

CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Lenio Luiz Streck¹
Luã Nogueira Jung²

INTRODUÇÃO

Vivemos uma época de grande avanço do aspecto técnico da vida humana, mesmo se a compararmos com outros períodos históricos recentes nos quais a ciência e a manipulação da natureza alteraram indelevelmente as relações sociais e a própria autocompreensão do ser humano. A progressão geométrica com que as ciências naturais aprofundam cada vez mais o conhecimento de certas dimensões da realidade, muitas até então não concebidas, e, ao mesmo tempo, criam dimensões da realidade, como no caso do mundo digital, leva-nos a acreditar que cabem a elas, às ciências naturais, determinar o que é o real em si ou como um todo. A partir desta problemática pressuposição, acredita-se que as únicas respostas verdadeiras, inclusive sobre o que é o ser humano e seus objetos particulares de reflexão – práticas, instituições e valores – são limitadas pela explicação das ciências naturais.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (Unisinos/RS) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa/RJ). Coordenador do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. E-mail: para contato: lenios.1@lwmail.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>.

2 Doutor e mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-doutorando em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos). Membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. E-mail: para contato: lnogueirajung@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5759-8945>.

Um exemplo paradigmático, nesse sentido, é a associação da neurociência com a ciência da computação. Acredita-se que, através do mapeamento cerebral e da possibilidade de codificação deste processo, definir-se-á o conceito de mente e, portanto, de humano. Será possível, então, prever matematicamente estados de consciência e suas consequências práticas e reproduzir artificialmente tais estados de consciência. Uma vez atingido este estágio, próximo de ser alcançado, encerram-se os debates “místicos” e seculares sobre todos os demais aspectos controversos da vida humana, considerados como epifenômenos. Este quadro representa aquilo que alguns autores chamam de naturalismo, fisicalismo ou materialismo e, especificamente em relação à definição de conceitos como a mente, neurocentrismo ou cérebrocentrismo.³

Animados com a possibilidade de ter rapidamente em mãos a chave mestra do real e, assim, acesso a oportunidades pragmáticas decorrentes desta forma de pensar, os seus defensores ignoram que tal concepção depende de certas condições teóricas que não são elas mesmas autenticadas pelo método científico em seu sentido contemporâneo. Uma destas condições teóricas que é ignorada pelo naturalismo é a linguagem. Parte-se da pressuposição de que a linguagem é apenas uma ferramenta para a descrição e transmissão dos dados do mundo apreendidos pela mente. Linguagem, nesse sentido, é um instrumento de designação da realidade externa à consciência (e, afinal de contas, da própria consciência objetificada em dados).

Esta, todavia, não é uma concepção nova acerca da linguagem e tampouco incontroversa. A negação da história da filosofia e das assim chamadas ciências humanas pelo naturalismo contemporâneo implica a ignorância ou desdém em relação ao fato de que suas pressuposições, como esta acerca da linguagem, são há muito tempo objeto de disputas teóricas.

Diante de sua “eficiência”, no entanto, o naturalismo, pautado por uma noção designativa de linguagem, penetra cada vez mais nos discursos acerca dos mais variados temas e faz com que os critérios de sucesso da investigação científica passem a ser os critérios de todas as áreas de reflexão. Isto ocorre em diferentes matérias atualmente. Na psicologia, na antropologia, por exemplo, e, especialmente relacionado a este texto, no direito.

3 GABRIEL, Markus. **Neo-Existentialism**: How to Conceive of the Human Mind after Naturalism Failure. Cambridge: Polity, 2018; FUCHS, Thomas. **Verteidigung des Menschen**: Grundfragen einer Verkörperten Anthropologie. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2020.

Nesse sentido, dissemina-se cada vez mais no âmbito jurídico a ideia de que esta prática e as questões que giram em seu entorno poderão ter seu significado exaurido e as ações que lhe são constitutivas premeditadas pelo referido mapeamento do ente humano e subsequente reprodução artificial por algoritmos. Tal movimento se expande a partir de diferentes disciplinas que servem de base para concepções particulares acerca daquilo que o direito é. Todas giram em torno do consenso de que o direito é mais um fato a ser descrito e quantificado pela objetividade científica.

