

A INCLUSÃO DIGITAL COMO GARANTIA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: OS CONTRIBUTOS DE JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO PARA UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO NA ERA DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

DIGITAL INCLUSION AS A GUARANTEE OF THE CONSTITUTIONAL PROCESS MODEL: JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO'S CONTRIBUTIONS TO A DEMOCRATIC THEORY OF PROCESS IN THE ERA OF TECHNOLOGICAL REVOLUTION

ANA LÚCIA RIBEIRO MÓL¹
EDILENE LÔBO²

RESUMO

As grandes transformações da humanidade nas últimas décadas podem ser atribuídas ao uso da tecnologia, que vem ganhando cada vez mais espaço em todos os níveis da sociedade, por facilitar e acelerar a execução das mais variadas espécies de atividades. A extensão de sua aplicação na jurisdição e no processo mostrou-se, portanto, inexorável, trazendo consigo não apenas as vantagens de seu uso, mas também os riscos que lhes são inerentes. A possibilidade de violação de direitos como o acesso às novas tecnologias e a não discriminação algorítmica redundam num contexto de exclusão digital, que precisa ser considerado e analisado pela ciência processual, na busca pela construção de uma teoria democrática e inclusiva do processo digital, sendo este o objetivo deste artigo. Por meio do método descritivo e a partir de uma pesquisa bibliográfica, entendeu-se que a estruturação de uma teoria nesses moldes passa necessariamente pela assimilação irres-

- 1 Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. MBA em Direito Tributário pela FGV. Pós-graduação lato sensu em Direito Econômico e Empresarial pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG. Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG. Procuradora do Município de Montes Claros. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1686178234063670>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3486-0215>.
- 2 Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna (1995). Professora do Mestrado e da Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6348105561410653>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4043-0286>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MÓL, Ana Lúcia Ribeiro; LÔBO, Edilene. A inclusão digital como garantia do modelo constitucional de processo: os contributos de José Alfredo de Oliveira Baracho para uma teoria democrática do processo na era da revolução tecnológica. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 243-255, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9099>.

trita das contribuições teóricas de José Alfredo de Oliveira Baracho, a partir das quais é possível estabelecer um modelo constitucional do processo digital, centralizando-o como garantia autônoma prevista na Constituição, voltado para a construção de um espaço participado, inclusivo e isonômico de consolidação de direitos e, portanto, da própria cidadania.

Palavras-chave: Revolução tecnológica. Exclusão digital. Processo eletrônico. Teoria constitucionalista do processo.

ABSTRACT

The great transformations of humanity in the last decades can be attributed to the use of technology, which has been gaining more and more space at all levels of society, for facilitating and accelerating the execution of the most varied types of activities. The extension of its application in the jurisdiction and in the process proved to be inexorable, bringing with it not only the advantages of its use, but also the inherent risks. The possibility of violating rights such as access to new technologies and algorithmic non-discrimination results in a context of digital exclusion, which needs to be considered and analyzed by procedural science, in the search for the construction of a democratic and inclusive theory of the digital process, which is the purpose of this article. Through the descriptive method and from a bibliographical research, it was understood that the structuring of a theory along these lines necessarily passes through the unrestricted assimilation of the theoretical contributions of José Alfredo de Oliveira Baracho, from which it is possible to establish a constitutional model of the process digital, centralizing it as an autonomous guarantee provided for in the Constitution, aimed at building a participatory, inclusive and isonomic space for the consolidation of rights and, therefore, of citizenship itself.

Keywords: Technological revolution. Digital exclusion. Electronic process. Constitutionalist theory of process.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos, surgidos ao final do século XX e potencializados a partir do século XXI, têm gerado transformações profundas na sociedade e na economia. A passagem de um mundo dialógico para um mundo digital não ocorreu, nem vem ocorrendo, de forma paulatina, mas ao contrário tem se dado abruptamente, em caráter disruptivo que, muitas vezes, obsta maior reflexão sobre os impactos e riscos que podem decorrer de sua consolidação.

A extensão dessas mudanças permite afirmar, sem sombra de dúvidas, que não há precedente histórico comparável com o que se vivencia a partir da revolução tecnológica, até porque as inovações nessa esfera tendem a aumentar e a fundir-se de modo exponencial e irrestrito.

É de se ressaltar que as novas diretrizes traçadas pelos meios e instrumentos digitais têm impactado, inclusive, a esfera de prerrogativas dos indivíduos, que, para não serem alijados dos sistemas e meios digitais atualmente tão arraigados no contexto social, demandam a garantia de novos direitos, com especial destaque ao acesso às novas tecnologias e à não discriminação algorítmica.

