

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES, HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: alguns questionamentos a respeito da inteligência artificial aplicada ao direito

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, DECISIONS MOTIVATION, HERMENEUTICS AND INTERPRETATION: some questions about artificial intelligence applied to Law

César Augusto Luiz Leonardo¹

Roberto da Freiria Estevão²

RESUMO

Trata-se de artigo que tem por escopo abordar a aplicação dos sistemas de inteligência artificial no direito, considerando-se que as decisões judiciais devem cumprir a constitucional garantia da motivação, com a necessidade de transparência de todo o processo decisório, inclusive a metodologia interpretativa adotada, o que depende da teoria hermenêutica escolhida pelo julgador. Essa motivação é efetivada com o instrumental da argumentação jurídica, na qual se emprega a linguagem natural. Faz-se análise a respeito da inteligência artificial, com a busca de seus contornos e conceito; trabalha-se a exigência processual da motivação nas decisões judiciais, bem como as principais escolas de hermenêutica. Reflete-se sobre as inquietações e críticas que se faz ao emprego da inteligência artificial nos julgamentos realizados pelo Judiciário, em especial na segunda e superiores instâncias, notadamente quanto ao perigo do uso enviesado dos dados com que o sistema é fomentado. A pesquisa é bibliográfica, do tipo qualitativo, com o emprego da revisão da literatura existente, a partir do método dedutivo. Conclui-se demonstrando a necessidade de cautela para se adotar o denominado “juiz robô”, isto é, a decisão tomada pela máquina.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial. Decisão judicial. Motivação. Hermenêutica. Interpretação.

ABSTRACT

This is an article aimed to address the application of artificial intelligence systems in Law, considering that judicial decisions must comply with the constitutional guarantee of motivation, with the need of transparency in the entire decision-making process, including the interpretative methodology adopted, which depends on the hermeneutic theory chosen by the judge. This motivation is effected with the instruments of legal argumentation, in which natural language is used. Analysis is made regarding artificial intelligence, with the search for its contours and

¹Doutor em Direito (2018) e Mestre em Direito (2013) pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado e especialista em direito processual civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP (2006). Atualmente é defensor público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na Regional de Marília, e leciona as disciplinas de Direito Processual Civil e Direito Processual Constitucional no Curso de Graduação em Direito e no curso de Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília - SP (UNIVEM). Tem experiência profissional e acadêmica na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Processual Constitucional, com ênfase no estudo do acesso à justiça.

²Doutor em Ciências Sociais pela UNESP-Marília. Mestre em direito pelo UNIVEM - Marília. Graduado no Curso de Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista Tupã Sp (1980). Especialista em Processo Penal pela PUC-SP. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/Fundação, de Marília, Professor do Curso CERS/AD VERUM, e Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo - Procurador de Justiça Aposentado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito.

concept; the procedural requirement of motivation in judicial decisions is worked on, as well as the main hermeneutics schools. It reflects on the concerns and criticisms that are made to the use of artificial intelligence in trials conducted by the Judiciary, especially in the second and higher instances courts, notably regarding the danger of the biased use of data with which the system is provided. The research is bibliographic, of the qualitative type, with the use of the revision of the existing literature, from the deductive method. It concludes by demonstrating the need for caution in order to adopt the so-called “robot judge”, that is, the decision taken by the machine.

KEYWORDS: Artificial intelligence. Judicial decision. Motivation. Hermeneutics. Interpretation.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar a relação entre o Direito, a Hermenêutica e as Novas Tecnologias, considerando-se a denominada inteligência artificial - IA - e sua aplicação no direito, que também é atingido pelo fenômeno conhecido como “virada tecnológica”.

É inequívoca a influência das novas tecnologias no campo jurídico, assim como o emprego e a influência de diferentes sistemas de inteligência artificial na solução das lides pelo Poder Judiciário. Esse aparato propicia inquestionáveis benefícios, como o maior dinamismo no desempenho dos afazeres repetitivos, presentes no dia a dia do foro, nos gabinetes de Magistrados, nos escritórios de advocacia, nos gabinetes das várias Procuradorias Públicas, Defensorias Públicas, Membros do Ministério Público e de Delegados de Polícia.

