



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

KIN MODESTO SUGAI

**O PAPEL DO CNJ NA REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO
DO JUDICIÁRIO**

ROLE OF CNJ REGULATING ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE SCOPE OF JUDICIARY

BRASÍLIA – DF
2021

KIM MODESTO SUGAI

**O PAPEL DO CNJ NA REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO
DO JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iório Aranha

BRASÍLIA - DF

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S947	SUGAI, Kin Modesto
	O papel do CNJ na regulação da inteligência artificial no âmbito do judiciário / Kin Modesto Sugai. Brasília, DF: [s.n.], 2021.
	69 f.
	Monografia (Graduação) — Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2021.
	Orientador: Prof. Dr. Márcio Iório Aranha
	1. Inteligência artificial. 2. Teoria processual administrativa da regulação. 3. Direito regulatório. I. Título.
	CDU 342.56:004.8

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SUGAI, Kin Modesto. (2021). O papel do CNJ na regulação da inteligência artificial no âmbito do Judiciário. Monografia Final de Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 69 p.

FOLHA DE APROVAÇÃO

KIN MODESTO SUGAI

O papel do CNJ na regulação da inteligência artificial no âmbito do judiciário

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iório Aranha
(Orientador – Presidente)

Profa. Dra. Fernanda de Carvalho Lage
(Membro)

Profa. Ma. Tainá Aguiar Junquilha
(Membro)

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Ao Rafael Campos Nunes, que me inspirou a estudar sobre direito e tecnologia.

Aos meus professores Ana Cláudia Farranha e Márcio Iório Aranha, que me ensinaram e me auxiliaram na minha jornada acadêmica, confiando em meu potencial.

Aos meus avós, Yoshihiko, Chieko, Vitorino e Alba Lucínia, por todo o apoio que me ofereceram durante minha trajetória, desde o lado afetivo até orientações profissionais e acadêmicas.

À minha mãe, guerreira e profissional que admiro muito.

Ao meu pai, Ricardo Sugai, que, mesmo tendo partido no meio da minha jornada, continua sendo uma grande fonte de inspiração e dedicação em minha vida.

RESUMO

A inteligência artificial está cada vez mais presente em nosso cotidiano, tendo diversas aplicações, inclusive no âmbito judicial, movimento crescente desde a década de 1980. No entanto, há discussões quanto a sua aplicação no Poder Judiciário com relação à possibilidade de atos discriminatórios cometidos pela inteligência artificial e a diminuição do acesso à justiça. Dessa forma, este trabalho procura esclarecer a relação entre o processo decisório judicial apoiado em inteligência artificial e os atos discriminatórios a partir da teoria processual administrativa da regulação. Atualmente, a inteligência artificial não possui, conforme os critérios antecipados pela teoria processual administrativa da regulação, critérios delineados e generalizados para a identificação de atos discriminatórios, que devem ser delimitados pelo CNJ. Além disso, os atos regulatórios existentes não regulam a criação, implementação e utilização dos projetos de IA em sua totalidade, omitindo-se acerca de pontos essenciais como o procedimento de auditoria.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Teoria processual administrativa da regulação. Direito regulatório. CNJ.

ABSTRACT

Artificial Intelligence is increasingly present in our daily lives, having several applications, including in the judicial sphere, a growing movement since the 1980's. However, there are discussions regarding your application on the judicial sphere and the possibility of artificial intelligence committing acts of discrimination and decreasing access to justice. Therefore, this paper seeks to clarify the relationship between the judicial decision-making process based on artificial intelligence and discriminatory acts based on the administrative procedural theory of regulation. Nowadays, the artificial intelligence doesn't have, according to the criteria anticipated by the administrative procedural theory of regulation, outlined and generalized criteria for the identification of discriminatory acts, which must be delimited by the CNJ. Furthermore, the existing regulatory acts don't regulate the creation, the implementation and the use of AI projects in its entirety, omitting about essential points such as the audit procedure.

Keywords: Artificial intelligence. Administrative procedural theory of regulation. Regulatory law. CNJ.

LISTA DE ACRÔNIMOS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	<i>Artificial Intelligence</i>
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM	Agência Nacional de Mineração
CN	Corregedoria Nacional de Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IA	Inteligência Artificial
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
MS	Mandado de Segurança
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO	13
2.1 Breve histórico do desenvolvimento da teoria processual administrativa da regulação	13
2.2 A aplicação da teoria processual administrativa da regulação no Brasil	15
3 O PAPEL DO CNJ NA REGULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	19
3.1 Breve histórico do CNJ	19
3.2 O CNJ a partir da Constituição Federal de 1998	21
3.3 A teoria processual administrativa da regulação e o CNJ	23
3.4 O CNJ como o órgão regulador do Poder Judiciário	25
4 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A ATUAÇÃO DO CNJ	26
4.1 O posicionamento do STF	26
4.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367.....	26
4.1.2 Ação Declaratória De Constitucionalidade nº 12	39
4.1.3. Mandado de Segurança nº 32.937/DF.....	44
4.1.4. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 34.685/ RR	46
5 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO	48
5.1 Conceituação de inteligência artificial	48
5.2 Breve histórico do desenvolvimento da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário	49
5.3 O desenvolvimento da inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro	52
6 A REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO CNJ	54
6.1 Resolução nº 332/2020	55
6.2 Resolução nº 345/2020	56
6.3 Portaria nº 271/2020	57
6.4 Análise dos atos regulatórios do CNJ sob a ótica da teoria processual administrativa da regulação	59
7 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Na presente monografia será abordada a temática dos critérios de identificação de ações discriminatórias por parte da inteligência artificial, sendo esta uma percepção essencial para uma análise mais objetiva dos atos da inteligência artificial tanto para determinar a responsabilidade dessa tecnologia, quanto para observar a obediência aos princípios constitucionais. O embasamento legal dos critérios e uma análise da teoria processual administrativa da regulação serão expostos.

Apesar de a inteligência artificial voltada para o Poder Judiciário já ser um objeto de pesquisa desde a década de 1980 (LUPO, 2019), as recentes conquistas tecnológicas se desenvolveram a tal ponto que há projetos de inteligências artificiais capazes de fazer decisões judiciais. Assim, havia a expectativa de que o aprimoramento tecnológico voltado para a área de decisões judiciais ampliasse o acesso à justiça, considerando que reduziria os custos processuais e aceleraria o processo decisório que, muitas vezes, leva anos para ser concluído.

No entanto, a utilização de inteligências artificiais cada vez mais vem se tornando uma realidade dentro do país, havendo grandes esforços internacionais e nacionais para o desenvolvimento dessa tecnologia, em especial para o meio jurídico, desde uma simples gestão documental até a tomada de decisões judiciais para acelerar a apreciação do Poder Judiciário das demandas que a ele chegam. Dessa forma, sendo uma tecnologia gradativamente presente em nosso cotidiano, é essencial ter um marco regulatório para o setor.

Entende-se por inteligência artificial todas as tecnologias que têm por objetivo tentar simular as funções cognitivas da mente humana. Assim, a inteligência artificial pode ser aplicada a diversas áreas, inclusive para dar suporte ao juiz na hora de tomar decisões. Apesar de serem aplicadas desde a década de 1980, essas inovações não chegaram a gerar o impacto social que o desenvolvimento tecnológico da atualidade permite (LUPO, 2019).

Além disso, a recorrente falta de acesso à justiça e a demora de uma resposta do Poder Judiciário para as questões em que é acionado propicia uma maior demanda de tecnologias para amenizar a desigualdade de acesso ao Judiciário e diminuir os custos processuais. Mesmo que a inteligência artificial não possa isoladamente

diminuir a desigualdade, dispõe ferramentas para que se possa alcançar esse objetivo (SIMSHAW, 2018).

Apesar da grande possibilidade de diminuir as desigualdades, a utilização de inteligências artificiais traz questões éticas como o uso de dados, confidencialidade, responsabilidade dos sistemas, transparência, prestação de contas e a proteção contra a discriminação. Dessa forma, a regulação desses novos sistemas é de suma importância, já que com cada vez mais frequência estão presentes no âmbito judiciário (LUPO, 2019).

Uma das questões levantadas por Simshaw (2018) é que dificilmente os serviços prestados pelas inteligências artificiais serão regulados sem que os impactos de sua utilização se tornem mais claros e correlacionáveis. No entanto, torna-se moroso limitar as inovações tecnológicas por ausência de impactos, assim como é inviável ter a implementação de tecnologias que inevitavelmente ferem os princípios constitucionais, como, por exemplo, promover a disseminação da discriminação (STEYERL, 2018).

A dicotomia, desse modo, pode ser resolvida através de mecanismos regulatórios que versam sobre o meio de obtenção dos critérios para identificação de atos discriminatórios cometidos pela inteligência artificial.

Neste sentido, surgiram os seguintes questionamentos: quem é o órgão regulador do Poder Judiciário? É competente para regular a inteligência artificial? Existe algum ato regulatório neste sentido? No Brasil, o principal agente regulador do âmbito judiciário é o Conselho Nacional de Justiça (GARDUCCI, 2014).

Dentre as diversas teorias desenvolvidas no campo de Direito Regulatório, foi escolhida a teoria processual administrativa da regulação, por ser uma corrente teórica preocupada com as características ínsitas ao processo de tomada de decisão, informando-o com o princípio de transparência e tratamento isonômico das partes e, portanto, servindo de parâmetro para o estudo acerca da regulação da inteligência artificial.

A partir do que foi discutido acima, o presente trabalho busca entender a relação entre o processo decisório judicial apoiado em inteligência artificial e os atos discriminatórios frente à teoria processual administrativa da regulação. A hipótese proposta é a de que a inteligência artificial não possui, a princípio, segundo os critérios antecipados pela teoria processual administrativa da regulação, critérios delineados e generalizados para regulação de atos discriminatórios, que devem ser estabelecidos

pelo CNJ. Grande parte do óbice à utilização desse tipo de tecnologia aparenta estar intimamente ligado a uma quebra de expectativa dos pesquisadores que acreditavam que a inteligência artificial era a solução para a desigualdade e a discriminação no Poder Judiciário (LUPO, 2019).

Confirmada a hipótese, isso reforçaria a necessidade de determinar critérios para a formulação de uma regulação que visa incentivar o desenvolvimento desse tipo de tecnologia no Brasil, sem que se permita o uso desta para disseminar a discriminação e a desigualdade no país.

O estudo tem como marco temporal da análise os anos 1980 até os dias de hoje, considerando que a aplicação da inteligência artificial dentro do âmbito judicial começou nesse período (LUPO, 2019). Não será debatido, durante a pesquisa, o conteúdo dos critérios que devem ser adotados para evitar a discriminação das inteligências artificiais no âmbito do Poder Judiciário.

2 A TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO

2.1 Breve histórico do desenvolvimento da teoria processual administrativa da regulação

A atividade regulatória, apesar de não ser exclusiva do meio público, é associada a ele. Por isso, costumeiramente, o direito regulatório é relacionado ao direito público. Cabe a este a disciplina da estrutura de poder e a sua influência em áreas jurídicas diversas (ARANHA, 2018).

No entanto, nem sempre o direito regulatório foi concebido dessa maneira. O maior fator contribuinte para a concepção atual de regulação foram as reivindicações de direitos à igualdade entre os atores econômicos, dando especial destaque ao combate aos grandes conglomerados empresariais, formados pela interferência mínima do Estado na economia, advinda de uma herança iluminista e liberal. Deste modo, as bases para o controle regulatório sobre as pessoas jurídicas decorreram de uma demanda por condições mais igualitárias de concorrência, assim como a concepção de mercado como um bem jurídico a ser protegido (ARANHA, 2018).

Como defende Aranha (2018), o conjunto dos direitos fundamentais apresenta-se como a razão de ser da regulação. Desse modo, depreende-se que a regulação, como concebida na atualidade, tem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais e este é o cerne do conceito de Estado Regulador, uma vez que o controle regulatório é uma intervenção estatal fundamentada nisto.

Dito isso, a teoria processual administrativa da regulação, também conhecida como teoria jurídico-institucional da regulação ou teoria do processo administrativo regulatório, é uma das várias correntes teóricas que se voltam para a discussão de como ocorre a regulação e, por consequência, como ela deveria ser implementada. É uma teoria jurídica e institucional da regulação que entende este instituto como um efeito necessário derivado da divisão de poderes, garantidor da manutenção do interesse público. Além disso, entende que a regulação é o elemento norteador do processo decisório das agências e órgãos reguladores, preocupa-se com o processo regulatório e defende a autonomia dos órgãos reguladores (ARANHA, 2018).

A teoria jurídico-institucional foi criada como uma contraposição à teoria da escolha pública, que prega que a regulação não contribuiu habilmente para os interesses públicos. A referida teoria entende que os grupos de interesses que

participam ativamente da regulação da sociedade não conseguem abranger interesses sociais amplos, uma vez que são desorganizados e as agências regulatórias são subordinadas ao Poder Legislativo (CHAVES, 2020).

Segundo Croley (2008), a teoria processual administrativa possui como marco teórico a existência da autonomia das agências reguladoras. Como a referida teoria tem como essência a regulação dos interesses públicos por meio de um processo administrativo realizado via agências reguladoras, é indispensável que haja autonomia da instituição em questão para a preservação do interesse público.

O segundo pressuposto da teoria é o procedimento administrativo (CROLEY, 2008). É o fundamento que visa a fiscalização das ações das agências reguladoras e a garantia da sua imparcialidade, desde a intenção regulatória até a sua execução. Portanto, o processo administrativo auxilia a promoção de uma regulação que procura beneficiar o interesse público.

Além disso, Croley (2008) especifica o procedimento a ser seguido pelos órgãos reguladores: i) notificação da proposta regulatória pela agência; ii) divulgação da fundamentação da proposta regulatória; iii) possibilidade de participação do público na formação da proposta regulatória; iv) decisão a respeito da proposta regulatória fundamentada pela agência; e v) divulgação da decisão e de seus fundamentos.

Destacou ainda, entre as agências por ele estudadas, algumas práticas recorrentes que, juntamente com o procedimento acima descrito, compõem o cerne do procedimento administrativo e regulatório para ter a primazia do interesse público. São estas: i) a publicação de avisos com relação à agenda regulatória; ii) a ampla divulgação de consultas, relatórios, avaliações, conselhos e projetos; iii) a solicitação de participação pública em propostas regulamentares e audiências públicas; iv) a realização de análises de comitês e suas respectivas objeções; e v) a exposição pública dos fundamentos das conclusões alcançadas.

Alguns dos conceitos que compõem a base da teoria processual administrativa da regulação e propiciam a realização do procedimento regulatório são: o procedimento administrativo; a neutralidade do processo administrativo; e o ambiente jurídico-institucional administrativo (ARANHA, 2018). O elemento da neutralidade tem como referência e embasamento o princípio da imparcialidade e transparência dos atos públicos. Enquanto ao elemento de ambiente jurídico-institucional, diz respeito ao espaço regulatório, que envolve tanto o regulado e seus incentivos regulatórios, quanto o próprio agente regulador, com a estrutura para a realização dos trabalhos,

competências atribuídas e até mesmo o controle interno e externo da atividade reguladora. Desse modo, o procedimento descrito por Croley (2008) só consegue ter como fim o interesse público caso estejam presentes estes elementos básicos.