No entanto, e de forma pragmática, constata-se que tais direitos, recorrentemente, são desconsiderados, inclusive no exercício da atividade jurisdicional que, como não poderia deixar de ser, igualmente está inserida nos avanços trazidos pela tecnologia. O processo eletrônico é uma realidade e o uso de inteligência artificial vem avançando rapidamente na atuação do Judiciário, sem, contudo, estarem acompanhados da efetiva inclusão digital de todos.

Nessa perspectiva, surge a necessidade de se repensar o processo digital sob as diretrizes do Estado Democrático de Direito, o que demanda a imprescindível incorporação das contribuições de José Alfredo de Oliveira Baracho para a construção de uma teoria nesses moldes, sendo tal análise o objetivo principal deste estudo.

Valendo-se do método descritivo e de pesquisa bibliográfica, o artigo estruturou-se em três seções. Na primeira delas, foram abordadas as modificações trazidas pela revolução tecnológica e os novos direitos decorrentes desse contexto. Posteriormente, analisou-se os riscos da exclusão digital advindos com a utilização dos meios e instrumentos digitais na jurisdição e no processo. Ao final, foram delineadas as diretrizes de uma teoria democrática e inclusiva do processo digital e, via de consequência, de um novo modelo constitucional de processo, a partir das perspectivas teóricas do processo como garantia estabelecida na Constituição.

2. A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS

A implementação dos avanços tecnológicos vem ocorrendo, de forma voraz, desde a década de 70, momento em que se constatou o início de um crescimento vertiginoso no surgimento de recursos de tecnologia da informação e da comunicação (TICs), voltados para facilitar a vida em sociedade e as relações interpessoais.

Esse crescimento viu-se potencializado pelo desenvolvimento da internet, que desponta como um marco de relevo na consolidação e na propagação desses instrumentos tecnológicos, cujo uso passou a fazer parte de todos os domínios sociais, de forma mais ampla, e do cotidiano das pessoas, numa análise mais restrita.

Mais do que repercussões técnico-científicas, a revolução tecnológica alcança feições antropológicas, atingindo o indivíduo em sua perspectiva interna e em suas relações com seus pares, o que denota a existência de transformações geradas por esse contexto numa amplitude sem precedentes, mas, ao mesmo tempo, de caráter profundo.

Por essas razões, Klaus Schwab (2016) nomeia esse momento histórico de Quarta Revolução Industrial, destacando o caráter ilimitado e abrangente de oportunidades que podem surgir a partir dos avanços da tecnologia, que hoje são responsáveis por estabelecerem parâmetros amplamente diversificados (mas nem sempre positivos) para uma reorganização das formas de interação, de produção, de consumo e de logística da sociedade e do mercado.

Esse autor salienta, ainda, a multiplicidade de novas ferramentas que podem ser criadas a todo tempo, reforçando a rapidez com que as mudanças acontecem e os grandes impactos, sob todos os aspectos, que elas podem gerar (SCHWAB, 2016).

Dentro dessa gama variada de mecanismos de aplicação da tecnologia, as inovações tecnológicas, mais recentemente, têm sido sedimentadas por meio da utilização da inteligência artificial e pelo uso dos algoritmos para a coleta e tratamento de dados, no intuito de garantir celeridade e eficiência na condução de processos e na resolução de problemas nas mais diversas áreas.

Nesses parâmetros e por meio dessas vias, cotidianamente são criadas e desenvolvidas muitas e variadas ferramentas digitais, responsáveis por encurtar distâncias, amplificar a rede de comunicação entre as pessoas e aumentar a produtividade em escalas de grandes proporções, em períodos de tempo cada vez mais curtos.

Essas diretrizes ditadas pelo uso da tecnologia entrelaçam-se, de maneira simbiótica, aos interesses do sistema capitalista, imiscuindo parâmetros (neo)liberais nos objetivos do Estado, mesmo em seu modelo atual, classificado como Democrático de Direito.

Esse contexto revela uma tensão entre as perspectivas inclusivas de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, de elevação da cidadania e da implementação da participação popular nas várias esferas de atuação estatal próprias do Estado Democrático de Direito, de um lado, e das perspectivas excludentes de garantia de lucro a qualquer custo, de maximização de resultados e de flexibilização de direitos próprias do capitalismo, de outro. Essa dicotomia necessariamente gera um espectro de acesso restrito e cerceado aos compromissos do Estado na pós-modernidade (MORAIS, 2021).

As tentativas de superação dessa tensão, aliadas aos parâmetros estabelecidos pela revolução tecnológica, fazem emergir a necessidade de identificação de novos direitos, como o direito à não discriminação algorítmica, ao acesso às novas tecnologias, à proteção de dados pessoais no ciberespaço e à autodeterminação nos meios digitais, para exemplificar alguns deles (PÉREZ LUÑO, 2014).

Dois desses direitos, em particular, merecem análise mais acurada, por darem corpo a uma vertente do princípio da isonomia, consubstanciado na igualdade tratamento e de acesso no ambiente digital.

