



Universidades Lusíada

Lobo, Fernando António Rocha, 1966-

A utilização de sistemas preditivos de inteligência artificial na justiça

<http://hdl.handle.net/11067/6600>

<https://doi.org/10.34628/6mwa-zd46>

Metadados

Data de Publicação

2020

Resumo

A possibilidade da utilização da inteligência artificial (IA) na justiça e especialmente no âmbito da justiça penal, suscita várias questões jurídicas que vão desde a sua admissibilidade até à sua compatibilização com os direitos humanos, nomeadamente no que tange ao direito ao processo justo e equitativo. Este tema é abordado tendo como ponto de partida a utilização de instrumentos de avaliação de risco de reincidência na justiça norte americana aferindo-se, com base na experiência daquele sis...

The possibility to use Artificial Intelligence (AI) in Justice, especially in criminal justice, raises a number of legal issues, ranging from its admissibility to its compatibility with human rights, mainly the right to due process. We will approach this topic from the perspective of risk assessment tools for recidivism in the USA justice system, and the assess the conformity of this use – considering the American experience – with human rights, and the possible admissibility in the Portuguese ...

Palavras Chave

Inteligência artificial - Direito e legislação - Estados Unidos

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 23-24 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-28T04:27:10Z com informação proveniente do Repositório

A UTILIZAÇÃO DE SISTEMAS PREDITIVOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUSTIÇA

THE USE OF PREDICTIVE SYSTEMS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN JUSTICE

Fernando Rocha Lobo¹

Resumo: A possibilidade da utilização da inteligência artificial (IA) na justiça e especialmente no âmbito da justiça penal, suscita várias questões jurídicas que vão desde a sua admissibilidade até à sua compatibilização com os direitos humanos, nomeadamente no que tange ao direito ao processo justo e equitativo.

Este tema é abordado tendo como ponto de partida a utilização de instrumentos de avaliação de risco de reincidência na justiça norte americana aferindo-se, com base na experiência daquele sistema jurídico, a conformidade dessa utilização com os direitos humanos e a sua eventual admissibilidade face ao ordenamento jurídico português.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Sistemas preditivos de inteligência artificial; Direitos Humanos; Processo justo e equitativo.

Abstract: The possibility to use Artificial Intelligence (AI) in Justice, especially in criminal justice, raises a number of legal issues, ranging from its admissibility to its compatibility with human rights, mainly the right to due process.

We will approach this topic from the perspective of risk assessment tools for recidivism in the USA justice system, and the assess the conformity of this use - considering the American experience - with human rights, and the possible admissibility in the Portuguese legal system.

Keywords: Artificial Intelligence; Predictive Systems of Artificial Intelligence; Human Rights; Due Process.

¹ Assistente na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Norte (Porto); Doutorando em Direito.

Sumário: I - Introdução; II - A utilização da inteligência artificial no sistema judicial; III - A utilização da ferramenta de avaliação da reincidência COMPAS e o caso Wisconsin v. Loomis; IV - A utilização de sistemas preditivos de inteligência artificial no processo penal e os direitos humanos; V - A possibilidade de utilização de sistemas preditivos de inteligência artificial no nosso sistema judicial; VI. Conclusões; Bibliografia.

I - Introdução.

A inteligência artificial consubstancia um novo capítulo do “admirável mundo novo” ainda desconhecido da grande maioria mas que, paradoxalmente, nos últimos anos, está a invadir o nosso dia-a-dia e a transformar o modo de vida tal como o conhecemos, sem que grande parte de nós tenha, sequer, ideia disso.

Aquilo que há bem pouco tempo era ficção científica tornou-se realidade, ou seja, temos, atualmente, máquinas – computadores ou robôs – capazes de recolherem uma quantidade enorme de informação, aprenderem e tomarem decisões autónomas.

Antes da inteligência artificial, os programadores, para que o computador resolvesse um problema, criavam um algoritmo² que, com pormenor, traçava todo o processo de resolução. O programador determinava todos os passos que a máquina percorreria até à resolução do problema. Significa isto, que o programador só conseguia criar algoritmos para resolver problemas que ele próprio soubesse resolver.

Ora, a grande inovação da inteligência artificial traduz-se na capacidade de aprendizagem dos novos algoritmos – “*machine learning*” –, através do acesso a uma enorme quantidade de dados – *Big Data*³ –, bem como na tomada de decisão autónoma.

Havendo, por isso, quem a tome, nas palavras de Isabel Trancoso e Ana Paiva, como a “*Quarta Revolução Industrial*” (2018, p. 170).

Os algoritmos da inteligência artificial – algoritmos de aprendizagem ou algoritmos evolutivos (DOMINGOS, 2018) – resolvem problemas por eles próprios. O criador do algoritmo descreve-lhe o problema a resolver e proporciona-lhe o acesso à informação, sendo que, a partir daí, o algoritmo, autonomamente, “aprende” a resolver a questão que inicialmente lhe foi colocada e resolve-a, sem intervenção humana.

² Algoritmo tradicional corresponde a um processo sequenciado de instruções que diz à máquina o que fazer.

³ Conjunto de dados, estruturados e não estruturados, que são gerados por todos nós e que se encontram espalhados pelo mundo digital.