Não é à toa que a literatura do direito administrativo mais recente desempenhe uma função de grande importância: o entendimento acerca da autonomia das agências reguladoras, a partir do estudo aprofundado dos conceitos mencionados anteriormente. A busca pela compreensão da autonomia regulatória auxilia o embasamento da teoria processual administrativa da regulação (ARANHA, 2018).

No entanto, há os que dizem que a teoria processual administrativa da regulação não é suficientemente desenvolvida (CROLEY, 2008). Para eles, o fato de a teoria não conseguir fazer uma previsão abstrata dos resultados regulatórios a torna incompleta. Entretanto, este ramo teórico da regulação consegue prever que, seguidos as normas e os procedimentos regulatórios, o interesse público prevalecerá.

Nesse sentido, é possível entender que o processo administrativo é o meio pelo qual as ações regulatórias passam por um controle constitucional, administrativo e democrático, não ficando sujeitas aos jogos políticos e aos interesses de grupos específicos. Portanto, não importa realmente o resultado regulatório para assegurar as garantias constitucionais, mas a forma pela qual os agentes reguladores vão chegar à proposta regulatória.

Na realidade brasileira, o avanço dos estudos e das aplicações de inteligência artificial, em especial no âmbito do Poder Judiciário, traz a discussão sobre a regulação da nova tecnologia.

2.2 A aplicação da teoria processual administrativa da regulação no Brasil

No final do século passado, houve um declínio da ideia de Estado Empresário, que exerce a função de agente ativo na economia sob a forma empresária. Passou-se a ter um aparelho estatal ineficiente com várias entidades prestadoras de serviços públicos obsoletas, resultando na baixa confiança da população em relação ao Estado (ARANOVICH, 2008).

Essa situação fez com que o foco da reforma estatal se concentrasse na descentralização do poder estatal, retirando a ação direta de vários setores. Desse modo, o Estado contratou concessões de serviços públicos com a iniciativa privada,

tornando-os menos dependentes da propriedade estatal e propiciando concorrência na prestação de serviços, apostando na liberdade de iniciativa (ARANOVICH, 2008).

Esta liberdade de iniciativa passou a ser regulada por agências reguladoras criadas para a regulação de áreas específicas, reunindo especialistas da área regulada e diversas áreas de conhecimento. Foram dotadas de independência e de autonomia normativa. Esta foi inicialmente desenvolvida a partir da criação de pessoas jurídicas pelo Estado sujeitas a sua tutela. Posteriormente, conferiu-se maior independência às agências perante a Administração Direta (ARAGÃO, 2000).

Quanto à função normativa, as agências são contempladas com um rol de competências, dentre elas a de exercício de função normativa secundária, ou seja, a transferência da função normativa atribuída originalmente ao legislativo a órgãos executivos especializados (GUERRA, 2011). Além disso, estas entidades possuem competência para solucionar conflitos de interesses, para realizar investigações e fiscalizações e para fomentar ações condizentes com a sua proposta regulatória. Desse modo, acumulam funções administrativas, legislativas e de julgamento, com a sua extensão variada conforme cada caso (ARAGÃO, 2000).

Outro entendimento existente sobre o poder normativo das agências reguladoras, como propõe Arigony (2019), estaria diretamente relacionado com os princípios inteligíveis. Segundo ele, o STF fixou o conhecimento deste poder normativo no julgamento da ADI nº 4.923, consolidando, na jurisprudência, que decorrem da autorização conferida pelos princípios inteligíveis constantes na lei que criasse essas instituições.

A consolidação da tese de delegação normativa foi consolidada na Constituição Federal de 1988, na qual houve a atribuição de função normativa a alguns órgãos do Poder Executivo. Esse movimento se deu pela presença de alta complexidade de algumas matérias regulatórias e a inviabilidade de o Poder Legislativo apresentar uma resposta a cada uma das propostas de solução aos problemas sociais crescentes (GUERRA, 2011).

O modelo de regulação setorial desenvolvido com a presença de agências reguladoras foi ganhando mais mérito conforme o maquinário regulatório tradicional não foi suficiente para suprir a necessidade de agilidade e conhecimentos técnicos perante os problemas sociais e econômicos emergentes. Ao mesmo tempo, segundo Aragão, o Direito perde a sua unicidade ao prol da maior efetividade administrativa (ARAGÃO, 2000).

Entretanto, o Direito, em si, não sofreu mudanças em seu caráter unitário pela existência das agências reguladoras, pois foram apenas criadas novas entidades para maior eficiência administrativa, estando vinculadas à Administração Pública Direta. Estão sujeitas aos mesmos princípios da Administração Pública, apenas constituindo mais autonomia administrativa e personalidade jurídica própria.

Segundo Guerra (2011), é de suma importância entender a escolha regulatória como uma nova categoria de escolha administrativa, uma vez que se trata de uma estrutura estatal fundamental para atingir o equilíbrio dos subsistemas regulados. Além disso, coloca que se apresenta como um novo paradigma administrativo, com características mais abertas ao diálogo com a sociedade, coordenado pelo administrador.

Além da previsão e controle constitucional, as agências reguladoras no Brasil são regidas pela Lei nº 13.655/2018 e pela Lei nº 13.848/2019. A primeira modifica o Decreto-Lei nº 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a segunda introduz as diretrizes e normas gerais das agências reguladoras.

A Lei nº 13.655/2018 teve como objetivo introduzir e reforçar critérios que garantissem a segurança jurídica e a qualidade das decisões públicas. O projeto de lei original partiu do pressuposto de que o aumento de regras que versavam sobre processos e controle da administração ocasionou o aumento da incerteza jurídica dada a maior imprevisibilidade institucional. Nessa esteira, os proponentes buscaram amenizar a indeterminação do conteúdo das normas públicas, o não cumprimento voluntário e rápido das obrigações e a instabilidade dos atos jurídicos públicos que possuíam grande risco de serem modificados ou invalidados depois de sua publicação (NEGREIROS, 2019).

Algumas das soluções encontradas pelo legislador para a problemática apresentada foram: i) requerimento do princípio da motivação concreta, ou seja, que os agentes reguladores precisam levar em consideração as consequências concretas de suas decisões jurídicas; ii) regime de transição e de modulação da interpretação no tempo; e iii) clareza normativa, ligada à possibilidade do exercício da consulta pública (NEGREIROS, 2019).

Nessa seara, a nova redação dada pela lei alteradora tem como propósito a maior previsibilidade e conhecimento das decisões administrativas, com especial ênfase às tomadas pelas agências regulatórias, indo de encontro à proposta da teoria

processual administrativa da regulação. Dá-se um destaque especial ao art. 29, que versa sobre a possibilidade da edição ou alteração dos atos normativos serem precedidos de consulta pública (NEGREIROS, 2019).

Já a Lei nº 13.848/2019, também conhecida como Lei das Agências Reguladoras, estabelece um processo decisório que os agentes reguladores devem seguir, dos arts. 4º ao 13, que, resumidamente, propõem: i) que nenhuma obrigação, restrição ou sanção pode oferecer uma medida superior à necessária para atender o interesse público; ii) que os atos, as omissões e as decisões devem ser fundamentadas pelos pressupostos de fato e de direito; iii) que os atos normativos devem ser precedidos de uma análise de impacto regulatório, contendo as informações e os dados sobre os possíveis efeitos deste; iv) que as decisões serão de caráter colegiado e público, gravadas em meio eletrônico; e v) que serão objeto de consulta pública as minutas e as propostas de alteração dos atos normativos, com possibilidade de convocação de audiência pública como apoio para a tomada de decisão (BRASIL, 2019).

Diante disso, é perceptível a presença de elementos do procedimento regulatório proposto por Croley (2008) nas diretrizes e nos procedimentos a serem adotados pelas agências, com uma semelhança notável nos conteúdos normativos apresentados. Desse modo, como analisado no tópico anterior, o modelo regulatório adotado pelo Brasil desde a Constituição Federal de 1988 concede poder regulatório setorial nas agências reguladoras, corroborando com a teoria processual administrativa da regulação. Assim, é largamente difundida no país a ideia de uma regulação descentralizada e especializada por meio de órgãos e entidades especiais, como é o caso da Anatel, da Aneel, da ANA, da ANM, entre várias outras.

A mesma lógica pode ser percebida no Poder Judiciário, com a criação de colegiados voltados para o seu controle, como é o caso do Conselho Nacional de Justiça, que será discutido no próximo capítulo.

3 O PAPEL DO CNJ NA REGULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 Breve histórico do CNJ

Apesar de o CNJ ter sido criado de fato apenas em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, as suas bases são antigas, especialmente o conceito de independência do Judiciário. Embora houvesse muita controvérsia quanto este aspecto de independência estar presente em sua criação, esta noção tem sua origem em 1178, na Inglaterra, quando Henrique II cria a *Court of Common Pleas*, encarregada de receber as queixas do reino e dizer o direito (SAMPAIO, 2007).

Após quatro séculos de escândalos e corrupção, sob o governo de Jaime I, o Sir Edward Coke, que ocupava o cargo de *chief justice*, defendia a supremacia do *common law* e a independência dos juízes. Julgou dois casos que foram emblemáticos: o primeiro, em que decidiu que nenhum monarca estaria acima da lei e o segundo, em que determinou que o monarca não poderia mudar a *common law* (SAMPAIO, 2007).

No entanto, foi apenas em 1701, com o *Act of Settlement*, que a independência dos juízes passou a ser parte da *rule of law*. Neste ato, os juízes se tornaram independentes em relação ao Poder Executivo e a sua retirada do cargo ficou condicionada à deliberação por maioria na Casa dos Lordes e na Casa dos Comuns mediante processo em que ficasse comprovada a prática de crime ou sério desvio de conduta (SAMPAIO, 2007).

Na realidade brasileira, a independência do Poder Judiciário veio séculos depois. Na fase colonial, o primeiro tribunal brasileiro foi instalado em 1609, na Bahia, e contava, com sua organização, um grupo de dez desembargadores, sob a presidência do governador-geral do Brasil, que tinham uma competência revisional. Com a invasão holandesa entre 1626 e 1652, o funcionamento do tribunal foi interrompido e foram instaladas nas províncias ouvidores-gerais, cuja função era revisar as decisões tomadas pelos juízes (SAMPAIO, 2007).

No século XVIII, estes ouvidores passaram a ser independentes em relação aos governadores-gerais, tendo seus vínculos apenas com os tribunais de relação ou com a Casa de Suplicação de Lisboa. Em 1808, com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, o Tribunal de Relação do Rio passou a exercer o papel de Casa

de Suplicação, composta por vinte e três desembargadores, e suas decisões eram vinculantes para as instâncias inferiores (SAMPAIO, 2007).

Os avanços realizados, contudo, não foram tão significativos em termos práticos, pois os cargos públicos eram concedidos mediante razões meramente políticas e financeiras, não sendo incomum um funcionário cumular cargos e este serem concedidos apenas às pessoas proprietárias de terras e de influência. Assim, os juízes obedeciam aos grandes proprietários de terras e a corrupção era comum entre os membros da estrutura judiciária (SAMPAIO, 2007).

Com a promulgação da Constituição de 1824, passou a ser prevista a divisão dos poderes e as suas respectivas independências. Desse modo, previu-se a independência do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a independência dos juízes e jurados que o compunham. Porém, não foi o suficiente para a garantia de independência, pois, apenas de serem perpétuos, podiam ser suspensos pelo imperador. Nesse sentido, detinham autonomia e competência limitadas (SAMPAIO, 2007).

Na reforma judiciária de 1871, foram estabelecidos incentivos para a separação das funções políticas das judiciais, com a criação de regras para a padronização das promoções e com reforços das garantias de inamovibilidade e de irredutibilidade de vencimentos. A separação entre as duas áreas foi formalmente alcançada com a lei eleitoral de 1881, com a vedação do exercício cumulativo de cargos. Ainda assim, a corrupção era mais regra nas relações entre os poderes do que exceção (SAMPAIO, 2007).

Com o advento da Proclamação da República e promulgação da Constituição Federal de 1891, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a compor o Poder Judiciário, em substituição ao antigo Supremo Tribunal de Justiça. Entre as competências do novo tribunal estava a eventual resolução de conflitos entre os juízes ou tribunais federais e estaduais. Além disso, foi conferida uma autonomia administrativa aos tribunais federais, sendo estendida aos estaduais a partir das decisões do STF (SAMPAIO, 2007).

Dessa maneira, o STF era responsável pela fiscalização e controle judicial das decisões judiciais mediante provocação e, ao mesmo tempo, não era sujeito a controles externos, que não fossem os políticos, dada a possibilidade de *impeachment* por meio do Poder Legislativo, mais especificamente o Senado Federal (SAMPAIO, 2007).

A partir da Constituição Federal de 1937, com a instituição do Estado Novo, o Poder Judiciário voltou a ser mais dependente do Poder Executivo, fechando tribunais e demitindo juízes, apesar de manter garantias e direitos referentes à sua independência no texto constitucional. Situação semelhante ocorreu com a Constituição Federal de 1967 (SAMPAIO, 2007).

3.2 O CNJ a partir da Constituição Federal de 1998

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das anteriores, abriu a possibilidade de edição de emendas constitucionais com a finalidade de permitir a maior eficiência e acessibilidade do sistema judiciário (SAMPAIO, 2007). A partir dessa sistemática, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, que institui como órgão do Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), seguindo o modelo de criação deste órgão que predominou a América Latina (LEITÃO, 2013).

Segundo Leitão, a instituição de Conselhos de Justiça está intimamente ligada com a fragmentação do sistema político, tornando o Poder Judiciário protagonista no processo legislativo, quase equivalente a uma terceira câmara legislativa. Outro fator que contribuiu para a ampliação de suas competências foi o seu desenho institucional, com poderes constitucionais dos juízes decidirem casos que envolvam órgãos representativos e o contexto político em que se realizam os julgamentos (LEITÃO, 2013).

Apesar de sua influência política considerável, ainda mantém sua grande autonomia a partir das prerrogativas funcionais de inamovibilidade, irredutibilidade dos subsídios e a vitaliciedade, além da revisão judicial. Assim, possui uma grande capacidade de barganha dos interesses institucionais, ainda mais com a possibilidade de controle do processo de reforma constitucionais antes ou mesmo durante, especialmente com a atuação do STF (LEITÃO, 2013). Portanto, é cada vez mais evidente a necessidade de um órgão capaz de manter controle de forma interna deste poder.

O CNJ é responsável pela integridade administrativa do Poder Judiciário, exercendo atribuições administrativas, financeiras e fiscalizatórias dos deveres funcionais dos juízes, estando descritas mais descritivamente no art. 103-B, §4º, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o STF, tribunal que cumpria, em parte, o

papel fiscalizatório por provocação, passa a ser regulado igualmente pelo CNJ, embora faça o controle dos limites de sua atuação (TONET *et al.*, 2017).

Este órgão é composto da seguinte forma: um ministro do STF; um ministro do STJ; um ministro do TST; um desembargador da Justiça comum estadual; um desembargador da Justiça Federal; um desembargador da Justiça Trabalhista; três juízes de primeiro grau, com idêntica origem; dois membros do Ministério Público; dois advogados; e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada. O único representante vinculado ao cargo que exerce é o ministro do STF, que necessariamente deve ser o seu presidente. Desse modo, é gerido por uma maioria de magistrados para evitar que indivíduos estranhos ao sistema judiciário comprometessem a independência deste (TONET *et al.*, 2017).