Um desses direitos é o da não discriminação algorítmica, que pressupõe que todos sejam tratados de forma isonômica no espaço cibernético, independentemente de raça, religião, gênero, orientação sexual ou condição financeira.

Essa prerrogativa tem como fundamento a ideia de que cada indivíduo é um ser único, de modo que suas diferenças devem ser acolhidas e protegidas inclusive no meio digital, exigindo-se que hipóteses de vulnerabilidade e não inclusão recebam o tratamento adequado e conforme as particularidades do caso (BRAGATO; ADAMMATI, 2014).

O grande desafio que tem sido enfrentado na pós-modernidade está justamente no fato de que a tecnologia e, principalmente, a criação e aplicação dos algoritmos não são neutras. Na verdade, elas trazem em si mecanismos próprios de ideologias e pragmatismos que são impelidos a quem se utiliza dos instrumentos tecnológicos, não havendo, muitas vezes, como fugir dessas imposições, dada a natural inevitabilidade do uso dos meios digitais.

Nesse sentido, é preciso esclarecer que os sistemas de inteligência artificial são constituídos a partir da inserção de informações objetivas (*input*), que deveriam gerar, como resultado, decisões também objetivas, a partir das fórmulas e correlações estabelecidas por meio dos algoritmos (*output*). Contudo, os controladores de dados, consciente ou inconscientemente, imprimem seus vieses nas bases e conexões criadas, afastando-se da ideia de neutralidade e imparcialidade que deveria pautar a aplicação desses sistemas (MENDES; MATTIUZZO, 2019).

Em virtude desses fatos, constata-se que a estruturação das relações de poder que se tem no mundo físico também é replicada no espaço cibernético, conduzindo a situações de trata-

mento discriminatório, excludente e opressor de certas classes ou grupos que se encontram em uma posição histórica de desvantagem (NEMER, 2021).

Situações de machismo, racismo, homofobia e discriminação socioeconômica acontecem diuturnamente na ambiência virtual, alijando desse contexto a tecnodiversidade, que é (ou deveria ser) característica do pluralismo próprio de um modelo de sociedade que se pressupõe como democrática.³

O pior é que tais situações acontecem de forma mascarada, porque levadas a cabo através do enviesamento dos algoritmos, cujo uso e funcionamento não se dá a olhos vistos do usuário, mas por trás de fórmulas e números opacos que constroem os dados e os produtos finais efetivamente consumidos. O próprio modo de criação dos algoritmos é obscuro e, justamente por essa circunstância, fomenta que sua instituição e aplicação indevidas sejam estimuladas, quando na realidade deveriam ser tolhidas.

O segundo direito que delinea a perspectiva de isonomia no meio digital é o direito de acesso às novas tecnologias. Tal prerrogativa decorre da necessária utilização dos meios e instrumentos digitais na pós-modernidade não apenas para atos comezinhos do cotidiano da sociedade, mas também, e principalmente, para a consecução de direitos basilares dos indivíduos. Em outras palavras, a inevitabilidade e a incorporação dessas ferramentas em todos os setores sociais e econômicos demanda que a sua disponibilidade seja igualmente franqueada às pessoas de forma integral.

Nessa linha, tem-se que o uso da internet, de aplicativos e de ferramentas tecnológicas em geral tem sido exigido como requisito essencial para o acesso a benefícios previdenciários e governamentais, a certidões emitidas pelo Poder Público, ao peticionamento junto a órgãos administrativos, à participação em certames licitatórios, e, ainda, para se permitir o próprio acesso à função jurisdicional, apenas para citar alguns exemplos.

Em virtude dessas circunstâncias, o acesso às novas tecnologias desponta como um direito de inegável relevo na atualidade, eis que imprescindível à concretização da própria cidadania, na medida em que se avulta como via de acesso a outros tantos direitos e garantias fundamentais.

Não obstante a sua imprescindibilidade, e, inclusive, a sua classificação como direito de natureza fundamental (PÉREZ LUÑO, 2013), sua efetiva garantia ainda não é assegurada de forma plena, existindo um grande número de pessoas alijadas dos meios digitais, seja pela falta de ferramentas básicas de conexão, seja pelo analfabetismo digital, consubstanciado na ausência de conhecimentos técnicos suficientes para o manejo dos instrumentos tecnológicos.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021), com dados colhidos no final do ano de 2019, constatou-se que 12,6 milhões de domicílios no Brasil não possuem acesso à internet, sendo que desse percentual 26,2% apontaram como razão para a desconexão o alto custo do serviço, e para 25,7% o motivo estava no desconhecimento quanto à forma de utilização.