É esta “habilidade” de aprender e autonomamente resolver problemas que aproxima as máquinas aos humanos e daí utilizar-se o termo inteligência artificial. É essa capacidade que suscita várias questões éticas e jurídicas, como sejam, por exemplo, o domínio e o controlo da decisão autónoma, o estatuto jurídico da máquina, a responsabilidade gerada pela actuação autónoma e a conformação desta nova realidade com os direitos humanos.

A utilização da inteligência artificial é um processo irreversível, continuando a busca incessante, dos muitos que trabalham nessa área, pelo algoritmo mestre (DOMINGOS, 2018), o qual, sendo inventado, alterará o mundo de forma inimaginável, resolvendo, eventualmente, muitos dos problemas da Humanidade. Se tal vier a acontecer estaremos face a algo que suplantará o Homem naquilo que nos distingue dos outros animais, ou seja, a inteligência e a racionalidade. Estaremos face a um ente superior que tudo sabe e tudo resolve, para muitos um Deus.

A inteligência artificial aplica-se, actualmente, aos mais variados aspectos da nossa vida, que vão desde a saúde à justiça, o que, como já se referiu, suscita questões jurídicas relevantes.

II - A utilização da inteligência artificial no sistema judicial.

Temos assistido a uma gradual introdução da inteligência artificial na justiça, quer no apoio ao trabalho dos diversos intervenientes, quer no próprio processo decisório.

Poder-se-á enunciar, sumariamente e a título de exemplo, alguns desses casos.

Nos Estados Unidos, a sociedade de advogados “BAKER & HOSTETLER” contratou o primeiro o “robô advogado” ROSS, dotado de inteligência artificial, o qual auxilia os “colegas” de escritório na resposta a questões que lhe são colocadas. Utiliza uma quantidade enorme de informação – legislação, jurisprudência e doutrina – que armazena e processa, sendo capaz de responder a questões que lhe são colocadas em linguagem normal.

No Brasil já é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal uma ferramenta de inteligência artificial – denominada por VICTOR – que auxilia os juízes a determinarem, no âmbito dos recursos extraordinários, se o caso tem repercussão geral, o que levará, em caso afirmativo, à implementação do precedente, com a padronização das decisões. Dizem os defensores desta ferramenta que o seu desenvolvimento e implementação levará a uma substancial agilização do sistema judiciário, com o encurtamento dos prazos de tramitação.

A Estónia prepara-se para introduzir um juiz robô, atribuindo o poder de decisão a um algoritmo para decidir demandas até sete mil euros. Está previsto que o projecto piloto comece a funcionar ainda durante este ano. Não admira tanta “audácia”, uma vez que a Estónia utiliza a inteligência artificial em grande

parte dos seus serviços públicos, sendo que a relação da administração pública com o cidadão raramente impõe a presença física deste, que trata maior parte dos seus assuntos digitalmente.

Investigadores da University College de Londres e das Universidades de Sheffield (Inglaterra) e da Pensilvânia (EUA) desenvolveram um sistema de inteligência artificial com o objectivo de prever os resultados de um número substancial de casos julgados no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. No decurso da investigação, o algoritmo analisou quinhentos e oitenta e quatro casos que estavam relacionados com três preceitos específicos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴, ou seja, o art.º 3.º que proíbe o recurso à tortura e ao tratamento degradante, o art.º 6.º que estipula o direito a um julgamento justo e o art.º 8.º, que diz respeito à vida privada. Durante a investigação o algoritmo previu correctamente setenta e nove por cento das decisões.

Nos Estados Unidos são já utilizados algoritmos preditivos, no âmbito da justiça penal, com vista à aplicação de medidas cautelares, como por exemplo a prisão preventiva, bem como para a determinação da medida pena. São exemplo disso, o Public Safety Assessment (PSA)⁵, utilizado no Estado de Nova Jersey, criado e utilizado para calcular o risco de continuação da actividade criminosa ou o perigo de fuga, determinando a aplicação da prisão preventiva ou de outras medidas de coação, bem como o COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)⁶, utilizado para prever o risco de reincidência, levando o julgador a aplicar penas privativas de liberdade (ALMEIDA ARAUJO & MEIRES, 2020).

Como será analisado⁷, a utilização do COMPAS levanta problemas jurídicos substanciais.

A utilização da inteligência artificial no sistema judicial interpela-nos à ponderação da bondade de tal solução. Sob o pretexto da agilização processual poderemos colocar em causa princípios e valores conformadores da ordem jurídica. Essa preocupação, aliás, já teve reflexos no âmbito do Conselho da Europa que, através da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), estabeleceu a Carta Europeia de Ética Sobre a Utilização da Inteligência Artificial em Sistemas de Judiciais⁸, onde estabeleceu os seguintes princípios:

“1. Princípio do respeito pelos direitos fundamentais: assegurar que a concepção e implementação de ferramentas e serviços de inteligência artificial

⁴ Para consulta dos textos normativos relativos ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, utilizamos para este trabalho: (RODRIGUES, 2018)

⁵ Disponível em: <https://www.psapretrial.org/about/intro>.

⁶ Este sistema foi criado por uma empresa privada a Northpointe, Inc. (<https://www.equivant.com/compas-classification/>).

⁷ Vd. ponto III infra.

