

LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS À PRODUÇÃO DO ATO JURÍDICO ESTATAL COM BASE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O ATO JURÍDICO PRODUZIDO SEM CONSCIÊNCIA OU VONTADE

Ethical and legal limits to the production of the state legal act based on artificial intelligence: the legal act produced without conscience or will

Maurício Zockun¹

Carolina Zancaner Zockun²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Sumário: 1. Introdução: há ética fora do direito?; 2. Ética pública como moralidade administrativa; 2.1. Noção de princípio; 2.2. Moralidade administrativa: um valor jurídico constitucional; 2.3. A atuação administrativa circunscrita aos limites da lei: o positivismo; 2.4. Moralidade como princípio juridicamente qualificado; 3. O princípio da motivação; 3.1. O dever de motivação; 3.2. A motivação explícita, clara, suficiente e congruente; 3.3. A motivação nos atos produzidos com fundamento em competência vinculada e discricionária; 4. O princípio da motivação em atos sugeridos ou produzidos com base em algoritmos; 4.1. O dilema na motivação do ato praticado ou proposto com base em algoritmos; 4.2. Entendendo os arranjos de algoritmos e a produção de atos com base em inteligência artificial; 4.3. Inteligência artificial na fase preparatória da produção de atos jurídicos; 4.4. Inteligência artificial utilizada na proposição e na produção de atos jurídicos finais; 4.5. O direito dos administrados em relação ao ato praticado ou cuja prática deu-se com base em algoritmos; 5. Conclusão; e, 6. Referência.

Resumo: O artigo se propõe a examinar as formas da produção de ato jurídico estatal a partir das múltiplas tecnologias existentes criadoras da denominada "inteligência artificial" e, a partir delas, apurar em que medida a sua utilização se compatibiliza com o direito brasileiro, especialmente em relação ao controle de sua legitimidade.

Palavas-chave: Inteligência artificial. Ato jurídico estatal. Motivação. Controle.

Abstract: The article proposes to examine the ways in which the production of state legal acts occurs through multiple existing technologies that create what is so-called "artificial intelligence" and, based on them, determine to what extent their use is compatible with Brazilian law, especially with regard to controlling their legitimacy.

Keywords: Artificial intelligence. State legal act. Motivation. Control.

¹Professor de direito administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-docente e doutor em direito administrativo pela PUC/SP. Mestre em direito tributário pela PUC/SP. Advogado.

²Professora de Direito Administrativo na PUC/SP. Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal) Mestre e doutora em direito administrativo pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

1. INTRODUÇÃO: Há ética fora do direito?

1. O Decreto federal 1.171/1944, veiculador do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, ao fixar as regras deontológicas para sua interpretação prevê que "O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal"³.

Procurando desbastar o conceito de honestidade, as regras deontológicas daquele Código de Ética preveem que "A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo".

Esta não é, contudo, a ideia de "ética" que adotamos, pois se há um padrão de comportamento exigido do Estado, este decorre de um comando normativo. Assim, parafraseando as regras deontológicas anteriormente referidas, no cumprimento da ordem jurídica, o *bem* ou o *mal* só existem no sistema de direito positivo e na conformidade que lhe imprime o Direito.

Neste sentido, qual seria o padrão ético a ser observado pela Administração Pública? Aquele ditado pelo princípio da moralidade, que acolhe juridicamente certos padrões éticos- sociais. Expliquemo-nos.

2. ÉTICA PÚBLICA COMO MORALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. NOÇÃO DE PRINCÍPIO

2. Antes de adentrarmos propriamente no tema a que nos propusemos tratar, cumpre destacar que princípio, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, é o vetor direcional de todo um sistema, sustentáculo estrutural do ordenamento jurídico, pilar edificante que dá harmonia e coerência à ordem jurídica de uma sociedade.

Assim é que os princípios correspondem a normas gerais, abstratas e necessárias para construir, sustentar e informar os valores que deverão preponderar na edificação dos confins das prescrições normativas em um dado ordenamento jurídico. É por isso que ao infringir um princípio, está-se a atentar de forma muito mais grave, contra o sistema, do que quando se viola uma norma de estatura hierárquica inferior, pois, no primeiro caso, atinge-se o coração que bombeia, irradia e espraia seus comandos valorativos para a inteligência do sentido, conteúdo e alcance das demais normas, ao passo que, na segunda hipótese, atinge-se apenas de modo periférico os valores propugnados pelo ordenamento jurídico⁵.

2.2. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: UM VALOR JURÍDICO CONSTITUCIONAL

3. Dentre os vetores normativos norteadores do ordenamento jurídico pátrio, a moralidade foi alçada, pela Constituição Brasileira de 1988⁶, a princípio expresso, conforme se verifica da redação do artigo 37, caput, ora transcrita: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

³BRASIL. Decreto nº 1.171 de 1994, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

⁴BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo*, 36ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 863.

⁵BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo (...)*, Ob. Cit., pp. 863-864.

⁶Marcelo Figueiredo afirma não ter localizado no texto das Constituições do mundo ocidental contemporâneo qualquer alusão ao princípio da moralidade tal como vazado na Constituição brasileira. In: FIGUEIREDO, M. *O controle da Moralidade na Constituição*, Malheiros, São Paulo, 1999, p.16.

publicidade e eficiência (...)"

Por ser baliza ao desenvolvimento da atividade administrativa, esse mandamento adjudica em favor do administrado o direito subjetivo ao controle das condutas da Administração. Tanto é assim que, em outra passagem, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXIII, prevê que: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência"⁷.

Assim, verifica-se que a moralidade corresponde tanto a um princípio constitucional, como a objeto de resguardo do interesse público por meio de ação popular.

2.3. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CIRCUNSCRITA AOS LIMITES DA LEI: O POSITIVISMO

4. De fora a parte o primado da moralidade, o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, prevê que à Administração Pública cabe, também, obedecer à estrita legalidade. É dizer: se os particulares podem fazer tudo o que não está proibido em lei, à Administração só é permitido atuar dentro dos precisos limites legais.

Assim, o princípio da legalidade possui duas facetas: a legalidade que permeia a atuação dos particulares e a legalidade atrelada à função administrativa⁸.

5. É certo que a obediência à lei não somente se restringe à sua literalidade, mas, principalmente, a seu espírito, à sua consagração como instrumento de agregação de valores e princípios de uma sociedade em dado espaço e tempo.

Não foi por outra razão que Geraldo Ataliba⁹ afirmou: "é mais que isso: a lei é, no direito constitucional brasileiro, necessariamente genérica, isônoma, abstrata e irretroativa".

Assim é que a atividade administrativa só pode agir debaixo da lei, ou seja, a função administrativa dá-se *secundum legem*, jamais *ultra* ou *contra legem*. Daí Ruy Cirne Lima ter averbado que "jaz consequentemente a administração pública, debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito"¹⁰.

É por isso que a função administrativa é definida por Celso Antônio¹¹ como a função do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas e dentro de uma estrutura hierárquica, para fiel aplicação da lei, mediante comandos complementares dela; comandos esses plenamente contrastáveis, no tocante à legalidade, pelo Poder Judiciário¹².

Com base nessas ideias, tentar-se-á delimitar o conteúdo do princípio da moralidade, compatibilizando-o com a estrita legalidade que se impõe à Administração Pública, quando no exercício de sua função precípua, qual seja, a função administrativa.

2.4. MORALIDADE COMO PRINCÍPIO JURIDICAMENTE QUALIFICADO

6. Nesta seara, cabe indagar, como já o fez Márcio Cammarosano¹³, se deve a

⁷BRASIL, *Constituição (...)*, *Idem*.

⁸Para Santi Romano: "é princípio fundamental do direito público moderno que esta função deva ser exercida dentro dos limites da ordenação jurídica e segundo os escopos traçados pela lei, que é a sua fonte principal". In: ROMANO, S. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Tradução de Maria Helena Diniz, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 255.

