

Administração da Justiça Alternativa e Inteligente: Quo Vadis?

Ricardo Pedro

Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da

Universidade Nova de Lisboa

Investigador no Centro de Investigação de Direito Público

(CIDP) da Faculdade de Direito de Lisboa

Resumo

O presente artigo debruça-se sobre os desenvolvimentos ocorridos em matéria de administração da justiça, seja no que tange à procura de soluções alternativas - em regra fora dos Tribunais clássicos -, seja pela admissão de meios tecnológicos para efeitos de ganhos de qualidade e eficácia na administração da justiça alternativa com destaque para o cenário português. O investimento numa administração da justiça alternativa inteligente impõe que esta garanta certos *standards* de administração da justiça de modo a que não sejam postos em causa os princípios-base que densificam as garantias do processo devido. Centrando a atenção nos meios de resolução alternativa de conflitos arbitragem e mediação, o Autor aborda alguns dos principais problemas jurídicos que emergem quando se empregam sistemas de Inteligência Artificial nestes meios, em particular, os problemas relativos ao dever de fundamentação e à garantia de transparência.

Palavras-chave

Administração da Justiça; Arbitragem; Mediação; Inteligência Artificial

I. Introdução

1. A administração da justiça - enquanto área de atividade pública sujeita a um regime especial de direito público - não pode deixar de ser reflexo da evolução da Sociedade em que se insere. Mesmo que estejamos perante um serviço público especial - com o tópico da independência dos magistrados a impor alguns ajustamentos - não deixa de se lhe exigir qualidade e eficiência.

Ora, desde logo, as exigências de eficiência têm levado muitos países a procurar soluções de ajustamento no “modo” de prestar o serviço de administração da justiça. Alheio a este movimento não está, com grande certeza, a tecnificação de certas áreas sociais e económicas, assim como a especialização imposta em certos ramos do Direito com a inerente reivindicação da especialização dos Tribunais – a maioria das vezes impossível pela falta de meios materiais e humanos.

Como que se poderá afirmar que também a “administração da justiça tem horror ao vazio” – encontrando soluções, desde logo, em meios de resolução de conflitos que deverão ter lugar fora do Tribunal.

2. Note-se que, em muitos países, os principais problemas da administração da justiça já não são relativos ao acesso ao Direito e à Justiça, isto é, o acesso (“entrar”) ao Tribunal, mas antes, por oposto, relativos a “sair” do Tribunal com uma decisão em prazo razoável.

Enfim, este breve enquadramento permite já perceber que também a administração da justiça deve subir para a mesa do laboratório de modo a que se encontrem soluções que permitam garantir o direito a um processo equitativo num prazo razoável e em tempo útil.

Como se desenvolverá adiante, estarão em causa dois tipos de soluções. Por um lado, soluções que resultam da procura de meios de resolução de conflitos fora do Tribunal clássicos - portanto, extrajudiciais e, por outro, o reforço do investimento em soluções tecnológicas, desde logo, assentes em sistemas de Inteligência Artificial (IA).

II. Administração da Justiça Alternativa

3. Uma das soluções experimentadas em diferentes países tem consistido na criação de meios alternativos de administração de justiça. Isto é, para além da administração da justiça clássica – a levada a cabo pelos Tribunais – tem-se procurado criar instâncias alternativas de resolução de conflitos muitas das vezes totalmente fora dos Tribunais: pensa-se, sobretudo, na arbitragem e na mediação de conflitos. Estas instâncias em muitas situações viriam tomar o lugar ocupado pelos Tribunais na resolução de conflitos jurídicos.

A arbitragem é um meio de resolução de litígios que, em países, como Portugal, está prevista ao nível constitucional e é regulada como uma verdadeira jurisdição – uma jurisdição privada, a par da jurisdição pública: historicamente pensada para resolver conflitos entre privados, nomeadamente, comerciais e societários, tem nos últimos anos recebido a atenção legislador, que lhe reconheceu valor para resolver litígios de direito público, como acontece com a previsão legal da arbitragem administrativa e da arbitragem fiscal.

A arbitragem entre nós tem uma tradição de várias décadas, seja no âmbito do direito privado, *maxime* na resolução de litígios civis e comerciais (Cordeiro, 2015, p. 67 e ss), seja no âmbito direito público, em particular, no âmbito do Direito Administrativo (Pedro, 2018; Pedro, 2018a; Pedro, 2018b). O desenvolvimento da arbitragem beneficiou desde logo da proteção

oferecida pela *umbrella* constitucional do artigo 209.º, n.º 2, que admite a criação de tribunais arbitrais. De uma perspetiva infraconstitucional, para além da atual Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro - o ordenamento jurídico nacional é rico na previsão de situações da vida que, caso causem litígios, podem ser resolvidos por arbitragem. Aliás, a própria paleta de centros de arbitragem autorizados pelo Ministério da Justiça demonstra a variedade de áreas de atuação e os diferentes modelos de organização¹, com destaque para o franco investimento (nacional e europeu) que tem sido feito em matéria de resolução de litígios na área do consumo através de arbitragem (Carvalho, Pinto-Ferreira e Carvalho, 2017).