3 A autora Cathy O'Neil (2020), em sua obra "Algoritmos de destruição em massa" revela, de maneira pragmática, como o uso enviesado dos algoritmos fomenta a desigualdade de todos os níveis. Essa utilização indevida é por ela denominada de "Armas de Destruição Matemática" (ADM's) e é capaz de gerar graves danos aos indivíduos que fazem parte dos grupos normalmente marginalizados, estabelecendo um ciclo vicioso assimétrico difícil de ser rompido.

O pior dessa situação é que a desigualdade de acesso às novas tecnologias, tal qual exposto em relação ao direito à não discriminação algorítmica, reverbera, em última análise, situações de desigualdades há muito tempo arraigadas na sociedade, como aquela de caráter socioeconômico. É de se notar, para ratificar o que ora se diz, que na maior parte dos domicílios sem acesso à internet a renda média familiar per capita é de R\$ 682,00 (seiscentos e oitenta e dois reais) (IBGE, 2021), ou seja quase a metade do salário mínimo em vigor na época da pesquisa, o que revela uma triste realidade de violação de direitos àqueles que mais precisam.

As situações expostas denotam que a existência de novos direitos constituídos a partir da realidade estabelecida pela revolução tecnológica trazem consigo novos desafios e riscos, cujo enfrentamento tem exigido uma abordagem própria e nem sempre fácil de ser conduzida, mas que precisa ser pensada e repensada, na busca pela garantia de inclusão de todos no sistema de direitos legítima e democraticamente conferido aos indivíduos (LÔBO; MORAIS; NEMER, 2020).

Nesse contexto, o direito à não discriminação algorítmica e o direito de acesso às novas tecnologias se complementam como direitos fundamentais⁴, na medida em que o tratamento isonômico passa não somente pela necessidade de uma conduta omissiva, no sentido de se proibir a prática de atos discriminatórios, mas também pela necessidade de que sejam adotadas condutas comissivas, voltadas para a realização de ações concretas de inclusão dos indivíduos marginalizados.

3. NOVAS TECNOLOGIAS, JURISDIÇÃO E PROCESSO DIGITAL: AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E OS RISCOS DECORRENTES DE SUA APLICAÇÃO

Os avanços tecnológicos nítida e visualmente se espalharam na dinâmica da vida social e da economia, exigindo-se, a partir de uma perspectiva democrática e inclusiva, que os direitos decorrentes de seu desenvolvimento, como a não discriminação algorítmica e o acesso às novas tecnologias, sejam efetivamente garantidos.

No exercício da atividade jurisdicional, inclusive por se tratar de uma das funções essenciais do Estado, o uso da tecnologia tem se consolidado a passos largos, não se restringindo somente à mudança do seu meio de desenvolvimento – dos autos físicos aos autos eletrônicos –, mas também pelo uso de algoritmos e da inteligência artificial como auxílio⁵ na condução das demandas⁶ (NUNES; PEDRON; BAHIA, 2020).

4 A classificação desses direitos como fundamentais decorre da sua imprescindibilidade para a consolidação das diretrizes fundantes da dignidade humana (SARLET, 2015), já que tanto a discriminação algorítmica, como a falta de acesso às novas tecnologias impedem que as pessoas se desenvolvam em suas potencialidades mais básicas como indivíduos, ou como partes de uma sociedade.

5 Até o momento, o uso da inteligência artificial tem sido utilizado no Brasil apenas como um mecanismo facilitador do exercício da função jurisdicional. Mas não se olvida que seu uso pode ser intensificado, chegando-se, até mesmo, à possibilidade de decisões jurisdicionais por máquinas, com a literal substituição do juiz humano pelo juiz robô.

6 O uso da inteligência artificial é uma realidade na atuação dos Tribunais brasileiros e sua expansão tem sido constatada na prática. A título de exemplo, no Supremo Tribunal Federal tem sido utilizado o sistema de inteligência artificial denominado Victor, que classifica processos, especialmente em face de temas de repercussão geral. No início de 2022, essa Corte lançou o sistema RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), cujo objetivo também é classificar processos, mas de

A informatização do Judiciário brasileiro é uma realidade. Em sua última pesquisa anual divulgada sobre as condições de exercício da jurisdição, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informou que, no ano de 2020, 96,9% dos processos iniciados no período foram eletrônicos (CNJ, 2021a). Além disso, esse órgão estabeleceu, por meio da Resolução nº 420, de 29 de setembro de 2021, a obrigatoriedade adesão ao processo eletrônico pelos Tribunais brasileiros e o desenvolvimento de um plano nacional para virtualização dos autos que ainda tramitam em meio físico, plano este que deve ser cumprido até 31 de dezembro de 2025 (CNJ, 2021b).