⁹ATALIBA, G. *República e Constituição*, 2ª ed., Malheiros Editores. São Paulo, 1998, p. 124.

¹⁰CIRNE LIMA, R. *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., Editora Sulina, Porto Alegre, 1954, p. 22.

¹¹BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 33-34.

¹²Com o mesmo entendimento, Renato Alessi: "Ora, funzione amministrativa, sul piano giuridico, è la funzione di emanare statuizioni (o quanto meno atti preparatori od integrativi delle medesime) aventi valore complementare nel senso sopradetto, rispetto ad um precetto normativo astratto mancante di concreta ed immediata operatività, al fine appunto di permettere siffatta operatività concreta". In: ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo*, 4ª ed., Giuffrè Editore, Milão, 1978, p.10.

⁹CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 21.

Administração pautar sua conduta em outras normas que não apenas as qualificadas como legais, ou se sua atuação deve cingir-se às normas legais. Ou seja, se além das regras de origem legal, cabe, também, imprimir à Administração a necessidade de se atender às regras de moral comum, para cumprimento do princípio da moralidade.

Antes de envidarmos qualquer tentativa no sentido de responder as questões suscitadas acima, cabe-nos esclarecer qual seria o conteúdo dessas regras ditas morais.

7. Os preceitos de moral comum consistem em valores mutáveis, tanto no que diz respeito ao local de onde provém, quanto no tocante à época em que são avaliados.

Mesmo dentro de um país cuja língua, raça e religião são praticamente idênticas em todo o seu território - como ocorre com o Brasil - há incontáveis e diferentes valores a serem protegidos nos diversos núcleos de agrupamentos de pessoas, isto é, cada pessoa, família, comunidade, bairro, município e rincão deste país tem sua concepção sobre o que é moral e o que não o é, tornando inviável qualquer aferição de um conceito padrão de moralidade.

Tanto isso é verdade que existem assuntos polêmicos – *exempli gratia*, a liberação de transgênicos, aborto, eutanásia, bingos, cassinos, legalização de algumas drogas etc. – que dividem as opiniões sem que se consiga estabelecer qual é, efetivamente, a posição moralmente correta, mesmo porque, no tocante à moralidade é impossível estabelecer critérios de verdade e falsidade.

Isto porque, como dito, cada um tem sua própria opinião sobre o que é moral e o que não é.

8. As regras de moral comum são tão fluidas e variáveis que considerá-las como conteúdo do princípio da moralidade consistiria em uma negação ao próprio objetivo do Direito.

Deveras, se é fato que o Direito regula condutas humanas de modo coercitivo para que a vida em sociedade se torne possível, não é menos verdade que o Direito atua dessa forma para fornecer ao cidadão um mínimo de segurança.

Há muito já dizia Rousseau que o homem deve ceder parcela de sua liberdade para que, em contrapartida, possa receber a segurança necessária para não sofrer intervenções imprevisíveis, seja por parte do Estado, seja por parte de outro particular.

De fato, os efeitos dessa segurança no campo normativo (ou segurança jurídica) têm a aptidão de, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, (i) impedir modificações surpreendentes que desestabilizem a situação dos administrados e (ii) reduzir os efeitos traumáticos que decorram de novas manifestações jurídicas que alcançariam situações em curso.

Se o objetivo maior do Direito é a segurança jurídica, como poder admitir que a moralidade a que a Constituição Federal se refere diz respeito às regras de moral comum retiradas do corpo social¹⁵?

A resposta a tal indagação somente pode ser negativa, tendo em vista que qualquer tentativa visando a enquadrar o princípio da moralidade às regras de moral comum restará sempre frustrada, pois, como demonstrado, as regras de moral comum estão em constante mutação, variando em sentidos diametralmente opostos dependendo do tempo/espço em que se insiram¹⁶.

Assim, se o Direito visa a garantir segurança, não poderá pautar-se em regras que, justamente, não fornecem qualquer padronização e, via de consequência, geram total insegurança.

Um Estado que se constitui como Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, Constituição da República¹⁷) deve subsumir-se a uma ordem normativa previamente estabelecida, cabendo obedecê-la até que venha, legitimamente, a ser alterada pelos procedimentos que estiverem consignados nessa própria ordem normativa, ou até que

¹⁴BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo (...)*, Ob. Cit., pp. 106-111.

¹⁵CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa (...)*, Ob. Cit., pp. 24-25.

¹⁶CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa (...)*, Ob. Cit., pp. 25-27.

¹⁷BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

essa seja rompida por revoluções e outra seja iniciada.

9. Ademais, se as regras morais pudessem adentrar a esfera jurídica pela porta do princípio da moralidade, bastaria conhecer as regras morais para conhecer o Direito e, no confronto entre regras morais e regras jurídicas valeriam as primeiras, posto que ao ingressarem na ordem jurídica deveriam ser obedecidas, dado o seu posterior ingresso na ordem jurídica e sua natural proeminência¹⁸.

O argumento colacionado acima traz uma consequência inarredável, também anotada por Márcio Cammarosano, qual seja, o esvaziamento da função do legislador. E isto porque este somente poderia legislar em consonância com as regras de moral comum, mas essas já estariam jurisdicizadas pela existência do princípio da moralidade, cujo conteúdo seria preenchido pelas próprias regras ditas morais. Por tal razão, a atividade legislativa se tornaria inócua, pois (i) ou o legislador criaria normas idênticas às já existentes – que, inclusive, já fariam parte do sistema pela, repita-se, “porta de entrada” do princípio da moralidade – ou (ii) o legislador elaboraria normas dissonantes das normas de moral comum e, aí, as normas elaboradas seriam inconstitucionais, visto que em confronto com o princípio da moralidade.

Diante disso, não há como se aceitar que o conteúdo do princípio da moralidade seja preenchido pelas regras de moral comum, primeiro porque isso geraria total insegurança jurídica, segundo porque ocorreria frontal ofensa à tripartição de funções¹⁹, tendo em vista a ausência de atividade relegada ao Poder Legislativo.

10. Essa, contudo, não é a conclusão de consagrada e qualificada doutrina^{20 21 22 23} que, diversamente do que apregoamos, firma entendimento no sentido de que o conteúdo do princípio da moralidade deve, sim, ser extraído dos valores éticos existentes na sociedade em que se insere.

Neste sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello apregoava que “são as regras éticas que informam o direito positivo como mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita e costumeira. Encerram normas jurídicas universais, expressão de proteção do gênero humano na realização do direito. E, para emprestar-se imagem de Carnelutti, podia-se dizer ser o álcool que conserva o vinho, lhe dá vitalidade, está dentro dele, mas com eles não se confunde”²⁴.

Weida Zancaner²⁵ esclarece que o princípio da moralidade deve ser compreendido como princípio autônomo, eis que tal entendimento parece mais consentâneo com as ideias que embasam o Estado Democrático de Direito. Acresce a professora que “a redução do princípio da moralidade ao da legalidade obstaculiza que o perfil constitucional do Estado Democrático de Direito se concretize em sua inteireza”.

11. Ousamos dissentir, pois ao nosso juízo o princípio da moralidade não tem o seu sentido, conteúdo e alcance edificado a partir da moral comum, mas do próprio Direito²⁶; isto é, será moral ou eticamente aceitável aquilo que o Direito disser que é.

Assim, não há moral jurídica fora do Direito positivo. Só a lei (em sentido lato) obriga: as regras de moral comum não possuem força coercitiva e, por isso, não fazem

¹⁸CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa* (...), *Ob. Cit.*, pp. 81-83.

¹⁹A nossa Constituição preconiza em seu artigo 2º, caput, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Para garantia dessa divisão tripartite, estabelece em seu artigo. 60, §4º, III, que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação de Poderes”. *In*: BRASIL. Constituição, *idem*.

²⁰FEDER, J. *O Estado e a Sobrevida da Corrupção*, Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1994.

²¹FIGUEIREDO, L.V. *Probidade Administrativa*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

²²JUSTEN FILHO, M. “O princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário”, *Revista de Direito Tributário*, Malheiros Editores, São Paulo, n. 67, p. 70.