No atual estágio de evolução, a arbitragem é assumida entre nós como uma verdadeira função jurisdicional (Pedro, 2016, p. 539 e ss). A este propósito, adianta-se já que já surgem as primeiras reflexões (numa postura absolutamente ambiciosa) sobre a possibilidade de o árbitro poder ser substituído por sistemas de IA ou, numa atitude menos ambiciosa, de os tribunais arbitrais e dos centros de arbitragem poderem utilizar técnicas de IA para desenvolver as suas funções de administração da justiça arbitral.

4. Outra solução de administração da justiça alternativa resulta da mediação de conflitos. Não estando aqui em causa o exercício de uma função jurisdicional, mas antes um modo de composição de litígios em que se procura o acordo das partes na resolução do conflito com o apoio de um terceiro imparcial – uma justiça acordada e centrada nos interesses das partes.

Apesar de estar em causa um método distinto de resolução de conflitos tal não deverá significar que se trate de uma administração da justiça menor, mas antes que, em certas áreas onde ocorre o conflito, poderá eventualmente ser o método mais adequado.

Em Portugal, a admissão constitucional da mediação de conflitos resulta do artigo 202.º/4 - o que permite, através da lei ordinária, que se institucionalizem instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos. Esta forma institucionalizada de resolução de conflitos beneficia da assistência de um terceiro imparcial, o mediador, que ajuda as partes a chegar a uma solução amigável (Brown, 2005, p. 127).

¹ Cf. lista disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/arbitragem/anexos-arbitragem/centros-de-arbitragem4174/downloadFile/attachedFile_f0/Lista_CA_autorizados_MJ.pdf?nocache=1529422883.02, consultada em 10.09.2022.

A mediação apresenta-se como um modo alternativo e/ou complementar de resolução de conflitos². Na nossa opinião, é sobretudo um meio complementar da administração da justiça, pois a *alteridade* significa exclusão ou tomar o lugar do outro, o que levaria a entender que este meio não seria compatível com a administração da justiça estatal e isso não acontece; antes apresentando-se como um meio complementar ao processo judicial (Pedro, 2016, p. 525 e ss).

Um meio complementar que pode atuar antes ou durante o iter processual (suspendendo-se o processo para aquele ter lugar) e que pode ser *intra* ou extra-judicial. A mediação apresenta-se como mais uma medida para a necessária metamorfose da administração da justiça, revelando uma concretização do equivalente jurisdicional. Nesta perspetiva, a mediação pode ser vista, por um lado, enquanto etapa processual e, por outro, enquanto meio definitivamente adequado para a resolução de certos conflitos.

Trata-se de um meio de auto-composição de conflitos cujo incentivo tem merecido o apoio do Direito da União Europeia. Exemplo disso é a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial³.

A mediação surge como um meio reconhecido legalmente e já institucionalizado entre nós, nomeadamente, através dos sistemas públicos de mediação e da mediação prevista no processo dos Julgados de Paz (JdP). Acresce que encontra pleno reconhecimento e regime na Lei da Mediação⁴, que define legalmente mediação como: “a forma de resolução alternativa de conflitos, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

A mediação de conflitos deve ser compreendida numa visão pluralista dos meios de administração da justiça, que devem dar cumprimento ao mandato do direito à tutela jurisdicional efetiva – que se encontra previsto na Constituição (artigos 20.º e 268.º/4/5), ou seja, num conceito amplo de acesso ao Direito e à Justiça.

² Para além dos meios aqui apresentados não faltam, em outros ordenamentos jurídicos, como nos EUA, meios híbridos de resolução alternativa de conflitos, que se situam entre a arbitragem e a mediação. Sobre estes (Sander, 1983).

³ Cf. Livro Verde sobre os Modos Alternativos de Resolução de Litígio em Matéria Civil e Comercial, COM, 2002. Este documento visou fazer o ponto da situação existente e lançar uma consulta a fim de preparar as medidas concretas a tomar pela UE. O seu princípio orientador é o de garantir um acesso mais fácil, melhor e mais sustentável dos cidadãos à justiça.

⁴ Cf. Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública (LdM).

Pode, assim, afirmar-se, de forma categórica, que os tribunais *clássicos* (Pedro, 2016, p. 393 e ss) não dispõem de exclusividade na administração da justiça. Esta afirmação é válida para a administração da justiça em sentido amplo, admitindo-se o exercício de certas tarefas muito próximas das dos tribunais (assim parece acontecer com a mediação), como para a administração da justiça em sentido estrito, isto é, função jurisdicional (*e.g.* arbitragem). Aliás, a não exclusividade ou, de outra perspectiva, a “concorrência” no exercício da função jurisdicional resulta não só da atividade dos JdP, mas, sobretudo, da arbitragem (Pedro, 2019).

III. Administração da Justiça Inteligente

5. Outra das soluções que está na forja de alguns países para aumentar a eficácia da administração da justiça pública é o uso de sistemas de IA na execução de tarefas de administração da justiça – que aqui designaremos de administração da justiça inteligente⁵.