⁸ Disponível em: https://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/conselho-da-europa-adota_1

- sejam compatíveis com os direitos fundamentais;*
2. *Princípio da não-discriminação: prevenindo especificamente o desenvolvimento ou intensificação de qualquer discriminação entre indivíduos ou grupos de indivíduos;*
 3. *Princípio da qualidade e segurança: no que diz respeito ao processamento de decisões e dados judiciais, utilizando fontes certificadas e dados intangíveis com modelos concebidos de forma multidisciplinar, num ambiente tecnológico seguro;*
 4. *Princípio da transparência, imparcialidade e justiça: tornar os métodos de processamento de dados acessíveis e compreensíveis, autorizando auditorias externas;*
 5. *Princípio “sob controle do usuário”: impedir uma abordagem prescritiva e garantir que os usuários sejam actores informados e controlem suas escolhas.”.*

Princípios estes alinhados com a IEEE⁹ e com o documento produzido por este Instituto, denominado “*Ethical Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Wellbeing with Artificial Intelligence and Autonomous Systems (AI/AS)*”.

Os princípios que devem guiar o desenho de sistemas de inteligência artificial são: princípio dos Direitos Humanos, Princípio da Responsabilidade, Princípio da Transparência e Princípio da Educação e Consciência Pública.

No que ao primeiro princípio dos Direitos Humanos diz respeito, em causa está a questão de “[c] como garantir que os sistemas de IA não infringem direitos humanos? Ou seja, como deverão os sistemas computacionais ser desenhados de forma a respeitar a igualdade de direitos humanos? Por exemplo, quando os nossos sistemas são treinados com dados que, à partida, reflectem uma sociedade estratificada e desigual, não estaremos a perpetuar estas desigualdades reforçando ainda mais o negativo que existe?” (TRANCOSO & PAIVA, 2018, pp. 172-173).

Comungamos das preocupações que estas questões suscitam como *infra*¹⁰ descrevemos no que as direitos humanos diz respeito.

Também a Comissão Europeia nomeou um grupo de especialistas, das mais diversas áreas, para serem preparadas as *guidelines* relativas às questões da inteligência artificial, as quais foram apresentadas em Dezembro de 2018 perante a “*European AI Alliance*” tendo, após discussão, sido revistas e rerepresentadas em Abril de 2019 – a “*Ethics Guidelines for Trustworthy AI*”¹¹ – com sete princípios para que os sistemas de inteligência artificial cumpram os requisitos para que possam ser considerados fidedignos e cumprirem os imperativos relativos à garantia dos direitos humanos:

⁹ Institute of Electrical and Electronics Engineer.

¹⁰ Vd. Ponto IV.

¹¹ Disponível em: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation>.

1. *Fiscalização humana;*
2. *Robustez técnica e segurança;*
3. *Privacidade e governança de dados;*
4. *Transparência;*
5. *Diversidade, não discriminação e justiça;*
6. *Bem-estar social e ambiental;*
7. *Prestação de contas.*

Consentâneo com os princípios que emergem do Tratado de Lisboa em que “[a] União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem [Humanos], incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres” e , com o mesmo pressuposto, o Comissário Europeu conclui que “[...] a fim de promover uma relação harmoniosa entre a ciência e a sociedade, a ética, a integridade na investigação científica e os princípios subjacentes à evidência científica são essenciais para o desenvolvimento da ciência” (MOEDAS, 2018, p. 34)¹²

Importa também dar notícia da Lei da Reforma da Justiça Francesa, promulgada no passado mês de Março que proíbe, no seu art.º 33.º, a utilização dos dados de identidade de magistrados, os quais não podem ser reutilizados com o objetivo ou efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever a forma como, eventualmente, julgam. Sendo que a violação daquela proibição é punida com pena de prisão que poderá ir até cinco anos. Tal preceito visou atender às preocupações dos juízes com o facto de empresas privadas terem criado algoritmos que analisavam as decisões e comparavam com outros magistrados para, assim, poderem prever o tipo de decisões.

Estamos ainda numa fase embrionária da utilização da inteligência artificial no meio judicial, mas, no entanto, as preocupações já são muitas e, como se viu, já se constata alguma intervenção com o objectivo de colmatar a situação e criar regras.

Aliás há já autores a falarem na necessidade de se institucionalizarem os denominados direitos fundamentais digitais (CANOTILHO J. G., 2019) sendo certo que, quanto a nós, e parafraseando Jürgen Habermas, “[a] relação entre progresso técnico e mundo social da vida e a tradução das informações científicas para

¹² A Comissão Europeia criou o Mecanismo de Aconselhamento Científico (MAC) que, de acordo com a informação prestada e que se extrai da notícia publicada no sítio da internet <http://ec.europa.eu/research/index.cfm?pg=newsalert&year=2015&na=na-101115> (consultada a 5 de julho de 2019) o objectivo é “[...] ensure that the Commission has access to the best possible scientific advice, independent of institutional or political interests [...]” [assegurar que a Comissão tenha acesso aos melhores pareceres científicos, independentes sem quaisquer interesses institucionais ou políticos], em conformidade com a agenda “Legislar Melhor” (MOEDAS, 2018, p. 33).

a consciência prática não pode ser assunto da formação privada” (2015 (do original publicado em 1968), p. 101), impondo-se, em qualquer caso, um debate alargado a todos os *stakeholders*, sem que haja domínio ou controlo de informação a um número limitado de técnicos, já que, em qualquer caso, a própria vivência humana está em causa e no limiar de se tornar “diferente” (para melhor ou pior mas, em qualquer caso, o *status quo* não será o mesmo).