Ao perder a sua dimensão compreensiva, isto é, de significação, de normatividade e, portanto, de justificação conceitual e linguística, os conceitos relativos à prática jurídica passam a ser um problema meramente empírico. Em outras palavras, o direito passa a ser considerado apenas como aquilo que os seus agentes e, particularmente, os seus agentes investidos de poder, dizem que é. À teoria do direito, portanto, incumbe a missão de analisar o processo que leva tais agentes a se pronunciarem desta ou daquela maneira. Uma vez reconstruído tal processo e, eventualmente, desenvolvida uma simulação virtual do mesmo, as questões ancestrais sobre o sentido e fundamentação de conceitos e proposições jurídicas se torna despidianda ou frívola. É curioso notar, nesse sentido, como a abordagem supostamente mais científica e objetiva de uma prática humana como o direito conduz esta prática a sua formulação mais subjetivista: o realismo jurídico.

Como delineado, todavia, a tranquilidade e autoevidência epistemológica sob a qual o naturalismo está assentado possui bases teóricas controvertidas ao longo da história da filosofia. Este movimento teórico ganhou proeminência na modernidade, sendo um de seus elementos constitutivos e, desde então, passou por modificações pontuais que lhe conferiram distintas classificações taxonômicas: empirismo, materialismo, positivismo etc. Como também referido acima, tal quadro teórico é acompanhado de uma concepção meramente designativa da linguagem. No entanto, ao mesmo tempo em que tais correntes ganharam cada vez mais espaços no discurso social e teórico de suas respectivas épocas, é notável o desenvolvimento de alternativas a este modelo reducionista de compreensão da realidade, da linguagem e do próprio ser humano.

Entre os séculos XVIII e XIX, constata-se uma série de revoltas a este reducionismo nada “inovador”. Dentre tantos pontos de divergência, destacam-se as críticas à concepção meramente designativa da linguagem, à postura objetificante do mundo e do homem,

assim como à exaltação da instrumentalidade e quantificação da natureza de maneira geral. Em contraposição às características acima mencionadas, desenvolvem-se alternativas que privilegiam o aspecto constitutivo da linguagem, a autodeterminação do ser humano e a exaltação da cultura e historicidade como formas de manifestação da dimensão espiritual da vida humana. A partir do romantismo e do idealismo alemão, nesse sentido, podemos identificar preocupações centrais que constituirão a base do que hoje chamamos de tradição hermenêutica.

De acordo com esta tradição, práticas como o direito passaram a ser concebidas como algo além de epifenômenos resultantes das relações de causa e efeito descritas por um método arquimediano. O direito, assim como demais disciplinas humanas ou, como enfatiza Dilthey, as *Geisteswissenschaften*, tornam-se problema dotado de sentido, de significação. Muda-se a abordagem *explicativa* por uma abordagem *compreensiva*. O método científico é substituído pela questão acerca da natureza da interpretação e compreensão.

No cenário atual, todavia, como acima apontado, a concepção naturalista acerca do mundo, do humano e das instituições atua como predadora de diferentes áreas do saber que receberam pela tradição o nome de ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*), ciências humanas ou simplesmente humanidades. Com o direito, a situação não é diferente. Nos tópicos seguintes, pretendemos explorar a maneira como isso se manifesta no discurso jurídico e, especificamente, no direito brasileiro.

A presente análise parte do paradigma hermenêutico, incorporado à teoria brasileira do direito pela CHD – Crítica Hermenêutica do Direito. A palavra “crítica”, nesse sentido, possui um significado particular para a história da filosofia. A partir dela, questionamo-nos sobre as condições de possibilidade de um fenômeno ou prática. No nosso caso, trata-se da interpretação jurídica. Sabemos que, ao longo do século XX, pelo menos, temas como a historicidade, intersubjetividade linguística e aplicação se tornaram marcos a partir dos quais podemos falar em compreensão/interpretação.

Diante desses conceitos, entre outros, incorporados à teoria brasileira do direito em diferentes textos e obras⁴, propomos uma constante revisão epistemológica de teorias e modismos que se consolidam no imaginário dos juristas brasileiros com o objetivo de, a partir deste diálogo crítico, fortalecer a cultura teórica do direito.

4 STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Nesse sentido, promovemos aqui alguns questionamentos sobre o novo espectro que ronda cada vez mais círculos institucionais e acadêmicos: a ideia de que robôs podem interpretar. O que é isto – a interpretação? Como desenvolveremos a seguir, esta questão nos leva a diversos problemas para os quais nem sempre há uma resposta definitiva (como normalmente é o caso das perguntas filosóficas). A resolução de tais problemas, sem dúvida, conta com o auxílio das ciências naturais, mas estas, no entanto, não guardam precedência em relação àqueles e nem os determinam. Esse é o ponto, em sentido mais amplo, para o qual gostaríamos de chamar atenção nos breves parágrafos a seguir.