Como sinalizado acima, o surgimento da IA não é um tema novo, antes renovado, e, como refere frequentemente a literatura sobre estas matérias, já teve muitos invernos (Oliveira, 2019, p. 56). A razão para uma renovada atenção sobre este tema, em particular, pela ciência jurídica resulta, desde logo, para efeitos de uma apreciação sobre o estado da arte, justificada pela renovada atenção que tem sido dada ao uso (e seu sucesso) da IA por várias ciências e ao seu impacto económico e social, surgindo o mundo como laboratório e, estando, segundo alguns, uma revolução digital em curso (Helbing, 2019, p. 47 e ss).

Muito depois de em 1955, John McCarthy, ter sugerido o termo “*artificial intelligence*” num projeto de investigação em que descrevia a IA como um problema “de fazer as máquinas comportarem-se em certos sentidos que podem ser considerados inteligentes caso estivesse em causa um comportamento humano”⁶, hoje, a IA oferece soluções para o melhoramento (ou pelo menos mudança) da vida do cidadão, do Estado e das empresas em diferentes aspetos, impondo o seu estudo por várias áreas do saber, ou seja, impondo a multidisciplinaridade. Neste contexto, deve deixar-se expresso que são muitas as áreas em que a IA revela impacto, desde logo, na medicina, nos transportes, na agricultura, etc. Pode até referir-se, com alguma margem de

⁵ Neste ponto avança-se com a investigação iniciada em “Inteligência Artificial e Arbitragem de Direito Público”, no prelo.

⁶ Apesar a noção (“inicial”) referida, deve ter-se presente que se trata de uma definição altamente controvertida. A título de exemplo, atualmente, no contexto da linguagem institucional da Comissão Europeia, “a IA refere-se a sistemas que exibem comportamento inteligente, analisando seu ambiente e realizando ações - com algum grau de autonomia - para alcançar objetivos específicos”. Cf. Comissão Europeia (2018) Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(2018) 795 final.

segurança, que a área do Direito será uma das mais exigentes para a aplicação de sistemas de IA, em particular, pelo raciocínio analógico que convoca⁷ e, no âmbito da administração da justiça, pela garantia de princípios fundamentais de foro constitucional que não podem deixar de ser cumpridos.

6. Ainda num contexto enquadrador, deve ter-se presente que são muitas as posições favoráveis à IA, mas também são muitas as posições desfavoráveis (Calo, 2017). Por um lado, não faltam adeptos da IA, completamente deslumbrados com a capacidade das máquinas para fazer traduções de diversas línguas, do domínio da máquina sobre o homem em determinados jogos. Por outro, abundam aqueles que condenam a IA identificando o uso de algoritmos secretos para a condenação criminal e o uso de máquinas de guerra. Aliás, não falta quem defenda que a IA será a última invenção da humanidade (Barrat, 2015).

Independentemente do que se refere, a verdade é que parece que a IA se apresenta como uma poderosa tecnologia e está, nos tempos mais recentes “em todo lado” e “is really now”, apontando os estudos mais recentes, nomeadamente, sobre o impacto do digital na economia nacional, que a transformação digital já arrancou de forma massiva. A IA não deixa já de influenciar a forma como vemos, ouvimos, percebemos e até pensamos certos temas do quotidiano. O cientista do Direito foi (e está a ser) chamado para regular esta área da tecnologia – “*law and tecn*”.

No contexto da administração da justiça são muitos os tópicos que merecem reflexão – a título de exemplo: (i) que área de atividade da administração da justiça pode beneficiar do apoio de sistemas de IA – será de defender uma reserva de jurisdição humana?; (ii) como se compatibilizam os princípios fundamentais do devido processo legal (*due process of law*) com as características de alguns dos mais interessantes sistemas de IA, como acontece com as características da autonomia/autoaprendizagem, da opacidade e da não explicabilidade das suas decisões?; (iii) como se garante o direito ao recurso de uma decisão assente em IA?

Enfim, são muitas as questões a que Direito terá de prestar atenção, seja numa perspetiva de mapeamento dos principais regimes de modo “preventivo”, como acontece com as propostas de regulação da IA pela União Europeia, seja na perspetiva de certos países da América de fomentar a inovação tecnológica (e seus efeitos) para depois proceder a uma regulação de maneira “reativa”. Os diferentes modelos de regulação trarão diferentes problemas jurídicos...

⁷ Sobre a racionalidade jurídica, entre nós e por referência à importância da analogia: (Bronze, 1998, p. 73-122).

IV. Administração da Justiça Alternativa e Inteligente

7. Por várias razões, das quais se destaca a tendência de inovação na administração da justiça alternativa e o seu fundamento (parcial) na autonomia privada, têm levado a que também o uso de sistemas de IA se equacione (e implemente) na arbitragem e mediação - e com isto chegamos a um cenário de administração da justiça alternativa e inteligente.

Alguns dos problemas serão os mesmos que os enfrentados pela administração da justiça levada a cabo pelos Tribunais estaduais. No entanto, outros talvez tenham uma resposta mais facilitada pelo fundamento (parcial) em que assenta, isto é, a autonomia privada.