²³FERRAZ, S. *Tratado de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. 1, Fórum, Belo Horizonte, 2022, pp. 260/267.

²⁴*Princípios Gerais de Direito Administrativo* - vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1969, p. 360.

²⁵“Razoabilidade e Moralidade”, *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. (Cord.), *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 629.

²⁶Novamente acatamos o entendimento sempre oportuno de Márcio Cammarosano. *In*: CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa* (...), *Ob. Cit.*, p. 100.

parte do ordenamento jurídico positivo, não podendo ser invocadas para preencher o conteúdo do princípio da moralidade, sob pena de se atentar contra o princípio maior da segurança jurídica.

O princípio da moralidade é, então, um princípio intrinsecamente vinculado à legalidade, pois é esta que lhe define a substância, erigindo os valores em que aquele deve se pautar.

Se tudo o que é moral deve ser também legal, para que possa ter seu cumprimento exigido, não vislumbramos a possibilidade de se considerar o princípio da moralidade como um princípio autônomo.

De fato, a segurança é o maior dos anseios da humanidade e, para ser alcançada, necessita que a competência para elaboração das normas jurídicas seja exercida pelas pessoas previamente identificadas pelo ordenamento jurídico. Tais pessoas, consubstanciadas nos Poderes Legislativos das ordens jurídicas parciais, devem erigir as condutas humanas que entenderem passíveis de regramento para que os cidadãos saibam, de antemão, como deverão se comportar para não sofrerem (ou sofrerem) as consequências jurídicas já previstas pela lei.

12. O escopo do princípio da segurança jurídica é justamente resguardar os cidadãos das influências nefastas de uma alteração repentina, sem respaldo legal e, ainda, por quem não titulariza esse plexo de competência.

A adoção do princípio da moralidade como princípio autônomo leva, ao nosso ver, à conclusão de que o cidadão pode ser, a qualquer tempo, surpreendido por ter adotado uma conduta que, a par de ser legal, é imoral e, com isso, vir a sofrer sanções, na medida em que se entender que ocorreu afronta ao princípio da moralidade. Acresça-se que entendemos ser tais sanções inconstitucionais²⁷ pela falta de previsão legal expressa.

Assim, o princípio da moralidade somente pode ser invocado se caminhar *pari passu* com a estrita legalidade, pois não é Direito sem este e não possui aplicação prática sem regras jurídicas que lhe definam expressamente o conteúdo para cada caso.

13. De todo o exposto, concluímos que o princípio da moralidade não terá a sua substância edificada segundo a moral comum, mas, diversamente, pela extensão em que a moral comum foi juridicamente positivada.

Logo, o padrão ético a ser observado pela Administração Pública equivale à *moral comum* juridicamente positivada.

14. Um dos padrões éticos jurisdicizados e que devem ser servilmente observados pelo Poder Público resulta, precisamente, na transparência das razões de fato e de direito que levam o Estado a adotar providências jurídicas a seu encargo; e mais: a transparência a respeito do *iter* percorrido para adoção da referida providência jurídica.

3. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

3.1. O DEVER DE MOTIVAÇÃO

15. A motivação é o dever constitucionalmente imposto ao Estado por meio do qual se comina ao agente público o inexcusável encargo de revelar as razões que o levaram a adotar uma determinada providência, segundo a norma jurídica habilitante. Ademais, ao motivar, o agente público estará igualmente compelido a demonstrar a pertinência lógica entre a sua deliberação e os fatos ocorridos, sem o que não se apura a razoabilidade e a proporcionalidade da medida jurídica ou fática adotada, segundo a finalidade da regra de competência.

3.2. A MOTIVAÇÃO EXPLÍCITA, CLARA, SUFICIENTE E CONGRUENTE

16. Segundo o art. 50, § 1º, da Lei federal 9.784, "a motivação deve ser explícita,

²⁷O artigo 5º, II da Constituição Federal dispõe "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". In: BRASIL. *Constituição, Idem*.

clara e congruente (...)”²⁸. Contudo, não há motivação explícita, como já sustentamos²⁹.

16.1. Com efeito, como os institutos jurídicos e as prescrições normativas são exteriorizados por meio de signos³⁰, a construção do seu sentido, conteúdo e alcance exige interpretação, como observa José Souto Maior Borges³¹. Isso se dá pelo fato de que a norma jurídica e os institutos jurídicos se revelam por meio e em razão da interpretação que dela fazemos. Neste contexto, não há falar em comando normativo ou instituto jurídico explícito. E, pela mesma razão, também não há falar em motivação explícita.

Afinal, tanto os conceitos jurídicos afamadamente explícitos – como legalidade – como os reconhecidamente implícitos – como boa-fé e segurança jurídica – revelam esse atributo no plano formal (se, por exemplo, estão ou não veiculados em texto legal, se tem sua existência proclamada e exteriorizada no texto legislado). Já no plano material, sua substância jurídica, seu conteúdo, sentido e alcance, sempre se revelam por meio da interpretação.

Assim, a interpretação procura extrair do instituto jurídico ou de uma prescrição jurídica a sua carga normativa e, por esta razão, José Souto Maior Borges acertadamente afirma que todo conceito ou comando jurídico é, pois, implícito.

Ora, se a motivação também se revela no mundo jurídico da mesma forma que os conceitos jurídicos e as prescrições normativas, é um despropósito pretender atribuir um sentido literal ao art. 50, § 1º, da Lei federal 9.784, exigente de “motivação explícita”.

Por esta razão, a “motivação explícita” prescrita no art. 50, § 1º, da Lei federal 9.784, deve ser compreendida como a necessidade de essa motivação ser exteriorizada, possibilitando ao intérprete e ao destinatário tomar conhecimento das justificativas que levaram a produção do ato³².

16.2. No mais, a ideia de congruência – prescrita no art. 50, § 1º, da Lei federal 9.784 – diz respeito à correlação e à pertinência lógica entre um dado fato e a providência jurídica adotada pela autoridade pública (no que consiste a razoabilidade³³), aí se incluindo a adequação entre a intensidade da providência adotada segundo a sua finalidade (no que consiste o princípio da proporcionalidade).

Esse também é o pensamento de Augusto Durán Martínez, para quem:

“La congruencia es una exigencia de razonabilidad. El acto administrativo es una declaración de voluntad razonable, puesto que la voluntad presupone la inteligencia. La motivación, además de suficiente y congruente, para ser legítima debe, además, ser exacta. La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido. Mientras que la suficiencia y la congruencia se aprecian con la sola lectura del acto, la exactitud exige ‘un salto del papel’, puesto que es preciso

²⁸BRASIL. *Lei nº 9.784 de 1999*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

²⁹ZOCKUN, M. & ZOCKUN, C.Z. “A relação de sujeição especial no direito brasileiro”, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, (DOI: 10.21056/aec.v19i77.1141), p. 121-137, jul./set. 2019.

³⁰Sobre o conceito de signos jurídicos: ARAÚJO, C.O. “Semiótica jurídica”, *In: CAMPILONGO, C.F., GONZAGA, A.A. & FREIRE, A.L. (Cords.), Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/96/edicao-1/semiotica-juridica>, acesso em: 23. Abr. 2023.

³¹BORGES, J.S.M. “O Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 22, Dialética, São Paulo, 1997, pp. 24-29.

³²Motivação explícita é, para Augusto Durán Martínez, motivação suficiente, para quem: “La motivación es suficiente cuando con su sola lectura se pueden advertir las razones determinantes del acto”. Daí arrematar “Si no se expresan las razones que pretendidamente apoyan la decisión, difícilmente podrá decirse que el ejercicio del poder que la decisión presunta se somete a un control público democrático, y difícilmente podrá ejercerse sobre ellas un control jurídico posterior”. *In: MARTÍNEZ, A.D. “Motivación del acto administrativo y buena administración”, Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, janeiro/junho de 2013, p. 22.