A utilização da via eletrônica para a tramitação de processos deu-se, tal qual a grande maioria das inovações tecnológicas, para permitir seu desenvolvimento de forma mais efetiva, rápida e prática. A facilidade de acesso aos autos digitais, a todo tempo e em qualquer lugar, por certo, possibilitou que tais objetivos se concretizassem.

Contudo, e sob um outro viés, o processamento eletrônico das ações jurisdicionais não tem permitido a ampla publicidade dos atos processuais e o irrestrito acesso às demandas que não tramitam em segredo de justiça, como ocorria com os autos físicos. Não obstante a exigência legal e constitucional de que esses princípios sejam observados, na realidade o que se vê é que o exame dos autos eletrônicos somente é possível aos advogados que possuam certificado digital. De forma específica, as partes do processo também podem visualizá-lo em sua integralidade. Contudo, a terceiros o acesso é extremamente restrito, eis que estão aptos a ver apenas seu andamento e alguns atos processuais pontuais.

Nessa linha, a sistemática hoje válida para o processo eletrônico torna a publicidade e o livre acesso às demandas letra morta na lei, impedindo a necessária transparência decorrente dessas garantias processuais.

Mais ainda, ratifica a situação de segregação de parcela considerável da população, que, como visto, sequer tem acesso à internet ou aos aparelhos necessários para uma adequada conexão ao sistema de processos digitais, ou, mesmo possuindo, não detém a habilidade necessária para a navegação nesse sistema, tudo isso em claro reforço à marginalização dessas pessoas.

Essa situação é ainda mais grave quando se tem em mente os procedimentos legais que permitem o *jus postulandi*, já que as partes, nesses casos desacompanhadas de representação técnica, enfrentam grandes obstáculos para a efetivação dos seus direitos por meio da jurisdição ou, no mínimo, para a adequada ciência do desenrolar das ações jurisdicionais já propostas.

Por óbvio, essas situações antes afastam a sociedade da efetiva participação e fiscalização na atuação do Judiciário, do que o contrário, fomentando situações de exclusão digital que não podem ser aceitas num Estado Democrático de Direito.

A questão que se levanta, é preciso deixar claro, não é criar óbices ou tentar impedir que as novas tecnologias avancem também para a atividade jurisdicional. Ao contrário, quando bem aplicadas, elas reforçam a importância e a eficiência dessa função estatal como forma de solução dos conflitos de interesses. O ponto que se questiona é que as vantagens de seu uso devem ser para todos, e não somente para uma parcela da sociedade.

forma específica aqueles relacionados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estabelecidos na Agenda 2030, pela Organização das Nações Unidas (STF, 2022).

Ainda em relação à exclusão digital, é preciso que a ampliação do uso da inteligência artificial e de algoritmos na atuação do Judiciário se dê com a parcimônia necessária para que não sejam endossadas hipóteses de discriminação na via digital.

O enviesamento na constituição e aplicação dos algoritmos, replicada no exercício da jurisdição, ganha níveis de gravidade bastante extensos, já que contamina a perspectiva do processo como garantia de efetivação dos direitos fundamentais, reduzindo-o a um mero instrumento de recrudescimento de atos discriminatórios e geradores de desigualdades sociais.

A potencialidade lesiva, nessas hipóteses e por conta disso, é nitidamente maior, se comparada a outras situações do cotidiano, até porque sua aplicação necessariamente se dará em relação a uma elevada quantidade de pessoas (BOEING; ROSA, 2020).

É importante salientar que a utilização da inteligência artificial na condução de demandas jurisdicionais no Brasil ainda, e pelo menos ao que se saiba, é incipiente, no sentido de que tem servido mais para identificar temáticas de recursos, cotejá-los com precedentes judiciais e medidas do gênero. Em outras palavras, não se tem notícia de decisões judiciais proferidas por máquinas, e ratificadas pelo juiz, ou integralmente construídas por elas.

De qualquer modo, mesmo quando utilizados como meros auxiliares dos juízes, a aplicação dos modelos algorítmicos não deixa de implicar riscos consideráveis. Nessa sua atuação, filtrando para o julgamento do magistrado normas ou precedentes que poderiam ser aplicáveis ao caso, ou mesmo padrões de documentos que poderão servir como fundamento para um ato decisório, o uso dos algoritmos tende a fortalecer e sedimentar entendimentos. O simples apontamento de outras hipóteses concretas semelhantes ou importantes já indica efetiva ingerência na construção do ato decisório (BOEING; ROSA, 2020).

Nessa situação, se o modelo foi construído a partir de perspectivas enviesadas e distópicas, a sua replicação se dará de maneira mais profusa se comparada às hipóteses de decisões emitidas por juízes. Nesse último caso, o vício no pronunciamento jurisdicional pode ser apurado e corrigido com mais eficiência, porque feita por seus pares. Em decisões de alguma forma automatizadas, muitas vezes, a percepção do equívoco na construção do padrão – se ocorrida – por certo apenas se dará após a reiteração e replicação do equívoco em grandes proporções.