Mesmo que se caminhe no sentido de a decisão arbitral ser (poder ser?) automatizada, sobram problemas relativos à fundamentação destas decisões; à falta de transparência destas decisões e à impugnação de tais decisões. Ou seja, perante os limites da técnica informática – *maxime* as “black boxes” das soluções dos sistemas artificiais algoritmizados – para cumprimento do *standard* comum dos padrões normativos exigidos nos processos que correm na administração da justiça clássica (Tribunais) é exigido ao Direito uma “regra” que, em certas situações, pode impor uma concordância prática de vários valores.

IV.1. Âmbito da Administração da Justiça Alternativa

8. A compreensão do impacto da IA na administração da justiça alternativa pressupõe que se delimite, ainda que sinteticamente, o campo da administração da justiça em que a IA poderá atuar. Assim, importa ter em conta as noções de administração da justiça em sentido estrito e de administração da justiça em sentido amplo.

No que tange à primeira, está em causa o exercício da função de julgar (Pedro, 2016, p. 204), que apenas pode ser exercida pelo árbitro ou árbitros ou de mediar, no caso de mediação. No entanto, ainda estamos longe de se poder referir e, por alternativa, preferir, uma jurisprudência artificial em detrimento da jurisprudência humana.

No que se refere à segunda - administração da justiça em sentido amplo – estão em causa as atividades do árbitro, do tribunal arbitral ou do centro de arbitragem que não se circunscrevam à função de julgar. Nesta matéria destacam-se as diferentes funções dos centros de arbitragem: (i) disponibilização de uma lista de árbitros e/ou mediadores; (ii) disponibilização do regulamento de arbitragem (ou de mediação) que conformará o procedimento arbitral (de mediação); (iii) cedência de instalações onde decorrerá a arbitragem e/ou mediação, com tudo

o que essa atividade envolve (salas, sistemas de gravação e transcrição das sessões e outros serviços de apoio logístico), e (iv) disponibilização de serviços administrativos de apoio às partes e aos árbitros (e/ou mediadores) e de acompanhamento dos procedimentos arbitrais (e/ou mediação). O exercício de tais funções parece encontrar já grande apego na realidade, uma vez que a tecnologia há muito que chegou à arbitragem, desde logo, por via da videoconferência, das gravações eletrônicas, da digitalização de documentos e do uso de bases de dados para recolha de informação jurídica (Sim, 2018).

IV.2. Alguns tópicos problemáticos

9. Adiante identificaremos alguns dos tópicos mais problemáticos que surgem a propósito do uso sistemas de IA na administração da justiça. A título contextual é já de ter em conta que ainda se encontram muitos limites, em particular, tecnológicos, a propósito do uso de IA na administração da justiça.

Desde logo, deve ter-se alguma cautela com os conteúdos que se integram (ou que alguns pretendem que se integrem) no discurso jurídico, pois pode acontecer que nem sempre as promessas dos interessados em comercializar soluções de IA para a área da Administração da Justiça correspondam aos padrões exigíveis para este setor de atividade, em particular, atendendo à relevância que lhe é atribuída no contexto de Estado de Direito e no cumprimento do “*due process of law*”.

A este propósito, como a doutrina não deixa de referir, não é difícil reconhecer alguns limites ao uso de IA na arbitragem (Sim, 2018), nomeadamente, o trabalho jurídico é mais difícil do que parece; pelo menos no início a ferramenta de IA é tão boa quanto o seu criador; essencial à natureza da arbitragem parece estar a confiança no humano, a reputação e o profissionalismo do árbitro humano.

Irá dedicar-se maior atenção à arbitragem. No entanto, os problemas referentes à administração da justiça em sentido amplo tendem a ser comuns à arbitragem e à mediação, desde logo, porque muitas das vezes a arbitragem e a mediação ocorrem no mesmo centro - que presta serviços de mediação e de arbitragem. No que se refere à administração da justiça em sentido estrito, apesar de a mediação e a arbitragem não coincidirem, nomeadamente, no que toca ao método -, surgindo a arbitragem como um método adjudicatório enquanto a mediação emerge como uma justiça acordada pelas partes, a verdade é que as dúvidas sobre a admissão de um árbitro não humano (*rectius*, artificial) tendem a replicar-se a propósito de um mediador

não humano. Ou seja, o fator humano assume grande relevância também na justiça providenciada pela técnica da mediação -, pelo que não espanta que também na mediação haja, pelo menos por ora, uma preferência pela mediação humana (Bueno de Mata, 2015). Assim acontece tendo em conta que se exige aos agentes artificiais a capacidade “de perceberem o seu ambiente (que compreenderá as partes, as características e domínio do problema, o direito e outros parâmetros) e (...) boas capacidades comunicativas que lhes permitam comunicar com ambas as partes” (Andrade, Carneiro, Novais, p. 27).