Quanto a isto parece estar ciente a Comissão Europeia. O Comissário Europeu para a Investigação, Ciência e Inovação referia o “[...] *papel fundamental* [da investigação científica e das aplicações tecnológicas] *na forma como as sociedades estão organizadas e são governadas [...]*” (MOEDAS, 2018, p. 29) suscitando a emergência, como causalidade directa, de novos modos de vida e até no exercício democrático.

III - A utilização da ferramenta de avaliação da reincidência Compas e o caso *Wisconsin v. Loomis*

O COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) é uma ferramenta que utiliza um algoritmo destinado prever o risco de reincidência. Funciona com informação proveniente de um questionário composto por cento e trinta e sete questões, bem como dos antecedentes criminais. Esta ferramenta tem sido utilizada nos tribunais do Estado de Wisconsin, nos Estados Unidos da América, servindo para auxiliar o juiz na determinação da medida da pena, bem como na atribuição da suspensão da pena¹³ (ALMEIDA ARAUJO & MEIRES, 2020).

Várias críticas têm sido feitas àquela ferramenta, destacando-se, por um lado, a falta de transparência quanto ao funcionamento e o não acesso ao algoritmo por parte dos afectados com as decisões, impossibilitando-os assim de sindicarem o processo decisório e, por outro lado, apontam-se os resultados discriminatórios. A ProPublica¹⁴ fez uma avaliação ao COMPAS¹⁵ e concluiu que o sistema gerou notas de risco mais elevadas para os arguidos negros do que para os brancos, sem fundamento para tal¹⁶ (ALMEIDA ARAUJO & MEIRES, 2020).

Aquelas críticas têm uma projecção jurídica ao nível da eventual violação dos Direitos Humanos e da desconformidade constitucional.

¹³ Disponível em: <https://www.equivant.com/compas-classification/>.

¹⁴ A ProPublica é uma “associação” de jornalistas, sem fins lucrativos, que se dedica ao jornalismo de investigação (<https://www.propublica.org/>).

¹⁵ Disponível em: <https://www.propublica.org/datastore/dataset/compas-recidivism-risk-score-data-and-analysis>.

¹⁶ “A proibição da discriminação aplica-se a todos os tipos de tratamento diferenciado, exclusão ou favoritismo que carecem de uma razão objectiva ou são desproporcionados” (HOSTMAELINGEN, 2016, p. 102), incluindo em razão do género ou raça.

É interessante atentarmos no caso que opôs o Estado de Wisconsin a Eric Loomis – Wisconsin v. Loomis¹⁷ – no Supremo Tribunal de Wisconsin, no qual foi discutida a constitucionalidade da utilização de algoritmos na decisão judicial penal (ALMEIDA ARAUJO & MEIRES, 2020). Terá sido a primeira vez que a utilização da inteligência artificial preditiva foi sindicada por um tribunal superior (FREEMAN, 2016, p. 89 e ss.).

Eric Loomis foi condenado a seis anos de prisão efectiva por ter utilizado abusivamente um veículo que foi utilizado num tiroteio, tendo fugido à polícia. Para a condenação contribuiu a classificação de risco de reincidência atribuída pelo COMPAS. Aliás foi declarado na sentença que Loomis tinha sido classificado, através da avaliação do COMPAS, como uma pessoa de alto risco para a sociedade, concluindo que a suspensão da pena não seria possível, entre outros motivos, porque a ferramenta de avaliação de risco de reincidência tinha sugerido que havia um risco extremamente elevado de voltar a cometer crimes.

A defesa de Loomis não se conformou e recorreu da sentença directamente para o Supremo Tribunal de Wisconsin, alegando que a utilização do COMPAS colocava em causa o seu direito ao processo devido – *the right to a due process* – utilizando, para tal, três argumentos, a saber: a impossibilidade de aceder à informação que lhe possibilitasse compreender tecnicamente como é que o algoritmo calculou a pontuação que lhe atribuiu, impossibilidade essa que decorria do facto do tribunal de primeira instância ter protegido os direitos de propriedade intelectual da empresa que desenvolveu o algoritmo, protegendo-se assim o segredo comercial da empresa; alegou também que o uso daquela ferramenta violava o direito a ter uma sentença individualizada, já que o algoritmo utilizava dados baseados em estatísticas de grupo; por último invocou que a utilização do COMPAS gera uma discriminação pelo facto de ser negro.

O Supremo Tribunal de Wisconsin não atendeu aos argumentos invocados, entendendo que o Sr. Loomis teve direito a uma defesa equitativa. O tribunal entendeu que o direito à informação – *right to explanation* – foi cumprido, fazendo uma interpretação restritiva quanto aos mesmos. Apesar de ter considerado que o acusado tinha o direito a verificar a informação com base na qual foi condenado, acabou por concluir que, naquele caso concreto, fazendo fé no manual do utilizador do COMPAS, a avaliação do risco fez-se atendendo às respostas por ele dadas ao questionário e às informações públicas sobre o seu passado criminal, logo o acusado teve oportunidade de sindicá-lo o processo de avaliação do risco de reincidência. Apesar de reconhecer que Loomis não teve acesso à forma como o algoritmo efectuou os cálculos, entendeu o tribunal que o direito à informação foi minimamente cumprido, ou seja, de forma suficiente.

O argumento final utilizado pelo Supremo Tribunal é o de que o COMPAS é uma ferramenta de auxílio à decisão e como tal será uma prova como outra

¹⁷ Disponível em: <https://casetext.com/case/state-v-loomis-22>.

qualquer, sujeita ao princípio da livre apreciação da prova. Ou seja, o Supremo Tribunal, entende que havendo erro do algoritmo caberá ao tribunal rejeitar a avaliação feita pelo algoritmo.