Todos os conselheiros são nomeados pelo Presidente da República, depois de sua aprovação pelo Senado Federal (TONET *et al.*, 2017), mantendo uma estrutura de controle pelo Poder Legislativo, ainda que mais limitado do que as prerrogativas do STF.

De acordo com Leitão (2013), o desenho institucional do CNJ foi fortemente influenciado pelos interesses do STF, ainda mais com a forte resistência à participação de membros externos ao Poder Judiciário. A ideia de um Judiciário com controle popular era pouco popular, tendo apoio de apenas 20% dos juízes.

Como óbices à criação do CNJ, as associações enumeravam três problemas: (i) a falta de conhecimento específico sobre o funcionamento da justiça por parte dos membros “laicos”; (ii) a existência de forte controle interno realizado pelos tribunais; e (iii) o perigo à independência judicial. Nessa esteira, era um projeto que estava em tramitação no Legislativo há mais de duas décadas e só obteve êxito com o empenho do governo, encabeçado pelo então Ministro da Justiça, Márcio Tomaz Bastos, que era um advogado militante (LEITÃO, 2013).

Como órgão responsável pelo controle e pela garantia de transparência do Poder Judiciário, o CNJ deve assegurar que a prestação jurisdicional seja exercida moralmente e eficientemente, assim como proteger a autonomia deste. Para tanto, faz planejamentos estratégicos, planos de metas e programas de avaliação institucionais do Judiciário, além de receber as reclamações, petições eletrônicas e representações contra os membros deste poder (TONET *et al.*, 2017).

Por suas extensas atribuições, divide-se internamente em vários órgãos e, entre eles, está a Corregedoria Nacional de Justiça. Esta é responsável pelo controle

disciplinar e, embora não puna os magistrados que cometem atos em desacordo com as normas, exerce o papel investigativo, levando à Plenário do CNJ os casos de ofensas mais graves (TONET *et al.*, 2017). Dessa maneira, a principal competência de controle regulatório dos tribunais e seus respectivos juízes conferida ao STF antes da Constituição Federal de 1988 foi transferida para a Corregedoria Nacional de Justiça.

Embora a Corregedoria Nacional de Justiça tenha a prerrogativa geral de análise das reclamações e denúncias, há uma priorização do processamento destas pelos órgãos correccionais locais, sendo sua atuação excepcional e voltada para casos pontuais. Isto, no entanto, não significa que apenas atue subsidiariamente. O STF, na ADI 4.638 MC-REF/DF, determinou que a competência do CNJ é originária e concorrente para instaurar procedimentos disciplinares aos magistrados (TAVARES, 2012).

3.3 A teoria processual administrativa da regulação e o CNJ

É possível depreender que, a partir de um olhar mais crítico sobre a teoria processual administrativa da regulação, várias semelhanças entre as funções descritas do órgão com o ideal de Croley (2008).

O CNJ possui, como premissa de sua existência, manter a coerência do Poder Judiciário, impondo limites à sua atuação para preservar os direitos e as garantias fundamentais. Para tanto, recebeu constitucionalmente competência para promover programas de combate ao desvio de conduta dos magistrados, para fiscalizar suas ações e para exercer o poder de disciplina.

Nesse sentido, são evidentes as suas proximidades com as agências reguladoras. Como descrito no art. 3º da Lei nº 13.848/2019, a principal diferença entre as agências reguladoras e as autarquias como um todo é a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, a autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira (BRASIL, 2019), características presentes no desenho institucional do CNJ. A autonomia proporcionada a ele, inclusive, é maior do que as agências reguladoras convencionais, pois não é passível de regulação administrativa ou judicial por outro órgão da Administração Pública, apenas ao controle judicial do STF.

Além disso, adota um procedimento regulatório semelhante. Na Lei nº 13.848/2019, são elencadas como parte do processo decisório das agências reguladoras: (i) vedação de imposição de obrigações, restrições e sanções superiores a necessária ao atendimento do interesse público; (ii) indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinantes em suas decisões, incluindo as que dizem respeito da edição ou não de atos normativos; (iii) decisões sobre a adoção ou propostas de alteração de atos normativos de interesse geral devem ser precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório, com os possíveis efeitos do ato normativo, e devem ser previamente objeto de consulta pública; (iv) ausente a Análise de Impacto Regulatório, deve ser disponibilizada uma nota técnica ou documento equivalente que contenha a fundamentação da proposta de decisão; (v) processo de decisão da agência reguladora deve ter caráter colegiado; e (vi) as pautas de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet, exceto as que possuem caráter sigiloso ou natureza administrativa (BRASIL, 2019).

Já no Regimento Interno do CNJ, o processo decisório é descrito da seguinte forma: (i) as decisões possuem caráter colegiado; (ii) elaboração de relatórios estatísticos sobre processos e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional, com a avaliação de desempenho de Juízos e Tribunais e as atividades desenvolvidas pelo CNJ e os resultados obtidos; (iii) convocação de sessão plenária voltada para planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional, com a participação dos órgãos do Poder Judiciário e as associações nacionais de classe da carreira jurídica e de servidores; e (iv) as pautas das reuniões sessões são disponibilizadas aos interessados (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2009).

Desse modo, o CNJ é um órgão do Poder Judiciário que possui prerrogativas e processos semelhantes os das agências reguladoras que, como mostrado no capítulo anterior, foram embasados na teoria processual administrativa da regulação. Nessa esteira, o referido conselho é, para todos os fins, o órgão regulador cuja competência abrange o Poder Judiciário como um todo.

3.4 O CNJ como o órgão regulador do Poder Judiciário

A partir da análise da proximidade entre a maneira que foram configurados o CNJ e as agências reguladoras, pode-se seguir com o seguinte questionamento: o CNJ é o órgão regulador do Poder Judiciário? Para isso, é necessária uma análise mais aprofundada da extensão da atuação deste conselho.

Conforme anteriormente levantado, não há um consenso sobre qual dos dois seria o órgão regulador do Judiciário: o STF ou o CNJ. Autores como Leitão (2013) afirmam que a independência conferida ao CNJ em relação ao STF é mais formal do que efetiva, uma vez que a sua presidência é composta necessariamente pelo presidente do STF. Além disso, o tribunal possui competência para suprir as ausências de indicações para o Conselho e julgar as denúncias de infrações penais por seus membros e outras ações contra as decisões deste.

Contudo, em oposição ao posicionamento adotado por Leitão (2013), é possível constatar a maior independência do CNJ em relação ao STF já que aquele possui igualmente as prerrogativas de julgar este, por meio da Corregedoria Nacional de Justiça, conforme o art. 8º, inciso I, da Resolução nº 67, de 3 de março de 2009 e art. 103-B, §4º, inciso II e III, da Constituição Federal, transcritos a seguir:

Art. 103-B, §4º, inciso II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa (BRASIL, 1988).

Art. 8º, inciso I - receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado relativas aos magistrados e tribunais e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, determinando o arquivamento sumário das anônimas, das prescritas e daquelas que se apresentem manifestamente improcedentes ou despidas de elementos mínimos para a sua compreensão, de tudo dando ciência ao reclamante (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2009).

Nesse sentido, depreende-se que o julgamento de questões administrativas e de infrações relacionadas aos ministros do STF seriam de competência do CNJ, uma

vez que, expressamente, são membros do Poder Judiciário e, portanto, passíveis de serem julgados por este. Como coloca Tavares (2012), o CNJ não é um “apêndice” do Supremo Tribunal, pois possui o *status* de um órgão do Judiciário, apesar de ser tratado na parte constitucional que disserta sobre este.

Assim, pode-se afirmar que o CNJ é o órgão competente para realizar a regulação do Poder Judiciário quanto instituição. Dessa forma, entende-se que ele é o órgão regulador responsável pelas questões disciplinares e administrativas, inclusive pela aplicação da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, que será tema dos próximos capítulos.

4 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A ATUAÇÃO DO CNJ

4.1 O posicionamento do STF

O STF, como mencionado no capítulo anterior, já teve como objeto em ações por ele julgadas a atuação do CNJ como órgão regulador e a sua função. A seguir serão discutidas e debatidas as fundamentações trazidas pelas decisões do tribunal sobre o tema.

4.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367

A ADI nº 3.367 foi movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) voltada contra os arts. 1º e 2º da Emenda Constitucional nº 45/2004, que institui o Conselho Nacional de Justiça. Em sua fundamentação, afirmou que a constituição desta instituição era uma inegável violação ao princípio da separação e da independência dos poderes e uma ofensa ao pacto federativo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Continuou a linha argumentativa no sentido de que, especificamente o art. 103-B, § 4º, inciso III, da Constituição Federal não submetida à discussão e votação nas duas casas do Congresso Nacional, sendo apreciada apenas pelo Senado Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Em seu voto, o Ministro-Relator Cezar Peluso pontou, preliminarmente, que é inadmissível controle de constitucionalidade em caráter preventivo, considerando que a emenda em questão ainda não havia sido publicada. No entanto, a demanda é

cognoscível já que houve a sua publicação superveniente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Quanto à criação do CNJ, a independência do Judiciário é marcada, constitucionalmente, pela autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Ao seu ver, a emenda constitucional seria um atentado ao próprio sistema constitucional da separação dos Poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a). Esta é uma cláusula pétrea que não pode ser alterada por emenda, conforme a Constituição Federal:

Art. 60

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Assim, é vedada a deliberação sobre o princípio da separação dos poderes, marcada pela independência e a harmonia entre os poderes. Desse modo, cada um dos Poderes possui a sua organização interna regulada constitucionalmente, atribuindo os limites do tratamento normativo da separação dos poderes. Esta estrutura constitucional é a expressão natural do princípio da arquitetura política dos freios e contrapesos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

À primeira vista, a criação do Conselho Nacional de Justiça não ofende a separação de poderes, pois é composto por membros do mesmo Poder Judiciário, nomeados sem a interferência de outros Poderes. Por outro lado, não seria inconstitucional estabelecer competências de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário ao CNJ, pois há previsão constitucional parecida para a atuação dos tribunais de contas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Os tribunais de contas possuem o poder superior de fiscalização dos órgãos jurisdicionais quanto às atividades de ordem orçamentária, financeira e contábil, tornando-se um autêntico controle externo do Judiciário. A proposta exposta para a criação do CNJ propõe um controle intermediário e não afronta a independência deste Poder, uma vez que a afirmação contrária seria admitir que o Judiciário nunca foi independente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O mesmo poderia, segundo o ministro, ser afirmado a respeito da competência referente ao controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. A outorga ao CNJ não instaura o regime censório interno, já que os magistrados, especialmente

dos graus inferiores, sempre estiveram sob a ação das corregedorias. Deste modo, há a capacidade da entidade de exercer a mesma competência, já existente em âmbito local, a plano nacional e sobre todos os juízes hierarquicamente situados abaixo da Suprema Corte (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Quanto à análise da exposição de risco, com a criação do CNJ, do exercício das funções jurisdicionais, o ministro entendeu que não há interferência. As competências elencadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 são divididas basicamente em duas: o controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e o controle ético-disciplinar de seus membros (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A primeira não atinge o autogoverno, considerando que todas as competências privativas expostas no art. 96 da Constituição Federal podem ser exercidas em sua plenitude. No entanto, a independência constitucional do Judiciário não é absoluta, passando por uma limitação constitucional exercida pelo Legislativo. Foi atuando em sua competência reformadora do poder constituinte derivado que o Congresso Nacional concedeu ao CNJ as suas atribuições (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Mais do que um encargo de controle, o CNJ obteve uma alta função política de aprimorar o autogoverno do Judiciário, levando em conta que suas estruturas burocráticas dispersas inviabilizaram o esboço de uma estratégia institucional de nível nacional. Não é recente a necessidade de criação de um órgão superior capaz de realizar diagnósticos, críticas construtivas e respostas dinâmicas e eficazes para solucionar os problemas do Poder. Neste sentido, concedeu-se ao CNJ o papel de órgão formulador de políticas judiciárias nacionais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A segunda competência não fere a imparcialidade jurisdicional, principalmente sob a ótica de que os mecanismos de responsabilização dos juízes por inobservância das obrigações funcionais são fundamentais para a boa prestação jurisdicional. Esta responsabilidade é uma das formas de prestar contas pela independência conferida ao judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Na visão do ministro, os instrumentos orgânicos de controle ético-disciplinar instituídos à época do julgamento não eram totalmente eficientes, como ficou demonstrado no estudo de Maria Tereza Sadek (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a). A pesquisadora realizou um mapeamento sobre o Poder Judiciário e a

reforma proposta pela criação do CNJ. Segundo a autora, havia uma constante insatisfação com o desempenho do Poder Judiciário e uma falta de adequação deste às novas regras democráticas trazidas pela Constituição Federal de 1988. Além disso, haviam muitas críticas institucionais e alguns consideraram como uma crise institucional, principalmente com os conflitos com o Executivo em 2003 e a realização de uma proposta advinda de uma representante da ONU de se fazer uma espécie de auditoria (SADEK, 2004).

Nas pesquisas de opinião feitas na época, foi constatado um alto grau de descontentamento com o Judiciário, sendo visto pela população como uma instituição pouco confiável. Dessa forma, a necessidade de um órgão de controle externo da instituição era evidente tanto em nível político quanto jurídico (SADEK, 2004).

Desse modo, continuou o ministro em seu voto, é imprescindível para o regime republicano a necessidade do convívio permanente entre a independência jurisdicional e os instrumentos de responsabilização dos juízes que sejam efetivos. Os juízes não podem ser revestidos de preconceitos corporativos e outras posturas irracionais, que perpetuam com a imunidade absoluta e o máximo isolamento do Poder Judiciário, para a garantia de sua imparcialidade. Apontou, ainda que o regime republicano é o regime de responsabilidade, logo, os agentes públicos devem responder por seus atos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A decisão de incluir no CNJ membros alheios ao corpo da magistratura afasta a monopolização da responsabilidade disciplinar em mãos da própria magistratura e de sua degeneração em instrumento de controle puramente corporativo, fato que auxilia no seu isolamento da sociedade. A aproximação entre o Judiciário e o corpo político é fundamental para a legitimação social e democrática da instituição e sua administração da justiça (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Quanto aos anseios gerados pela presença de não-magistrados no CNJ em sua fiscalização ético-disciplinar, a emenda constitucional em questão contém as previsões adequadas para garantir o exercício do poder disciplinar por meio de critérios rigorosos de legalidade. Ressaltou que a maioria dos membros do Conselho é formada por juízes e a minoria, apesar de não serem juízes, possuem notável saber jurídico e reputação ilibada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O ministro afirmou que não há violação ao pacto federativo com a criação do CNJ, pois a determinação de particularidades concretas da organização da estrutura judiciária não retira a natureza nacional e una da instituição. O Conselho possui

natureza de um órgão federal, representante do Estado unitário, mas não é um órgão da União. A origem da fonte de custeio não transmuta a natureza ou a sua relação de pertinência no plano de separação dos Poderes, permanecendo a sua classificação como parte do Poder Judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

As relações de subordinação presentes no Poder Judiciário podem ser ampliadas e desdobradas pelo poder constituinte reformador, desde que não haja o rompimento do núcleo essencial das atribuições do Poder em favor de outro. É o que foi feito pela emenda constitucional questionada pela autora. A redução das autonomias internas de cada tribunal não fere, sob nenhum aspecto, o sistema de separação e independência dos Poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a)-

Hierarquicamente, o CNJ é superior ao Conselho da Justiça Federal e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, podendo rever os atos deste e daquele. É também competente para expedir atos regulamentares que fixam diretrizes para a execução dos seus próprios atos, dentro de seus limites constitucionais, e de reexame dos atos administrativos de órgãos judiciais inferiores. Tem, na prática, o poder de controle interno de constitucionalidade e de legitimidade desses atos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O ministro afastou a incidência dos precedentes da corte que entendiam que a criação de órgão de controle externo do Judiciário estaduais eram inconstitucionais. Nos casos trabalhados, os Poderes Legislativos estaduais efetivamente tentaram instituir órgãos externos que desfigurariam o aspecto unitário da instituição judiciária e, conseqüentemente, colocaria em risco o pacto federativo. A constituição do CNJ se difere das ocasiões anteriores, pois há o respeito da unidade institucional do Judiciário com o seu caráter nacional e pelo fato de ser um órgão pertencente a este Poder, fazendo um controle interno (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

No que toca a questão da inconstitucionalidade formal pela supressão da expressão “perda do cargo” do texto vindo da Câmara dos Deputados no texto aprovado pelo Senado Federal, há precedentes da Suprema Corte no sentido de não reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo. Manteve-se o sentido nomológico intacto, afastando a possibilidade de ofensa ao art. 60, §2º, da Constituição Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a) que afirma que:

Art. 60

§2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros (BRASIL, 1988).