O REALISMO JURÍDICO 2.0

Em artigo intitulado *Heidegger and the Theory of Adjudication*, Brian Leiter analisa a utilidade da filosofia hermenêutica desenvolvida por Martin Heidegger para uma teoria da decisão judicial. Após tecer considerações acerca daquilo que Heidegger denomina de *como hermenêutico*, ou seja, o nível pré-compreensivo e antepredicativo de *Dasein*, Leiter conclui que “se nós não podemos (assim como Heidegger nos faz acreditar) descrever teoricamente como juízes decidem casos, então nós não poderemos dizer a eles com qualquer especificidade como eles deveriam decidir” (Leiter, 1996, p. 281). Independentemente da argumentação que leva Leiter a tal conclusão sobre a possibilidade de contribuição da filosofia hermenêutica para uma teoria da decisão, é notável a alternativa sugerida pelo autor diante da suposta impossibilidade de uma teoria normativa:

Assim como os argumentos heideggerianos contra uma teoria do *Background*, estes argumentos sugerem que perspectivas para uma frutífera teoria normativa da decisão possam ser obscuras. Uma resposta para este dilema seria revisitar a ideia do realismo jurídico de objetivar *apenas* uma teoria descritiva adequada do que as cortes realmente fazem, não em termos do que elas dizem que fazem, mas em termos do que *causa* elas a fazer o que fazem. Tal teoria abandonaria o objetivo tradicional de prover uma reconstrução racional das razões dos juízes. Se bem sucedida, tal teoria produziria algo muito mais prático: um guia para aquilo que os juízes farão.

Proponho em outro lugar que tal abordagem ‘naturalizada’ para a jurisprudência (como eu a chamo) garanta considerações mais sérias do que muitos filósofos do direito anglo-americanos pensariam. Sob esta luz, nós podemos entender os argumentos de Heidegger contra a possibilidade de desenvolver uma teoria do *Background* como fornecendo apenas uma relevante razão para abandonar a teoria normativa, e assumindo o ‘giro naturalista’ na filosofia do direito (Leiter, 1996, p. 282).

Contemporaneamente, o “giro naturalista” a que Leiter faz referência (ironicamente à expressão “giro linguístico”) diz respeito ao quadro acima delineado, segundo o qual o “mundo” em sentido absoluto se resume aos objetos investigados pelas ciências naturais. Com efeito, de acordo com essa perspectiva, o ser humano e suas instituições também devem ser definidos a partir da investigação empírica. Tal reducionismo implica a desconsideração de teorias normativas, seja em relação ao direito como em relação à moral. Estes fenômenos devem ser *explicados* a partir das relações causais que os produzem, e não justificados ou *compreendidos*. Como diriam os empiristas lógicos, proposições normativas são contrassensos ou pseudoproposições, carentes de valor de verdade.

Em que pesem os danos e os equívocos teóricos (os quais serão abordados no próximo tópico) desta autocompreensão humana, o fato é que, a cada dia, o naturalismo coloniza mais territórios teóricos. Como aponta a conclusão a que chega Leiter em seu texto supra referido, este é também o caso do direito. Em termos histórico-filosóficos, as correntes realistas do direito sempre estiveram vinculadas ao empirismo, ou seja, uma faceta do que aqui chamamos de naturalismo filosófico. Veja-se o caso, por exemplo, de Alf Ross ou Oliver Wendell Holmes Jr., o qual, no fim do século XIX, já propunha o mesmo caminho indicado por Leiter: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*” (Holmes Jr., 1897). Assim, portanto, nem o reducionismo metafísico correspondente ao naturalismo filosófico e nem a sua decorrência no campo da teoria do direito, o realismo jurídico, são novidades.

Todavia, o desenvolvimento contemporâneo da neurociência e ciência da computação propicia o surgimento de novas versões de realismo jurídico. Poderíamos chamá-las de realismo jurídico 2.0 ou realismo jurídico *high-tech*. A sua concepção de direito e a tarefa dos juristas e teóricos nela pressuposta não é distinta em relação ao realismo jurídico *old school*: o direito é aquilo que os tribunais dizem que é, e o papel da doutrina circunscreve-se a analisar as causas que

levam a jurisprudência a decidir em determinada direção e, assim, prever os seus resultados. Todavia, a nova versão do realismo jurídico, embalada pelas descobertas de campos científicos os quais, ao mapearem o funcionamento do cérebro, acreditam decifrar a consciência humana, agrega-as à antiga (e mofada) concepção descritiva ou não normativa do direito.