Não entrando numa avaliação crítica exaustiva da decisão em causa, sempre se dirá que a mesma padece de insanáveis contradições. Por um lado, admite o direito à informação, por outro contenta-se com uma informação mínima, sem possibilidade de qualquer sindicância científica ao funcionamento do algoritmo. Essa falta de sindicância impossibilita, também, o próprio tribunal de detectar qualquer erro de avaliação, sendo, pois, infundado o argumento da livre apreciação da prova. Sem aquela informação o tribunal não está apetrechado para decidir.

A utilização do COMPAS, na nossa opinião, como mais à frente veremos¹⁸, coloca em causa o direito a um processo justo e equitativo.

Posteriormente, ainda houve recurso para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, o qual não foi admitido não se chegando, sequer, a discutir a questão de fundo, ou seja, se pode ser utilizado um algoritmo como auxílio na decisão penal e se isso coloca em causa o direito ao processo devido – *the right to a due process* –, uma vez que o acesso ao funcionamento do algoritmo está protegido pelo segredo comercial da empresa criadora do mesmo.

Certo é que a decisão do Supremo Tribunal de Wisconsin, que pela primeira vez discutiu a utilização deste tipo de ferramenta, efectuando um juízo de constitucionalidade sobre o assunto, criou o precedente, abrindo caminho à utilização deste tipo de sistemas na justiça americana.

IV - A utilização de sistemas preditivos de inteligência artificial no processo penal e os direitos humanos.

As questões levantadas pelo uso destas ferramentas e que foram discutidas naquela decisão judicial reconduzem-se, na nossa perspectiva, essencialmente, à questão de saber se é admissível a utilização de um sistema de avaliação de risco de reincidência, que contribui para a tomada da decisão judicial, funcionado como elemento probatório, sem que, quanto ao mesmo, haja total transparência. Por um lado, há desconhecimento quanto à real dieta que foi dada ao algoritmo, por outro, não há possibilidade de ser feita uma total e efectiva sindicância técnica ao processo de criação e desenvolvimento do mesmo.

A falta de transparência fica a dever-se ao facto de os algoritmos serem criados por empresas privadas que depois cerceiam o acesso aos elementos técnicos de criação dos mesmos, escudando-se na propriedade intelectual e no segredo comercial da empresa.

¹⁸ Vd. Ponto IV.

A questão axial, quanto a nós, é a de saber se este tipo de algoritmos coloca em causa o direito ao processo justo e equitativo (*the right to a due process*). Sendo que o eventual conflito entre o direito de o arguido aceder a todos os dados relativos ao algoritmo e o direito de propriedade intelectual e ao segredo comercial, é, na nossa perspectiva, uma questão subsidiária. Mesmo que o arguido tenha pleno acesso aos dados técnicos e à *dieta* que levaram à criação e desenvolvimento do algoritmo, não está assegurado o pleno conhecimento, uma vez que será muito difícil, se não impossível, compreender e sindicar todo o processo criativo e toda a dieta utilizada. Estamos a falar de processos específicos e que muito devem à capacidade científica e criativa dos responsáveis técnicos que criaram e desenvolveram o algoritmo. Nem o arguido, nem a sua defesa, têm conhecimentos científicos que lhe permitam, de uma forma cabal, decifrar algo que é tão codificado. Mas mesmo que tivessem essa capacidade, também não seria possível alcançar e sindicar toda a informação. Por outro lado, está demonstrada, tal como reconheceu o Supremo Tribunal de Wisconsin, a falibilidade do sistema. Consequentemente, sempre haveria um desequilíbrio que colocaria em causa a defesa e as garantias do arguido, não estando cumprido o direito ao processo justo e equitativo.

A utilização de sistemas como o COMPAS viola os direitos humanos e mais concretamente e em especial o direito ao processo justo e equitativo, consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) no seu art.º 10.º, onde é afirmado: “*Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ele seja deduzida*”. Aquele direito foi, posteriormente, desenvolvido no art.º 14.º do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP)¹⁹.

Uma vez que aquelas normas consagram conceitos jurídicos que necessitam de densificação (MARTINS, 2017, p. 167 e ss), importará, para o que nos move neste trabalho, concretizar em que medida o direito ao processo justo e equitativo é violado pela utilização de sistemas de inteligência artificial daquele tipo. Aquelas normas, mais concretamente no n.º 3 do art.º 4.º do PIDCP, consagram garantias do acusado em processo penal (MARTINS, 2017), nomeadamente o princípio da igualdade de armas e o princípio do contraditório. Decorrendo daí que o arguido tem direito a aceder ao processo, consultá-lo, analisar todos os elementos que sustentam a acusação e a, eventual, condenação, podendo, em posição de igualdade com a acusação, exercer o pleno contraditório. Para tal é necessário que o acusado possa ter um cabal conhecimento de todos os elementos e todas as provas, sendo que essa possibilidade tem que ser efectiva e concretizável.

¹⁹ Colocar-se-ia, aqui, com grande acuidade, a matéria da interpretação dos Tratados Internacionais mas que, considerando o objecto do trabalho, não seja uma temática aqui especificamente tratada. Quanto a esta temática *vide* Luís Barbosa Rodrigues (2002).