O ministro enfatizou, ainda, que, caso fosse realmente incluída a expressão suprimida, a Emenda Constitucional nº 45/2004 teria uma inconstitucionalidade. O art. 95, inciso I, da Constituição Federal explicita que:

Art. 95 - Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado (BRASIL, 1988).

Como pode ser observado, há o elenco taxativo das hipóteses em que se pode ter a perda do cargo de magistrado vitalício. Dessa forma, a previsão de competência do Conselho de ordenar a perda do cargo afronta as condições expressas constitucionalmente, ensejando uma norma inconstitucional. Então, de nada valeria submeter a norma para nova aprovação da Câmara dos Deputados se esta estaria fadada a ser tida como inconstitucional.

Outra parte pendente de apreciação na Câmara dos Deputados foi a proposta de acréscimo do § 8º ao art. 103-B da Constituição Federal (1988), com o seguinte teor:

§ 8º É vedado ao membro do Conselho, referido nos incisos XII e XIII, durante o exercício do mandato:

- a) exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- b) dedicar-se a atividade político-partidária;
- c) exercer, em todo o território nacional, a advocacia. (BRASIL, 1988)

Segundo a autora, a falta desta norma na emenda constitucional permitiria que os advogados e cidadãos integrantes do CNJ não estivessem sujeitos a este tratamento. Isto resultaria em tratamento desigual entre seus membros e, conseqüentemente, inconciliável com a Constituição da República (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Entretanto, a posição adotada pelo ministro foi a de que a pendência da proposta não implica que os advogados e os cidadãos integrantes do Conselho não estejam sujeitos a este tratamento. Por aplicação analógica baseada nos arts. 95, parágrafo único, e 128, § 5º, inciso II, da Constituição Federal, entende-se que

ninguém pode exercer atividades incompatíveis com a função de membro do Conselho, finalizando o seu voto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Carlos Britto acompanharam o voto do relator (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Em seu voto, o Ministro Eros Grau disse que a Constituição Federal propõe que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si. Ao seu ver mais crítico, a separação de poderes é uma mera ficção jurídica. O que se tem de fato é a repartição dos poderes entre as potências e a limitação ou a moderação das pretensões de uma potência sobre as outras (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A Constituição Federal determina o Estado político e distribui a sua atividade entre vários poderes de forma que cada um deles, em si mesmo, exerce a totalidade deste. Em outras palavras, estes poderes possuem atribuições legislativas, administrativas e jurisdicionais. Contudo, como o direito é um nível funcional do todo social, não há um modelo universal de “separação” ou equilíbrio entre os poderes, ficando a cargo de cada sociedade política definir seu formato particular (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Na Emenda Constitucional nº 45/2004, houve a incorporação de um órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Este controle não é externo, sendo parte do Judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Quanto ao questionamento de presença de membros no CNJ indicados pelo Legislativo, pelo Ministério Público e pelo Conselho Federal da OAB, o ministro entendeu que, mesmo que houvessem de fato dois membros representativos do Poder Legislativo, o “controle externo” do Poder Judiciário seria constitucional. Ao seu ver, a atribuição de fiscalização compõe o modelo brasileiro de harmonia e independência entre os Poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A mesma observação pode ser feita para a presença de membros do Ministério Público e de advogados. O Ministério Público e o Conselho Federal da OAB são instituições indispensáveis para a função jurisdicional e, os membros por elas escolhidos, não são subordinados a estas. Dessa forma, os conselheiros são autônomos em suas funções. Além disso, os dois cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada escolhidos para conselheiros passam pelo mesmo procedimento de

escolha de ministros para a Suprema Corte (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Ao CNJ não foram concedidas competências para interferência na independência funcional do magistrado. Cabe a este exclusivamente o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. A sua existência, afirma o ministro, não afeta o dever-poder de decisão conforme a Constituição Federal e as leis que vincula os magistrados. Nesse sentido, exerce um autêntico controle interno e não possui função jurisdicional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Pontou que o STF é um tribunal político, pois prevê a viabilidade do Estado. É dever da Suprema Corte compreender as peculiaridades de cada caso no âmbito do Estado, sem sacrificar a realidade em benefício de doutrinas, pois interpreta, acima dos textos jurídicos, a própria realidade. Desse modo, o intérprete deve ler as normas constitucionais contemporaneamente à realidade, não podendo ser separada da realidade concreta de seu tempo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Nesta linha, o argumento de inviabilidade do CNJ pela incompatibilidade com a doutrina de “separação dos poderes” não se justifica. Na época em que houve o julgamento, existia no imaginário social expectativas de criação de um órgão de controle externo do Judiciário. Assim, a declaração de inconstitucionalidade deste seria uma afronta a natureza singular do presente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Em relação ao argumento de violação do pacto federativo, este não procede. O Poder Judiciário é composto pela magistratura federal e a magistratura estadual e a Constituição Federal confere, à totalidade dos juízes, os mesmos direitos e deveres. Como o CNJ funciona como um órgão de atuação a nível nacional, aplicável tanto no âmbito federal quanto estadual, está em conformidade com o tratamento isonômico previsto constitucionalmente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O ministro conclui o seu voto entendendo que não há procedência da afirmação de inconstitucionalidade formal e que as informações prestadas pelo Senado Federal suprimam a questão. Como o § 8º é inexistente na emenda constitucional analisada, não há o que ser analisado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O Ministro Joaquim Barbosa iniciou a sua linha argumentativa no sentido de que não existe um conceito apriorístico de separação de poderes. Este é apenas a

forma positivada do princípio na Constituição Federal para que possa ser visualizado concretamente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A noção de separação de poderes foi adaptada de acordo com as circunstâncias e as necessidades históricas. Desse modo, não é admissível a aplicação da visão criada há trezentos anos às necessidades atuais. As ideias iluministas não devem ser seguidas em sua pureza original, pois vivemos em uma sociedade cuja organização político-social se difere da que eles viveram (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A ideia de separação de poderes, nesta análise, não pode ser limitada à “estanquização” absoluta de um poder em relação ao outro. De um ponto de vista prático e institucional, não tem como haver uma divisão estanque, uma vez que a própria Constituição Federal indica a participação de um poder na composição de órgãos de outro poder. Ocorre, na realidade, uma dispersão/difusão de poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O Poder Judiciário, na visão do ministro, tem caráter nacional e a Constituição Federal estabelece claros limites e parâmetros para a atuação da Justiça Estadual, mesmo não estando submetida à Justiça Federal. Nesse sentido, o CNJ deriva logicamente do tratamento conferido constitucionalmente ao Judiciário e sua atuação se dará nos termos previstos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O ministro finalizou seu voto afirmando que os precedentes que denegaram a criação de Conselhos de Justiça a nível estadual não são eternos e, na época em que foram julgados, não havia um projeto de um modelo federal. Nos casos citados, haveria a fragmentação do Poder Judiciário, o que não ocorre com a criação do CNJ, considerando a sua atuação nacional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A Ministra Ellen Gracie compreendeu que não houve irregularidade na tramitação do projeto de emenda que ensejaria causa à inconstitucionalidade formal ao ser apreciado pelo Senado Federal. Existe o entendimento da Suprema Corte de que se as emendas supressivas não geram alterações substanciais, não são fundamento para provocar a inconstitucionalidade formal das emendas delas advindas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Entretanto, a ministra diverge do relator. Entendeu que no sistema constitucional existe a chamada independência qualificada do Poder Judiciário, dado o grau de especialidade da função desempenhada por este. É um dos mecanismos

que concretiza o sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático de Direito (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Neste contexto, existe a figura do Estado-juiz, autônomo, capaz de julgar com imparcialidade, com qualificação verificada em concurso público, vitalício e com prerrogativas de inamovibilidade e de irredutibilidade de salários. Contudo, a independência do Judiciário se expande para a sua estrutura. Assim, os tribunais possuem autonomia administrativa, financeira e orçamentária, sendo uma das manifestações de autogoverno do poder jurisdicional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, houve a criação de um órgão do Poder Judiciário que possui atribuições que perpassam a mera fiscalização, tendo competências regulatórias. Nessa esteira, houve o surgimento de uma força interventiva sobre a atuação financeira, administrativa e funcional por um Conselho que não é composto apenas por membros do Judiciário. Mesmo assim, não houve a desnaturação do modelo brasileiro de separação e de independência dos Poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A ministra ressaltou que a participação de membros do Ministério Público, advogados e cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal é indevida na organização do Poder Judiciário, mesmo com sua devida relevância constitucional. Juntamente com a função jurisdicional despojada conferida ao Conselho, afrontam a independência qualificada deste poder (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Quanto a alegação de que a criação do CNJ violaria o pacto federativo, a ministra ressaltou que o Poder Judiciário é uno e os tribunais são órgãos pertencentes a este único poder. Então, a existência do Conselho não o fere. Aliás, não impedimentos ao poder constituinte reformador de, em seu exercício, criar um novo órgão de superposição de caráter nacional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A ministra terminou o seu voto dando procedência, em parte, do pedido formulado, com a declaração de inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII, e XIII do art. 103-B da Constituição Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O Ministro Carlos Velloso pontou que no regime presidencialista, a separação entre os poderes é nítida e que a Constituição Federal permite a interação de funções, com a fiscalização de um Poder sobre o outro. Assim, defendeu desde 1986 a

necessidade de instituição de um conselho visando principalmente o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e servidores (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O ministro foi a favor da participação de representantes da OAB e do Ministério Público, este como fiscal da lei e da Constituição. Reconheceu que o exercício da advocacia é incompatível com a função de conselheiro. No entanto, foi contra a indicação de cidadãos pelo Legislativo, considerando uma intromissão no Poder Judiciário que prejudica o regime democrático (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Apesar de suas aspirações, o Conselho instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao seu ver, é ilegítimo dada a sua composição derivada de uma violação à separação de poderes. Nesse sentido, deferiu parcialmente o pedido e acompanhou o voto da Ministra Ellen Gracie (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O Ministro Celso de Mello acompanhou integralmente o voto proferido pelo relator, ressaltando a plena validade jurídico-constitucional do CNJ, pois sua instituição não desrespeitou nem importou em transgressão ao princípio republicano, ao princípio da Federação e ao princípio da separação de poderes, fundada na Constituição da República (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O Ministro Sepúlveda Pertence divergiu parcialmente do voto do relator. Entendeu que não prosperou a arguição de inconstitucionalidade formal, já que não havia motivo para a devolução à Câmara dos Deputados a emenda meramente supressiva, aprovada pelo Senado Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Para o ministro, os precedentes que denegaram a criação de conselhos estaduais seriam aplicáveis, pois a criação do CNJ viola o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes. Esta violação derivaria da criação de um novo sistema de pesos e contrapesos que não teria correspondência com o modelo positivo constitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Entretanto, ressaltou que a criação em si do Conselho não é inconstitucional, uma vez que está entre as competências do poder constituinte reformador a instituição de órgãos de caráter nacional dentro da estrutura do Judiciário. Neste ponto, convergiu com a posição adotada pelo relator (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Com esta linha argumentativa, também analisou que não houve violação do pacto federativo. O Poder Judiciário é uno e, por este motivo, não há inconstitucionalidade na criação do Conselho, considerando o seu caráter nacional, não sendo federal. Apontou que, desde 1995, foi um grande apoiador da ideia de reforma judiciária e da necessidade de um órgão central e nacional de planejamento, de administração superior e controle disciplinar supletivo da Magistratura (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Mesmo sendo favorável a esta mudança estrutural, o ministro não concebeu a constitucionalidade integral do art. 103-B proposta pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Criou-se, em sua opinião, uma nova forma de ingerência do Poder Legislativo na composição de um órgão que está formalmente inserido na estrutura nacional do Poder Judiciário, com grandes atribuições (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

O CNJ, desse modo, contém os chamados de poderes de superposição, compreendidos todo o exercício de auto-governo do Judiciário Federal e também do Judiciário dos Estados-membros. E, neste órgão, há a indicação de um membro pelo Senado Federal e um membro pela Câmara dos Deputados. Apesar de comporem uma minoria entre os conselheiros, havendo uma influência do Poder Legislativo tabelada como inconstitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Dessa forma, em seu voto, declarou a inconstitucionalidade do inciso XIII do art. 103-B da Emenda Constitucional nº 45/2004. Contudo, dissentiu da divergência aberta pela Ministra Ellen Gracie, que considerou inconstitucionais os incisos X, XI e XII (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Tanto o Ministério Público quanto a advocacia possuem papéis essenciais à Justiça e sua escolha para a composição do Conselho reforça e concretiza isso. Estas instituições são corresponsáveis pelo bom funcionamento do serviço judiciário e, deste modo, não ofendem a independência dos Poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Por fim, o Ministro Nelson Jobim, então presidente do STF, comentou ter sido favorável à criação de um conselho desde a constituinte, em 1987. Em 1993, participou de um dos desenhos do CNJ, cujos poderes e competências foram exatamente os aprovados na Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

A partir dos anos 2000, o Poder Judiciário adquiriu uma preocupação mais nacional. No ponto de vista do ministro, isso se deu pela necessidade de um órgão para a formulação de políticas nacionais do Judiciário. Na época, existia um isolamento absoluto dos 96 tribunais que compunham a estrutura judiciária brasileira, reduzidos a 93, com a extinção dos tribunais de alçada. Dessa forma, quando ocorria a discussão da lei orçamentária, os presidentes dos tribunais tentavam tirar dinheiro uns dos outros, justamente pela falta de uma política nacional do Judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Na ocasião em que houve o debate do projeto de lei da Magistratura Nacional, não era possível obter nenhuma transparência sobre a composição remuneratória em cada Estado federado. No entanto, este ponto crítico orçamentário era tratado com um discurso de independência e autonomia financeira e orçamentária dos tribunais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Por isso houve o anseio por parte da sociedade brasileira de instituição de um órgão nacional que não só seria fundamental para a formulação de políticas, como também, um órgão supletivo da questão disciplinar. Neste ponto, o ministro explicou que a presença de dois membros oriundos do Congresso Nacional é uma forma de quebra do sistema corporativo e de isolamento adotado pelo Judiciário até então (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006a).