Para demonstrar que essas constatações não se limitam ao campo das ideias, destaca-se que nos Estados Unidos já foram constatados na prática os efeitos deletérios de modelos algorítmicos discriminatórios e, o que é pior, em ações criminais. Cathy O’Neil (2020) destaca que em 24 estados foram adotados sistemas de reincidência, para auxiliar julgadores no momento de fixação da pena, considerando o potencial de periculosidade que aquele preso representaria para a sociedade. A proposta era a de que a utilização de modelos algorítmicos permitiriam decisões mais objetivas e com menor influência do temperamento do juiz, ao julgar demandas dessa espécie.

Contudo, posteriormente constatou-se que os algoritmos utilizavam-se de dados que, muitas vezes, não levavam em conta as características do próprio condenado. O bairro em que residiam, ou a existência de antecedentes criminais de seus familiares e amigos, por exemplo, eram questões levadas em conta na análise da probabilidade da reincidência (O’NEIL, 2020).

Nesse sentido, os padrões utilizados contaminavam os resultados e redundavam em discriminações raciais e socioeconômicas, estabelecendo, no final das contas, um ciclo discriminatório que se retroalimentava, uma vez que pessoas negras e pobres acabavam sendo

punidas com penas maiores e, marginalizadas por essa situação, retornavam para o bairro de origem, com dificuldades de se reinserir na sociedade e sem possibilidade de mudança de vida.

Deve-se destacar que, em sistemas jurídicos como o brasileiro, se fossem considerados aqueles mesmos padrões para fundamentar uma decisão, esta, por certo, seria questionada, porque é vedado pela Constituição julgar um indivíduo por fatos e circunstâncias não relacionados a ele. No entanto, quando essa questão é ocultada pelos algoritmos, o vício é difícil ou impossível de ser constatado, seja pelos ares de cientificidade que lhe são atribuídos, seja por sua característica obscuridade, ou mesmo por serem incompreensíveis pela maior parte da sociedade (BOEING; ROSA, 2020).

É possível verificar, então, que a discriminação algorítmica pode ocorrer também no processo digital, conduzindo a resultados de alto nível de gravidade, dada a possibilidade real de violação de direitos fundamentais básicos. O uso dos algoritmos precisa, nesse sentido, ser feito com responsabilidade, transparência e ampla fiscalidade, no intuito de se (tentar) impedir que hipóteses de segregação e preconceito fiquem afastadas da atuação jurisdicional e do espaço dialógico do processo.

4. POR UMA TEORIA DEMOCRÁTICA E INCLUSIVA DO PROCESSO DIGITAL: A IMPORTÂNCIA DAS DIRETRIZES TEÓRICAS TRAÇADAS JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Na linha da exposição anterior, a desconsideração dos direitos de não discriminação algorítmica e do acesso às novas tecnologias pode ensejar situações de exclusão digital no exercício da jurisdição e no processo. Por outro lado, a utilização dos meios e ferramentas tecnológicos é um caminho sem volta, inclusive na atuação do Judiciário. É preciso, então, que sejam repensadas formas de compatibilizar o uso dessas inovações com as perspectivas de um processo democrático.

Nesse desiderato, não se pode pensar em uma teoria democrática do processo digital sem analisar as contribuições teóricas de José Alfredo de Oliveira Baracho para a ciência processual pós-moderna, que certamente representaram e ainda representam um marco em sua evolução científica e na consolidação do modelo constitucional de processo.

Baracho construiu uma teoria do processo a partir da Constituição, trazendo como premissa básica de suas proposições a necessária e intrínseca relação entre os sistemas processual e constitucional, o que o integrou ao grupo de teóricos da linha constitucionalista do processo. Entretanto, mais do que estabelecer essa correlação – que, por si só, já representou um avanço científico considerável –, Baracho foi responsável por alçar o processo à categoria de verdadeira garantia constitucional (BARACHO, 1982).

Em outras palavras, para Baracho não seria a constitucionalização das garantias processuais que daria ensejo à ideia de um processo constitucional. Essa perspectiva, na verdade, e mais que isso, decorreria da conclusão alcançada por ele de que o próprio processo seria

uma garantia constitucional autônoma, responsável por efetivar outros direitos e garantias fundamentais, formando padrão sistêmico de proteção do indivíduo.

Nas palavras do autor,

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis (BARACHO, 2006, p. 12).

O processo-garantia, sob essa visão, deve ser assim considerado e concretizado não apenas pelo que dispõe a Constituição, mas por toda a regulamentação estabelecida pelo ordenamento jurídico, que não deve incorporar padrões retóricos e ilusórios, mas formas que verdadeiramente permitam que o indivíduo possa implementar os direitos que lhe são resguardados pelo sistema jurídico.

