules, standards, and judicial discretion. SSRN Electronic Journal, 2019. p. 32

³⁶ RICHARD, M.; RE, A. Developing Artificially Intelligent Justice. 2019. p. 247.

³⁷ Esta visão é ainda mais profunda porque as ferramentas de IA não são neutras ou benevolentes. Vieses existentes profundamente incorporado nos dados e na construção sociotécnica de sistemas de IA destacar o potencial para exacerbar a discriminação e consolidar visões de mundo que reforçam perspectivas dominantes e estruturas hierárquicas. Existe o risco de que tais sistemas não sejam receptivos, ou de fato anular, perspectivas diferenciadas ou marginalizadas. No contexto atual isso pode significar que as discricções judiciais do passado são incorporadas e perpetuadas por meio da IA sistemas potencialmente degradando ou erradicando a natureza dinâmica do direito e do julgamento.



incorporadas em escolhas de *design* e práticas de seleção de dados, entre muitas outras coisas.

Como Fagan e Levmore reconhece, outras falhas de tomada de decisão que se infiltram no papel judicial, incluindo retrospectiva e preconceito inconsciente, podem ser mais identificáveis em sistemas de IA, mas “não deveríamos ignorar o impacto dos preconceitos nas informações (os objetivos, bem como as classes de dados) fornecidas aos a IA pelos humanos”.³⁸ Da mesma forma, existem questões importantes sobre que tipo de informação ou os valores estão sendo bloqueados.

Em resumo, para que os sistemas de IA substituam o juiz, e para que isso de fato melhore o exercício da discricionariedade judicial, então a discricionariedade judicial precisaria ser concedida a um elemento neutro ou formulário aceito. É difícil ver como isso é possível, dado o debate acadêmico em torno de algumas das questões interrogadas neste artigo (por exemplo, abordagens contestadas na teoria jurídica; debates em torno de discricionariedade e julgamento, regras, políticas e princípios; casos fáceis *versus* difíceis; e até mesmo tratar casos semelhantes de forma semelhante). Como diz Sartori com perspicácia: “É para uma boa razão pela qual o progresso da quantificação deveria ficar (em qualquer disciplina) em relação ao seu progresso qualitativo e conceitual, simplesmente tendemos a esquecer que a formação de conceitos permanece antes da quantificação”.³⁹

Para quantificar a discricionariedade, então, devemos estabelecer claramente o seu alcance conceitual. Em vez disso, parece mais provável que a automatização do papel judicial consolide perspectivas e preconceitos, moldando e restringindo assim o exercício do poder discricionário de uma forma que torna mais difícil o exame.

Na verdade, o impacto pode ser muito mais profundo onde tais abordagens reconfiguram o poder relações entre atores (indivíduos, implantadores de sistemas de IA, setor público, entre outros). Revisitando a pesquisa de Hacking, esses sutis requisitos de conformidade podem se tornar auto reforçadores e potencialmente manifestar-se a redução de uma forma muito mais amplificada, e partes anteriores do processo fica obscurecido. Ou como Foucault postulou numa discussão sobre semiótica, representando “conhecimento” ou “sinais” no contexto de sua discussão que só pode ser feito onde “existe uma possibilidade conhecida de substituição entre dois elementos conhecidos. O

³⁸ LEVMORE, S.; FAGAN, F. The impact of artificial intelligence on rules, standards, and judicial discretion. SSRN Electronic Journal, 2019. p. 14.