Ocorre que, no entorno dessa realidade, várias inquietações existem. Algumas delas voltam-se aos questionamentos éticos que muitos fazem, aliados à importância das novas tecnologias e dos sistemas de inteligência artificial nos julgamentos, inclusive em diferentes tribunais e Estados. Outros se relacionam ao processo decisório empregado, em especial quanto à motivação do *decisum*, que deve ser exteriorizada para que o jurisdicionado dela tome conhecimento e tenha plenas condições de buscar a efetivação do fundamental direito do acesso à justiça, sem o qual não se concretiza a garantia do devido processo legal.

Destarte, depois de se fazer abordagem a respeito das novas tecnologias presentes na sociedade e nas atividades jurídicas, com incursões nas concepções relativas à inteligência artificial e análise de sistemas hoje empregados pelo Judiciário no Brasil, em especial na Segunda Instância e nas Cortes Superiores, bem como em outros Estados soberanos, far-se-á o exame de questionamentos existentes a respeito da utilização, pelo Poder Judiciário, da inteligência artificial no processo decisório, inclusive aqueles relacionados à motivação da

decisão como direito fundamental constitucional dos mais relevantes, considerando-se as garantias existentes, relacionadas ao processo válido. Ainda, trabalha-se a relação dessas novas tecnologias com a hermenêutica, enquanto teoria que tem como objeto a interpretação.

O artigo se baseia em pesquisa bibliográfica, do tipo qualitativo, com o emprego da revisão da literatura existente - livros e artigos científicos -, bem como de alguns enunciados normativos que têm relevância para o tema. Adota-se na pesquisa o método dedutivo, partindo-se de algumas premissas, inclusive dogmáticas, para se chegar às conclusões que ao final serão postas.

Este texto é destinado à comunidade acadêmica e aos profissionais da área jurídica das mais diversas categorias.

1. NOVAS TECNOLOGIAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL - O NOVO QUE PREOCUPA

Dizer que as novas tecnologias estão presentes na vida é afirmar o óbvio. Com elas, porém, vieram muitas preocupações relacionadas à vida em sociedade, de modo específico, na área do Direito.

No corpo social, a título de exemplo, tem-se a preocupação cada vez maior com a tão noticiada substituição do ser humano por robôs, inclusive em atividades de um sem número de profissionais das mais diversas áreas, o que poderá gerar desemprego em massa.

É do conhecimento público que, há vários anos, as máquinas vêm substituindo atendentes no trabalho de telemarketing (pelo uso dos chamados *chatbolts*), com aperfeiçoamento contínuo nos sistemas de inteligência artificial a ponto de, por vezes, um cliente não perceber que o atendimento não foi efetivado por um ser humano, mas por um sistema eletrônico de inteligência artificial.

Uma enorme quantidade de serviços na área da contabilidade também já é realizada por instrumentos que surgiram com a virada tecnológica.

No ambiente corporativo a automação atinge trabalhadores de todos os níveis, sejam os de baixa escolaridade e com menores salários, sejam os que têm nível superior de formação e que recebem mais elevados vencimentos. De fato, estudo publicado na revista *Época Negócios Online*, datado de 21 de novembro de 2019, assevera que “quando o assunto é **inteligência artificial**, os profissionais que hoje são bem remunerados e têm nível superior serão os mais afetados pela **tecnologia**”, conforme pesquisa analisada no artigo, segundo a qual

esses trabalhadores “estão sete vezes mais vulneráveis ao avanço da tecnologia do que aqueles com apenas o diploma do ensino médio” (Época Negócios Online, 2019 - ênfases no original).

Ainda conforme a mesma matéria, “[d]e acordo com a pesquisa, a **inteligência artificial pode afetar o emprego de 25 milhões de trabalhadores só nos Estados Unidos**. Isso representa cerca de 15% da força de trabalho do país.” (Ibid. - negrito no original).