³³Neste mesmo sentido é o pensamento de Edmir Netto de Araújo. *In: ARAÚJO, E.N. Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 82.

comparar lo dicho en el acto con la realidad”³⁴.

Mas a motivação é sempre necessária?

3.3. A MOTIVAÇÃO NOS ATOS PRODUZIDOS COM FUNDAMENTO EM COMPETÊNCIA VINCULADA E DISCRICIONÁRIA

17. A motivação dos atos administrativos nem sempre é necessária.

17.1. Com efeito, o ato administrativo emanado sem consciência ou vontade (tratamos dele mais adiante, no item 24) pode ser guiado pela mesma lógica da incidência das regras de conduta, pois a eclosão dos seus efeitos no mundo jurídico se aperfeiçoa de modo automático e infalível, como assinala Alfredo Augusto Becker³⁵, sendo desnecessária qualquer espécie de motivação. Tome-se, por exemplo, uma placa de trânsito e as luzes automática e sequencialmente projetadas por um semáforo. São formas por meio das quais se aperfeiçoam emanações constantes de atos administrativos fundados no exercício de uma competência vinculada, e validamente produzidos sem qualquer espécie de motivação. Mas não só.

Os atos administrativos vinculados que prescindem de motivação, são aqueles cuja válida produção exige (i) a demonstração da ocorrência do fato jurídico descrito na hipótese da regra de competência; ou (ii) implicitamente afastada pelo direito, porque inviabilizaria a própria tutela do interesse público (como nos atos produzidos de forma oral ou urgentes).

17.2. Se alguns atos administrativos produzidos no exercício de uma competência vinculada prescindem de motivação, outros atos fundados na mesma competência exigem essa providência para a sua válida produção.

Deveras, muitos atos produzidos no curso de processos ou procedimentos administrativos são rigorosamente vinculados – como, por exemplo, a concessão de medidas acautelatórias³⁶, o não conhecimento ou o desprovimento de pleitos ou recursos intempestivos –, e, sem embargo desta morfologia, a motivação deverá ser declinada contemporaneamente à sua produção, sob pena de ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Daí Celso Antônio Bandeira de Mello afirmar que “As decisões jurisdicionais, quaisquer que sejam, confirmadas ou reformadas, persistentes ou superadas por orientação jurisprudencial nova, são sempre proferidas na qualidade de atos vinculados a dizer o Direito. Então, não há supor que o juiz tenha discricção para deferir ou indeferir pedido de liminar”³⁷.

Assim, muito embora a regra jurídica habilitante possa impor o exercício da função pública de modo vinculado, não raramente exige-se o prévio ou contemporâneo esclarecimento a respeito da situação fática ocorrida e da fundamentação jurídica adotada para, em vista dela, justificar a adoção de uma dada providência estatal. É isso de modo a permitir que o administrado afira a existência de pertinência lógica entre as circunstâncias fáticas e jurídicas e a solução adotada, segundo a referida regra de competência.

Por exemplo: havendo regra jurídica habilitante, o Poder Público tem o dever de adotar uma medida acautelatória capaz de preservar o bem da vida debatido nos autos de um processo ou procedimento administrativo, desde que demonstre, motivadamente, estarem presentes os requisitos autorizadores dessa medida processual (quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*).

17.3. A despeito de ser indubitosa a validade de algumas espécies de atos

³⁴MARTÍNEZ, A.D. “Motivación del acto administrativo y buena administración”, (...), *Ob. Cit.*, p. 23.

³⁵BECKER, A.A. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª ed, Lejus, São Paulo, 1998, pp. 303-309.

³⁶BRASIL. Art. 45 - *Lei nº 9.783 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

³⁷Neste sentido: BANDEIRA DE MELLO, C.A. “Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 3, n. 11, pp. 441-449, 2019, disponível em: <https://www.r dai.com.br/index.php/rdai/article/view/212>, acesso em: 21 abr. 2023.

administrativos produzidos sem consciência ou vontade e de modo imotivado, desde que decorrentes do exercício de competência vinculada, a mesma conclusão não se atinge nas hipóteses em que esse ato administrativo (produzido sem consciência ou vontade) for emanado com fundamento em competência discricionária.

E é precisamente neste movediço campo que se vai trilhando nos dias que correm, no qual Poder público – por necessidade ou incentivo – vai produzindo atos discricionários valendo-se da denominada “inteligência artificial”.

18. Assim, o clássico tema da motivação vem ganhando especial destaque em nossos dias, pois, de modo cada vez mais frequente, utiliza-se a inteligência artificial para (i) propor ao agente público o conteúdo do ato jurídico a ser produzido; ou, ainda, (ii) produzir, em nome do agente público, um determinado ato jurídico.

Como motivar esses atos discricionários que foram produzidos sem consciência ou vontade, já que emanados ou sugeridos a partir de inteligência artificial? Quem está incumbido de motivá-los? É a própria inteligência artificial?

Para respondermos estas indagações, temos que, inicialmente, conhecer o modo pelo qual a proposta de solução é edificada por meio desse expediente – da inteligência artificial – para, assim, esquadrihar o modo em que se dá (ou pode se dar) a sua válida produção.

4. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO EM ATOS SUGERIDOS OU PRODUZIDOS COM BASE EM ALGORITMOS

4.1. O DILEMA NA MOTIVAÇÃO DO ATO PRATICADO OU PROPOSTO COM BASE EM ALGORITMOS

19. No momento histórico em que vivemos, questiona-se em que medida e extensão pode-se exigir a motivação de ato estatal produzido por meio de programa que emprega ou adota algoritmos, base para construção de sistema de inteligência artificial.

Para tanto, impõe-se saber quais os modelos para criação do que se denomina inteligência artificial e, assim, aquilatar em que medida e extensão se pode dar a sua legítima adoção entre nós, segundo o nosso sistema normativo.

4.2. ENTENDENDO OS ARRANJOS DE ALGORITMOS E A PRODUÇÃO DE ATOS COM BASE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

20. Os limites da utilização da inteligência artificial na produção ou sugestão de produção de atos administrativos exige, preliminarmente, que conheçamos o modo por meio do qual essas engenhocas propõem soluções a partir do problema exposto.

Segundo Bruno Romani e Marcos Muller, “Até 2017, a arquitetura (ou técnica) de IA mais utilizada para analisar e gerar texto eram as chamadas redes neurais recorrentes (RNN, na sigla em inglês). Elas ‘olham’ para um conjunto de termos e geram a próxima palavra de forma sequencial, sempre baseada naquilo que aparece anteriormente - é uma espécie de ‘fila de palavras’”³⁸.

Sucede que “(...) as RNNs têm dois problemas. O primeiro é que elas não conseguem analisar várias palavras ao mesmo tempo, o que torna bastante lento o processo de treinamento desses sistemas. Além disso, elas não conseguem manter a ‘atenção’ em frases muito longas e acabam ‘esquecendo’ dos primeiros termos analisados. Ou seja, as RNN não conseguem lidar com uma fila de palavras muito comprida. Portanto, elas são incapazes de escrever parágrafos longos”³⁹, o que ensejou a criação de um algoritmo capaz de solver esse problema, que se passou a chamar *Transformer*, base de sistemas como Bert, do Google, e o GPT, que posteriormente viria a abastecer o ChatGPT.

³⁸ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT”, *O Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 144, n. 47.269, 19/3/2023, p. B7. Disponível em <https://www.estadao.com.br/link/cultura-digital/chatgpt-chat-inteligencia-artificial-como-usar-funcionamento/>, acesso em: 23 abr. 2023.