³⁹ SARTORI, Giovanni. Concept Misformation in Comparative Politics. The American Political Science Review 1033, 1970. p. 64



sinal não espera a vinda de um homem capaz de reconhecê-lo: só pode ser constituído por um ato do saber”.⁴⁰

Isto afeta outros esforços de investigação, talvez mais notavelmente na teoria da informação e o conceito de entropia, que alguns juristas usaram para “medir” a incerteza ligadas à lei e aos instrumentos jurídicos. Tais abordagens normalmente atravessam dois temas: (1) usos metafóricos da entropia, onde o foco não está na quantificação da entropia, mas enfatizando a desordem, a complexidade e a incerteza nos sistemas jurídicos; e (2) o uso de “formais definições matemáticas e físicas para medir a “entropia” dos textos jurídicos”.⁴¹

No contexto de discricionariedade, outros observadores notaram que:

“(...) há questões complexas e sutis questões incapazes de serem transcritas em critérios ou regras rígidas e, portanto, [são] além da capacidade de determinação de um sistema automatizado”.⁴²

Nesse sentido, a “operação de um algoritmo é mais determinística do que o exercício da discricionariedade humana”, e no contexto da discricionariedade, Sourdin observa que a mesma forma acontece com as fontes do direito e são obviamente muito complicadas, tendo em vista sua aplicação no contexto dos “julgamentos discricionários” é ainda mais complexa.⁴³

Em termos práticos, o campo contribui para desenvolvimentos em resposta a perguntas, texto de análise de sentimento e resumo de texto. O discurso nesses círculos destaca a complexidade de lidar com conceitos “confusos”, como ambiguidade sintática.⁴⁴

Podemos, portanto, observar que ao longo de todo o ciclo de vida da IA existe potencial para influências não intencionais se insinuem no processo, o que pode de fato reduzir ou restringir o exercício da discricionariedade judicial, mesmo quando pretende aprimorá-la.

Parece, contudo, sensato que tais tarefas abertas e ambíguas não sejam totalmente delegadas a sistemas de IA. Como declara Birhane:

⁴⁰ FOUCAULT, M. A ordem do discurso. São Paulo: Editora Loyola, 2010. P. 59.

⁴¹ SICHELMAN, T. Quantifying Legal Entropy. *Frontiers in physics*, v. 9, 2021.

⁴² PERRY, J. M. iDecide: Digital pathways to decision. Disponível em: <<https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-perry/perry-j-20190321>>. Acesso em: 22 out. 2024.

⁴³ SOURDIN, T.; CORNES, R. Do Judges Need to be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging. Em: SOURDIN, T.; ZARISKI, A. (Eds.). *The Responsive Judge: International Perspectives*. [s.l.] Springer, 2018. v. 87. p. 127.

⁴⁴ SCHUBERT, L. Computational LinguisticsMetaphysics Research Lab, Stanford University, 2020. (Nota técnica).



Automação, que requer completa compreensão, portanto, está em desacordo com o comportamento humano, que é inerentemente incompleto e infinalizável, tornando a classificação e a previsão da máquina fúteis”.⁴⁵

Consequentemente, se não pode finalizar, “completar” ou chegar a acordo sobre um entendimento da discricionariedade judicial, ainda, se não pudermos ver antecipadamente quais combinações de circunstâncias irão surgir e qual o exercício da discricionariedade cederá num contexto novo e inovador e mais, se não pudermos comprimir a complexidade sem obscurecer ou distorcer o próprio processo, dito isso, então como podemos torná-lo computável em um sistema de IA?

CONCLUSÃO

O exercício da discricionariedade judicial é uma forma de os juízes atenderem à natureza dinâmica e de textura aberta do direito, permitindo ao juiz assumir valores mais amplos, juntamente com os valores únicos e fatos indetermináveis de um determinado caso. Ao tentar automatizar o processo judicial discricionariedade, prática que aqui se estabeleceu como fundamentalmente complexa e indeterminável, existe um risco real de que a própria prática seja distorcida.

Em um mundo onde os detalhes básicos da função judicial são congelados em configurações definidas e perpetuados por meio da IA sistemas, podemos identificar a degradação potencial de qualidades dinâmicas e de textura aberta inato à operação da lei, e um desrespeito pela consideração apropriada dos novos fatos de um caso específico. Os proponentes de tal visão de mundo provavelmente colocarão o conceito de “tratar casos semelhantes” um axioma semelhante no centro dos desenvolvimentos potenciais de IA, mas mesmo Hart, uma figura central no direito positivismo, reconhece que não podemos prever *ab initio* (devido à grande variedade de possíveis casos) que combinações de circunstâncias surgirão. Consequentemente, não podemos considerar quais sacrifícios e compromissos de valores ou interesses precisarão ser feitos antes de um determinado caso.