No mesmo sentido, em investigação científica a respeito das estimativas de automação de ocupações, pesquisadores do IPEA consignaram que “47% de todos os empregos nos Estados Unidos podem estar em risco de serem automatizados em um futuro próximo” (ALBUQUERQUE, 2019, p. 8).

Também nesse estudo foram registrados os resultados de várias pesquisas em diferentes partes do mundo:

Pajarinen e Rouvinen (2014) sugerem que 35,7% dos empregos na Finlândia estão sob alto risco de automação; Brzeski e Burk (2015) estimam que a parcela de empregos sob esse risco chegue a 59% na Alemanha; Bowles (2014) encontra que a parcela de postos de trabalho que são suscetíveis à automação na Europa varia entre 45% e mais de 60%; e Arntz, Gregory e Zierahn (2016) estimaram a automatização do trabalho dos 21 países da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). (Ibid., p. 10).

Em relação ao Brasil, os mesmos pesquisadores observam que, se as empresas decidirem pela automatização de suas produções, “então aproximadamente 30 milhões de empregos estariam em risco até 2026”, cenário que é apontado pelos autores como o mais fidedigno, “uma vez que a automação de tarefas para as firmas produziria um aumento na eficiência de seus processos, redução de custos”, e a contínua produção diária, nos três períodos, “24 horas, sete dias por semana” (Idem, p. 26).

Na área do direito, como já observado alhures, é inequívoca a influência das novas tecnologias e do emprego da inteligência artificial, que, efetivamente, propicia inquestionáveis benefícios, como o maior dinamismo no desempenho dos afazeres repetitivos, presentes no dia-a-dia do foro, nos gabinetes de Magistrados, nos escritórios de advocacia, nos gabinetes das várias Procuradorias Públicas, Defensorias Públicas, Membros do Ministério Público e de Delegados de Polícia.

Exemplo bem atual dos impactos que as novas tecnologias no âmbito jurídico, tem-se na efetiva continuidade dos serviços públicos relacionados ao sistema de justiça, mesmo em meio à terrível pandemia do Covid-19, o novo Coronavírus. O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 313/20 autorizando julgamentos virtuais nesse período, e, a partir desse ato, sobrevieram outros no âmbito do Ministério Público, da Defensoria Pública, das Procuradorias

Públicas, assim como os Tribunais Estaduais e Federais o fizeram, disciplinando os julgamentos e a realização remota das atividades voltadas à efetivação da justiça.

Cumprir registrar que essas medidas apenas são possíveis a partir da realidade da transformação do processo físico para o eletrônico, ímpar benefício das novas tecnologias.

A propósito da influência desse “novo” na área jurídica, os já lembrados pesquisadores do IPEA verificaram que “na profissão de consultor jurídico” existe “uma probabilidade estimada de 54,09%” de automação. Porém, se de um lado há as “competências associadas a essa profissão englobam tarefas mais facilmente automatizadas, como reunir documentação básica e agir com prontidão”, de outro tem-se “tarefas dificilmente substituíveis por uma máquina, tais como interpretar a norma jurídica, demonstrar criatividade e evidenciar eloquência verbal.” (ALBUQUERQUE, 2019, p. 28).

Estas constatações levam à interrogação a respeito do problema ético, isto é, o risco de altíssimo crescimento na taxa de desemprego decorrente do elevado investimento em sistemas de inteligência artificial que propiciam a realização de serviços pelas máquinas. Quantos trabalhadores e suas famílias não ficariam privados de bens essenciais da vida, em razão desse quadro?

Em suma, esse rápido quadro traçado bem demonstra a elevada gama de preocupações que existem a partir da realidade das novas tecnologias, cada vez mais presentes no cotidiano e na área do direito.

1.1. O que é inteligência artificial?

Há, sem qualquer dúvida, um movimento que não será interrompido, qual seja, a denominada “virada tecnológica”, que se faz cada vez mais presente também na área do direito.

Mas, quando se fala em inteligência artificial, qual é a referência, ou, qual a concepção que dela se tem?