No direito brasileiro, por exemplo, houve recente alteração da Resolução nº 75 do CNJ, que regulamenta os concursos para a magistratura em âmbito nacional, incluindo-se disciplinas obrigatórias. Na oportunidade, foram incluídos temas como “economia comportamental, heurística e vieses cognitivos, processo cognitivo de tomada de decisão, função judicial e pragmatismo, antifundacionalismo, contextualismo, consequencialismo, racionalismo e empirismo, dialética e utilitarismo”⁵. A inclusão de tais matérias foi justificada pelo Ministro Presidente do CNJ, Luiz Fux, o qual afirmou em voto a respeito que a LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – consagra o pragmatismo e seus alicerces (antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo) no direito brasileiro.

Após nossa crítica a tal proposta⁶, destacando a precedência da filosofia do direito em relação à formação da magistratura e os perigos do realismo jurídico implicado na questão, Ricardo de Lins e Horta publicou uma resposta a Streck, em favor da alteração curricular proposta pelo CNJ. Neste texto⁷, Horta (2021) questiona a “visão segundo a qual juízes seriam *‘melhores tomadores de decisão’* caso estudassem *‘mais Dworkin, ou mais Alexy’*”, e que “o estudo de teorias hermenêuticas por si só não garante a formação de bons julgadores justamente porque há estudos que sugerem que a escolha do método interpretativo pode ser resultante da motivação político-ideológica: o julgador pode buscar aquele autor ou teoria do Direito que lhe convenha, desde que justifique uma decisão alinhada com suas preferências e crenças iniciais”. Assim, Horta afirma que

É fundamental, assim, que ao estudar “*A percepção de Justiça*”, como pretende a nova resolução do CNJ, aspirantes a magistrados entendam que o modo-padrão do raciocínio humano não é a busca da verdade, é o “racio-

5 Ver, neste sentido, <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>.

6 Ver, para tanto, a crítica de Streck publicada no Conjur: <https://www.conjur.com.br/2021-set-23/senso-incomum-cnj-mudar-concurso-juiz-boa-cursinhos>.

7 Sobre a resposta de Ricardo de Lins e Horta, consultar: <https://www.conjur.com.br/2021-out-05/horta-heurísticas-vieses-concursos-magistratura>.

cínio motivado”. As pessoas chegam mais facilmente a conclusões a que desejam chegar de antemão, e seus objetivos implícitos, incluindo motivações político-ideológicas, direcionam seu processo cognitivo. Com efeito, o “justo” é frequentemente o autointeresse remodelado como um bom discurso de justificação, mas as pessoas não se dão conta disso conscientemente. Psicólogos sabem há décadas que temos um “ponto cego” para nossos próprios vieses (*bias blind spot*) (Horta, 2021).

De acordo com esta perspectiva implementada pelo CNJ e sustentada por Horta, a esperada neutralidade ou imparcialidade do intérprete, principalmente os juízes, está sempre ameaçada por “vieses cognitivos”, “distorções cognitivas que costumam levar o intérprete a erros sistemáticos e avaliação e controle” (Freitas, 2013, p. 225). O objeto de estudo da psicologia cognitiva, disciplina que, ao lado economia comportamental, sustenta esta nova versão de realismo jurídico, circunscreve-se a (i) “a mente (i.e., a atividade mental, como memória, pensamentos e sentimentos); (ii) “o cérebro (i.e., os processos biológicos dos quais resulta a atividade mental, tal como a ação das células nervosas e reações químicas associadas) e (iii) “comportamento (i.e., os movimentos corporais, as ações intencionais e ampla variedade de ações físicas, sutis ou complexas, que ocorrem nos organismos) (Costa, 2018, p. 47).

Cabe interrogar, todavia: qual conceito de “mente” é pressuposto pela psicologia cognitiva e economia comportamental? De acordo com a citação acima, a mente seria o resultado dos processos biológicos que estruturam o funcionamento do cérebro. E o comportamento, por sua vez, o produto final desta cadeia causal.