O direito a um processo justo e equitativo está também consagrado no art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e tornou-se “[...] *num princípio fundamental da preeminência do Direito*” (BARRETO, 2010, p. 142).

De facto, este direito “[...] *exige, como elemento co-natural, que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à da parte contrária; [...]*” (BARRETO, 2010, p. 165). A parte tem que ver garantida a possibilidade de pleitear em condições que a não coloquem em substancial desvantagem. O que, neste caso, e na forma como é descrito parece estar irremediavelmente comprometida.

Mais, se considerarmos que do direito a um processo justo e equitativo decorrem, ainda, os princípios do contraditório e da igualdade de armas como seus elementos incidíveis. “*O princípio do contraditório implica que cada uma das partes seja chamada a deduzir as suas razões (de facto e de direito) a oferecer as suas provas, a controlar as provas do adversário e a discutir sobre o valor e resultado de umas e outras*” (BARRETO, 2010, p. 166).

Decorre daqui a susceptibilidade das partes terem “[...] *a mesma oportunidade de acesso, de comentário e de refutação das provas e de outros elementos do processo, assim como idêntica possibilidade de interrogar testemunhas e peritos*” (BARRETO, 2010, p. 167).

Em suma, com a caracterização deste princípio, da forma como o assumimos “[...] *colocam-se as partes, no processo, em perfeita paridade de condições, desfrutando, portanto, de idênticas possibilidades de obter justiça que lhes seja devida, impedindo, quanto possível, que a igualdade jurídica seja frustrada em consequência de uma grave desigualdade de facto*” (BARRETO, 2010, p. 168).

Posto isto, importa, pois, concluir que a utilização do COMPAS, nos termos em que é utilizado, é nitidamente violador dos direitos humanos, mais concretamente do direito ao processo justo e equitativo, tal como consagrado nas normas referidas, uma vez que o acusado não tem acesso a toda a informação relevante para a sua defesa.

O caso *Wisconsin v. Loomis* suscita, acessoriamente, a discussão do conflito entre dois direitos humanos, isto é, o conflito entre o direito ao “*due process*” e o direito de propriedade. Conforme resulta da decisão, o direito de propriedade intelectual e o direito ao segredo comercial prevaleceram sobre o direito ao acesso e controlo de todos meios de prova. Este conflito interpela uma questão mais vasta que é a de saber se há uma hierarquia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais²⁰, ou se, pelo contrário, as questões de conflito terão que ser resolvidas com critérios casuísticos próprios dos mecanismos da colisão de direitos. Somos da opinião que, atento o “*super-princípio*” (RODRIGUES, set.-

²⁰ Conforme refere Barbosa Rodrigues: “*os Direitos Fundamentais apresentam-se próximos dos Direitos Humanos, mas são, em simultâneo, insuscetíveis de uma sinonímia absoluta, porquanto se os primeiros emanam da constituição, os segundos procedem do Direito Internacional*” (RODRIGUES, 2018, p. 32)

dez. de 2018, p. 26) da dignidade da pessoa humana, que é a base da qual são recortados os direitos humanos, há uma pré-hierarquização destes direitos²¹. Essa hierarquização é efectuada pela axiologia dos tipos de direitos em causa. Na nossa perspetiva, por exemplo, um direito humano de liberdade deve prevalecer sobre um direito humano económico. Os valores subjacentes aos primeiros são superiores aos valores subjacentes aos segundos.

Consequentemente, somos também da opinião que o tribunal do Wisconsin não andou bem quando negou o acesso do acusado aos dados técnicos do algoritmo protegendo, assim, o direito de propriedade intelectual e o segredo comercial da empresa privada criadora do COMPAS, em detrimento do direito ao processo justo e equitativo.

V - A possibilidade de utilização de sistemas preditivos de inteligência artificial no sistema judicial português.

Vamos agora aferir da possibilidade de utilização de uma ferramenta como o COMPAS no nosso sistema judicial penal.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra, no n.º 4 do art.º 20.º²², o direito ao processo justo e equitativo em termos amplos, tal como é afirmado por Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 415) “*o due process positivado na Constituição portuguesa deve entender-se num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa (exigência de um procedimento legislativo devido na conformação do processo), mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais*”. Quer isto dizer que o princípio carece de densificação.

A densificação daquele princípio tem-se feito através da especificação de alguns direitos, a saber: “(1) *direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias*;²³; (2) *o direito de defesa e o direito ao contraditório traduzido*

²¹ Quanto à hierarquia dos direitos humanos consultar (RODRIGUES, 2018)

²² O direito ao processo justo e equitativo – com raízes no “*the right to a due process*” – insere-se na sistematização da nossa constituição num princípio mais amplo do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva, que, como afirma José Melo Alexandrino, funciona como “*um cluster-right, ou seja, um feixe de direitos*” (ALEXANDRINO, 2015)

²³ Fica, também, particularmente em evidência, como, aliás, é sintomático do caso *Loomis v. Wisconsin*, a questão do eventual tratamento discriminatório que, para além dos textos internacionais, o próprio direito da União Europeia, com o relevante labor jurisprudencial do TJUE, tem dado densificação ao princípio, como expressão de um direito humano e que, nesta temática da IA ganha nova dimensão. Para maior desenvolvimento sobre “*não discriminação*” *vide* Mariana CANOTILHO (2016) e (2013).

fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte, pronunciar-se sobre o valor e resultado destas provas; (3) direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso, proibindo-se prazos de caducidade exíguos do direito de acção ou de recurso (cfr. AcTC n.º 148/87); (4) direito à fundamentação das decisões; (5) direito à decisão em tempo razoável; (6) direito ao conhecimento dos dados processuais; (7) direito à prova, isto é, à apresentação de provas destinadas a demonstrar e provar os factos alegados em juízo; (8) direito a um processo orientado para a justiça material sem demasiadas peias formalísticas (CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 415).