Inteligência “significa conhecer, ver, perceber, compreender, discernir, compreender, associar, sendo frequentemente associada ao conceito de racionalidade e inerente à existência de um cérebro (humano ou animal) (VALENTINI, 2017, p. 48). Ocorre que, hoje e cada vez mais, o ser humano desenvolve máquinas avançadas, dotando-as de capacidade de determinação própria, decidindo a respeito da maneira de realização de determinada tarefa.

Bem por isto, há muito tempo, como lembra o mesmo autor, por vezes, nega-se a existência da inteligência artificial, sob o argumento - dentre outros - de que as máquinas nada criam originalmente, mas dependem do fomento e diretrizes dadas pelo seu programador

(TURING, 1950, p. 433-460). Porém, hodiernamente, é aceito de forma quase pacífica que há diferentes sistemas de inteligência artificial.

Em poucas e simples palavras IA (Inteligência Artificial) é uma forma de imitar a inteligência humana e o processo de aprendizado humano em máquinas. Ela propicia descobrir as tendências em diferentes áreas, possibilita a melhora da performance, e delegação de funções que sejam roboticamente praticáveis, como as que “envolvem repetição, padrões e volumes em atividades não supervisionadas”. Às vezes, é também capaz de tomar decisões. Neste sentido, a abordagem feita por Fabiano Hartmann Peixoto e Roberta Zumblick Martins da Silva, na obra “Inteligência artificial e direito” (2019, p. 19).

Os mesmos autores ainda anotam que a Inteligência artificial “se refere à capacidade de reprodução artificial da capacidade de adquirir e aplicar diferentes habilidades e conhecimentos para solucionar dado problema, resolvendo-o, raciocinando e aprendendo com as situações”. Outrossim, lembram que a IA consegue envolver a aplicação das funções cognitivas, “tais como linguagem, atenção, planejamento, memória e percepção. Todas essas funções são executáveis artificialmente” (PEIXOTO; SILVA, p. 20).

Em muito não difere o conceito apresentado por Ana Letícia Rico:

A Inteligência Artificial é um ramo da ciência da computação que tem como objetivo construir mecanismos e/ou dispositivos que simulem a capacidade do ser humano de pensar, resolver problemas, ou seja, de ser inteligente, utilizando modelos computacionais (RICO, 2019, p. 73).

Ainda a respeito dos contornos da inteligência artificial, Sérgio Augusto da Costa Gillet e Vinícius José Rockenbach Portela anotam: “Neste sentido, as inteligências artificiais baseadas em lógicas paraconsistentes têm o condão de replicar a mente humana na tomada de decisões por não se restringirem à binariedade presente nas lógicas clássicas”. Igualmente, esses autores acrescentam que se têm “as inteligências artificiais baseadas em redes neurais de modo a não apenas replicar a mente humana, mas também o cérebro humano, tornando-as capazes de aprender (GILLET; PORTELA, 2018, p. 209-210).

Assim, pode-se dizer que a inteligência artificial atua em determinado contexto e ambiente, e o faz com capacidade de tomar decisões com o objetivo de elevar ao máximo o desempenho nas tarefas que lhe são atribuídas, em relação às quais o ser humano não teria a mesma produtividade.

O crescente uso da IA - inteligência artificial - se deve aos impressionantes avanços no denominado “aprendizado de máquinas”. Trata-se do aprendizado automático, ou a

capacidade de aprender, que a própria máquina desenvolve. Daí a denominação na língua inglesa: “machine learning”. Rico assim a define:

O aprendizado automático ou aprendizado de máquina (em inglês: “machine learning”) é um campo da ciência da computação que surgiu da evolução do estudo de reconhecimento de padrões e da teoria do aprendizado computacional em inteligência artificial. Faz referência ao fato de que utilizando inteligência artificial, por meio de padrões, o computador pode aprender com uma pessoa real (RICO, 2019, p. 85).