A redução de fenômenos humanos a relações causais, em contraposição ao espaço das razões de que trata Willfrid Sellars, parte de uma teoria “desencantada” (*entzaubert*) sobre a origem daquilo que chamamos de mente. Nesse sentido, para Daniel Dennett, “a mente é o cérebro” (Dennett, 1991, p. 33). Segundo o autor, “nós podemos (em princípio!) explicar cada fenômeno mental usando os mesmos princípios físicos, leis, e matéria prima suficientes para explicar radioatividade, deriva continental, fotossíntese, reprodução, nutrição e crescimento” (Dennett, 1991, p. 33). Um exemplo deste quadro naturalista é a famosa publicação de Richard Dawkins, *O gene egoísta*. De acordo com Dawkins, os homens são “máquinas de sobrevivência – veículos robóticos cegamente programados para preservar moléculas egoístas como os genes” (Dennett, 1991, p. 33). Tal imagem do ser humano conduz-nos à concepção segundo a qual a consciência humana é

equiparável a um software e o cérebro, por sua vez, a um hardware. A evolução, portanto, consistiria no desenvolvimento da capacidade de armazenamento de dados e a possibilidade de utilização dos mesmos em função da sobrevivência. Nesse sentido, portanto, a própria ideia de razão é limitada ao uso instrumental ou utilitário.

A equiparação do processo de consciência humana a uma estrutura mecânica semelhante a computadores leva autores como Ray Kurzweil a anteciparem cenários em que o desenvolvimento tecnológico propiciará a criação de uma inteligência artificial que substituirá a inteligência humana. Para tal perspectiva, “a tecnologia é a evolução por outros meios” (Kurzweil, 2000, p. 59) e, nesse sentido, “a tecnologia computacional também é um processo evolucionário, e também constrói o seu próprio progresso” (Kurzweil, 2000, p. 103). No livro *The age of spiritual machines: when computers exceed human intelligence*, o autor prevê, por exemplo, que será possível transpor consciências individuais orgânicas a hardwares e que, assim, tais consciências poderão viver eternamente de forma decodificada. Como comento em outro texto, em que pese o caráter produtivo destas hipóteses em termos de imaginação, que nos possibilitam

conceber realidades e possibilidades de interação com máquinas que pareceriam improváveis há pouco tempo, isto que chamo de neodarwinismo tecnológico pode vir a representar, para além daquilo que chamamos de pós-humanismo, um trans-humanismo (Jung, 2021, p. 137).

Como afirma Markus Gabriel (2018, p. 66), “humanos vivem a sua vida sob a luz de uma concepção sobre o que o ser humano é”. Nesse sentido, a concepção naturalista acerca do humano, a qual se vincula às defesas da possibilidade de inteligência artificial em sentido forte, consideram-se amorais ou não normativas. Tal auto-compreensão, entretanto, não é isenta de consequências morais, sociais e políticas graves e flagrantes. Basta vermos como a suposta neutralidade normativa do naturalismo filosófico, segundo a qual os seres humanos são simplesmente máquinas biológicas portadoras de dados e, assim, sujeitas a *inputs* e *outputs*, atende a interesses mercadológicos e políticos que colocam em cheque princípios como o da dignidade humana. Afinal, como conceber tal princípio moral, ancorado na ideia de autonomia, quando somos apenas máquinas cujo comportamento pode ser antevisto pela neurociência ou pela economia comportamental ou qualquer outra concepção determi-

nista? Esta ideologia objetificadora do ser humano também corrompe, como os fatos indicam, estruturas políticas democráticas⁸.

A equiparação da consciência ao mecanismo computacional de *input* e *output* é representada pelo teste de Turing. Em artigo chamado *Computing Machinery and Intelligence*, Allan Turing propôs que, se desenvolvêssemos uma máquina suficientemente eficiente em termos de processamento a ponto de, sob avaliação de um terceiro agente, a mesma interagisse de maneira indistinguível em relação a um outro ser humano, estaríamos diante de uma inteligência artificial em sentido forte. Tal hipótese pressupõe que a consciência humana seja algo meramente exterior, ou seja, age de forma adequada diante de determinados estímulos.

Confrontando o teste de Turing, John Searle desenvolveu o famoso experimento da sala chinesa, em que alguém que não entende nada de mandarim está trancado em um recinto com determinada quantidade de ideogramas e com um computador. Ao receber perguntas em mandarim, a pessoa insere os ideogramas no computador, que responde adequadamente aos símbolos. Com a resposta fornecida pelo computador, a pessoa trancada entrega esta resposta por outra porta. Assim, podemos conceber os símbolos em mandarim como *inputs*, que entram por uma porta, e as respostas correspondentes que saem pela outra, como *outputs*. Todavia, nem a pessoa que realiza o trabalho e nem o computador que processa os símbolos possuem consciência acerca do *significado* dos símbolos em questão. Searle afirma, nesse sentido, “porque o programa é puramente formal ou sintático, e porque mentes têm conteúdos mentais ou semânticos, qualquer tentativa de produzir uma mente apenas com programas de computador deixa de lado as características essenciais da mente” (Searle, 2006, p. 69).

