

DIREITO PENAL DIGITAL: TEORIA E PRÁTICA

Xenofontes Piló¹
Filipe Augusto Silva²

1. Introdução

A tecnologia não é aceita por todas as pessoas envolvidas com ela. Há quem resista a ela, quem rechace parcialmente e há quem a abraça, quem tem afinidade e há quem tenha verdadeira aversão, mas todos sem exceção, são afetados por ela. Gostando ou não gostando, a tecnologia transformou profundamente o Direito e muitos envolvidos não entenderam corretamente o tamanho desse impacto. A ciência jurídico-penal ficou atrasada e muitos fecharam os olhos para a necessidade de mudança.

Destaca-se três problemas no atraso apontado: o primeiro é o mal preparo do novo operador do direito no então novo cenário por ausência de ensino nas academias; o segundo é a má resposta jurisdicional que desconsidera novos paradigmas apresentando resultados inadequados por falta de atualização e compreensão da nova sociedade, enfim o terceiro é o surgimento de uma lacuna jurídica explorável por pessoas mal intencionadas e que faz com que haja um grande prejuízo individual e coletivo em assuntos de tal natureza.

Utilizamos, para o desenvolvimento do estudo, o método descritivo e analítico, em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, por meio do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica e estudo de casos concretos sobre a utilização de máquinas com inteligência artificial no processo penal, articulando literatura situada entre a tecnologia e o direito, com base no método hipotético dedutivo.

Insta esclarecer que a sociedade jurídica é formada por operadores de direito de vários níveis e de várias idades e experiências. Sendo que a antiguidade é um, dos critérios de evolução de carreira pública, pode-se afirmar que a maior parte dos cargos mais altos das instituições jurídicas são ocupados por pessoas mais velhas, inclusive todo e qualquer ato de 2º grau de jurisdição, construção legislativa ou jurisdição extraordinária são ocupados por pessoas mais velhas.

¹ Doutorando em Proteção dos Direitos Fundamentais na UIT, Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna, Bacharel em Direito pela Faculdade Promove.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva. Mestre em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna. Advogado.

Todavia, é importante mencionar que a mudança para uma sociedade digital aconteceu sem se tomarem em conta os riscos no âmbito penal, face a exigências e características específicas da área. Soluções tecnológicas e a IA entraram e começaram a ser expandidas no sistema de justiça penal, sem terem sequer sido pensadas e desenhadas para tais usos.

A privacidade, apesar das enormes controvérsias quanto à sua definição e às diferenças quanto à extensão e amplitude de sua proteção nos diferentes países, é um direito fundamental consagrado em todos os ordenamentos jurídicos modernos e previsto nas mais importantes declarações internacionais de direitos. No Brasil, aliás, recentemente foi aprovada a Proposta de Emenda Constitucional nº 17, que inclui a proteção de dados no rol dos direitos e das garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, o qual passou a contar com o inciso LXXIX, dispondo ser “assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

2. A Inteligência Artificial e o futuro do Processo Penal

A ideia de inteligência artificial está ligada ao que se denomina aprendizado de máquinas, ou seja, “machine learning”, através de decisões e comportamentos habituais humanos. Tais comportamentos são direcionados através de algoritmos pré-programados uma sequência ordenada de instruções que direciona comandos aos robôs, otimizando assim atividades de diversas áreas.

Nunes (2022, p. 121) afirma que a virada tecnológica no Direito encontrou o terreno fértil para expandir e fortalecer o movimento de mudanças da forma com que os tribunais exercem a função jurisdicional. Se essa transformação já era uma tendência mundial, a pandemia causada pelo novo coronavírus a acelerou, forçando os tribunais a adotarem medidas para a manutenção da atividade jurisdicional, mesmo com as limitações da presença física impostas pelas quarentenas decretadas em diversos países. São exemplos dessas iniciativas a utilização em audiências e do software Cisco Webex pelos tribunais brasileiros.

Pari passu, Tarciso Dal Maso Jardim (2021), em palestra realizada (plataforma sympla- Observatório Cyber Leviathan), afirma que a ideia de justiça não deve estar desvirtuada por uma parafernália tecnológica. A IA não irá criar juízes robôs, a resolução cria sistema de controle que buscam tornar os métodos de processamento acessíveis e compreensíveis para todos, com a finalidade de estabelecer uma equidade dentro do sistema judiciário. A IA está sendo utilizada em demandas de massas, execuções fiscais, conciliação, juizados especiais e direitos consumeristas. Destacando, ainda, a geografia da Resolução 332 do CNJ, diversos

princípios foram trabalhados e atendidos, inicialmente o respeito aos direitos fundamentais, posteriormente a não discriminação. Nesta envolveram-se a preservação da igualdade, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando em um julgamento justo.

Outro destaque do palestrante foi o realce do lado da governança, da qualidade e da segurança e do controle do usuário. Trata-se, portanto, de uma resolução do CNJ para a gestão do sistema de Justiça, sendo importante ressaltar que não há volta quanto ao uso da IA pelo poder judiciário (JARDIM, 2021).