IV.2.1. Possibilidade e admissibilidade de um árbitro não humano

10. Deve ter-se presente que se começa pelo cenário mais exigente, que é o de a ciência computacional já fornecer (ou não) a possibilidade de um agente inteligente artificial assumir de forma adequada a função de árbitro, desde logo, na hipótese mais radical, substituindo-o⁸. Para além da dimensão técnico-computacional (Susskind, 2019, p. 277 e ss), a questão que a ciência jurídica deve colocar é no sentido da *admissibilidade jurídica* de um árbitro-robô, tratando-se de uma das questões mais interessantes, desafiantes, controversas e difíceis nesta matéria da utilização de sistemas IA na arbitragem (Pereira e Lopes, 2021, p. 12; Barbosa, 2021, p. 44 e ss) e não isenta de riscos. Por estas razões, compreende-se que a doutrina não seja unânime (Susskind, 2016, p. 277).

Ou seja, em termos práticos, em vez de se escolher um árbitro com base na nacionalidade, no conhecimento técnico e no conhecimento jurídico, as partes escolheriam um programa computacional (árbitro inteligente artificial) e este teria o conhecimento necessário conforme especificado pelas partes e seria capaz de entender os argumentos, apurar fatos e determinar a lei aplicável, permanecendo independente e imparcial.

Aqui chegados, ao jurista cabe a questão de saber se tal hipótese seria legalmente possível no nosso atual quadro legal. Ou seja, cabe refletir acerca dos problemas que se levantarão a propósito da existência, ainda que no futuro, de um sistema de IA que substitua o árbitro humano.

11. A título preliminar, deve deixar-se claro que qualquer resposta que venha a ser oferecida no sentido de um agente inteligente artificial substituir um árbitro humano deve, necessariamente, cumprir o que se pode designar de teste fundamental de cumprimento de

⁸ Contra, com argumentos no plano metodológico (Pereira, 2020, p. 85 e 87).

standards de administração da justiça, em particular, o direito a um processo equitativo, devido ou justo (“*due process of law*”). Isto é, na nossa opinião toda e qualquer solução que venha a ser proposta para o cumprimento da função jurisdicional, ainda que privada, deve garantir os princípios de *due process of law* (Sim, 2019).

Tal exigência resulta não apenas da nossa Constituição, mas ainda e de modo mais concreto da LAV e no que à arbitragem de Direito Público diz respeito, será de ter em conta o disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e no Regime Jurídico de Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT). A resposta tende a ser mais facilitada na arbitragem internacional uma vez que alguns instrumentos jurídicos não exigem que os árbitros sejam humanos. Assim acontece com a Convenção de Nova Iorque⁹, no artigo I, n. 2, que prevê “2 – Entende-se por “sentenças arbitrais” não apenas as sentenças proferidas por árbitros nomeados para determinados casos, mas também as que forem proferidas por órgãos de arbitragem permanentes aos quais as Partes se submeteram”.

À luz do direito interno – deixando o tema da constitucionalidade desta opção para outra oportunidade – o disposto no artigo 9.º, n.º 1 da LAV refere expressamente que os árbitros devem ser “pessoas”. De notar que a LAV foi inspirada na Lei da UNCITRAL que prevê no artigo 2.º, alínea b) “tribunal arbitral” significa um árbitro único ou um painel de árbitros”. Apesar do que se refere, facilmente se percebe que a preocupação do legislador não foi a de admitir ou não admitir árbitros humanos ou agentes inteligentes artificiais (caso esta solução venha a ser possível de um ponto de vista técnico-computacional), mas antes de regular que tipo de pessoas, singulares e não coletivas, podem ou não ser árbitros e da sua imputabilidade, isto é, que seja uma pessoa singular plenamente capaz.

IV.2.2. “*Black boxes*” e direito a um processo devido

12. Um primeiro tópico sobre que se deve ponderar a propósito da utilização de um sistema de IA na arbitragem deverá ser o da sua sujeição a sindicância pública, ou seja, previamente à utilização de um sistema de IA no exercício de funções arbitrais deve ter lugar uma aprovação pública desta (Valero Torrijos, 2019, p. 88), podendo ter lugar através de um “ato público”, revelador de um procedimento adequado, em particular, quando estejam em causa algoritmos¹⁰.

⁹ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 52/94, de 8 de julho.

¹⁰ É discutível qual a natureza jurídica do algoritmo e daí qual o ato público para a sua aprovação. De todo o modo, a principal preocupação parece ser a da previsão de um procedimento adequado.

Pois, só desse modo se podem ter em conta os potenciais riscos destes sistemas de IA e da sua adequação – desde logo, pelo cumprimento dos três testes impostos pelo princípio da proporcionalidade no modo/risco do exercício da atividade arbitral.

13. Uma das características do uso de algoritmos é a opacidade e não explicabilidade das decisões, surgindo estes como *black boxes* (Allen, 2020, p. 148 e ss), o que traz o problema da sua compatibilidade com o cumprimento do processo devido imposto também na arbitragem e em particular na arbitragem de direito público e suas especificidades. Características que têm levado a doutrina a defender: “*keep humans in the loop*” (Allen, 2020, p. 150). As características de alguns sistemas de IA, com particular incidência nos animados por algoritmos - de *opacidade* (Susskind, 2019, p. 288) e de *não explicabilidade* das suas decisões - convoca o papel do *processo legal devido* (Pedro, 2015), desde logo, nas dimensões transparência e fundamentação das decisões (Appel e Coglianese, 2020, p. 166).