Tal experimento revela que a compreensão da mente e de seus fenômenos não pode se resumir a externalidades, mas deve, também, levar em consideração a dimensão semântica e pragmática em que nossos juízos se situam. Assim, as teorias comportamentais em que se baseiam a nova face do realismo jurídico anteriormente mencionada, ao situarem a “mente” apenas na dimensão *explicativa*, causal, desconsideram o nível de *compreensão* da consciência, isto é,

8 Ver, nesse sentido: BRODNIG, Ingrid. **Übermacht im Netz:** Warum wir für ein gerechtes Internet kämpfen müssen. Wien, Österreich: Brandstätter Verlag, 2019. Ver também: JUNG, Luã. Da proteção de dados às *fake news*: por uma abordagem interdisciplinar. In: GUADAGNIN, Renata; JUNG, Luã (org.). **Internet, direito e filosofia:** leituras interdisciplinares. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021. p. 113-134.

o aspecto linguístico-prático em que os conceitos que guiam a ação (*agency*) estão sujeitos à justificação intersubjetiva. Nesse sentido, o ser humano e sua capacidade de julgamento são vistos a partir do dualismo cartesiano entre *res extensa* e *res cogitans*, como simples mecanismo da natureza.

O resultado desta concepção geral, que, como apontado, pressupõe noções de ontologia, epistemologia, filosofia da mente e antropologia, aplicado ao direito, como observado, cristaliza-se em uma versão técnica, no sentido heideggeriano, do realismo jurídico. Como delineado, o primeiro plano desta perspectiva é traçar o funcionamento da mente humana e de suas instituições segundo uma leitura mecanicista e, uma vez traduzido este para uma linguagem algorítmica, seria possível antecipar as possibilidades de julgamento de um juiz ou corte. O segundo passo seria a substituição de julgadores humanos por juízes robôs.

Nesse sentido, questionamos no próximo tópico esta possibilidade. Pressupõe-se que a atividade de julgar é acompanhada pela possibilidade de interpretação. Portanto, se robôs substituirão juízes, é importante considerar a teoria da interpretação que sustenta, na perspectiva naturalista do direito, essa possibilidade.

A VELHA DICOTOMIA ENTRE CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS

Afinal, quais são as transformações que o desenvolvimento da inteligência artificial implicará no exercício do Poder Judiciário? De acordo com uma perspectiva modesta, mas otimista, “juízes-robô irão decidir litígios do início ao fim e humanos se tornam uma espécie de instância recursal. Ainda assim tal tipo de uso será restrito aos casos de baixa complexidade e que portam pouco ou nenhum poder discricionário por parte dos juízes (casos que não fogem, portanto, da aplicação padrão da norma)” (Boeing; Rosa; 2020, p. 92). Tal consideração faz eco à (já) antiquada distinção entre casos fáceis e casos difíceis que se estabeleceu na doutrina brasileira nos últimos anos. A partir desta distinção, desenvolveu-se a noção de que a atividade judicante e, portanto, a interpretação jurídica, possuiria dois níveis de complexidade que exigiram metodologias distintas de tratamento.

O primeiro nível, o dos *easy cases*, representaria os casos de mera aplicação de regras positivadas a fatos. Vale, nessa hipótese, a noção de “tudo ou nada” sobre a qual fala Robert Alexy em relação o tratamento de regras jurídicas, ou, em outras palavras, a lógica de

mera subsunção entre um enunciado geral e um fato particular. O segundo nível, relativo aos *hard cases*, exigiria técnicas argumentativas sintetizadas pela ideia de “ponderação”. Diante da complexidade e relatividade de conceitos normativos intitulados como princípios, cuja aplicação se faz necessária onde não há regra específica e clara a ser aplicada, restariam aos julgadores “ampla margem de discricionariedade” (Barroso, 2013, p. 148; 149; 152). Tal dicotomia entre casos fáceis e casos difíceis, que hoje conforma a futura divisão de trabalho entre juízes robôs e juízes humanos, já foi explorado pelos autores do presente texto em diferentes oportunidades.