Como se extrai do Ac. do TC n.º 86/88, de 13 de Abril de 1988, in DR, II Série, de 22 de agosto de 1988 24, a “ [...] própria ideia de Estado de Direito, precisando que o direito de acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa) implicava um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretear sobre o resultado de umas e outras” (BARRETO, 2010, p. 169).

Quanto ao processo penal a densificação é, ainda, feita pelo art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa, onde se consagra a “constituição processual criminal” estipulando-se os mais relevantes princípios materiais do processo criminal.

Ora, no que diz respeito ao tema que estamos a analisar, importa enfatizar que o n.º 5 do art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa consagra o princípio do contraditório, que é corolário, como já se viu, do direito ao processo justo e equitativo²⁵. Sendo o processo penal estruturalmente contraditório (ALBUQUERQUE, 2008, p. 824)²⁶, decorre deste princípio que o arguido tem o direito de intervir no processo e de se pronunciar sobre todas as questões que o possam afectar ou que quanto às quais tenha algum interesse, nomeadamente quanto aos meios de prova utilizados contra si ou que, de alguma forma, o afectem.

²⁴ Ainda que a discussão fosse sobre a extensão dos princípios ao processo cível ainda que, quanto a estes, não expressamente formulados na CRP.

²⁵ Dos vários afloramentos que o direito a um tribunal imparcial inclui, necessariamente para nós “[...] o respeito dos direitos de defesa em qualquer procedimento contra pessoa singular ou colectiva, que possa terminar com um acto que lhe seja desfavorável constitui um princípio geral do direito da União [...] e o princípio do contraditório, enquanto princípio geral de direito garantido pelo Tribunal de Justiça, aplica-se a qualquer procedimento susceptível de terminar com uma decisão [...] [fazendo incluir aqui qualquer instituição Europeia para além dos Tribunais] que «afecte de modo sensível os interesses de uma pessoa» [...]” (MESQUITA, 2013, p. 543).

²⁶ O princípio do contraditório manifesta-se, pelo menos, nas seguintes normas do Código de Processo Penal: 36.º, n.º 1, 107.º, n.º 2, 165.º, n.º 2, 321.º, n.º 3, 323.º, al.ª f), 327.º, n.º 2, 340.º, n.º 2, 411.º, n.º 6, 413.º, n.º 1, 417.º, n.º 1 e 5, 439.º, n.º 1, 442.º, n.º 1.

Aqui chegados, não oferece dúvidas que o direito ao processo justo e equitativo está consagrado constitucionalmente, sendo que quanto ao processo penal está, ainda, reforçado pelo estipulado no art.º 32.º da Constituição. Face a isso, importa aferir se a utilização de um sistema como o COMPAS seria admissível face ao ordenamento jurídico.

A falta de transparência do sistema COMPAS, que conduz à impossibilidade de sindicarem os seus resultados, consubstanciaria, na nossa perspectiva, uma nítida violação ao direito ao processo justo e equitativo, uma vez que o arguido não teria possibilidade de controlar este meio de prova que contra si seria utilizado e, conseqüentemente, não poderia exercer cabalmente o contraditório.

Mas mesmo que fosse possibilitado o pleno acesso a todos os dados do algoritmo, sempre se colocaria a questão de saber se tecnicamente é possível ao arguido e à sua defesa sindicarem um sistema tão cifrado e que acumula tanta informação e tantas variáveis. Será possível uma plena sindicância ao algoritmo e ao resultado por ele gerado? Porque só na afirmativa será cumprido o contraditório com pleno acesso e controlo dos meios de prova por parte do arguido.

O sistema COMPAS tal como é utilizado nos Estados Unidos e foi discutido no caso *Wisconsin v. Loomis* não nos parece que possa ser utilizado como ferramenta de auxílio à decisão, uma vez que consubstanciaria uma desconformidade com a Constituição, por violação do direito ao processo justo e equitativo.

Mesmo que haja pleno acesso à informação, parece-nos que a utilização destes sistemas só será admissível com a total garantia de possibilidade de integral sindicância por parte do arguido sob pena, como já se disse, de ser colocado em crise o direito ao contraditório, bem como da igualdade de armas.

Ainda que a temática da inteligência artificial seja recente e coloca novos desafios é nossa convicção que “[...] a Constituição da República Portuguesa conseguiu durante três décadas fornecer o quadro para o debate e confronto político, num quadro de progresso na protecção dos direitos fundamentais [...]” (PINTO, 2018, p. 298), mormente neste quadro em que a evolução é hoje, e há riscos e desafios, como os descritos, aos quais da nossa Lei Fundamental se espera uma resposta que garanta os seus princípios enformadores.