³⁹ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

E como concretamente funciona o sistema de inteligência artificial, que pode e vem sendo utilizado na produção ou na sugestão de produção de atos jurídicos? Como “computadores (...) não entendem palavras (...) a linguagem precisa virar matemática. (...) cada termo ganha um número (chamado de *token*) e essas identificações são transformadas em vetores multidimensionais, chamados de *embeddings*. Os *embeddings* ajudam a preservar a ideia de semântica porque agrupam os vetores de palavras similares - por exemplo, os vetores de ‘primavera’ e ‘verão’ tendem a ficar perto uns dos outros na ‘nuvem’ de palavras. Outro elemento dessa análise é a posição dessas palavras na frase. Um código referente à posição (chamado de *position encoding*) ajuda a determinar quais palavras costumam aparecer juntas e onde costumam aparecer em uma frase. Isso é importante porque o posicionamento de uma palavra na frase muda o seu significado. Para que a máquina entenda as relações e gere parâmetros são necessários volumes massivos de dados, chamados de modelos de linguagem ampla (LLM). O GPT-3.5, primeiro ‘cérebro’ do ChatGPT, foi treinado com 45 TB de texto, incluindo 10 bilhões de palavras e 8 milhões de textos. Faz parte do material toda a Wikipédia em inglês, pacotes de livros digitais (em conjuntos chamados Books 1 e Books 2) e dois pacotes massivos de páginas da internet (chamados de The Common Crawl e WebText2)”⁴⁰. Eis, pois, a transformação que se processa sobre a base de dados que serve de suporte para o funcionamento do sistema de inteligência artificial.

Esse tema ganha importância transcendente, pois se a base de dados for alimentada de acordo com vieses – textos que atribuem legitimidade a comportamentos racistas, sexistas, mitigadores de direitos dos administrados e jurisdicionados etc. – o padrão algoritmo (*embeddings* e *position encoding*) seguirá essa tendência nas respostas fornecidas. Teremos, pois, respostas racistas, sexistas, mitigadoras de direitos dos administrados e jurisdicionados.

Isso porque “(...) dentro de sistemas de IA, a palavra vira matemática. Ferramentas de IA que geram texto usam modelos de análise probabilística para entender a relação entre as palavras e selecionar os termos que melhor atendem às demandas dos usuários (...)”⁴¹. Justamente porque o algoritmo utiliza-se de métodos probabilísticos para selecionar palavras que, aglutinadas possam fazer sentido, não raramente dá-se “...um fenômeno batizado na comunidade científica de ‘alucinação’, que se refere a textos inventados pelas máquinas que extrapolam a realidade ou o bom senso (...) A transformação de palavras em números e vice-versa deixa claro os motivos pelos quais o ChatGPT alucina ou argumenta sobre informações erradas. Ele apenas está escolhendo palavras num modelo probabilístico. Não há sentimento nem compreensão”⁴².

Dáí porque a inteligência artificial que causou um verdadeiro *frisson* mundial, o ChatGPT, é assim descrito, coerentemente com os modelos de algoritmos utilizados: “...o ChatGPT não entende o que escreve por uma razão simples: dentro de sistemas de IA, a palavra vira matemática. Ferramentas de IA que geram texto usam modelos de análise probabilística para entender a relação entre as palavras e selecionar os termos que melhor atendem às demandas dos usuários”⁴³.

Assim, nos denominados sistemas de inteligência artificial, não há sentimento, compreensão e tampouco um olhar para a realidade descrita em vista da finalidade da norma (que é a tutela do interesse público). Existe, pura e simplesmente, um arranjo entre palavras que, por meio probabilístico, podem fazer sentido, segundo a base de dados fornecida. Produz-se ou sugere-se a produção de um ato normativo *sem consciência ou vontade*.

A inteligência artificial não propõe solução alguma; propõe, pura e simplesmente, um arranjo de palavras segundo a maior probabilidade de elas fazerem algum sentido,

⁴⁰ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

⁴¹ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

⁴²ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

⁴³ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

segundo a base de dados que lhe serve de suporte. Não há consciência, sentimento ou empatia; a proposta de solução decorre de um método probabilístico das palavras utilizadas fazerem sentido, da forma como encadeadas.

Em termos jurídicos, a proposta de produção de um ato jurídico (ou a sua produção) com base em inteligência artificial equivale ao acender da luz de um sinal de trânsito: são atos jurídicos produzidos *sem consciência ou vontade*.

Vejamos o campo no qual essa ferramenta probabilística é utilizada no direito e a sua legitimidade, já que são atos jurídicos produzidos *sem consciência ou vontade*.

4.3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA FASE PREPARATÓRIA DA PRODUÇÃO DE ATOS JURÍDICOS

21. Em maio de 2018 o *site* do STF noticiou o início do projeto *Victor*, que seria uma ferramenta de inteligência artificial incumbida de “ler” todos os recursos extraordinários remetidos à Suprema Corte e identificar sua vinculação a temas de repercussão geral⁴⁴. Essa leitura, agora sabemos, ou transforma essa base de dados em uma “fila de palavras” ou, de forma mais evoluída, verte cada palavra em um *token*, que são transformadas em vetores multidimensionais (*embeddings*), que pretendem preservar a ideia semântica segundo palavras similares e em conformidade com a posição delas em cada frase (*position encoding*). Eis o que significa a “leitura” realizada por *Victor*.

Mas não só. Naquele estágio, segundo afirmava a notícia, *Victor* se encontrava “na fase de construção de suas redes neurais para aprender a partir de milhares de decisões já proferidas no STF a respeito da aplicação de diversos temas de repercussão geral”. Segundo se noticiou, naquele estágio de desenvolvimento do *Victor*, buscava-se alcançar níveis altos de acurácia – que é a medida de efetividade da máquina –, permitindo que aquela ferramenta pudesse auxiliar os servidores em suas análises.

A notícia conclui afirmando que “A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial”.

22. Neste contexto, *Victor* é empregado para produzir um ato jurídico que, no curso de um procedimento, viabiliza, instrumentaliza ou cria as condições necessárias para que o ato jurídico final seja produzido. Assim, *Victor* produz atos jurídicos preparatórios. Ele inova a ordem jurídica, mas não propõe (ou não propunha, naquele momento) a decisão final a ser adotada.

Percebe-se, pois, que a despeito de a notícia veiculada pelo STF afirmar que o *Victor* não exerce função jurisdicional, essa inteligência artificial interfere na decisão judicial a ser proferida, pois inova a ordem jurídica e produz atos que podem ser acolhidos na produção de atos jurisdicionais.

23. Ora, se a base de dados do *Victor* for composta por um vasto conjunto de decisões proferidas pelo STF nas quais não se tenha admitido o processamento do recurso extraordinário ou agravo em recurso extraordinário ao fundamento de que não cabe à Suprema Corte revolver matéria de fato (medida coirmã da intransponível Súmula 7 do STJ), *Victor* “aprenderá” e “decidirá” de modo viciado, já que o “cachimbo entorta a boca”, diz o ditado popular. *Victor*, portanto, poderá sugerir uma decisão enviesada.

Como esse método se baseia em inteligência artificial (explicado no item 20), a sugestão de decisão decorre da probabilidade matemática de as palavras que formaram a sua base de dados guardarem alguma pertinência lógica entre si, segundo a pergunta formulada. Como visto, a proposta de solução decorre de uma probabilidade matemática de esses elementos fazerem sentido; não há raciocínio, não há análise do caso concreto, não existe olhar algum para a realidade. É um ato jurídico produzido *sem consciência ou vontade*.

Daí porque o resultado proposto por meio dessa ferramenta pode ser circunstancialmente correto, incorreto ou, oxalá, uma verdadeira alucinação. E tudo isto

⁴⁴STF. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>, acesso em: 23 abr. 2023.

fundado em probabilidade de arranjo entre as palavras, já que é um ato jurídico produzido *sem consciência ou vontade*.

4.4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL UTILIZADA NA PROPOSIÇÃO E NA PRODUÇÃO DE ATOS JURÍDICOS FINAIS

24. Há tempos Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que não existe óbice algum na produção de ato administrativo por meio artificial, denominados de atos jurídicos produzidos sem consciência ou vontade. Segundo ele:

“(...) há atos jurídicos – *administrativos* – que não são necessariamente comportamentos humanos voluntários. Podem surgir ‘casualmente’, isto é, sem que seu produtor haja pretendido expedi-los e, portanto, sem propósito algum de gerar-lhes os correspondentes efeitos.