Nesse sentido, a decisão proferida pelo STF nesta ação foi essencial para o estabelecimento do CNJ como órgão do Poder Judiciário que, além das competências trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem como missão transformar o sistema jurisdicional mais transparente e eficiente.

Apesar de ter sido apenas brevemente tratado no julgamento da ADI, o relatório feito por Maria Tereza Sadek traduz os anseios mencionados pelo Ministro Nelson Jobim em sua fala. Na pesquisa realizada, tanto entre os integrantes do Poder Judiciário quanto dos Ministérios Públicos estaduais e federal, mais de 70% concordava totalmente ou em termos que existia uma crise na Justiça. Esta porcentagem refletia a crescente insatisfação com o desempenho das instituições judiciais dos próprios operadores do sistema jurisdicional (SADEK, 2004).

A dimensão política do Judiciário em 2004 decorria essencialmente da vivência do país de grandes ajustes econômicos, políticos e sociais, com a conseqüente adaptação de sua infraestrutura. Havia uma grande agenda de reformas definidas pelo Congresso Nacional e o Executivo. Entre 1988 e 25/01/2004, foram impetradas 3.097

ações diretas de inconstitucionalidade, que a autora apontou como um indicador clássico do processo de judicialização da política. Esta dimensão política foi alvo de críticas e tida como prioritária nos projetos de mudança (SADEK, 2004).

Ao mesmo tempo, havia o senso comum da população que a justiça era tardia, falha, desigual e elitista. Parte dessa noção derivou do aumento de demandas judiciais, mas expressivos setores sociais eram marginalizados (SADEK, 2004).

Este relatório reforça os motivos que levaram à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a consequente criação do CNJ, reafirmando a sua constitucionalidade e a sua importância dentro da estrutura judicial brasileira. A próxima ação a ser analisada trata sobre as atribuições regulatórias que o STF concedeu ao Conselho.

4.1.2 Ação Declaratória De Constitucionalidade nº 12

A ADC nº 12 julgou a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 elaborada pelo CNJ com o intuito de combater a prática de nepotismo no Poder Judiciário. A partir disso, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, fundamentou que como a Resolução nº 9/2005 revogou por incompatibilidade o art.3º da Resolução 7/2005. Assim, a ação não teria o interesse de agir já que o dispositivo foi revogado, não merecendo conhecimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

No entanto, em uma análise da natureza da resolução, o ministro entendeu que, uma vez que ela tem como fundamento a própria Constituição Federal, esta teria a força normativa de diploma normativo primário. Nesse sentido, estaria revestida de generalidade, impessoalidade e abstratividade, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade concentrado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

O caráter de generalidade pode ser atestado pela presença de normas proibitivas de ações administrativas padronizadas. Já a impessoalidade é atestada pela ausência de indicação nominal ou patronímica. Por último, a abstratividade é identificada pelo modelo normativo com o tempo de vigência aberto, vocacionado para renovar de forma contínua o vínculo entre as hipóteses de incidência e seus respectivos mandamentos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Quanto a classificação do ato do CNJ como primário, o ministro expõe que o Estado-legislador possui dois tipos de vontades normativas: a primária e a derivada. A primária segue a vontade exprimida na própria Constituição Federal, sem conter

outra base além desta. Isso se dá pelo fato de que é inovadora do ordenamento jurídico. A derivada surge com fundamento em diploma jurídico já editado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Evidencia, ainda, que é equivocada a interpretação de que apenas a lei em sentido formal pode ser ato normativo primário. A própria Constituição Federal elenca algumas possibilidades de atos normativos primários derivarem de decretos legislativos emitidos privativamente pelo Senado Federal e de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República. Nesse mesmo sentido é perceptível que a Magna Carta conferiu competência privativa aos tribunais judiciais para elaborar regimentos internos, observando as normas de processo e de garantias processuais das partes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Segundo o entendimento do ministro, os regimentos do Poder Judiciário seriam tanto atos normativos primários quanto secundários. Seriam primários por tratarem de competências e do funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos e secundários pela obrigação de se observar as normas de processo e de garantias processuais das partes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

A mesma lógica pode ser observada nas normas constitucionais em que atribui ao Presidente da República a disposição mediante decreto sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. O STF classifica esta atuação do Presidente da República como constitutiva de regulamento autônomo e, portanto, equiparável a ato normativo primário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Conforme o art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal:

Art. 103-B.

§ 4º - Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e

correcional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (BRASIL, 1988).

Extrai-se da leitura, especialmente do § 4º, que o CNJ realiza o papel de órgão central de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Dessa maneira, ao Conselho cabe aferir o cumprimento dos deveres dos juízes e exercer os poderes que lhe foram atribuídos pelo Estatuto da Magistratura, arrolados no § 4º exposto anteriormente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Esta interpretação é reforçada pelo fato de que, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Constituição Federal fixou o regime jurídico do Conselho Nacional de Justiça, dispensando o exercício de suas competências precedido necessariamente de lei. Outro fato que corrobora com a interpretação é a posição de seu fundamento constitucional como órgão do Poder Judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Desse modo, ao editar a Resolução nº 7/2005 o CNJ não estaria competência reservada, com exclusividade, ao Poder Legislativo, seja ele federal ou estadual. Já havia decisões do tribunal no sentido de que o Conselho possui competência fiscal, administrativa e financeira no âmbito do Judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

O ministro faz uma observação final em que afirma que a análise dos efeitos da aplicação da Resolução nº 7/2005 e de suas possibilidades teóricas de incidência são de competência do CNJ e, posteriormente, do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Já o Ministro Eros Grau, discorreu em seu voto que o CNJ é de fato um órgão do Poder Judiciário e, por isso, suas decisões poderiam ser objeto de análise do STF. Ao seu ver, a Constituição Federal estabelece a legalidade como reserva da lei e como reserva da norma. Portanto, haveria uma distinção clara entre (i) a vinculação às

definições da lei; e (ii) a vinculação às definições decorrentes, ou seja, firmadas em virtude de lei (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Na primeira hipótese apresentada, seria classificada como reserva de lei e a segunda, reserva de norma. Deu-se ênfase que esta pode ser tanto legal quanto regulamentar, ou regimental. Assim, entendeu que, nos casos de reserva de norma que não seja de espécie legislativa e originadas de previsão implícita ou explícita em lei, há conformidade com o princípio da legalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Nessa esteira, a ausência de atribuição de espécies legislativas não impede que o Poder Executivo ou o Poder Judiciário exerçam suas funções normativas para instituir obrigações de fazer ou não fazer aos seus particulares. Apesar de haverem matérias que apenas podem ser tratadas em forma de lei na Magna Carta, os regulamentos do Executivo e os regimentos do Judiciários são exceções. Concluiu o seu voto reforçando que o art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal atribuiu ao CNJ a competência do exercício da função normativa regulamentar no âmbito do Poder Judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

O Ministro Joaquim Barbosa compreendeu que a questão da legalidade da resolução que não foi fundamentada em lei, mas na própria Constituição Federal, foi resolvida com a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001. Nesta, inseriu-se norma constitucional que prevê a possibilidade de extinção, mediante decreto, de funções e cargos públicos criados por lei, estando vagos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Outra exceção foi criada com a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, com a instituição do CNJ e a atribuição da função de zelar pela observância do art. 37 da Magna Carta. Dessa forma, afirmou que o constituinte derivado outorgou à entidade a possibilidade de edição de atos administrativos para exercer sua competência, inexistindo vício formal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

O Ministro Cezar Peluso defendeu que o CNJ possui poder jurídico de regular os princípios contidos no art. 37 e sua competência regulatória não fica restrita ao art. 103-B, § 4º, inciso I. Explica que a atribuição abarca todos os atos regulamentares necessários para execução efetiva referente àquele artigo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Destacou que houve uma ação julgada pelo tribunal em 1967 em que uma lei foi invalidada por motivo diverso a inconstitucionalidade. A fundamentação dessa

decisão foi puramente particularista e buscava o favorecimento a um grupo específico. Estes tipos de julgamento eram típicos na época. Sinteticamente, concordou com o relator (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, afirmou que um dos requisitos formais da ADC é a controvérsia ou dúvida relevante sobre a constitucionalidade de um preceito. Esta se mostrou presente na aplicação da resolução no âmbito administrativo dos tribunais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Seguiu a sua linha argumentativa com uma análise da competência do Conselho. Conforme expresso no art. 103-B, § 4º, há uma autorização expressa para a expedição de atos regulamentares pelo CNJ, no âmbito de sua atuação. Esta atribuição abrange o dever de observância aos princípios e às disposições contidas no art. 37, atuando, na situação descrita, dentro de sua prerrogativa constitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Não houve ofensa ao princípio da legalidade, segundo o ministro, pois o fundamento de validade do ato normativo emitido está na própria Constituição Federal. Ressaltou que o conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Considerou o Conselho como um órgão que possui, além das atribuições financeiras, administrativas e fiscais, caráter político-constitucional, com atuação nacional e vinculante para todos os tribunais do país. Portanto, pode e deve atuar disciplinar e correicionalmente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Para a Ministra Ellen Gracie, é indiscutível a força interventiva do CNJ sobre a atividade administrativa do Poder Judiciário, confirmada pelo art. 103-B, § 4º. Entre as competências deste estão, entre outras ações, expedir atos regulamentares, apreciar e desconstruir atos administrativos, aliciar processos disciplinares em curso, aplicar sanções administrativas e apresentar representações criminais perante o Ministério Público (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Na ação em questão, há uma incumbência expressa na norma constitucional que é papel do Conselho zelar pela observação do art. 37. Desse modo, afirmou que foi no estrito exercício da atividade de verificação ou guarda da própria constitucionalidade que a resolução foi editada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Destoante com a conclusão alcançada pelos outros ministros, o Ministro Marco Aurélio compreendeu que a ADC não teria preenchido os seus pressupostos, pois considerou que o ato normativo emitido pelo CNJ é concreto e não abstrato. Colocou que a atuação do órgão não pode substituir o Congresso Nacional e, portanto, não possuindo poder normativo. A instituição, no caso, apenas regulamentou uma disposição constitucional sem inserir de fato uma norma nova (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Seguindo a argumentação exposta pelo Ministro Carlos Britto, o Ministro Celso de Mello entendeu que o CNJ é competente para formular a resolução em questão, que possui caráter normativo. Especialmente o tocante ao nepotismo, disse que a prática não é compatível com o ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou integralmente o voto do Ministro-Relator, assim como o Ministro Nelson Jobim, então presidente do tribunal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b).

A conclusão alcançada pelo STF em sua decisão é fundamental para o entendimento do CNJ como órgão regulador do Poder Judiciário. Este posicionamento reafirmou as competências regulatórias à instituição ao realizar a equiparação de seus atos a atos normativos primários, conferindo sua autonomia. Além disso, o tribunal aproximou a instituição ao conceito de agente regulador presente na teoria processual administrativa proposta por Croley (2008), exposta no capítulo anterior.

4.1.3. Mandado de Segurança nº 32.937/DF

O caso em questão diz respeito a um mandado de segurança impetrado contra o CNJ, objetivando a instauração de um procedimento administrativo voltado para a apuração de atos disciplinares do magistrado e, em particular, dos auxiliares da Justiça. Atuando na condição de interventores judiciais da sociedade impetrante, os auxiliares cometeram atos nocivos e fraudulentos com o conseqüente enriquecimento ilícito de terceiros. O prejuízo auferido pela empresa foi na ordem de dezenas de milhões e foi peticionada uma reclamação disciplinar perante a CN (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014).

No entanto, a CN decidiu por delegar a verificação dos indícios dos indícios dos atos apontados pelo impetrante para o Tribunal de Justiça de São Paulo. Ocorre que

a corregedoria do respectivo tribunal, analisando as razões da reclamação do impetrante, entendeu que os atos praticados pelo magistrado e pelos auxiliares da Justiça seriam meramente jurisdicionais, não sendo cabível a função correicional e, portanto, absolvidos pelo magistrado de origem. Em grau recursal, o CNJ manteve o entendimento adotado pela corregedoria local, arquivando a reclamação disciplinar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014).

Desse modo, foi impetrado mandado de segurança perante o STF, uma vez que o impetrante compreende que o ato do Corregedor Nacional de Justiça o privou de um direito líquido e certo presente no art. 61 do Regimento Interno do CNJ, em que se impõe o exercício do juízo de retratação da decisão recorrida ou a submissão do recurso ao Plenário do CNJ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014).

Nesse sentido, o STF chegou à seguinte conclusão:

Analisando a decisão impugnada, é possível perceber que os recorrentes não trazem qualquer elemento novo a ensejar a reforma da decisão que aprovou o PARE354. **Ao Conselho Nacional de Justiça compete, precipuamente, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, nos termos do § 4º do Art. 103-B da Carta Magna de 1988.** Além disso, a atuação do Conselho Nacional de Justiça deve respeitar a autonomia dos Tribunais, nos termos do artigo 96 da Constituição. (...) Não cabe à Corregedoria Nacional de Justiça, ou a qualquer outro órgão correicional, deliberar sobre o acerto ou desacerto de determinado entendimento judicial, mormente quando não há indícios de que tenha sido ele praticado em desvio de finalidade. (...) Alega-se que, por ser o CNJ “órgão componente da Estrutura Judiciária”, a negativa de seguimento ao recurso administrativo “afrontou os direitos constitucionais do Impetrante ao acesso ao Judiciário”. O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário está previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, in verbis: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Referida norma guarda estrita relação com o princípio da separação dos Poderes, sendo ilegítima a edição de leis que excluam do Poder Judiciário a possibilidade de apreciar eventual lesão ou ameaça a direito a fim de solucionar o conflito com caráter de definitividade. Em outras palavras, o princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da CF/88 não diz respeito a toda e qualquer atuação do Poder Judiciário no mundo jurídico (destacando-se a possibilidade de exercício atípico das funções legislativa e administrativa por esse Poder, tais como na edição de regimento interno e abertura de licitação no seu âmbito, respectivamente); de outra forma, o referido dispositivo constitucional diz respeito ao exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, assegurando a todos o acesso ao direito e à proteção de seus interesses legítimos através da atuação de juízes e Tribunais. **Conforme ressaltado no julgamento da ADI nº 3.367/DF, o CNJ é órgão do Poder Judiciário de “natureza meramente administrativa”** (Relator o Ministro Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, DJ de 13/4/05), não possuindo, portanto, atribuição jurisdicional. (...) Não assiste ao impetrante, portanto, direito líquido e certo de o CNJ, tão somente por ser órgão do Poder Judiciário, atuar com caráter de definitividade na apreciação de eventual ameaça ou lesão a seu direito, ainda mais quando essa atuação resultar em intervenção em processo de natureza jurisdicional. O impetrante alega, também, que o Corregedor Nacional de Justiça, ao negar seguimento ao recurso administrativo por ato

singular, violou o art. 61 do Regulamento Geral da Corregedoria Geral de Justiça, que dispõe: “Art. 61. O Tribunal, o magistrado, a parte ou o interessado que se considerar prejudicado por decisão do Corregedor de que manifestamente resultar restrição de direito ou prerrogativa, determinação de conduta ou anulação de ato ou decisão nos casos de reclamação disciplinar, representação por excesso de prazo ou pedido de providências, poderá, no prazo de cinco (5) dias contados da sua intimação, interpor recurso administrativo com as razões e provas de suas alegações. Parágrafo 1º. Das decisões do Corregedor Nacional de Justiça e dos Magistrados Auxiliares por ele delegadas no âmbito recursal será dada ciência ao interessado ou requerente na forma do art. 16, § 3º. Parágrafo 2º. O Corregedor poderá, no prazo de cinco dias, retratar-se da decisão recorrida; caso contrário, submeterá o recurso à apreciação do Plenário na forma regimental. Parágrafo 3º. Nos recursos interpostos dos atos e decisões proferidos pelos magistrados auxiliares por delegação, o juízo de retratação será exercido pelo Corregedor.” O exercício do juízo de retratação pelo prolator da decisão ou a submissão do recurso administrativo ao Plenário do CNJ está disciplinado também no art. 115, § 2º, do seu Regimento Interno. Dessa perspectiva, entendo que há plausibilidade jurídica na alegada violação ao direito do impetrante de ter o seu recurso administrativo levado ao Plenário do CNJ para submeter ao crivo do colegiado decisão monocrática do Corregedor Nacional de Justiça na qual se negou seguimento à reclamação disciplinar. (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, grifo nosso).