Os sistemas de IA, tal como existem atualmente, são incapazes de lidar com este nível de ambiguidade. particularmente quando consideramos a explosão combinatória que dificulta muitas IA ambiciosas desenvolvimentos. Na verdade, tentar fazer isso avança o

⁴⁵ BIRHANE, A. The Impossibility of Automang Ambiguity. *Artificial Life*, 2021. p. 56



que Pasquale crítica como uma abordagem reducionista em direito computacional, onde traços do processo são equiparados ao processo em si.⁴⁶

O texto de Birhane sobre as deficiências da automação de processos ambíguos e inatos, processos humanos fundamentam esta posição e revelam a tendência dentro de certos IA campos a aderir às perspectivas cartesianas, newtonianas e determinísticas que essencialmente envolvem a compressão da complexidade. O argumento central deste estudo é que o exercício da discricionariedade judicial é uma dessas atividades: cujos contornos não podem ser totalmente determinados.

Fazer isso envolve a distorção da própria prática, em favor de uma perspectiva que acredita que o passado pode prever o futuro em uma área onde está comprovado que os sistemas de IA luta: onde “o passado é diferente do futuro” e onde “novas variáveis aparecem ao longo do tempo”.⁴⁷

E embora possamos controlar minimamente o acaso e aproveitar a imprevisibilidade, não podemos erradicar isso inteiramente. A natureza determinística de tais tecnologias torna os sistemas de IA fechados no mundo real, inflexível aos seus desenvolvimentos e flutuações. É em tais contextos que o juiz artificial vacilará e a habilidade do juiz humano será reconhecida.

Para chegar a esta conclusão, este artigo procurou inicialmente esclarecer o âmbito do processo judicial. Este não é um esforço simples e requer envolvimento com informações detalhadas para argumentos na teoria jurídica relativos às distinções entre (1) “discricionariedade” e “julgamento”, um delineamento não seguido rigidamente nesta pesquisa; (2) discricção “forte” e “fraca” e diferenças de opinião sobre os limites da discricionariedade judicial; e (3) regras, princípios e políticas, preparando uma desconstrução da utilidade da automação nesses contextos. Ao fazer isso, este artigo foi capaz de estabelecer alguns panos de fundo para um conceito que de outra forma seria fluido no cerne da função judicial, permitindo a sua análise no contexto dos sistemas de IA.

Esta análise se aglutina com tentativas anteriores em IA e direito para atender a ideias abertas e questões vagas, legais, princípios e políticas, estabelecendo uma base sólida para uma exposição das capacidades de Sistemas de IA no exercício do poder discricionário.

⁴⁶ DEAKIN, S.; MARKOU, C. (EDS.). *Is law computable?: Critical perspectives on law and artificial intelligence*. Oxford, England: Hart Publishing, 2022. p. 11

⁴⁷ LEVMORE, S.; FAGAN, F. The impact of artificial intelligence on rules, standards, and judicial discretion. *SSRN Electronic Journal*, 2019. p. 9



A discricionariedade judicial é uma prática fundamentalmente dinâmica e aberta que atende aos interesses da sociedade. A ambiguidade inerente e a natureza indeterminada do direito. E embora os juízes humanos não sejam infalíveis e os processos judiciais podem, claro, melhorar, eles são especialistas em lidar com questões vagas conceitos jurídicos e aplicá-los intuitivamente.