Tomemos como exemplo a seguinte hipótese. Suponha-se que um agente público encarregado de interferir, quando necessário, em uma central controladora dos semáforos da cidade (ou de certa parte dela), dirigida normalmente por computador, inadvertidamente aperte um botão concernente a um dado sinal luminoso de trânsito. Disto decorre que em certa esquina o sinal verde, isto é, a ordem ‘siga’, acende três, quatro ou cinco segundos antes do que estava programado e, correspondentemente, ilumina-se o sinal vermelho, isto é, a ordem ‘pare’, no outro ângulo do cruzamento. Por força disso haverá produzido, sem querer, as *ordens mencionadas, que são atos jurídicos administrativos*. E poderá, mesmo, jamais saber que o fez. É o que ocorreria se estivesse conversando com outro funcionário, de costas para o teclado, havendo nele tocado sem sequer se aperceber disto. Não houve qualquer manifestação volitiva e houve ato jurídico administrativo.

Figure-se, agora, a mesma central controladora de semáforos, comandada por um computador e que vá promovendo o cambiar de luzes em função de sinais de radar indicadores dos níveis de congestionamento de tráfego na região. Quem estará efetuando as sucessivas ordens de ‘siga’ ou ‘pare’, simbolizadas pela cor das luzes, é uma máquina; não um homem. Aliás, no futuro, certamente serão comuns atos praticados por máquinas. Hoje mesmo já existem outros casos além do indicado. Há ‘parquímetros’ que expedem multas, uma vez excedido o prazo de estacionamento. Têm-se nestes casos, portanto, demonstrações de que pode haver atos administrativos que não são produzidos por homens. Não se pode, de outro lado, falar em uma vontade da máquina que os expedem⁴⁵, ideia extensível às modernas ferramentas de Inteligência Artificial (...)”⁴⁶.

25. Tanto é assim que a Procuradoria-Geral do Distrito Federal se utiliza da *Dra. Luzia*, considerada a primeira “robô-advogada” do Brasil, criada pela startup LegalLabs⁴⁷. Sua função naquele órgão público é a análise do andamento de processos e, a partir dela, sugerir as manifestações da Advocacia Pública, pesquisando e colacionando informações concernentes às qualificações dos indivíduos, como endereços e bens⁴⁸.

26. Luis Felipe Salomão e Daniel Vianna Vargas testemunham que a inteligência artificial tem sido utilizada para o exercício de atos tipicamente jurisdicionais. Eles afirmam que “noutro giro, a identificação de causas de pedir, configurações fáticas e jurídicas, temas, *ratio decidendi*, adequação de causas, *distinguishing* e fundamentação são funções inexoravelmente ligadas ao exercício da jurisdição. Algumas das práticas acima relacionadas – com justificativa utilitarista e de eficiência quantitativa – revelam a utilização de inteligência artificial no processo de tomada de decisão, ou seja, na atividade

⁴⁵HUTCHINSON, T. “La actividad administrativa, la máquina y el Derecho Administrativo”, *Revista de Direito Público*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano XIV, ns. 55-56, p. 37-45, notadamente pp. 41-43.

⁴⁶BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo (...)*, *Ob. Cit.*, p. 294.

⁴⁷PGDF. *Inteligência artificial em Execução Fiscal*, disponível em: www.pg.df.gov.br/inteligenciaartificial/, acesso em: 23 abr. 2023.

⁴⁸ Pode-se verificar as propostas de peças indicadas pela *Dra. Luiza* em razão de múltiplas decisões judiciais. In: PGDF, *Modelo para atos processuais*, disponível em: www.pg.df.gov.br/wp-content/uploads/2020/06/ModeloDe_ParaAtosProcessuais_PGFAZ.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.

jurisdiccional". Prosseguem observando que "a depender do resultado do processo legislativo, os julgamentos efetuados por meio (com o auxílio) dos sistemas RADAR e VICTOR podem vir a experimentar questionamentos, principalmente por aqueles que se sentirem prejudicados pelo resultado. Registre-se, o julgamento mais simples e mais repetido não deixa de ser julgamento".

E, por isto mesmo, concluem que "Faz-se necessário, no mínimo, um arcabouço teórico jurídico das ferramentas de governança, regulação e controle dos chamados algoritmos utilizados para o auxílio e, por vezes, substituição do juiz no ato de julgar."⁴⁹.

27. Esse alerta soa especialmente relevante na "automação em julgamentos", pois a depender do sistema de inteligência artificial utilizado para esse mister, o processo de *machine learning* adotado pelo algoritmo na produção do ato jurídico final dá-se em ambiente de "technological 'black box'" ou "tecnologia caixa-preta".

Estudo empreendido pela "The Australasian Institute of Judicial Administration Incorporated" descreve esse processo da seguinte forma, com os nossos destaques: "A technological 'black box' refers to human inability to grasp the inner workings of some technological systems. Even if humans can sometimes understand the inputs and outputs of a technological system, were they to view the inner workings of that system, they might find it incomprehensible. Accordingly, the person is unable to verify the integrity of the process used by the AI system to arrive at the output from the input. An explanation of connections in an artificial neural network is as unhelpful in understanding the system as is a neuron-by-neuron description of a human brain in understanding the reasons for a complex decision made by a human. This has led to interest in 'explainable' AI"^{50 51}.

28. Estas circunstâncias revelam a necessidade de o sistema de *positivação tecnológica*, com o emprego de inteligência artificial, ser transparente e permitir que o administrado identifique os caminhos lógicos (passo-a-passo) ou *ratio decidendi* percorrido pelo algoritmo para produção de um ato jurídico. Daí alguns designarem esse impedimento como "princípio da interdição à arbitrariedade algorítmica"⁵². E isso tudo para que, mesmo em se tratando de um ato jurídico produzido sem consciência ou vontade, é direito subjetivo do administrado ter acesso ao método por meio do qual ele foi produzido, de forma a aferir a legitimidade da sua automática produção.

4.5. O DIREITO DOS ADMINISTRADOS EM RELAÇÃO AO ATO PRATICADO OU CUJA PRÁTICA DEU-SE COM BASE EM ALGORITMOS

29. Em vista destas considerações, parece-nos que o princípio da motivação – associado aos princípios da publicidade, da transparência e da boa-fé – confere ao administrado o direito constitucional subjetivo de:

29.1. (i) acessar os dados e a base de dados que serviram de suporte para a construção do algoritmo no qual se funda e edifica a inteligência artificial. E isso para que seja possível apurar, por exemplo, se a base de dados sobre a qual o algoritmo iniciará o seu processo de "aprendizado" – também conhecido como '*machine learning*' – é (a) fundada na moral comum ou na moral juridicamente positivada; (b) adota pensamento minoritário, majoritário ou isolado da jurisprudência ou da doutrina; (c) toma como suporte jurisprudência ou legislação já superada; (d) adota como parâmetro padrões machistas, sexistas ou preconceituosos etc. Logo, a forma de construção de um algoritmo isento de

⁴⁹SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. "Inteligência artificial no Judiciário - Riscos de um positivismo tecnológico" (...), *Idem*.

⁵⁰BELL, F. *et. all. AI decision-making and the courts – a guide for judges, Tribunal Members and Court Administrators*, Aija, Australia, 2002, disponível em: https://mcusercontent.com/b49194247b86d30ad3cfe1745/files/42c3b454-e611-73e1-43b4-c2e67a1dd931/AI_DECISION_MAKING_AND_THE_COURTS_Report_V5_2022_06_20.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.

⁵¹Essa ideia foi igualmente trilhada por Jenna Burrel. *In*: BURREL, J. "How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms", *Big Data & Society*, January–June 2016, disponível em: sagepub.com/journalsPermissions.nav (DOI: 10.1177/2053951715622512), acesso em: 23 abr. 2023, pp. 1–12.