No que tange à garantia da transparência torna-se imperioso reconhecer uma garantia que inclua não apenas o resultado da aplicação, mas ainda, e, sobretudo, a origem dos dados e o tratamento realizado (Valero Torrijos, 2019, p. 89). A necessidade da atenção que deve ser dada - no sentido de ser assegurada a transparência - resulta ainda do facto de boa parte dos sistemas de IA usados na arbitragem poderem ser criados por entidades privadas, devendo evitar-se que aquela fique refém destas (Pasquale, 2015, p. 2) ou que se tenham de orientar pelos padrões de atuação destas.

Como regra, deve ser de admitir uma obrigação de publicidade ativa, desde logo, na difusão das regras básicas em que se alicerçam os algoritmos – o que pressupõe que estejam em causa sistemas de IA transparentes, isto é, que permitam explicar, inspecionar e reproduzir as decisões e a utilização dos dados por esses sistemas¹¹. Em síntese, o princípio da transparência que deve imperar sobre a administração da justiça impõe que esta para além de *ser* deve *parecer* efetiva (Pedro, 2016, p. 345) –, a administração da justiça em geral dá-se mal com “*black boxes*” (Wischmeyer, 2020, p. 75–101), isto é, com os processos ou raciocínios implícitos de sistemas de IA.

¹¹ No contexto europeu, cf. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da união, COM/2021/206 final, p. 33, sendo de destacar que “os sistemas de IA de risco elevado devem ser acompanhados de documentação pertinente e instruções de utilização e incluir informações concisas e claras, nomeadamente informações relativas a possíveis riscos para os direitos fundamentais e de discriminação, se for caso disso”.

14. A especial exigência do princípio do devido processo legal impõe ainda que a atividade arbitral suportada por sistemas de IA seja devidamente justificada, tendo em conta as devidas especificidades das decisões em que se admitem tais sistemas e que, sobretudo, tais decisões sejam compreensíveis para uma pessoa que não disponha de conhecimentos para avaliar o alcance da tecnologia utilizada (Valero Torrijos, 2019, p. 90).

As referidas exigências de fundamentação devem ter em conta a singularidade dos sistemas de IA usados na administração da justiça¹²; sendo de assumir que a falta de compreensibilidade da decisão arbitral pode levar à sua invalidade. O problema da falta fundamentação das decisões arbitrais (o obstáculo mais significativo ao uso da AI na arbitragem internacional - o mesmo vale para a arbitragem interna - é que nenhum dos sistemas atuais fornece razões e explicações para sua decisão, ou seja, fundamentalmente, o atual estágio de desenvolvimento da IA parece incompatível com a arbitragem internacional porque o método de raciocínio não é também transparente (Palive, 2010, p. 55–65) em violação do disposto no artigo 205.º, n.º1 da Constituição e do artigo 42.º, n.º 3 da LAV é fundamento de anulação da decisão arbitral, tal como previsto no artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea vi) da LAV.

A referida característica da opacidade dos sistemas de IA reflete-se também no tema da impugnação das decisões arbitrais. Ou seja, para além do âmbito de impugnação permitido pela ação de anulação prevista no artigo 46.º da LAV e da regra da irrecorribilidade presente no artigo 39.º, n.º 4 da LAV, onde o problema não deixa de se colocar (Pereira e Lopes, 2021, p. 22, 30, 31), a verdade é que este assume outra dimensão – agudizando-se - quando nos encontramos, num cenário de arbitragem de direito público - em que para além da ação de anulação referida, é previsto um regime especial de recursos, de algum momo contrariando a regra da irrecorribilidade prevista na LAV.

Como facilmente se compreende a incompreensão dos fundamentos da decisão arbitral pelas partes e mandatário impede a garantia do recurso da mesma, pelo que, para além da ação da anulação, também a efetividade do direito ao recurso previsto no CPTA (artigo 185.º-A), no Código dos Contratos Públicos (artigo 476.º, n.º 5)¹³ e no RJAT (artigos 25.º e 26.º) é posta em crise.

¹² Ganha aqui relevo o contributo de peritos para explicar o funcionamento básico dos sistemas de IA (Appel e Coglianese, 2020, p. 177).

¹³ Sobre este regime (Pedro, 2018a, p. 129-155).

15. Como se referiu os tópicos acima alinhavados tendem a bulir com o processo legalmente devido, que encontra cabimento em várias normas, nomeadamente, no artigo 20.º, n.º 4 da CRP e no artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Pedro, 2016, p. 90 e ss). Acresce ainda que tais preocupações assumem também uma dimensão ética (Rosário, 2020, p. 133-167), vindo a encontrar eco num documento da *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) denominado “*European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 D)*”¹⁴.

Neste documento chama-se à atenção para que o uso de tais ferramentas e serviços nos sistemas de administração da justiça procura melhorar a eficiência e a qualidade da justiça, e deve ser encorajado. Deve, no entanto, ser levado a cabo com responsabilidade, no respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos, tal como previsto na (i) Convenção Europeia dos Direitos do Homem, (ii) na Convenção sobre a Proteção de Dados Pessoais e (iii) em conformidade com outros princípios fundamentais (desde logo, os princípios referidos abaixo, que devem orientar o enquadramento das políticas de justiça neste campo).