Isto significa que, como essas máquinas agora possuem a capacidade de aprendizado, elas não apenas são programadas por complexas regras que levam ao desenvolvimento de uma tarefa da forma pré-estabelecida, como também descobrem, pelo aprendizado, o que fazer, função que deixa de ser tarefa do programador e passa a ser da máquina, em decorrência da sua capacidade de aprender. A base de dados disponível forma um sistema que possibilita essas atividades das máquinas inteligentes.

Todavia, a este respeito, convém invocar o que observam Dierle Nunes e Ana Luíza Pinto Coelho Marques, de que, atualmente, “já se sabe que não é a quantidade de informações enviadas para alimentar os sistemas de IA que importa, e sim a qualidade destas”, e se o sistema for alimentado com dados enviesados, eles ensinarão a máquina a desempenhar suas funções também de forma enviesada, o que poderá gerar sérios problemas, como adiante se verá (NUNES; MARQUES, 2018, p. 421-447).

Em outras palavras, as máquinas dotadas de sistemas de inteligência artificial funcionam a partir dos denominados algoritmos. Tem-se que algoritmo “é um plano de ação pré-definido a ser seguido pelo computador, de maneira que a realização contínua de pequenas tarefas simples possibilitará a realização da tarefa solicitada sem novo dispêndio de trabalho humano”. As máquinas têm os dados presentes em seu mecanismo de entrada (*input*), isto é, os instrumentos necessários para a recepção de dados que serão analisados. Elas possuem, também, um mecanismo de saída (*output*), vale dizer, o retorno os dados trabalhados. (VALENTINI, 2017, p. 42-43).

O mesmo pesquisador lembra que “o algoritmo não faz nenhum juízo de valor para além de sua programação”, de maneira que se faz necessário que “a relação de ‘correção’ entre o *input* e o *output* seja definida de modo preciso e sem ambiguidade”, em cada passo de suas operações, seguindo-se “um roteiro de tarefas pré-determinado e o programa (computação dos dados) deve terminar depois que o roteiro seja cumprido”. Bem por isto, o algoritmo é finito, o que significa dizer que ele entregará sua missão (*output*) “após cumpridos todos os passos estabelecidos” (Idem, p. 42).

Destarte, verifica-se que os sistemas de inteligência artificial, em sua alimentação inicial, dependem da supervisão humana, porém, a partir deste momento, têm capacidade de aprendizado conforme os algoritmos com os quais a máquina é alimentada, e nesse aprendizado, os dados recebidos não são desprezados pelo sistema.

E, no campo do direito, não obstante algumas objeções existentes e o descrédito de alguns, é certo que os sistemas de inteligência artificial estão cada vez mais presentes no cotidiano, em diferentes instituições. Têm-se muitas tecnologias legais desenvolvidas (*lawtechs* e *legaltechs*), que são utilizadas para as pesquisas jurídicas, a análise de documentos, para formalizar contratos e outras atividades, proporcionando mais rapidez na produção, além de elevada qualidade e precisão nos trabalhos mais repetitivos e que, para o humano, são maçantes.

Há uma pesquisa publicada em 2018 que aponta números bem impressionantes em relação aos escritórios de advogados em Londres, dando conta de que cerca de 48% deles já fazem uso dessas novas tecnologias e empregam a inteligência artificial em suas atividades. Outros 41% pretendem implantá-las (NUNES; MARQUES, 2018, p. 421-447).

Atualmente, esses sistemas de inteligência artificial levam a máquina a executar funções e atividades que demandariam o raciocínio humano.

No Brasil, a Advocacia Geral da União começou a implantar em 2014 o seu Sistema AGU de Inteligência Jurídica - o SAPIENS. Esse sistema tem como objetivo auxiliar os profissionais do direito em suas atividades:

O sistema atua em várias frentes, e procura, em todas elas, simplificar rotinas e expedientes. Auxilia, na elaboração da defesa judicial, com a sugestão de modelos e teses e com a possibilidade de manipulação facilitada de elementos textuais (inclusão e ordenação de teses, migração automática dos metadados do processo para o modelo, etc.), com foco na padronização da identidade visual das peças processuais. Realiza, através de um módulo de inteligência artificial, a triagem dos processos e a indicação de teses potencialmente cabíveis no caso concreto, auxiliando no processo de tomada de decisão e na elaboração da peça processual. (BRASIL - AGU, 2019).