⁵²MUÑOZ, R.A. "El control judicial de la actividad administrativa automatizada" (...), *Ob. Cit.*, p. 241.

vieses ou tendencioso – garantia de imparcialidade, objetividade e previsibilidade na tomada de decisões – deve ser passível da mais ampla verificação e controle, razão por que se impõe o irrestrito acesso às informações que formaram a base de dados sobre a qual repousa o algoritmo.

Afinal, como bem observam Luis Felipe Salomão e Daniel Vianna Vargas, “De entrada, percebe-se que para um mínimo de controle e regulação da operação por meio de algoritmos é a supervisão da inserção de dados, uma vez que estes podem ser determinantes para os resultados alcançados e, por vezes, é a única ‘influência’ humana na tarefa desenvolvida por meio da inteligência artificial”⁵³.

A supervisão na inserção de dados remete a outra colocação igualmente relevante, antevista por Lenio Luiz Streck: “como controlar a discricionariedade para estruturar o algoritmo que vai resolver o problema da discricionariedade?”⁵⁴.

29.2. (ii) acessar o código fonte do algoritmo utilizado, pois, como adequadamente observou Henrique Alves Pinto, “...as decisões (*fundadas em inteligência artificial*) têm sofrido um intenso processo de automatização baseada em critérios, na maioria das vezes, não conhecidos ou bem explicados por seus criadores, de modo que passam a ter grande influência no dia a dia das pessoas sem que elas necessariamente percebam”⁵⁵.

Em vista disto, acessando-se o código fonte será possível apurar e auditar o modo adotado pela inteligência artificial para (a) construção da cadeia de premissas lógicas e fáticas acolhidas para uma decisão final, (b) a cadeia lógica de operações resultantes da aplicação do direito positivo (ou a interpretação que os Tribunais fazem dele) aos fatos submetidos ao seu exame e, a partir disto, (c) as conclusões que se materializarão em um ato jurídico.

A possibilidade de exame e controle do modo de funcionamento do algoritmo é imprescindível para que se apure a lisura jurídica das conclusões intermediárias que sirvam de suporte à tomada da decisão final, já que, como advertem, Luis Felipe Salomão e Daniel Vianna Vargas “(...) quando um sistema de inteligência artificial é utilizado para identificar a causa de pedir, o enquadramento jurídico de determinada pretensão ajuizada, delimitando o objeto de julgamento e, a partir da consulta a um banco de dados (jurisprudência), conduzir a uma conclusão sobre aquele conflito posto em juízo, a situação é consideravelmente distinta. A opacidade e os vieses algoritmos tornam essa tarefa de difícil (ou impossível) controle.”⁵⁶.

Essa etapa de aferição da lisura de atos produzidos com base em inteligência artificial assumiu ares de princípio autônomo para alguns autores estrangeiros, caso de Ricardo Muñoz⁵⁷, e nacionais, caso de Juarez Freitas⁵⁸, passando a denominar-se *princípio da explicabilidade*.

Neste contexto, aderimos à crítica antevista por Lenio Luiz Streck⁵⁹: *explicar* não é realizar *hermenêutica* ou *interpretar*. E os ‘leading cases’? A inteligência artificial explica sem interpretar? E a valoração dos bens jurídicos? Como pode a inteligência artificial valorar a dignidade da pessoa humana sem ser pessoa humana? E o direito à vida digna

⁵³SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. “Inteligência artificial no Judiciário. Riscos de um positivismo tecnológico”, *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 260, abr. 2022, disponível em: www.editorajc.com.br/inteligencia-artificial-no-judiciario-riscos-de-um-positivismo-tecnologico/, acesso em: 23 abr. 2023.

⁵⁴STRECK, L.L. “Um robô pode julgar? Quem programa o robô?”, *Consultor jurídico*, 3.9.2020, acessado em 21/4/2023, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum- robo-julgar-quem-programa- robo>, acesso em: 23 abr. 2023.

⁵⁵PINTO, H.A. “A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária *accountability*”, *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, pp. 43-60, jan./mar. 2020, disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43, acesso em: 23 abr. 2023

⁵⁶SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. “Inteligência artificial no Judiciário. Riscos de um positivismo tecnológico” (...), *Idem*.

⁵⁷MUÑOZ, R.A. “El control judicial de la actividad administrativa automatizada”, *Revista Electrónica Derecho e Sociedad*, Canoas, v. 10, n. 2, pp. 235-245.

⁵⁸FREITAZ, J. “Direito administrativo e inteligência artificial”, *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 20.

⁵⁹STRECK, L.L. “Um robô pode julgar? Quem programa o robô?” (...), *Idem*.

sem ao menos ter vida?

29.3. (iii) acessar e operar a interface manuseada pelo Poder Público para utilização da inteligência artificial, de modo que o particular possa, desejando, valer-se do mesmo meio para antever a proposta de resposta (ou a própria resposta) a ser fornecida pelo emprego desse mecanismo. Deste modo, criar-se-á um ambiente de maior segurança jurídica (pois o particular saberá antecipadamente se, aos olhos do Poder Público, uma conduta que aspira realizar será obrigatória, permitida ou proibida) e, outrossim, se a resposta antecipadamente fornecida por meio da inteligência artificial lhe parece compatível ou incompatível com o direito positivo e, sendo o caso, desafiá-la judicialmente.

Em síntese: nos casos em que a solução (ou proposta de solução) em razão de uma dada situação colocada sob exame do Estado venha a ser fornecida pelo emprego da inteligência artificial, no qual o ato jurídico é produzido sem consciência ou vontade, as dobras do princípio da motivação, da publicidade, da transparência e da boa-fé, impõem ao Poder Público o dever de conferir irrestrito acesso (i) à base de dados sobre a qual o algoritmo iniciou o seu processo de aprendizado (ou *machine learning*)⁶⁰; (ii) ao código fonte do algoritmo, à rede neural artificial (RNA)⁶¹ ou outro mecanismo algorítmico utilizado (como o *Transformer*); e (iii) à interface que o próprio Poder Público utiliza para solicitar a proposta de solução à inteligência artificial.

30. Desde que as garantias propostas sejam atendidas (item 29) admite-se a produção de “ato vinculado” fundado em inteligência artificial, desde que não demande qualquer espécie de motivação, pois esse ato terá sido produzido por meio desprovido de consciência e vontade.

Tem-se a mesma solução em relação a ato jurídico cuja emanção se radica em uma competência discricionária? Esse “ato discricionário” pode ser produzido sem vontade e consciência, por meio de inteligência artificial? Pelos pressupostos eleitos e segundo o nosso modelo normativo vigente, a resposta é negativa, pois a discricionariedade exige consciência e vontade, atributo exclusivamente humanos e irreproduzíveis em algoritmos (como esclarecido no item 20).

Mas como o direito cria as suas próprias realidades, existe a possibilidade jurídica de autorizar-se a produção de atos discricionários sem consciência ou vontade. Talvez aí, nas dobras desta possibilidade, poder-se-á apurar se o provérbio lançado em Asinaria, por

⁶⁰O que, afinal, é *machine learning*? Luis Felipe Salomão e Daniel Vianna Vargas esclarecem: “Os algoritmos podem ser programados ou não-programados, sendo que os primeiros seguem passo a passo as tarefas menores previamente definidas pelo programador. Quando a informação ingressa, o caminho a ser tomado pela inteligência artificial está determinado integralmente, sabe-se o resultado. No exemplo dado do aplicativo, podemos ilustrar com um destino que só possua um único caminho a ser tomado. O algoritmo programado dará as instruções detalhadas de cada uma das conversões que deverão ser realizadas pelo motorista, mas sabe-se que o caminho é aquele previamente definido pelo programador. Quanto aos algoritmos não-programados, possuem capacidade randômica de aprendizado. Os dados e o objetivo almejado são inseridos no sistema (*input*). É o sistema que irá produzir o algoritmo (*output*), transformando-o em outro, ‘escrevendo’ sua própria programação, sem interferência de um programador humano. Cuida-se da denominada técnica de ‘machine learning’. A máquina coleta dados, interpretando-os e transformando-os em novos dados, elaborando previsões acerca dos resultados intermediários, ‘aprendendo’ com eles, desenvolvendo modelos e novos algoritmos sem que haja necessidade de nova programação. Quanto mais dados inseridos inicialmente, maior é a possibilidade de aprendizado do sistema”. In: SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. “Inteligência artificial no Judiciário. Riscos de um positivismo tecnológico” (...), *Ob. Cit.*, pp. 26-30.