Nesta sequência, são previstos cinco princípios, por um lado, o princípio do cumprimento dos direitos fundamentais, ou seja, o desenho e a implementação da inteligência artificial deve ser compatível com os direitos fundamentais; por outro, o princípio da não discriminação, devendo ser prevenido especificamente o desenvolvimento ou a intensificação de qualquer discriminação entre indivíduos ou grupos de indivíduos, por outro, o princípio da qualidade e segurança, em particular, 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, por outro, o princípio da transparência, imparcialidade e justiça, devendo-se tornar os métodos de processamento de dados acessíveis e compreensíveis e autorizar auditorias externas e, por fim, o princípio “sob controle do utilizador”, de modo a impedir uma abordagem prescritiva e garantir que os utilizadores sejam atores informados e controlem as suas escolhas.

¹⁴ Cf. Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente. Disponível em: <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Consultado em 20 de maio de 2022.

Por fim, é ainda de destacar que a proposta de Regulamento Inteligência Artificial¹⁵, classifica como risco elevado, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, isto é, que criam riscos significativos para os direitos fundamentais das pessoas, os sistemas de IA usados na administração da justiça: “Sistemas de IA concebidos para auxiliar uma autoridade judiciária na investigação e na interpretação de factos e do direito e na aplicação da lei a um conjunto específico de factos”.

IV.2.3. Possibilidade e admissibilidade de um árbitro ser nomeado por um sistema de IA

16. A procura de meios que permitam uma mais qualificada forma de seleção do árbitro apresenta-se como um tema que tem ocupado alguma doutrina (Barbosa, 2021, p. 41). A vantagem que a IA pode oferecer resulta de a informação disponível para se selecionar um árbitro ser em regra muito escassa (“*cenário de informação suficiente*”), desde logo, no contexto internacional onde a questão está a ser colocada: entendendo-se que a escassez de informação detalhada sobre os potenciais árbitros a nomear não permite a melhor escolha do árbitro.

De acordo com a doutrina (Rogers, 2018), esta falta de informação é cada vez mais intolerável à luz das preocupações relativas à falta de diversidade entre os árbitros internacionais e à maior pressão para encontrar novos árbitros sobre os quais há escassez de informações. Neste contexto de défice de informação para a nomeação do árbitro mais adequado para a arbitragem em causa a IA procura resolver esses problemas levando a análise de dados para as nomeações do árbitro.

Segunda a referida doutrina, os advogados internos estão a exigir cada vez mais do que a mera intuição para justificar as nomeações do árbitro, ou seja, pretendem dados concretos e análises que os seus colegas usem para tomar outras decisões de negócios e que eles precisarão especialmente se tiverem que explicar um resultado inesperado à administração. Mesmo as instituições arbitrais, que também nomeiam árbitros, precisam cada vez mais de informações para otimizar as suas nomeações e permanecer competitivas.

IV.2.4. Possibilidade e admissibilidade de o árbitro humano consultar sistemas de IA e de as funções dos centros de arbitragem serem realizadas por sistemas de IA

¹⁵ Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da união, COM/2021/206 final

17. De acordo com alguma doutrina (Sim, 2018) a IA pode ainda apresentar utilidade para corrigir os preconceitos inconscientes dos árbitros. Acresce que a verificação da decisão do tribunal contra a decisão da IA também pode servir como uma precaução útil, embora os resultados desse exercício de verificação provavelmente acrescentarão muito pouco valor à decisão final do tribunal.

Entra em cena o tema das decisões preditivas (Susskind, 2019, p. 286 e ss). Apesar de todos os obstáculos na sua admissão, a questão, distinta, que se coloca é a de tais decisões arbitrais artificiais de dimensão preditiva poderem ser consideradas para melhor aquilatar a decisão do árbitro humano (Pereira e Lopes, 2021, p. 20). Ou seja, a consideração de tais decisões arbitrais artificiais preditivas seria apenas um elemento auxiliar, permitindo ao árbitro humano considerar o resultado dessa decisão no âmbito da decisão arbitral que deverá tomar.

A tecnologia há muito que chegou à arbitragem, desde logo, por via da videoconferência, gravações eletrónicas, digitalização de documentos e o uso de bases de dados para recolha de informação jurídica (Sim, 2018). Assim, a IA, para além de estar disponível para os árbitros no âmbito da arbitragem *ad hoc*, pode ser aproveitada pelo árbitro da arbitragem institucionalizada (Pedro, 2015) e ainda pelo centro de arbitragem para o exercício de funções arbitrais de pendor não jurisdicional. Aliás, uma das questões que se coloca é a de as funções do secretário arbitral poderem ser executadas por um sistema de IA (Barbosa, 2021, p. 42).

V. Conclusões

18. A análise realizada nas linhas anteriores permitiu identificar alguns dos principais problemas jurídicos que a administração alternativa inteligente enfrenta atualmente.

O direito processual é (está a ser) confrontado com realidades que tenderão a obrigá-lo a transmutar-se num direito de resolução de litígios – em certas situações, muito além da realidade que decorre no Tribunal – e a entrar em domínios que outrora eram uma “coutada” do direito da informática.