Seguindo essa linha de raciocínio, Baracho propõe a configuração de um modelo constitucional de processo, no qual devem ser necessariamente asseguradas as garantias conformadoras do devido processo, especialmente o direito de acesso à jurisdição, os direitos de ampla defesa e contraditório, o direito à prova, o direito à tramitação do processo sem dilações indevidas e o direito à reapreciação das decisões por meio dos recursos (BARACHO, 2004).

Através dessas prerrogativas afasta-se a ideia de construção solitária da decisão jurisdicional pelo juiz, estabelecendo-se os parâmetros para uma efetiva discursividade e participação de todos os sujeitos processuais na elaboração do ato decisório, com liberdade e isonomia. Deixa-se de lado, portanto, a perspectiva do processo como um instrumento da jurisdição ou do julgador.

Nesse intento, a publicidade e a transparência posicionam-se como exigências necessárias ao adequado e legítimo exercício da função jurisdicional, pois possibilitam sua fiscalização pela sociedade e pelas partes, afastando-se arbitrariedades e situações de abuso de poder (BARACHO, 2006).

É importante salientar que, ao delinear os contornos do processo a partir da Constituição e da efetiva participação das partes no desenvolvimento e nos resultados da atuação judicante, Baracho vincula o processo à concretização da própria cidadania, uma vez que o posiciona como uma garantia inclusiva do cidadão, na efetivação dos seus direitos constitucionalmente assegurados.

Quando o indivíduo é disposto e considerado como um sujeito de direitos, no plano real e não fictício, ele se vê inserido na sociedade e a ele é possibilitada não apenas uma participação política, restrita à democracia representativa ou aos instrumentos de democracia direta, mas uma efetiva atuação nos rumos das atividades estatais, em todos os níveis, o que se dá especialmente por meio do processo.

Justamente em decorrência dessas circunstâncias é que se mostra essencial que a todos seja assegurado o acesso ao processo, inclusive e principalmente àqueles que corriqueiramente são alijados do sistema de efetivação de direitos.

É possível garantir a todos o acesso igual e efetivo à justiça, como as pessoas carentes de recursos econômicos, pessoas sem instrução, trabalhadores estrangeiros, que não tenham o reconhecimento de seus direitos e se o fazem, estão em desvantagem social, econômica, política e judicial.

A consolidação do processo constitucional demanda análises profundas de todos os instrumentos que levam ao seu aprimoramento efetivo e eficaz, na defesa dessa multiplicidade de direitos, interesses e situações diversas que necessitam soluções urgentes e interpretações modernas (BARACHO, 2006, p. 21).

Apesar de suas diretrizes teóricas terem sido erigidas no final do século XX, portanto sem a influência tão acentuada das novas tecnologias no exercício da jurisdição e na condução de procedimentos jurisdicionais como ocorre nos dias de hoje, as proposições de Baracho são imprescindíveis para a construção de uma teoria democrática do processo digital. E, para a aplicação de suas concepções nessa seara, é imprescindível que se estabeleçam parâmetros inclusivos do indivíduo na atuação do Estado, ainda que essa se dê pelos meios eletrônicos, até mesmo para que se possibilite a ampla participação e discursividade características do processo-garantia.

Pela análise constitucionalista proposta por Baracho, o Estado Democrático de Direito não se satisfaz pelo acesso ao processo, como garantia constitucional de concretização de direitos, para a maioria das pessoas. É preciso que literalmente todos possam dele se valer para alcançar as prerrogativas que lhe são asseguradas pelo ordenamento jurídico, dada a sua intrínseca relação com as diretrizes estabelecidas pela cidadania e pela própria dignidade da pessoa humana. Ressalte-se que essas diretrizes não podem ser mitigadas ou simplesmente deixadas de lado em decorrência da inevitável aplicação dos avanços tecnológicos na jurisdição e no processo.

Nessa perspectiva, a instituição de um processo digital democrático perpassa pela exigência de se impedir situações de exclusão, seja pela falta de instrumentos e meios tecnológicos necessários à participação em processos eletrônicos, seja pela discriminação algorítmica que pode atingir o exercício da jurisdição.

A par da exigência de políticas públicas voltadas para se efetivar o direito fundamental de acesso às novas tecnologias, o próprio processo, em sua feição coletiva, desponta como uma via de grande importância para sua concretização, exatamente porque viabiliza a discussão e permite a observância de direitos transindividuais, gênero do qual faz parte.

Ainda para que se afastem medidas discriminatórias no âmbito do processo eletrônico, faz-se necessária a construção transparente dos padrões algorítmicos utilizados na atuação do Judiciário, com a realização de auditorias periódicas em relação aos resultados de sua aplicação, para o fim de serem corrigidas eventuais distopias (BOEING; ROSA, 2020).