(STF - MS: 32937 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/05/2014, Data de Publicação: DJe-105 DIVULG 30/05/2014 PUBLIC 02/06/2014).

Assim, foi reconhecida a sua independência perante o tribunal. Embora seja manifestada a tese de que o CNJ seja apenas um órgão com função administrativa, financeira e correicional, o STF posiciona-se de forma contrária. É perceptível, na ADC nº 12, que o CNJ possui uma competência de regulação de dispositivos constitucionalmente previstos.

Este entendimento é reforçado nas diversas ocasiões em que o tribunal aplicou a Súmula nº 266, que afirma que não é cabível mandado de segurança contra lei em tese, para não conhecer as ações contra as resoluções do CNJ, uma vez que são atos normativos de direitos materiais (TAVARES, 2012).

4.1.4. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 34.685/ RR

O STF foi acionado, pela via recursal, para reformar a decisão tomada pelo CNJ em plenário a respeito de uma reclamação disciplinar autônoma em face de magistrados. Decidiu que a atribuição correicional é originária e autônoma no CNJ, possuindo competência concorrente com os órgãos correicionais locais, como pode ser observado na ementa:

EMENTA Agravo interno em mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Processo administrativo disciplinar instaurado a partir da deliberação plenária em reclamação disciplinar autônoma em face de magistrados no CNJ. Atribuição correicional originária e autônoma do Conselho. Precedentes. Pretensão de reapreciação de matéria fático-probatória. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade em sede de mandado de segurança. Ausência de indícios de ilegalidade na decisão tomada pelo CNJ no processo disciplinar ou de exorbitância de seu papel constitucional. O STF não deve funcionar como instância recursal de toda e qualquer decisão administrativa tomada pelo CNJ. Precedentes. Agravo interno não provido. 1. A atuação do Conselho Nacional de Justiça, no caso, **decorreu do exercício de competência correicional originária, não revisional**. Inaplicável, assim, o parâmetro temporal inserto no art. 103-B, § 4º, inciso V, da Constituição Federal (“rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano”). 2. Processo administrativo disciplinar instaurado a partir da deliberação tomada pelo Plenário do CNJ em reclamação disciplinar autônoma formulada perante a Corregedoria Nacional de Justiça pelo Ministério Público Federal e pela Procuradoria Eleitoral de Roraima em desfavor do desembargador. 3. O STF assentou que o **CNJ possui atribuição correicional originária e autônoma, não se tratando de atuação subsidiária frente aos órgãos de correição local, mas sim de competência concorrente**, de modo que seu exercício não se submete a condicionantes relativas ao desempenho da competência disciplinar pelos tribunais locais. Precedentes. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder quanto à atuação do CNJ no caso dos autos. 4. **Não cabe ao Supremo Tribunal Federal adentrar no exame de mérito da atuação correicional para apreciar elementos valorativos insertos nas regras de direito disciplinar**. Para se chegar a conclusão diversa da que obteve o mencionado Conselho, seria necessário revolver os fatos e provas constantes dos autos do processo administrativo disciplinar. Impossibilidade em sede de mandado de segurança. Precedentes. 5. Inexistência de vícios no procedimento administrativo disciplinar instaurado pelo Conselho Nacional de Justiça em face do magistrado. (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, grifo nosso).
(STF - AgR MS: 34685 RR - RORAIMA 0002366-30.2017.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/11/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-057 23-03-2018).

Assim, o STF entendeu que o tribunal não deve atuar como instância recursal de todas as ações tomadas pelo CNJ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017). Além disso, não é competência deste o reexame de mérito da atuação correicional ou de mérito administrativo dos atos e das decisões do CNJ.

Conforme restou comprovado neste capítulo, o Conselho possui uma atuação regulatória reafirmada principalmente na análise feita nas duas primeiras ações apresentadas. No próximo capítulo, será discutida a implementação da inteligência artificial dentro do Poder Judiciário brasileiro.

5 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO

5.1 Conceituação de inteligência artificial

A inteligência artificial é um ramo da tecnologia que costuma a ser conceituado de diferentes formas que podem ser divididas em quatro grupos: (i) sistemas que pensam como humanos; (ii) sistemas que agem como humanos; (iii) sistemas que pensam racionalmente; e (iv) sistemas que agem racionalmente. As duas últimas estão intimamente ligadas a um conhecimento profundo e extenso de programação e matemática (LAGE, 2021).

Conforme exposto por Medon (2020), existe um consenso mínimo, entre as diversas definições, de que a inteligência artificial é um ente não humano que age de forma inteligente, com base na própria inteligência humana. Dessa maneira, a definição que será adotada para este trabalho é a de Lupo (2019), em que inteligência artificial é toda tecnologia voltada para simular a cognição humana.

Assim, a inteligência artificial pode ser entendida como um campo amplo que pode ser dividido em: *machine learning*; *natural language systems*; *simulation of senses*; *neural networks*; *computer games*; *expert systems*; *deep learning* e robótica. Em todas essas áreas, a inteligência humana se apresenta como o maior paradigma (MEDON, 2020).

Para avaliar o desempenho de uma IA, Alan Turing criou o Teste de Turing em que um interrogador humano faz perguntas por escrito para um ente, que não sabe se é humano ou uma máquina, com o intuito de descobrir se quem o responde é ou não uma máquina. No momento em que não for possível fazer a distinção, a tecnologia atingirá um nível satisfatório (MEDON, 2020).

No entanto, antes de prosseguir com uma análise sobre o desenvolvimento da IA no Poder Judiciário, é essencial o entendimento de alguns conceitos importantes como: aprendizado de máquina (*machine learning*), aprendizado de máquina profundo (*deep learning*) e algoritmos.

Algoritmo é um processo ou um conjunto de regras a serem executados com o objetivo de alcançar um resultado específico. Já o aprendizado de máquina é um dos métodos de funcionamento de IA em que a máquina é capaz de acumular experiências passadas através de uma construção algorítmica baseada em um modelo estatístico voltada para o processamento de dados (LAGE, 2021). Assim, resumidamente, o

modelo escolhido é treinado por meio dos dados recebidos, sendo capaz, nesse sentido, de realizar problemas práticos.

O *deep learning* é um método de aprendizagem de máquina que tem como base as redes neurais. Estas redes são inspiradas nas interconexões realizadas pelos neurônios nos cérebros humanos, contendo camadas, conexões e direções diferentes de propagação de dados. É um subconjunto do *machine learning* que se distingue pela construção de uma rede neural artificial que é capaz de aprender e tomar decisões inteligentes. Desse modo, há a construção de uma inteligência artificial mais similar à humana (LAGE, 2021).

5.2 Breve histórico do desenvolvimento da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário

Os primeiros experimentos com o uso da inteligência artificial no Judiciário surgiram na década de 1980 e, em sua maioria, os sistemas eram voltados para a atuação dos advogados e utilizavam as ferramentas de revisão de documentos e previsão do resultado dos julgamentos. Posteriormente, uma vez que os primeiros projetos pilotos tinham sido testados, foram desenvolvidos programas que funcionavam como assistentes legais, realizando resoluções de problemas legais através da pesquisa de casos jurídicos ou normas jurídicas aplicáveis ao processo em análise (LUPO, 2019).

No entanto, as ferramentas para dar suporte ao Poder Judiciário não eram tão volumosas ou difusas quanto as voltadas aos advogados. Algumas das IA desenvolvidas visavam o cálculo de risco de o réu voltar a praticar ato criminoso, dando um suporte para a decisão que o juiz tomasse. Uma das IA criada nesses moldes foi a COMPAS. Esta IA era utilizada em Wisconsin e na Califórnia e extraída os dados a partir de um questionário preenchidos pelos réus e comparava com o histórico de detentos (LUPO, 2019).

Dessa forma, essas tecnologias desenvolvidas para o Poder Judiciário possuíam alguns problemas. Os programas necessitam de uma grande disponibilidade de dados para o seu funcionamento, incluindo dados sensíveis. Neste caso, o acesso às informações de casos judiciais permite o seu uso e abuso de terceiros, especialmente se o programa for desenvolvido pela iniciativa privada que

não possui o mesmo número de responsabilidades pelo resguardo dos dados (LUPO, 2019).

Já Simshaw (2018), entende que a implementação de IA no meio jurídico é uma grande oportunidade de ampliar o acesso à justiça a grupos historicamente excluídos. Cita, por exemplo, o caso do DoNotPay, considerado o primeiro “advogado-robô”, que ajudou os ex-presidiários a requisitarem abrigo ao governo e imigrantes a fazer o requerimento de imigração para os EUA e o Canadá.

Nos EUA, oitenta por cento das pessoas de baixa renda não têm acesso aos serviços legais que necessitam, em sua maioria por não terem recursos para bancá-los. Dessa forma, Simshaw (2018) entende que a tecnologia pode ser um meio de diminuir o abismo social, barateando os custos dos serviços legais, apesar de acreditar que IA sozinha não vai fazer este papel.

Uma das transformações tecnológicas mais relevantes para a indústria dos serviços legais foi a internet, possibilitando pessoas de baixa renda a ter acesso a serviços legais gratuitos, em especial com a sua maior popularização. Muitos serviços legais gradualmente estão mais presentes online como sites dos tribunais, fóruns de resolução de disputas (SIMSHAW, 2018) e, no Brasil, o próprio peticionamento no Poder Judiciário, desde 2015, é online.

No entanto, esse processo de tentativa de maior acesso à justiça tem suas raízes em 1971, nos EUA, com a criação da Nolo, uma editora jurídica que publicava livros jurídicos “faça você mesmo” antes de disponibilizar softwares que auxiliavam as pessoas a preencher documentos sem a presença de um advogado. Esta iniciativa não agradou as organizações de advogados, assim como as mais modernas tecnologias jurídicas. Algumas ordens de advogados estaduais tentaram agressivamente proibir alguns desses serviços legais, justamente por atuarem em competências privativas dos advogados (SIMSHAW, 2018).

Nesse ponto, torna-se fundamental a discussão sobre a regulação de IA e outras tecnologias voltadas para o meio jurídico e por quem. Como algumas tecnologias invadem as competências de profissionais juristas qualificados, é evidente que, eventualmente, surjam questionamentos como a regulação de IA que atua como advogado por associações ou ordem dos advogados nacionais ou estaduais.

Simshaw (2018) defende que as restrições que as associações de juristas apresentam perante as soluções tecnológicas pode estagnar o desenvolvimento destas, prevalecendo um interesse privado de uma classe específica sobre o interesse

público de maior acessibilidade à justiça. Entretanto, é importante reconhecer que uma regulação precisa ser estabelecida para que se tenha um avanço tecnológico em prol do resguardo de direitos fundamentais. Esta preocupação surge principalmente pelo acesso a informações sensíveis e dada a influência da construção do algoritmo e a forma com que a tecnologia atua.

Dá-se, ainda, destaque para a discussão sobre a ética aplicada às novas tecnologias como a IA. Esta aproximação entre os campos está cada vez mais comum com a grande presença de inovações tecnológicas no cotidiano. Steyerl (2018) aponta que o modelo de aprendizado implementado em IA é baseado no reconhecimento de padrões. Estes padrões, entretanto, podem ser gerados de forma a compor atos discriminatórios.

Os padrões que são reconhecidos, sejam por aprendizado de máquina ou outro método de desenvolvimento de IA, são identificados a partir de uma visão computacional. Nesse processo, pode ocorrer o fenômeno da super interpretação de dados, da mesma forma que em nuvens podem ser identificadas formas randômicas (STEYERL, 2018). Assim, associações de dados por similaridade podem correlacionar elementos que não necessariamente apresentam ligação, como por exemplo a identificação de maior cometimento de crimes por pessoas de uma cor específica e interpretar que a cor da sua pele a trona mais propensa a infringir a lei.

Segundo O'Neil (2016), os vieses dos projetos de IA estão ligados à criação de um modelo. Este modelo seria a representação abstrata de um processo e utiliza os dados para prever respostas. Por ser uma simplificação, a abstração não consegue incluir em seu processamento todas as informações que podem ser importantes.

Os pontos cegos dos modelos criados representam as decisões e as prioridades dos seus criadores. Dessa forma, apesar da imparcialidade aparente, são reflexos de ideologias e metas (O'NEIL, 2016). Por isso, é de suma importância realizar uma regulação das tecnologias, especialmente as que utilizam esse tipo de modelo de operação, para que haja a proteção a direitos e garantias fundamentais expressas na Constituição.

No Poder Judiciário, entretanto, existe uma figura regulatória constitucionalmente criada: o CNJ. Desse modo, assim como tem a competência de determinar questões administrativas deste poder, é possível concluir que possui a capacidade de resolução de âmbito tecnológico como a utilização de IA nos tribunais. Este, porém, será assunto do próximo capítulo.

É importante frisar que o desenvolvimento de projetos de IA durante este período não foi linear. No final dos anos 1970 e dos anos 1980 e 1990, houve o que se denominou o “inverno da IA”. Esta expressão foi criada para designar o estágio de desenvolvimento tecnológico estagnado em que há questionamentos sobre a real capacidade desta tecnologia (FLORIDI, 2020).

Segundo Floridi (2020), estes invernos são cíclicos e previsíveis e o próximo está perto. Para evitá-los, o autor propõe uma maior compreensão sobre os problemas que potencialmente podem ser solucionados, uma vez que este fenômeno é gerado pela expectativa de esta tecnologia ser a resposta para tudo.