Os sistemas de IA na sua forma atual não podem recriar este nível de sofisticação, onde considerações profundamente legais e humanas são pesadas e aplicado a fatos novos e inéditos. Como ponderou o professor Oliver Wendell Holmes: “a vida da lei tem não foi lógica, foi experiência”.⁴⁸ Os juízes, ao aderirem aos preceitos da a justiça sabe quando defender valores fundamentais e quando deixar outros desaparecerem. Judicial a discricionariedade não deve e não pode ser substituída pela IA.

REFERÊNCIAS

- BELL, Felicity. **IA Decision-Making and the Courts**. Disponível em: https://aija.org.au/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2022/06/AI-DECISION-MAKING-AND-THE-COURTS_Report_V5-2022-06-20-1lzkls.pdf Acesso: 12 out. 2024.
- BINGHAM, T. **The rule of law**. Harlow, England: Penguin Books, 2011.
- BIRHANE, A. **The Impossibility of Automang Ambiguity**. Artificial Life, 2021
- CILLERS, Paul. **Critical Complexity: Collected Essays**. Volume 6, Walter de Gruyter, 2016
- DEAKIN, S.; MARKOU, C. (EDS.). **Is law computable?: Critical perspectives on law and artificial intelligence**. Oxford, England: Hart Publishing, 2022.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010
- FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Editora Loyola, 2010.
- FREDERICK, F. **Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. 2009.
- FREEMAN, Jonah B. **Gelbach Legal Tech, Civil Procedure, and the Future of Adversarialism**, 169 U. Pa. L. Rev. 2021.

⁴⁸ OLIVER, W. *The Common Law* (Mark De Wolfe Howe ed). [s.l.] The Belknap Press of Harvard, [s.d.]. 2009.



GARDNER, A. V. D. L. **Ann von der Lieth Gardner, An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning. An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning**, [s.d.]

HACKING, Ian. **Forms of Desire: Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy**. 1990

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JOWEL, Jeffrey. **The legal control of administrative discretion**. 1973, p. 201.

LEVMORE, S.; FAGAN, F. **The impact of artificial intelligence on rules, standards, and judicial discretion**. SSRN Electronic Journal, 2019.

MARTIN, The Honourable Justice Glenn AM - **“How far has technology invaded the criminal justice system?”**, Speech delivered at the ANZELA (Australia & New Zealand Education Law Association Ltd) Legal Studies Teachers’ Conference (QSC)” [2018]

QldJSchol 10. Disponível em:

<<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/QldJSchol/2018/10.html>>. Acesso em: 03 out. 2024.

MITROU, L.; JANSSEN, M.; LOUKIS, E. **Human control and discretion in AI-driven decision-making in government**. 14th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance. Anais...New York, NY, USA: ACM, 2021

PERRY, J. M. **iDecide: Digital pathways to decision**. Disponível em:

<<https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-perry/perry-j-20190321>>. Acesso em: 22 out. 2024.

RICHARD, M.; RE, A. **Developing Artificially Intelligent Justice**. 2019.

SARTORI, Giovanni. **Concept Misformation in Comparative Politics**. The American Political Science Review 1033, 1970.

SCHAUER, Frederick. **Easy Cases Interpretation Symposium: Philosophy of Language and Legal Interpretation**. Rev 399, 1985.

SCHUBERT, L. **Computational Linguistics Metaphysics Research Lab**, Stanford University, 2020. (Nota técnica).

SHAPIRO, Martin. **Courts: A Comparative and Political Analysis**. The University of Chicago Press, 1981

SICHELMAN, T. **Quantifying Legal Entropy**. Frontiers in physics, v. 9, 2021.

SOURDIN, T. **Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making**.

Disponível em: <<https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/Sourdin.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2024.

SOURDIN, T.; CORNES, R. **Do Judges Need to be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging**. Em: SOURDIN, T.; ZARISKI, A. (Eds.). **The Responsive Judge: International Perspectives**. [s.l.] Springer, 2018. v. 87.



SURDEN, Harry. **Machine Learning and Law**. Washington Law Review. 2014.

TASIOULAS, J. **The rule of algorithm and the rule of law**. SSRN Electronic Journal, 2023.