A transparência e a publicidade, como ressaltado linhas atrás, são dimensões claramente relevantes no delineamento de uma teoria democrática do processo digital, especialmente quando se considera que a opacidade tem sido uma constante no uso da tecnologia, inclusive para obstar a sua fiscalização e conseqüente objeção, estabelecendo-se um padrão despótico e arbitrário, completamente reverso às orientações próprias de uma democracia.

Desse modo, um modelo constitucional de processo digital, a partir das digressões teóricas de Baracho atualizadas para o contexto da revolução tecnológica, exige que sejam observadas não apenas as garantias ínsitas ao devido processo, mas também os direitos fundamentais de acesso às novas tecnologias e de não discriminação algorítmica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento e a consolidação das novas tecnologias é uma realidade indissociável da vida pós-moderna. E, como tal, vem tomando parte também do exercício da jurisdição e do processo, com o objetivo principal de imprimir celeridade e eficiência na resolução dos conflitos perante o Judiciário.

Contudo, a aplicação dos avanços tecnológicos nessa ambiência gera riscos que precisam ser enfrentados, e a exclusão digital é uma delas. O processo eletrônico, na forma como se encontra hoje, não é para todos. É preciso que essa situação se torne clara e visível, para que não seja replicada e não se aprofundem as desigualdades já historicamente arraigadas na sociedade brasileira.

Deve-se deixar claro que não se trata de afastar ou impedir que os instrumentos e meios digitais sejam utilizados no exercício da atividade jurisdicional, o que poderia conduzir a uma perspectiva tecnofóbica, que, a bem da verdade, não resolve o problema e nem pode ser empregada como uma via factível, dada o caráter inexorável das mudanças implementadas pela revolução tecnológica. Ao revés, a condução dessas transformações deve ser pautada pelo equilíbrio, de modo que sejam aproveitadas as inegáveis vantagens do processo digital, sem se descuidar da garantia de que todos possam delas usufruir.

Nessa perspectiva, as lições de José Alfredo de Oliveira Baracho despontam como importante fonte para a construção de uma teoria verdadeiramente democrática do processo digital. As contribuições do autor ao dispor o processo como garantia constitucional autônoma representam um progresso de extrema relevância para a ciência processual, especialmente por reforçar, de maneira consequencial, as diretrizes próprias da cidadania. Baracho propõe que o processo seja um espaço de participação dos sujeitos processuais na construção do ato decisório, afastando-se arbitrariedades e discriminações de qualquer espécie, principalmente por meio das prerrogativas inerentes ao devido processo.

Trazendo a aplicação da teoria constitucionalista do processo para o contexto da revolução tecnológica, tem-se a exigência da formação de um ciclo virtuoso: a garantia de amplo acesso às novas tecnologias e a vedação de discriminação algorítmica, que permite a participação de todos no processo digital de forma isonômica e inclusiva, capaz de assegurar a adequada aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, como forma de concretizar, em sua plenitude, a cidadania.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 23-25, p. 59-103, mai/out. 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 90, p. 69-170, jul./dez. 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**. Pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

MORAIS, José Luís Bolzan de. O Estado de Direito “confrontado” pela “revolução da internet”! In: MORAIS, José Luís Bolzan de; LOBO, Edilene (Orgs.). **Temas de Estado de Direito e Tecnologia**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI; Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos São legítimos os tratamentos diferenciados? **Revista de Informação Legislativa**, a. 51, n. 204, p. 91-108, out./dez. 2014.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021a). **Justiça em números 2021**: ano-base 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 05 mai. 2022.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021b). **Resolução nº 420, de 29 de setembro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4133>. Acesso em: 06 mai. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/bibliotecacatalogo?view=detalhes&id=210179>. Acesso em: 20 abr. 2022.

LÔBO, Edilene; MORAIS, José Luís Bolzan de; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às milícias digitais no Brasil. **Revista Culturas Jurídicas**. v.7, n. 17, p. 256-276, mai./ago. 2020.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

NEMER, David. **Tecnologia do oprimido**. Desigualdade e o mundo digital nas favelas do Brasil. Vitória: Milfontes, 2021.

O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**. Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Trad. Rafael Abraham. Santo André: Rua do Sabão, 2020.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. Las geraciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 1, p. 163-196, jan./jun.2013.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 4, n. 2, p. 08-46, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STF desenvolve Inteligência Artificial aplicada à Agenda 2030 da ONU. **Notícias do STF**, Brasília, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481995&ori=1>. Acesso em 12 mai. 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 16/05/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/05/2022
- Avaliação 1: 23/05/2022
- Avaliação 2: 19/02/2023
- Decisão editorial preliminar: 20/02/2023
- Retorno rodada de correções: 10/03/2023
- Decisão editorial/aprovado: 25/03/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2