Por fim, hipotizando-se que, uma vez ultrapassadas as questões suscitadas, venham a ser utilizadas ferramentas preditivas no auxílio à tomada de decisão, entendemos que os resultados gerados pelas mesmas teriam sempre que ser valorados pelo tribunal no âmbito do princípio da livre apreciação da prova conjugadas com outras provas nomeadamente relatórios individualizados efectuados por profissionais, para avaliação, por exemplo, da personalidade do arguido e da sua inserção social (CASABONA, 2018). O que não nos parece admissível é a substituição do juiz na valoração das provas e a aceitação do resultado da ferramenta como uma verdade absoluta.

VI – Conclusões.

O caso *Wisconsin v. Loomis* foi, sem dúvida, o factor catalisador deste trabalho, que nos levou a analisar a possibilidade da utilização de sistemas preditivos de inteligência artificial na justiça face ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais consagrados na nossa Constituição.

Concluímos que aquele tipo de sistemas de inteligência artificial, utilizados como é utilizado o COMPAS, geram situações de nítida violação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, nomeadamente o direito ao processo justo e equitativo.

Consequentemente, parece-nos juridicamente inadmissível, para já, a utilização de ferramentas idênticas ao COMPAS no nosso sistema judiciário. Parafraseando Ireneu Barreto, aqui com acuidade, o que está em causa é a garantia, em qualquer caso, “[d]a igualdade não é mais a igualdade perante a lei, mas a igualdade através da lei” (2010, p. 169).

O “admirável mundo novo” da inteligência artificial vai, nos próximos anos, mudar radicalmente a nossa vida, ajudando-nos e substituindo-nos, resolvendo e criando novos problemas (OLIVEIRA, 2019). A área da justiça não vai passar incólume e não tardará assistiremos à implementação de ferramentas de inteligência artificial no nosso sistema de justiça, pelo que é necessário pensar e debater estas questões. Este trabalho não pretende mais do que, partindo de uma situação concreta, problematizar e especular sobre algumas questões relacionadas com este tema.

O progresso tecnológico e científico está ao serviço da humanidade e nunca poderá servir para colocar em causa a dignidade da pessoa humana, atropelando direitos humanos. Em nome do progresso, da agilização e da celeridade não é admissível que o sistema judicial funcione ao arrepio dos direitos humanos.

Bibliografia:

ALBUQUERQUE, P.P. (2008). *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALEXANDRINO, J.M. (2015). *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. Lisboa: Principia.

ALMEIDA ARAÚJO, M. & MEIREIS, A. (2020). A Century after Plessy v. Ferguson. The Struggle for Racial Equality in the Algorithm Era, in *Lusíada. Direito*, 23 (no prelo).

BARRETO, I.C. (2010). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada* (4.ª edição. revista e actualizada). Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J. G. (27 de 03 de 2019). *Sobre a indispensabilidade de uma carta de direitos fundamentais digitais da União Europeia*, in “Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região”, 31 (1), pp. 69-75. Obtido em 27 de 07 de 2019, de <http://revista.trf1.jus.br/trf1/articulo/view/17>.

CANOTILHO, J.G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa, Anotada, Artigos 1º a 107º*. Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, M. (2013). *Não Discriminação*, in A. Silveira, & M. Canotilho, *Carta dos*

Direitos Fundamentais da União Europeia (pp. 260-268). Lisboa: Almedina.

CANOTILHO, M. (2016). *Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação*, in A. Silveira, M. Canotilho, & P. M. Froufe, *Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União* (pp. 883-944). Lisboa: Almedina.

CASABONA, C.R. (Julio-Diciembre de 2018). *Riesgo, procedimientos acturiales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad*, in "Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)" 13, pp. 39-55.

DOMINGOS, P. (2018). *A Revolução do Algoritmo Mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*. (8ª ed.). Lisboa: Manuscrito.

FREEMAN, K. (12 de 2016). *Algorithmic Injustice: How The Wisconsin Supreme Court Failed To Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in "North Carolina Journal of Law & Technology", 18, pp. 75-106.

HABERMAS, J. (2015 (do original publicado em 1968)). *Técnica e Ciência como "Ideologia"*. Lisboa: Edições 70.

HOSTMAELINGEN, N. (2016). *Direitos Humanos num Relance*. (J. Salvador, Trad.) Lisboa: Edições Sílabo.

MARTINS, A.G. (2017). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina.

MESQUITA, M.J. (2013). *Direito à Acção e a um Tribunal Imparcial*, in A. Silveira, & M. Canotilho, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (pp. 537-544). Lisboa: Almedina.

MOEDAS, C. (2018). *Ciência, inovação e sociedade*, in M. d. Neves, & M. d. Carvalho, *Ética Aplicada. Novas Tecnologias* (pp. 29-47). Lisboa: Edições 70.

OLIVEIRA, A. (2019). *Inteligência Artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

PINTO, P.M. (2018). *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*. Coimbra: GESTLEGAL.

RODRIGUES, L.B. (2002). *A Interpretação de Tratados Internacionais* (2.ª edição revista). Lisboa: Almedina.

RODRIGUES, L.B. (2018). *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Textos normativos*. Lisboa: Quid Juris.

RODRIGUES, L.B. (set-dez de 2018). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Ensaio Hierárquico*, in "Revista *Duc In Altum - Cadernos de Direito*", pp. 25-49. Obtido em 2019 de 07 de 9, de <https://www.faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur>

TRANCOSO, I. & PAIVA, A. (2018). *Inteligência Artificial*, in M. d. Neves, & M. d. Carvalho, *Ética Aplicada. Novas Tecnologias* (pp. 169-185). Lisboa: Edições 70.