Como defendido alhures, por exemplo, “regras não estão ligadas/limitadas à subsunção; princípios não são ínsitos às teorias argumentativas. Em outras palavras, princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras” (Streck, 2011, p. 297). Em sentido semelhante, Laurence Tribe e Michal Dorf (1991, p. xxii) afirmam que “é um erro básico supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos difíceis – apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo”. De acordo com os autores, “esta é a armadilha favorita de determinados críticos da *Supreme Court*, que apontam as discordâncias entre os juízes como se quisessem dizer: ‘vejam como eles discordam, cinco a quatro. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar’” (Tribe; Dorf, 1991, p. xxii). Mesmo Dworkin (1986, p. 266) desconsidera a importância da distinção. Para o norte-americano, invertendo a análise costumeira sobre o tema, que “casos fáceis são apenas casos especiais de casos difíceis”. Em outro trecho, o autor afirma:

Incluimos entre os casos fáceis a questão de saber se, legalmente, alguém pode dirigir mais rápido que o limite de velocidade estipulado porque admitimos de imediato que nenhuma análise dos documentos jurídicos que negasse esse paradigma seria adequada. Contudo, uma pessoa cujas convicções sobre justiça e equidade fossem muito diferentes das nossas poderia não achar essa pergunta tão fácil; mesmo que terminasse por concordar com nossa resposta, insistiria em dizer que estávamos errados por ser tão confiantes. Isso explica por que questões consideradas fáceis durante um certo período se tornam difíceis antes de se tornarem novamente fáceis – com as respostas opostas (Dworkin, 1986, p. 354).

A distinção entre um caso fácil e um caso difícil, portanto, é sempre contingente. Não existe uma teoria que distinga *a priori* qual caso será “fácil”, ou seja, não controvertido, e qual será “difícil”. Ocorre que, no direito brasileiro, introjetamos em nossa cultura jurídica tal distinção estrutural a partir da própria maneira como concebemos a atuação jurisdicional e, principalmente, o sistema de precedentes.

A partir da tese segundo a qual em alguns casos a aplicação de regras se dá de maneira silogística, automática, e que, em *alguns casos*, é necessário “interpretar”, (como sugerem Daniel Boeing e Alexandre M. da Rosa (2020, p. 37), referindo-se à imprecisão da linguagem natural, que abre “espaço para casos em que há margens de interpretação”), precedentes são construídos para o futuro mediante enunciados cuja aplicação, assim se pretende, é automática (*in claris cessat interpretativo*). Barroso fala em “entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro” (Barroso, 2016, p. 160-161, 235-248). Em diferentes oportunidades, abordamos a tese da “precedentalização” do direito brasileiro⁹. No *common law*, um precedente “não nasce para vincular. Ele obriga contingencialmente” (Streck, 2020, p. 346). Tal obrigação, no entanto, é fruto de juízos interpretativos que vinculam, no caso concreto, a *ratio decidendi* à questão de que se trata. No nosso caso, em contrapartida, “as teses, em tese, surgem como respostas prontas que solucionam de antemão os problemas que ainda não surgiram” (Streck, 2020, p. 347). Faz-se as respostas antes das perguntas. Estabelece-se súmulas e jurisprudência defensiva que fulminam pretensões recursais. Uma demanda particularmente complexa é decidida e pronto. Edita-se um enunciado que de antemão torna “fáceis” todos os demais casos relacionados.

Nesse sentido, a ideia de que juízes humanos comporiam uma instância recursal de juízes robôs, utilizados na resolução de “casos fáceis”, portanto, soa como mais um obstáculo a ser imposto aos causídicos. O que vem depois? A utilização de robôs com algoritmos mais sofisticados que ultrapassem as condições estipuladas pelos robôs dos tribunais, tornando, assim, a atividade judicial e o sistema recursal em uma competição sobre quem consegue furar os bloqueios algorítmicos?

9 Nesse sentido, ver o verbete “precedentes” em STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Livramento, 2020 e STRECK, Lenio; ABBOUDE, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

A proposta de que robôs auxiliarão a Justiça substituindo o “trabalho braçal” de juízes, tal como enunciada por seus proponentes, parte, portanto, de um equívoco conceitual: a tese de que existe uma distinção primordial entre casos fáceis, em que a linguagem em pregada é precisa, e difíceis, em que, devido à vagueza dos termos, faz-se necessária a interpretação. Ela representa, assim, um reforço ao movimento jurisprudencial que se consolida a cada dia no Brasil, segundo o qual os tribunais, através de enunciados, solucionam as questões jurídicas do futuro. Os juízes robôs, assim concebidos, representam um reforço ao realismo jurídico dominante na doutrina e na prática do direito.