Nesse contexto de implementação da IA no judiciário, Morais (2022, p. 297) afirma pensar hoje alguns temas no campo do Direito-intimidade, informação, transparência, democracia, liberdade, igualdade etc. Além deste que nos move aqui e agora – ODRs – precisa-se levar em consideração essa transição paradigmática para que não fiquemos presos a percepções que se assemelham aos rostos vazios da exposição pornográfica dos corpos, característica desta transparência positivada.

No caso específico do direito penal, é possível que sejam trazidas conclusões estruturadas em bases pouco confiáveis, diante da pouca qualidade e quantidade de dados utilizados no armazenamento de dados. Esclarecendo que cada caso, nesta seara, possui sua peculiaridade, trata-se da liberdade de pessoas, que supostamente cometeram atos ilícitos, não se pode e nem se deve ter um julgamento por máquinas, em razão que todo ato ilícito possui uma peculiaridade a qual a máquina não está implementada com essa riqueza de dados.

Ademais é importante observar que, no processo penal, importa esclarecer que não há no uso das tecnologias uma solução simples para o estabelecimento de procedimentos judiciais que levem à conclusão da culpa de modo automático, justo e imparcial. No Brasil, vimos que o CNJ editou normas para que o Poder Judiciário se adaptasse às tecnologias, principalmente a tecnologia da IA. Porém esses sistemas não são compatíveis com a ordem constitucional brasileira, na qual encontramos princípios como a presunção de inocência, a individualização da pena na execução penal. Desse modo, a desumanização penal seria conflitante com a ressocialização do reeducando, que passaria a ser mais um número no sistema que analisa a situação de detentos. Conclui-se, portanto, que deve haver uma análise individualizada por detento para que seja aferida sua periculosidade, e uma análise das circunstâncias da sua prisão.

3. A Inteligência Artificial e os conteúdos jurídicos

As Diretrizes Curriculares, ao versarem sobre o eixo da “formação técnico-jurídica”, afirmam que ele abrange a dogmática de ramos essenciais do Direito, que precisam, no entanto,

ser “[...] estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais” (BRASIL, 2018). Ou seja, mais uma vez, agora ao tratar da formação técnico-jurídica, as Diretrizes clamam por um ensino significativo que entenda o passado, sim, mas que sobretudo compreenda o presente e consiga prospectar o futuro.

Atualmente é recorrente o argumento segundo o qual, pela primeira vez na história da humanidade, ninguém tem exata clareza sobre o que deve ser ensinado nas instituições educacionais, ao mesmo tempo que se torna quase consensual a ideia segundo a qual o menos importante do processo é informar, justamente em vista do excesso de e fácil acesso à informação que a contemporaneidade conhece.

A Inteligência artificial veio para ficar, porém faz-se necessário que os cursos de graduação da área dominem, e venham a discutir e apresentem aos alunos, o “estado da arte” dessa revolução. Pois ainda que esta afirmação não possa aqui ser referendada por uma pesquisa, os quase 200 mil bacharéis/ano que o Brasil entrega ao mercado de trabalho nos próximos tempos estão, salvo raras exceções confirmatórias da regra, alheios a tudo isso, convictos de que a habilidade de bem construir um Recurso Especial ou um Recurso Extraordinário é a chave do sucesso, ainda que desconheçam por completo que a admissibilidade desses recursos hoje está nas mãos da própria Inteligência Artificial, através de máquinas programadas por técnicos que possuem grande noção do direito, IA, fornecendo aqui um exemplo trivial, mas emblemático.

Acredita-se que a Inteligência Artificial se apoderará de muitas funções também no mundo do Direito. Na elaboração de petições, no domínio do controle dos atos processuais até mesmo à admissibilidade de recursos e à verificação de respeito a precedentes por parte de decisões judiciais, agora os avanços tecnológicos apontam para um domínio cada vez mais significativo por parte da IA de funções jurídicas que possuem maior padronização e, portanto, potencial para a repetição.

Urge a necessidade de recriar a maneira que se ensina o Direito, nesse ponto, um aspecto importante, apontado por vários analistas do tema é o referente ao isolamento do trabalho docente. Mesmo em instituições públicas ou em privadas com ensino de maior qualidade, a tônica do *modus operandi* docente tem se caracterizado por um trabalho individual, isolado e, portanto, absurdamente fragmentado.

Destaca-se que o papel do docente no processo formativo, não pode ser subestimado, pois são elas e eles que dão o tom do processo de ensino-aprendizagem. Evidente que uma reformulação significativa nos currículos dos cursos de Direito deve acarretar mudanças

expressivas no processo de formação continuada docente, fundamentalmente no que se refere às metodologias.

Diante do atual contexto, ou as escolas jurídicas passem a compreender o processo e se readéquam, ou correm o sério risco de ingressarem no catálogo daquelas e daqueles que não compreenderam aquela que pode ser a maior crise paradigmática da história da humanidade.