5.3 O desenvolvimento da inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro

Apesar de existirem iniciativas nos EUA desde 1980, no Brasil essa tecnologia veio, com mais avanços, a ser implementada no Poder Judiciário a partir da década de 2010, com a subsequente migração do processo físico para o digital. Segundo os dados coletados pelo CNJ de 2019, 79,7% dos processos correm em meio totalmente eletrônico (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Desde 2013, a instituição vem trabalhando na instituição de políticas públicas para a digitalização total dos processos, tendo como base a plataforma PJe. O PJe é um sistema que possui como objetivo realizar a tramitação dos processos judiciais e atender as necessidades do Poder Judiciário como um todo. No entanto, a sua adoção por si só não foi suficiente para dar vazão à crescente demanda de novos casos e o registro do acervo pré-existente (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

O primeiro projeto de aplicação de IA no Poder Judiciário procurou analisar o tempo de duração de processos judiciais trabalhistas, atuando como instrumento auxiliar à toma de decisões a partir da utilização de redes neurais artificiais. No segundo projeto, usando também as redes neurais artificiais, realizou uma análise de possibilidade de previsão do tempo de duração das audiências trabalhistas (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Apesar dessas iniciativas iniciais, foi apenas com a edição da Portaria nº 25 de 19/02/2019 que o Presidente do CNJ criou o Laboratório de Inovação para o Processo Judicial em meio eletrônico – Inova PJe e o Centro de Inteligência Artificial aplicada ao PJe. Esta portaria tinha como objetivo elaborar um espaço de produção e pesquisa

de inovações voltadas para o Poder Judiciário, com a finalidade de ter um maior acesso à justiça (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

A primeira IA desenvolvida, em 2017, e utilizada pelo Poder Judiciário é o Sinapses, patrocinada pelo CNJ. Esta plataforma é voltada para o auxílio na construção módulos adicionais para microsserviços por meio do método APIs RESTFull. Em outras palavras, a plataforma permite com que vários outros serviços/programas sejam desenvolvidos independentemente, podendo ser acessados ou utilizados por microsserviços, como é o caso do PJe. Deste modo, é possível a criação de múltipla IA dentro do Sinapses e o PJe pode acessá-las de modo independente, também referido como “fábrica de modelos de IA” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Esta denominação também se justifica pelo fato de que a plataforma oferece treinamento e supervisão de modelos de classificação ou extração de texto, possibilitando a aptidão dos algoritmos. Além disso, pode proporcionar o gerenciamento do comportamento dos modelos em produção, permitindo a implementação do processo de auditoria (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Para que haja o desenvolvimento de IA em conjunto com o Sinapses, as equipes devem trabalhar conforme um modelo padronizado, com práticas e atividades que permitam a troca de conhecimento e de evolução do sistema. Atualmente, entende-se que, pela IA ser uma inovação, a sua construção deve seguir o modelo de pesquisa científica. Em dados levantados pelo projeto, a adoção deste método tem gerado melhores resultados práticos (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Ainda em matéria de desenvolvimento de projetos que utilizam a tecnologia pautada, cada tribunal é livre para fechar parcerias com a comunidade e com o meio acadêmico, devendo, no entanto, seguir as diretrizes gerais traçadas pelo CNJ. Há ainda a possibilidade de participação das equipes nos debates acerca da arquitetura do Sinapses, das regras jurídicas ou de aplicação da solução encontrada na pesquisa (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Em termos de validação jurídica, todos os modelos de IA que forem destinados à tomada de decisões ou produção de artefatos deverão ser passíveis de auditoria para a análise de seus efeitos sob a ótica de critérios éticos jurídicos (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019). Ainda não foram publicadas as normas

referentes aos procedimentos de auditoria ou qual seria a linha de priorização de pesquisa do Centro de IA.

Até o ano de 2019, estavam registradas quatorze iniciativas de inteligência artificial dentro do Sinapses. Em pesquisa realizada ainda em março deste ano, 2021, indica que quarenta e sete tribunais investem na tecnologia, existindo sessenta e quatro projetos em funcionamento ou em fase de implementação (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2021). Ou seja, no período de quase dois anos, cinquenta iniciativas foram registradas, demonstrando um retorno dos incentivos dados pela instituição.

No entanto, estes projetos não se limitam ao aprimoramento do PJe. O TJDF, por exemplo, registrou o projeto Ámon, que tem como foco o processamento de imagens e o reconhecimento facial, visando a maior segurança do tribunal contra os sujeitos que o acessem sem a devida apresentação formal (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

6 A REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO CNJ

A IA está, como visto no capítulo anterior, gradualmente sendo implementada no Poder Judiciário brasileiro desde 2017, com a criação do projeto Sinapses. Apesar de esse processo estar sendo liderado pelo próprio CNJ, ainda se tem pouco material regulatório sobre a matéria.

Como o CNJ é o órgão regulador do Poder Judiciário, entre suas atribuições estaria a regulação das tecnologias concernentes a este poder. A inteligência artificial não é uma exceção. Aliás, foram emitidas resoluções que regulam, em uma pequena parcela, a IA e dão previsões de outras normas reguladoras, em especial sobre as auditorias.

Dessa forma, a instituição vem se posicionando como agente regulador de IA desde o ano passado, em que publicou duas resoluções e uma portaria importantes: a Resolução nº 332 de 21/08/2020, a Resolução nº 345 de 09/10/2020 e a Portaria nº 271 de 04/12/2020.

6.1 Resolução nº 332/2020

A Resolução nº 332 procura estabelecer parâmetros éticos, transparentes e de governança tanto na produção quanto no uso da IA no Poder Judiciário. Em suas disposições gerais, há a determinação da função da IA como a de promoção do bem-estar dos jurisdicionados e da prestação equitativa da justiça. Em seu capítulo II, há uma dedicação à expressão da importância do respeito aos direitos fundamentais, assim como a previsão de aplicação da Lei nº 13.709/2018 no desenvolvimento e no treinamento dos modelos de IA (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020a).

No capítulo III, fica vedada a discriminação decorrente da utilização da ferramenta, tendo como penalidade a descontinuidade de seu uso. No entanto, não fica determinado o processo de identificação de atos discriminatórios ou como seria feita a sua auditoria (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020a).

No que tange a publicidade e transparência, a resolução traz seis critérios fundamentais para a sua aplicação:

Art. 8º Para os efeitos da presente Resolução, transparência consiste em:

- I – divulgação responsável, considerando a sensibilidade própria dos dados judiciais;
- II – indicação dos objetivos e resultados pretendidos pelo uso do modelo de Inteligência Artificial;
- III – documentação dos riscos identificados e indicação dos instrumentos de segurança da informação e controle para seu enfrentamento;
- IV – possibilidade de identificação do motivo em caso de dano causado pela ferramenta de Inteligência Artificial;
- V – apresentação dos mecanismos de auditoria e certificação de boas práticas;
- VI – fornecimento de explicação satisfatória e passível de auditoria por autoridade humana quanto a qualquer proposta de decisão apresentada pelo modelo de Inteligência Artificial, especialmente quando essa for de natureza judicial (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020a).

Falta, entretanto, a definição de consequências mais claras para as IA que não estiverem de acordo com os requisitos elencados, considerando que este é o único artigo que trata sobre o assunto. Uma crítica semelhante pode ser feita enquanto ao quesito segurança. Não são previstas as penalidades pela sua ausência ou a determinação do que seria um sistema seguro (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020a).

6.2 Resolução nº 345/2020

A Resolução nº 345/2020, com alterações substanciais realizadas pela Resolução nº 378 de 09/03/2021, traz a implementação do programa “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário. Este programa, de adesão facultativa pelo demandante na distribuição da ação, buscou realizar todos os atos processuais por meio exclusivamente eletrônico e remoto. Desse modo, no ajuizamento da ação, a parte e seu advogado devem fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, uma vez que são admitidas citação, notificação e intimação por qualquer meio eletrônico (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020b).

Uma vez escolhido, as partes podem se retratar uma única vez antes da sentença da escolha, com a preservação dos atos processuais praticados. No entanto, o próprio juiz pode fazer a sugestão de adoção ao “Juízo 100% Digital” para a realização de atos isolados por meio digital com o silêncio das partes a duas intimações como uma aceitação tácita à proposta do magistrado (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020b).

A posição adotada pela resolução, no entanto, reflete quase uma imposição dada a crise pandêmica na qual foi publicada, devido a necessidade de um maior isolamento social para a contenção da Covid-19 que assolou o país desde março de 2020. No entanto, ressalta-se a redação do art. 4º da referida resolução:

Art. 4º Os tribunais fornecerão a infraestrutura de informática e telecomunicação necessárias ao funcionamento das unidades jurisdicionais incluídas no “Juízo 100% Digital” e regulamentarão os critérios de utilização desses equipamentos e instalações. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020b).

Nessa esteira, é perceptível o incentivo dado ao CNJ para a adaptação dos tribunais aos trâmites exclusivamente digitais o que pode explicar o cadastro de cinquenta projetos de IA na plataforma Sinapses entre novembro de 2019 e fevereiro de 2021. No entanto, o CNJ não deixou claro os critérios de utilização dos equipamentos e instalações dos projetos de IA, como pode ser observado na resolução anterior.

6.3 Portaria nº 271/2020

A Portaria nº 271/2020 reafirma a posição do CNJ como órgão regulador e responsável pela promoção e pelo incentivo a investimentos dos órgãos do Poder Judiciário em pesquisa e desenvolvimento de IA. Ainda definiu os projetos de IA como:

Art. 2º

Parágrafo único. São considerados como de inteligência artificial os projetos voltados a:

- I – criar soluções para automação dos processos judiciais e administrativos e de rotinas de trabalho da atividade judiciária;
- II – apresentar análise da massa de dados existentes no âmbito do Poder Judiciário; e
- III – prover soluções de apoio à decisão dos magistrados ou à elaboração de minutas de atos judiciais em geral. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020c).

Apesar de serem três tipos de projetos de IA descritos para os fins da portaria, vale ressaltar a grande variedade e possibilidade de aplicações dos modelos de IA no âmbito do Poder Judiciário. Por isso, seria fundamental, para futuras medidas regulatórias o entendimento de que o rol descrito acima é meramente exemplificativo e não limita a utilização da tecnologia neste cenário.

Em seguida, no art. 3º da Portaria nº 271/2020, estabelece as diretrizes sobre a pesquisa e o desenvolvimento de projetos de IA:

Art. 3º A pesquisa e desenvolvimento em matéria de inteligência artificial observará:

- I – economicidade, evitando-se a realização de pesquisas e projetos com conteúdo semelhante em diferentes órgãos, sem colaboração e interação;
 - II – promoção da interoperabilidade tecnológica dos sistemas processuais eletrônicos do Poder Judiciário;
 - III – adoção de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres;
 - IV – acesso à informação;
 - V – transparência;
 - VI – capacitação humana e sua preparação para a reestruturação dos fluxos processuais e de trabalho, à medida que a inteligência artificial é implantada;
 - VII – foco na celeridade processual; e
 - VIII – estabelecimento de mecanismos de governança colaborativa e democrática, com a participação do Poder Judiciário, daqueles que exercem funções essenciais à justiça, da comunidade acadêmica e da sociedade civil.
- Art. 4º O uso de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário se dará em plataforma comum, acessível por todos, que incentive a colaboração, a transparência, o aprimoramento e a divulgação dos projetos. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020c).

Parte das diretrizes podem ser encontradas dentro da Resolução nº 332/2020, como por exemplo da de transparência e acesso à informação. Evidencia-se, todavia, que estes artigos trouxeram aspectos importantes para compreender melhor como algumas normas éticas poderiam ser cumpridas.

O primeiro deles é a adoção de tecnologias, padrões abertos e livres. Software livre é qualquer programa que pode ser modificado, copiado, executado e redistribuído pelos usuários, obtendo, assim, acesso ao código-fonte do software e realizam as alterações que necessitam (SANTOS JR., 2010). Dessa forma, a escolha de aderência de padrões abertos e livres é fundamental para o planejamento de desenvolvimento da tecnologia.

Assim, a escolha realizada pelo CNJ na questão é essencial para a efetividade do segundo aspecto. Há, ainda, a facilitação da instauração do procedimento de auditoria para a verificação do cumprimento dos requisitos éticos e de reparação de algum problema reportado.

O segundo aspecto é a promoção da interoperabilidade tecnológica dos sistemas processuais eletrônicos. A interoperabilidade tecnológica exige uma estrutura tecnológica comum, alcançada pela adoção de padrões abertos e livres. Auxilia, inclusive, no cumprimento dos parâmetros de economicidade e de celeridade, buscados com a implementação da tecnologia.

O terceiro, e último, aspecto é o estabelecimento de mecanismos de governança colaborativa e democrática, com participação do Poder Judiciário, da comunidade acadêmica e da sociedade civil. Neste ponto, a portaria incorre em contradição. Ao mesmo tempo em que há essa meta com a pesquisa e o desenvolvimento de modelos de IA, a sociedade civil tem acesso a estes apenas quando já em implementação.

É o que pode ser observado nestes artigos:

Art. 5º A administração da plataforma de inteligência artificial do Poder Judiciário, abrangendo seus subsistemas e modelos, ficará sob a responsabilidade e coordenação do CNJ, contando com o apoio e suporte técnico da equipe do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, conjuntamente com os tribunais que nela depositam seus modelos e que contribuem com seu aprimoramento.

§ 1º Todo o código fonte e suas atualizações ficarão centralizadas no repositório de código do CNJ, no sítio, não se admitindo cópias sem a devida autorização e nem versões derivadas.

§ 2º Os modelos liberados para produção estarão disponíveis para consulta no endereço, contendo a descrição, acurácia, caso de uso e URL da API para consumo.

Art. 6º A equipe de administração da Plataforma poderá criar, alterar e extinguir indicadores para os modelos a que se refere esta Portaria, de ofício ou mediante sugestão dos participantes, com a finalidade de ranquear os modelos quanto à sua aplicação e benefícios.

Art. 7º O CNJ poderá prestar auxílio técnico aos tribunais na implantação de ferramenta de extração automatizada e contínua de dados, disponibilizada pelo ecossistema Sinapses, na interoperabilidade dos sistemas processuais eletrônicos em uso e nas APIs providas automaticamente pela plataforma. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020c).

Como bem explícito nos artigos expostos acima, apenas é mencionada a possibilidade de consulta de modelos liberados para produção. Isso quer dizer que não há efetiva participação da sociedade civil na formulação ou em seu desenvolvimento das propostas de IA no âmbito do Poder Judiciário.

Além disso, a portaria indica que a plataforma oficial de IA é o Sinapses e a sua indisponibilidade não deve afetar qualquer outro sistema ou funcionalidade associado aos sistemas processuais nos órgãos do Poder Judiciário (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020c). Na verdade, houve apenas a normatização do que já era observado na prática: o uso do Sinapses como meio de auxílio e treinamento de novos modelos de IA do Poder Judiciário.

6.4 Análise dos atos regulatórios do CNJ sob a ótica da teoria processual administrativa da regulação

Como colocado anteriormente nos Capítulos 1 e 2, a teoria processual administrativa da regulação define um procedimento regulatório a ser seguido, presente no Regulamento Interno do CNJ: i) notificação da proposta regulatória pela órgão regulador; ii) divulgação da fundamentação da proposta regulatória; iii) possibilidade de participação do público na formação da proposta regulatória; iv) decisão a respeito da proposta regulatória fundamentada pelo órgão; e v) divulgação da decisão e de seus fundamentos (CROLEY, 2008).

Em uma análise mais profunda acerca dos atos emitidos pelo CNJ, percebe-se a carência da inclusão de audiências ou consultas públicas na regulação proposta. A Portaria nº 271/2020 deixa bem claro que o processo, desde a criação até a sua utilização, fica restrito ao Poder Judiciário, sendo disponíveis ao público apenas as informações de um sistema já em implementação ou em uso.