CONCLUSÃO

Todos os esforços aqui observados no sentido de se estabelecer o predomínio da técnica sobre o direito nos fazem lembrar de uma oposição dialética marcante na obra de Hegel, aquela entre quantidade e qualidade em que, sobrepondo-se a primeira em relação à segunda, tem-se como resultado “fazer do calcular o meio principal da formação do espírito e de colocá-lo na tortura de se aperfeiçoar até ser máquina” (Hegel, 2016, p. 231). Como afirmado na introdução, desenvolve-se a partir do contexto teórico de Hegel, do romantismo e idealismo alemão, portanto, a perspectiva crítica ao naturalismo filosófico. O seu progressivo desenvolvimento conceitual rumo ao século XX, levado a cabo por autores como Schleiermacher, Dilthey, Humboldt, Husserl, Heidegger e Gadamer, para mencionar apenas estes, terá como pressuposto, ainda que com diferentes matizes, a incompletude do método científico para a determinação de áreas interpretativas.

Ao que parece, no entanto, a defesa da invasão da técnica na prática do direito desconsidera a relevância deste legado. Mas, com isso, desconsidera-se também o questionamento sobre a própria natureza da interpretação. Nesse sentido, afirmamos em outro momento que “acreditar na distinção (cisão) entre casos simples (fáceis) e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em uma “suficiência ôntica” (cf. *Verdade e Consenso*), isto é, que a “completude” do mundo jurídico pode ser “resolvida” por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de “positivismo da causalidade”, um positivismo do século XIX” (Streck, 2020).

Como afirma Heidegger (1973, p. 329), “o senso comum tem sua própria necessidade; ele defende seu direito usando a única arma de que dispõe. Esta é o apelo à ‘evidência’ de suas pretensões e críticas”. O problema consiste, mais uma vez, naquilo que Warat chama de senso comum teórico dos juristas. De há muito denunciemos os desdobramentos de uma teoria e prática jurídicas que não refletem a partir de paradigmas filosóficos. Este processo de manutenção de velhas teses sem o devido cuidado teórico, que mudam de nomes para manterem-se inalteradas, pode encontrar na assim chamada Inteligência Artificial, em virtude de sua difusão e fé cega com que a concebemos hoje, a sua versão mais aguda e dramática para o direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário**. Florianópolis: Emais Academia, 2020.
- BRODNIG, Ingrid. **Übermacht im Netz: Warum wir für ein gerechtes Internet kämpfen müssen**. Wien, Österreich: Brandstätter Verlag, 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução N° 75 de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>. Acesso em: 29 fev. 2024.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

- DAWKINS, Richard. **The Selfish Gene**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2006.
- DENNETT, Daniel C. **Consciousness Explained**. New York: Back Bay Books, 1991.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, MA, USA: Harvard University Press, 1986.
- FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.
- FUCHS, Thomas. **Verteidigung des Menschen**: Grundfragen einer Verkörperten Anthropologie. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2020.
- GABRIEL, Markus. **Neo-Existentialism**: How to Conceive of the Human Mind after Naturalism's Failure. Cambridge: Polity, 2018.
- HEGEL, G. W. F. **Ciência da lógica**: 1. A doutrina do ser. Traduzido por Christian G. Iber, Marloren L. Miranda e Federico Orsini. Petrópolis: Vozes, 2016.
- HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril, 1973.
- HOLMES JR., Wendel Oliver. **The path of the law**. [1897]. Eastford, CT, EUA: Martino Fine Books, 2001
- HORTA, Ricardo Lins. Quais os desafios e as oportunidades da decisão sobre concurso para juiz? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-05/horta-heurísticas-vieses-concursos-magistratura>. Acesso em: 29 fev. 2024.
- JUNG, Luã Nogueira. **Verdade e Interpretação**: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021.
- JUNG, Luã. Da proteção de dados às *fake news*: por uma abordagem interdisciplinar. In: GUADAGNIN, Renata; JUNG, Luã (org.). **Internet, direito e filosofia**: leituras interdisciplinares. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021.
- KURZWEIL, Ray. **The age of spiritual machines**: when computers exceed human intelligence. New York: Penguin Books, 2000.
- LEITER, Brian. Heidegger and the Theory of Adjudication. **Yale Law Journal**, v. 106, n. 2, p. 253-282, nov. 1996.

- SEARLE, John R. **A Redescoberta da Mente**. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins fontes, 2006.
- STRECK, Lenio; ABBOUDE, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio. CNJ quer mudar concurso para juiz: mais um bom mercado para cursinhos? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-23/senso-incomum-cnj-mudar-concurso-juiz-bom-cursinhos>. Acesso em: 29 fev. 2024.
- STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Livramento, 2020.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio. Um robô pode julgar? Quem programa o robô? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>. Acesso em: 29 fev. 2024.
- STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michal. **On Reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.