4. As (des)vantagens da utilização da Inteligência Artificial no direito (processual) penal

Em tempos de inteligência artificial, de formações de bancos de dados que concentram informações em alta escala e de discussões envolvendo o desenvolvimento de algoritmos ocorre uma importante transformação também no campo jurídico. *Pari passu*, aspectos éticos do uso da inteligência artificial, com o fito de preservação de direitos fundamentais dos titulares de dados, também têm sido, hoje, abordados. Em face de sua complexidade, deve-se tratar a IA com cautela em relação à experimentação e à revitalização de categoriais usuais como ato jurídico, com a pretensão de viabilizar, seguramente, elaborações normativas de questões afloradas. Destaca-se que, atualmente, nenhuma área do direito escapa da influência da IA, inclusive, no direito penal se tem aplicado a inteligência artificial.

O direito ao devido processo é a base da Justiça, a garantia constitucional de um processo justo. O direito penal é uma área do direito particularmente sensível, pois interfere no direito à liberdade, em todos os seus aspectos. Com o avanço de novas tecnologias, e a introdução das mesmas no direito penal, reivindica-se grande cautela. Insta esclarecer que os sujeitos da Justiça Criminal, advogados, forças policiais, laboratórios criminais e incluindo os tribunais, passaram a usar o sistema algorítmicos de varias maneiras, destacando-se reconhecimento facial, mapeamento preditivo de crimes, ferramentas de extração de dados de telefonia móvel; e outras provas ligas à inteligência artificial.

No mesmo contexto destaca-se que atualmente a inteligência artificial é utilizada para outras questões da seara penal, agindo no monitoramento ao final do cumprimento da pena, como também na concessão de benefícios da execução penal, urge mencionar que a base de dados tem que ter qualidade, caso não aconteça estará sujeito ao fracasso.

5. Considerações Finais

Destaca-se que a tecnologia da informação não é aceita igualmente por todas as pessoas envolvidas com ela. A existência de pessoas que a rechace, pessoas que resistam a ela, e

pessoas que a abrace. Gostando ou não gostando, a tecnologia transformou profundamente o Direito e muitos envolvidos não entenderam corretamente o tamanho desse impacto. A ciência jurídico-penal ficou atrasada e muitos fecharam os olhos para a necessidade de mudança. Esse atraso talvez em razão que a própria ciência penal demore a se adaptar pelo caráter ortodoxo que possuem e por confundir o garantismo e a resistência a mudanças.

Em tempos de inteligência artificial, de formações de bancos de dados que concentram informações em alta escala e de discussões envolvendo o desenvolvimento de algoritmos ocorre uma importante transformação também no campo jurídico. *Pari passu*, aspectos éticos do uso da inteligência artificial, com o fito de preservação de direitos fundamentais dos titulares de dados, também têm sido, hoje, abordados. Em face de sua complexidade, deve-se tratar a IA com cautela em relação à experimentação e à revitalização de categoriais usuais como ato jurídico, com a pretensão de viabilizar, seguramente, elaborações normativas de questões afloradas. Destaca-se que, atualmente, nenhuma área do direito escapa da influência da IA, inclusive, no direito penal se tem aplicado a inteligência artificial.

A utilização da Inteligência Artificial pode gerar implicações com grandes desafios para os direitos humanos, sendo que seu uso indevido, intencional ou não, tem o potencial de vir a prejudicar direitos fundamentais das pessoas. Não se deve esquecer que a inviolabilidade da vida e da liberdade humana é intrínseca à noção de Direitos Humanos, como no direito das pessoas de não sujeição a decisões automatizadas que a afetem significativamente, sem que as mesmas possam exercer seu direito sagrado de contraditório.

Na existência de um processo de tomada de decisão baseado na análise de dados venha refletir os preconceitos de uma sociedade, ele os reproduz ou mesmo os reforça. Tal problema é frequentemente levantado por acadêmicos e por Organizações não Governamentais(ONGs) que adotam a declaração de Toronto, solicitando salvaguardas para impedimento dos sistemas de aprendizado de máquinas viessem a promover práticas discriminatórias.

O presente trabalho, vem trazer reflexões críticas, sobre o tema apresentado, abordando as influências da inteligência artificial seja na parte teórica seja na parte prática na seara penal.

6. Referências

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES nº 2, de 19 de abril de 2021**. Altera o art. 5º da Resolução CNE/CES nº 5/2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de abril de 2021, Seção 1, pp. 116. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=181301-rces002-21&category_slug=abril-2021-pdf&Itemid=30192 Acesso em: 12 DE AGOSTO 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer CNE/CES nº 757/2020**, aprovado em 10 de dezembro de 2020 – Alteração do artigo 5º da Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de abril de 2021, Seção 1, p. 580. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=170191-pces757-20&category_slug=janeiro-2021-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 05 maio 2021.

JARDIM, Tarciso Del Maso. **Resolução 332/CNJ: uso de inteligência artificial no poder judiciário**. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QVPx-p2Bpao>. Acesso em: 8 dez. 2021.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Eficientismo, novas tecnologias e o (fim do) consenso**. Direito Processual e tecnologia: os impactos da virada tecnológica no âmbito mundial-Editora Juspodium-2022, p.285-306.

NUNES, Dierle Malone Hugo. **Manual da justiça digital**. Salvador: Juspodivm, 2022.