⁶¹Segundo André de Carvalho, as RNAs “...são sistemas computacionais distribuídos baseados na estrutura e no funcionamento do sistema nervoso. Para isso, utilizam unidades de processamento simples, que simulam neurônios naturais, conectados de forma a simular a ocorrência de sinapses. Um tipo especial de RNAs, as RNAs profundas, tem superado o desempenho preditivo obtido por modelos gerados por outros algoritmos de AM. Para isso, são treinadas com algoritmos de aprendizado profundo. As RNAs apresentam, no entanto, uma característica que impede seu uso em algumas aplicações: a de serem modelos caixa-preta, ou seja, difíceis de entender seu funcionamento interno e todas as decisões”. In: CARVAHO, A. “Relatório de Pesquisa do projeto de pesquisa ‘Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro’”, 2ª fase, in: SALOMÃO, L.F. (Coord.). *Inteligência artificial*, 2º ed., FGV, São Paulo, disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.

Titus Maccius Plauto, uma vez mais terá curso entre nós. Afinal: *Homo homini lupus*⁶²?

5. CONCLUSÃO

31. Não há, e nunca houve, impedimento jurídico ou lógico para que ato jurídico e ato administrativo sejam produzidos por máquinas ou sistema de inteligência artificial. Trata-se de uma opção aberta à escolha legislativa.

A despeito disto, a Constituição da República, ao positivar os princípios da motivação, da publicidade, da transparência e da boa-fé, impõe que o agente público indique os fatos e o concatenamento lógico adotado para, em vista do sistema de direito positivo, produzir um ato jurídico qualquer.

Esse ônus cominado ao Estado se presta como instrumento hábil a permitir que os administrados possam controlar a lisura dos atos jurídicos estatais produzidos.

Deste modo, em nada se abala ou relativiza a ampla latitude dessa garantia, o fato de o ato jurídico ter sido produzido por meio de algoritmo ou ter sido produzido por um ser humano, a partir de uma proposta edificada por meio de algoritmo, desde que seja um ato jurídico fundado em competência vinculada. E, no primeiro caso, desde que não demande qualquer espécie de motivação, pois terá sido produzido por meio desprovido de consciência e vontade.

6. REFERÊNCIAS

- ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo*, 4ª ed., Giuffrè Editore, Milão, 1978.
- ATALIBA, G. *República e Constituição*, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1998.
- ARAÚJO, E.N. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010.
- ARAÚJO, C.O. "Semiótica jurídica", in: CAMPILONGO, C.F; GONZAGA, A.A. & FREIRE, A.L. (Cords.), *Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/96/edicao-1/semiotica-juridica>, acesso em: 23. Abr. 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, C.A. "Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar", *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, Thomson Reuters, Livraria RT, São Paulo, v. 3, n. 11, (DOI: 10.48143/rdai/11.mello.cab), disponível em: <https://www.r dai.com.br/index.php/rdai/article/view/212>, acesso em: 15 jan. 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*, 36ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, O. A. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1969.
- BECKER, A. A. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª ed, Lejus, São Paulo, 1998.
- BELL, F. et. all. *AI decision-making and the courts – a guide for judges, Tribunal Members and Court Administrators*, Aija, Australia, 2002, disponível em: https://mcusercontent.com/b49194247b86d30ad3cfe1745/files/42c3b454-e611-73e1-43b4-c2e67a1dd931/AI_DECISION_MAKING_AND_THE_COURTS_Report_V5_2022_06_20.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.
- BORGES, J. S. M. "O Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo", *Revista Dialética de Direito Tributário*, Dialética, São Paulo, n. 22, pp. 24-29, 1997.
- BRASIL. Constituição, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 23 abr. 2023.
- BRASIL. Lei nº 9.783 de 1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

⁶²"Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit", in: PLAUTO, T.M. *Asinaria I*, Gredos, Espanha, disponível em : <https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2018/05/plauto-tito-macio-asinaria-bilingue.pdf>, acesso em: 23 abr. 2023.

- BRASIL. *Lei nº 9.784 de 1999*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm, acesso em: 23 abr. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 1.171 de 1994*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm, acesso em: 23 abr. 2023.
- CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2006.
- CARVAHO, A. "Relatório de Pesquisa do projeto de pesquisa 'Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro'", 2ª fase, in: SALOMÃO, L.F. (Coord.). *Inteligência artificial*, 2º ed., FGV, São Paulo, disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.
- FEDER, J. *O Estado e a Sobrevida da Corrupção*, Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1994.
- FERRAZ, S. *Tratado de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. 1, Fórum, Belo Horizonte, 2022.
- FIGUEIREDO, L. V. *Probidade Administrativa*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.
- FIGUEIREDO, M. *O controle da Moralidade na Constituição*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.
- FREITAS, J. "Direito administrativo e inteligência artificial", *Interesse Público*, Fórum, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar-abr., 2019.
- HUTCHINSON, T. "La actividad administrativa, la máquina y el Derecho Administrativo", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XIV, ns. 55-56, pp. 37-43, jul-dez. 1980.
- JUSTEN FILHO, M.J. "O princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário", *Revista de Direito Tributário*, Malheiros Editores, São Paulo, n. 67, p. 70.
- LIMA, R.C. *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., Editora Sulina, Porto Alegre, 1954.
- MARTÍNEZ, A.D. "Motivación del acto administrativo y buena administración", *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, pp. 18-32, janeiro/junho de 2013.
- MUÑOZ, R.A. "El control judicial de la actividad administrativa automatizada", *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 10, n. 2, p. 235-245, ago. 2022.
- PLAUTO, T.M. *Asinaria I*, Gredos, Espanha, disponível em: <https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2018/05/plauto-tito-macio-asinaria-bilingue.pdf>, acesso em: 23 abr. 2023.
- PGDF. *Inteligência artificial em Execução Fiscal*, disponível em: www.pg.df.gov.br/inteligenciaartificial/, acesso em: 23 abr. 2023.
- PGDF, *Modelo para atos processuais*, disponível em: www.pg.df.gov.br/wp-content/uploads/2020/06/ModeloDe_ParaAtosProcessuais_PGFAZ.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.
- PINTO, H.A.P. "A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability", *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 43-60, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43, acesso em: 23 abr. 2023.
- ROMANI, B. & MULLER, M. "Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT", *O Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 144, n. 47.269, 19/3/2023, p. B7, disponível em: <https://www.estadao.com.br/link/cultura-digital/chatgpt-chat-inteligencia-artificial-como-usar-funcionamento/>, acesso em 23 abr. 2023.
- ROMANO, S. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Tradução de Maria Helena Diniz, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.
- SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. "Inteligência artificial no Judiciário. Riscos de um positivismo tecnológico", *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 260, abr. 2022, disponível em: www.editorajc.com.br/inteligencia-artificial-no-judiciario-riscos-de-um-positivismo-tecnologico/, acesso em: 23 abr. 2023.
- STF. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*, disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038> ,
acesso em: 23 abr. 2023.

STRECK, L. L. "Um robô pode julgar? Quem programa o robô?", Consultor jurídico, 3.9.2020, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>, acesso em : 23 abr. 2023.

ZANCANER, W. "Razoabilidade e Moralidade", in: BANDEIRA DE MELLO, C. A. (Cord.), *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2, Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

ZOCKUN, M. & ZOCKUN, C. Z. "A relação de sujeição especial no direito brasileiro", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 121-137, (DOI: 10.21056/aec.v19i77.1141), jul./set. 2019.