Por isso, o controle político exercido pela população em outras regulações setoriais é reduzido quando se trata da aplicação dos modelos de IA já atuantes. Este é mais um dos motivos pelos quais a falta de critérios definidos e seu respectivo procedimento administrativo no que concerne os atos discriminatórios é preocupante. O controle destes atos fica restrito à própria instituição.

Além disso, um dos principais pressupostos da teoria administrativa da regulação é a presença de um procedimento regulatório, pois, apenas por meio deste, assegura-se que as ações dos órgãos reguladores vão passar por um controle constitucional, administrativo e democrático. Deste modo, a ausência de um procedimento definido de auditoria dos projetos de IA faz com que as ações realizadas por estes não passem pelo controle devido. Por consequência, não há como confirmar que as garantias e os direitos fundamentais estão sendo respeitados.

Neste ponto, dá-se especial destaque ao cumprimento da Lei nº 13.709/2018, também conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A Resolução nº 332/2020, em seu art. 6º, parágrafo único, adota a concepção de dados pessoais sensíveis definidos na LGPD e, no art. 9º, há a previsão de observância das normas de governança de dados da mesma lei (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2020a). Nada obstante, são as duas vezes que esta lei é mencionada.

A falta de critérios para a identificação de um ato discriminatório e para a definição de um sistema seguro potencializa o efeito negativo da ausência de procedimento de auditoria e de participação de uma opinião popular. Como comentado anteriormente, os modelos de IA contêm vieses que são perceptíveis desde o seu esboço, com a eleição dos seus objetivos e suas prioridades.

Assim, foi interessante, apesar de esperada pela própria prática observada anteriormente, a proposta do CNJ de tornar o projeto Sinapses como o principal instrumento para a instituição de um futuro procedimento de auditoria. A plataforma, auxiliando no desenvolvimento, no treinamento e no supervisionamento dos modelos ainda em produção, permite ao auditor acompanhar desde o esboço dos objetivos e das prioridades dos projetos e, conseqüentemente, impedir que esses vieses possam ferir as disposições constitucionais.

No entanto, mesmo já tendo uma ferramenta essencial para a viabilização de uma auditoria efetiva, ainda existe a necessidade de critérios mais delineados para sistemas seguros e atos discriminatórios. A Resolução nº 332/2020, em seu art. 3º,

elena seis definições consideradas básicas para melhor compreensão do ato regulatório:

Art. 3º Para o disposto nesta Resolução, considera-se:

I – Algoritmo: sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico;

II – Modelo de Inteligência Artificial: conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana;

III – Sinapses: solução computacional, mantida pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de armazenar, testar, treinar, distribuir e auditar modelos de Inteligência Artificial;

IV – Usuário: pessoa que utiliza o sistema inteligente e que tem direito ao seu controle, conforme sua posição endógena ou exógena ao Poder Judiciário, pode ser um usuário interno ou um usuário externo;

V – Usuário interno: membro, servidor ou colaborador do Poder Judiciário que desenvolva ou utilize o sistema inteligente;

VI – Usuário externo: pessoa que, mesmo sem ser membro, servidor ou colaborador do Poder Judiciário, utiliza ou mantém qualquer espécie de contato com o sistema inteligente, notadamente jurisdicionados, advogados, defensores públicos, procuradores, membros do Ministério Público, peritos, assistentes técnicos, entre outros. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020a)

Entretanto, alguns aspectos trabalhados na resolução, não constantes na lista, com uma conceituação complexa ficaram disposições vazias. São estes os atos discriminatórios e os sistemas seguros.

No art. 7º da Resolução nº 332/2020, temos a determinação de que os projetos de IA precisam preservar a igualdade, a pluralidade e a solidariedade, mas não há a definição de uma forma com que o resultado pode ser alcançado, como percebe-se abaixo:

Art. 7º As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos.

§ 1º Antes de ser colocado em produção, o modelo de Inteligência Artificial deverá ser homologado de forma a identificar se preconceitos ou generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento.

§ 2º Verificado viés discriminatório de qualquer natureza ou incompatibilidade do modelo de Inteligência Artificial com os princípios previstos nesta Resolução, deverão ser adotadas medidas corretivas.

§ 3º A impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial implicará na descontinuidade de sua utilização, com o consequente registro de seu projeto e as razões que levaram a tal decisão. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020a)

Houve a expressão da preocupação com a não discriminação e com os vieses discriminatórios, com a determinação de um modelo passar por uma homologação

para a identificação de preconceitos ou generalizações que potencialmente influenciariam o seu desenvolvimento. Contudo ainda persistem dois grandes questionamentos: ato discriminatório e viés discriminatório são a mesma coisa? Como os atos discriminatórios e os vieses vão ser identificados?

Percebe-se que o artigo transcrito equipara a definição de ato discriminatório à de viés discriminatório no contexto de uso da tecnologia envolvida. Todavia, é necessário um esclarecimento conceitual para melhor compreensão de medidas regulatórias futuras. Tanto a definição de ato discriminatórios quanto de viés discriminatório são fundamentais para ter a clareza regulatória introduzida pela Lei nº 13.655/2018 e prevista na teoria processual administrativa da regulação.

Esta clareza regulatória pode auxiliar inclusive a melhor compreensão de como podem ser identificados em meio a um procedimento tanto de auditoria quanto pelo usuário externo afetado pela utilização da tecnologia. A mesma crítica pode ser estendida à definição de sistemas seguros.

Nos arts. 13 a 16 da Resolução nº 332/2020 dizem que:

Art. 13. Os dados utilizados no processo de treinamento de modelos de Inteligência Artificial deverão ser provenientes de fontes seguras, preferencialmente governamentais.

Art. 14. O sistema deverá impedir que os dados recebidos sejam alterados antes de sua utilização nos treinamentos dos modelos, bem como seja mantida sua cópia (dataset) para cada versão de modelo desenvolvida.

Art. 15. Os dados utilizados no processo devem ser eficazmente protegidos contra os riscos de destruição, modificação, extravio ou acessos e transmissões não autorizados.

Art. 16. O armazenamento e a execução dos modelos de Inteligência Artificial deverão ocorrer em ambientes aderentes a padrões consolidados de segurança da informação. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020a)

Dessa forma, entende-se que, em termos de segurança, o sistema seguro seria aquele que é proveniente de fontes seguras, preferencialmente governamentais, que: (i) impeça a alteração de dados recebidos antes do seu uso em treinamentos; (ii) mantenha a cópia (dataset) de cada versão de modelo desenvolvida; (iii) proteja os dados utilizados no processo contra os riscos de destruição, modificação, extravio ou acessos e transmissões não autorizados; e (iv) seja mantido em ambientes aderentes a padrões consolidados de segurança. Ocorre que a descrição feita de sistema seguro diz mais a respeito do processo de segurança que deve ter do que o conceito por si só.

O problema de tentar transmitir o conceito por meio de processos ou requisitos atuais de segurança é que fica defasado em um curto período de tempo. Os processos de segurança são constantemente atualizados tanto em termos normativos quanto no quesito de desenvolvimento de novas tecnologias consideradas mais seguras. Desse modo, há uma necessidade de alteração frequente e, portanto, uma maior insegurança jurídica na matéria.

Além disso, o propósito inicial da referida resolução era o de estabelecer as diretrizes éticas, transparente e de governança tanto na produção quanto no uso da IA no Poder Judiciário. Não obstante, a escassez de definição geral para conceitos-chave na medida regulatória aparta a resolução de seu objetivo final.

Um último ponto a ser analisado dos atos regulatórios é acerca das penalidades. Na Resolução nº 332/2020, existem apenas duas menções a penalidades:

Art. 7º

§ 3º A impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial implicará na descontinuidade de sua utilização, com o consequente registro de seu projeto e as razões que levaram a tal decisão.

Art. 26. O desenvolvimento ou a utilização de sistema inteligente em desconformidade aos princípios e regras estabelecidos nesta Resolução será objeto de apuração e, sendo o caso, punição dos responsáveis. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020a)

Nessa perspectiva, existe a previsão de responsabilização pelo descumprimento das diretrizes apresentadas no dispositivo. Entretanto, está expressa apenas uma punição: a de descontinuidade do uso do modelo de IA caso não haja meio de extinguir o viés discriminatório. Portanto, não existe de fato a descrição da responsabilidade assumida pela infração da resolução ou as suas consequências.

Nesse sentido, há uma ausência de uma regulação mais específica em pontos-chaves da tecnologia, com especial destaque ao processo de auditoria, fundamental para a garantia de que as diretrizes gerais sejam cumpridas. O problema se agrava, uma vez que existem sessenta e quatro projetos de IA atuantes ou em estado de implementação que estão sem a devida auditoria pelo CNJ.

Além disso, foram poucos os critérios definidos tanto para as situações que não estão de acordo com as disposições da Resolução nº 332/2020 quanto a responsabilização por esses atos infratores. Dá-se destaque à omissão referente aos requisitos de determinação de atos discriminatórios e o procedimento a ser seguido.

No cenário atual, não há garantia de que as IA em atuação cometam ou não atos discriminatórios por não existir o procedimento de auditoria ainda. Existem, portanto, uma necessidade urgente de regulação mais elaborada, especialmente nesse quesito.

7 CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado no decorrer do trabalho, a teoria processual administrativa da regulação pode explicar o modelo regulatório implementado no Brasil com a Constituição Federal de 1988, sendo ratificado com a edição da Lei das Agências Reguladoras. A partir de uma análise das competências constitucionais do CNJ, entendeu-se que este órgão exerce a função de agente regulador dada as proximidades que possui com as agências reguladoras e as leis que as regulam. Desse modo, a instituição possui competência para atuar como reguladora do Poder Judiciário.

Considerando o aprofundamento mais detalhado das funções reguladoras do CNJ em relação à implementação de IA, compreende-se que é uma das matérias em que tem competência regulatória. Ainda foram descritas iniciativas regulatórias da temática pela instituição, no segundo semestre de 2020, embora não tenham avançado, especialmente no que toca aos atos discriminatórios.

As propostas regulatórias foram parciais e estão ausentes alguns pontos essenciais como a determinação do procedimento de auditoria dos modelos de IA. Assim, não há garantia de que atos discriminatórios gerados pela tecnologia não existam na atuação de sessenta e quatro projetos ativos e registrados no Sinapses.

O CNJ, dessa forma, avançou na regulação da tecnologia, implementada desde 2013, mas ainda peca em definir outros marcos regulatórios para que se garanta o cumprimento das diretrizes éticas constantes na Resolução nº 332/2020.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A. S. D. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 148, n. 37, p. 275-299, out./dez. 2000.

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 4. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2018.

ARANOVICH, R. M. D. C. **O estado pós-moderno da regulação econômica e a mutação de paradigmas conceituais tradicionais do direito público: a experiência brasileira de agências de regulação**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/URGS_c359c8ade36404c1daae8d4443c009c6. Acesso em: 8 maio 2021.

ARIGONY, A. F. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 6, n. 1, p. 202-224, jan. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Inteligência artificial na justiça**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa revela que 47 tribunais já investem em inteligência artificial**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-que-47-tribunais-ja-investem-em-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 271 de 04/12/2020**. Regulamenta o uso de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020c.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 345 de 9 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 67, de 3 de março de 2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 332, de 21/08/2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm#art92ia. Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999.

BRASIL. **Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019**. Lei das Agências Reguladoras, Brasília, 25 junho 2019. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF**. Ação Declaratória, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida Cautelar. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2358461>. Acesso em 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367**. O Tribunal, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/2004, como também não conheceu da ação quanto ao § 8º do artigo 125. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou totalmente improcedente a ação, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava integralmente procedente; a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que julgavam parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B, acrescentado pela emenda constitucional; e o Ministro Sepúlveda Pertence, que a julgava procedente, em menor extensão, dando pela inconstitucionalidade somente do inciso XIII do caput do artigo 103-B. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela requerente, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Cezar Peluso, 17 de março de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 1º abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 34685/RR**. A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo agravante, o Dr. Emiliano Alves Aguiar. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 28.11.2017. Impetrante: Alcir Gursen de Miranda. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770094587/agreg-em-mandado-de-seguranca-agr-ms-34685-rr-roraima-0002366-3020171000000>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Mandado de segurança 32937/DF**. Notifique-se a autoridade impetrada para que ofereça as informações no prazo decencial. Ciência à Advocacia-Geral da União para que manifeste seu interesse na lide. Após, remetam-se os autos à Procuradoria-Geral da República. Impetrante: Sebastião Cantídio Drumond. Impetrado: Corregedor Nacional De Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de maio de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25104118/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-32937-df-stf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CHAVES, M. C. S. O Conselho de Aviação Civil e a Teoria Processual Administrativa da Regulação. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 1-20, out. 2020.

CROLEY, S. P. **Regulation and public interests**: the possibility of good regulatory government. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

FLORIDI, L. AI and Its new winter: from myths to realities. **Philosophy & Tecnology**, v. 33, p. 1-3, 2020.

GARDUCCI, L. G. **O Conselho Nacional de Justiça a partir do modo de regulação brasileiro no pós-fordismo**: uma análise à luz da teoria da derivação. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

GUERRA, S. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo?. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 131-152, jan./jun. 2011.

LAGE, F. D. C. **Manual de inteligência artificial no direito brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LEITÃO, N. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 13-27, mar. 2013.

LUPO, G. Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: how normative frameworks protect citizens from the risks related to AI use in the Judiciary. **European quarterly of political attitudes and mentalities**, Bucharest, v. 8, p. 75-96, Apr. 2019.

MEDON, F. **Inteligência artificial e responsabilidade civil**: autonomia, riscos e solidariedade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NEGREIROS, H. R. L. F. V. D. A aplicação da teoria processual administrativa à Lei nº 13.655/2018 e as reformas regulatórias. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 129-146, out. 2019.

O'NEIL, C. **Weapons of math destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. 1. ed. New York: Crown Publishers, 2016.

ROBL FILHO, I. N. R. **Conselho Nacional de Justiça**: estado democrático de direito e accountability. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SADEK, M. T. A. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. **Opinião Pública**, Campinas, v. 10, n. 1, p. 1-62, maio 2004.

SAMPAIO, J. A. L. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS JR., C. D. D. Atratividade de projetos de software livre: importância teórica e estratégias para administração. **Rev. adm. empres.**, São Paulo, v. 50, n. 4, p. 424-438, out. 2010.

SIMSHAW, D. Ethical issues in Robo-Lawyering: the need for guidance on developing and using artificial Intelligence in the practice of law. **Hastings Law Journal**, San Francisco, v. 70, p. 173-212, Dec. 2018.

STEYERL, H. A sea of data: pattern recognition and corporate animism (forked version). In: APPRICH, C., *et al.* **Pattern Discrimination**. Luneburg: Meson Press, 2018. cap. 1, p. 1-22.

TAVARES, A. R. O Conselho Nacional de Justiça conforme o Supremo Tribunal Federal. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 9, p. 184-216, mar. 2012.

TOMIO, F. R. D. L.; ROBL FILHO, I. N. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013.

TONET, A. *et al.* **Corregedoria Nacional de Justiça**: organização e procedimentos. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.