O facto de a administração da justiça surgir como a “última estação do Estado de Direito” impõe um cuidado singular, desde logo, em face das vantagens e dos riscos com que a Sociedade é confrontada em resultado das (novas) soluções pensadas para administração da justiça: alternativa e inteligente!

O cenário de uma administração da justiça alternativa e inteligente traz novos problemas para a ciência jurídica - que é obrigada a revisitar os princípios processuais básicos, como

fundamentação e transparência, de modo a aquilatar sobre o seu reforço face às possibilidades tecnológicas que vão surgindo, pois, o não cumprimento de tais princípios representará uma denegação inadmissível do *due process of law* e incompatível com a ideia de Estado de Direito. Esta análise de compatibilidade ou, se se preferir, de “teste do princípio do processo devido” deve ser feito aquando da aprovação dos regimes de admissibilidade dos sistemas de IA que se pretendem implementar e ainda, posteriormente, em sede de *outputs* produzidos, sob pena de tais sistemas, para além de inconstitucionais, revelarem uma justiça de série B...

Referências

- Allen, J.A (2020) “Agency and liability”, in Charles Kerrigan (Ed.) *Artificial Intelligence: Law and Regulation*. Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA: Edward Elgars, pp. 146-162.
- Andrade, F., Carneiro, D. e Novais, P., *Scientia Iuridica*, t.59 n.321 (Jan.-Mar. 2010) – pp. 137-164.
- Appel, S., & Coglianese, C. (2020) Algorithmic Governance and Administrative Law. In W. Barfield (Ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 162-181.
- Barrat, J. (2015) *Our Final Invention. Artificial Intelligence and The End of The Human Era*, St. Martin's Publishing Group.
- Barbosa, M. (2021) Do juiz árbitro ao software juiz-árbitro: uma evolução possível? *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XVI, pp. 37-64.
- Bronze, F.J. (1998) “O jurista: pessoa ou andróide?”, in Antunes Varela et al. (coord.), *A b vno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 73-122.
- Brown, A. (2005) *ADR principles and practice*, 2005.
- Bueno De Mata, F., *Mediación electrónica e inteligencia artificial*, Actualidad Civil, Nº 1, enero 2015, Editorial Wolters Kluwer.
- Calo, R., Artificial (2017) Intelligence Policy: A Primer and Roadmap (August 8). Available at: <https://ssrn.com/abstract=3015350>. Consulted on 25 May 2022.
- Carvalho, J.M., Pinto-Ferreira J.P. e Carvalho J.C. (2017) *Manual de resolução alternativa de litígios de consumo*, Almedina, Lisboa.

- Cordeiro A.M. (2015) *Tratado da arbitragem: em comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina.
- Lalive, P. (2010) “On the Reasoning of International Arbitral Awards”, *Journal of International Dispute Settlement*, 1, pp. 55–65.
- Oliveira, A. (2019), *Inteligência Artificial*, Lisboa, FFMS.
- Pedro, R. (2015) “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público”, in C.A. Gomes, D.S. Farinho, R. Pedro, *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, AAFDL, pp. 99-131.
- Pedro, R. (2016) *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*. Lisboa: Almedina
- Pedro, R. (2018) “Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: *entre a efectividade e as dívidas...*”, in T. Serrão (coord.), *Estudos jurídicos por ocasião do centenário da AAFDL*, Lisboa, AAFDL, pp. 129-155.
- Pedro, R. (2018a) “Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: *um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?*”, in C.A. Gomes, R. Pedro (coord.), *Arbitragem Administrativa em debate: Problemas gerais e Arbitragem em matéria de contratos públicos*, Lisboa, AAFDL, pp. 23-43.
- Pedro, R. (2018b) *Coletânea de legislação sobre arbitragem de direito público e regimes conexos: pretexto, contexto e texto*, Lisboa, AAFDL.
- Pedro, R. (2019) *Estudos sobre Arbitragem (em especial de Direito Público)*, Lisboa: AAFDL Editora.
- Pereira, A. (2020) *Inteligência artificial na decisão jurisprudencial?*. JURISMAT, n.12, pp. 73-92.
- Pereira, J.S e Lopes, J.C. (2021), *A inteligência artificial na decisão arbitral*, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XVI, Almedina, pp. 11-35.
- Rogers C.A. (2018), *Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments* (January 30, 2018). New York Dispute Resolution Lawyer Volume 11 No. 2, Penn State Law Research Paper No. 3-2018. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3113800>. Consultado em 5 de maio de 2022.
- Rosário, R. (2020) *Ética e inteligência artificial no Conselho da Europa*, *Anatomia do Crime*, n.12 (Jul.-Dez.), pp. 133-167.

Sander, F. (1983) *The Multi-door Courthouse*, 1983.

Sim, C. (2018) “Will Artificial Intelligence Take Over Arbitrators?”, *Asian Journal of International Arbitration*, 14.

Susskind, R. (2019) *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Wischmeyer, T. (2020) *Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box*. In: Wischmeyer, T., Rademacher, T. (Ed.) *Regulating Artificial Intelligence*. Springer, Cham, pp. 75-101.