O Supremo Tribunal Federal, desde agosto de 2018, implementou e faz uso do VICTOR, o programa de inteligência artificial desenvolvido em parceria com a UnB. Numa primeira etapa, o objetivo é que o Victor leia os recursos extraordinários apresentados, faça a vinculação de seu conteúdo com os temas de repercussão geral, tudo isto numa velocidade extraordinariamente superior. Vale dizer, nesses casos o Victor já sugere a decisão a ser tomada. (BRASIL - Supremo Tribunal Federal, 2019).

Também o Tribunal Superior do Trabalho, em parceria com a UnB, está desenvolvendo o seu programa de inteligência artificial que fará a triagem automática de

processos, com a apresentação de julgados relativos à questão jurídica discutida, para a sugestão do voto a ser proferido pelo julgador. (RACANICCI, 2019).

Ainda se tem a informação de que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais desenvolve o seu sistema de Inteligência Artificial, o ÁGIL, para a indexação automática dos processos, com a imediata identificação das demandas repetitivas. (BRASIL - Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2019).

Destarte, dúvida não existe a respeito do impressionante crescimento do movimento que não será interrompido, qual seja, a “virada tecnológica no direito”. São muito festejados os ganhos de eficiência, de produtividade, de rapidez e de correção nas atividades dessas máquinas, que têm suas virtudes enfatizadas, em especial naquelas tarefas repetitivas, que permitem o trâmite processual mais célere, benefício bastante ressaltado em razão da litigância de massa existente no Brasil, com o alto acúmulo de processos no Judiciário. Mas, nota-se a preocupação com outros aspectos relacionados a esse uso cada vez mais presente, da inteligência artificial no campo jurídico. Há, de fato, riscos nessa atividade?

Essa é mais uma séria preocupação existente, em especial quando se sabe que as máquinas com inteligência artificial produzem decisões, foco do próximo item.

2. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Não obstante o elevado ânimo com os grandes benefícios propiciados pelas novas tecnologias e os sistemas de inteligência artificial, nem tudo é motivo para comemoração.

Diz-se que, em relação às atividades próprias do Poder Judiciário, os algoritmos e a inteligência artificial possibilitam tarefas como a classificação das ações ajuizadas e a análise dos processos, com a indicação de precedentes e casos similares, assim como a tomada de decisões ou, quando menos, o fornecimento de dados que levam o magistrado a decidir de uma ou outra forma.

Normalmente, são elencadas três principais vertentes no emprego dos sistemas de inteligência artificial pelo Judiciário, como aponta Sérgio Rodas, em artigo publicado pela Revista Consultor Jurídico.

A primeira, mais simples e que não gera questionamentos, “consiste na aplicação de algoritmos para classificação, com análise de dados (petições, ofícios, sentenças), identifica-se

precedentes ou casos similares”. Destarte, são agrupados os processos, com a finalidade de tornar mais dinâmica a análise e a tomada de decisão pelos agentes do direito (RODAS, 2020).

A segunda vertente tem relação com o emprego de “grupos de algoritmos de análise de informação em larga escala”, por meio do que se faz o trabalho de mineração de dados colhidos de um grande volume de informações extraídas do processo, documentos, artigos técnico-científicos, julgados, enfim, tudo o que tiver relevância para o julgador em determinado caso (Ibid.).

Já na terceira vertente tem-se a maior causa de preocupações e questionamentos: “são os algoritmos de decisão de disputas judiciais simples, de baixa complexidade jurídica ou de pequeno valor econômico”. Isto é, a partir da análise de provas, dados, precedentes, o sistema de inteligência artificial propõe uma decisão, que “precisa ser validada ou ratificada por um ser humano, no caso, um juiz” (RODAS, 2020).

Esta possibilidade de decisão elaborada por um robô tem causado inquietações em boa parcela da comunidade jurídica.

Dierle Nunes e Ana Luiza Pinto Coelho Marques apontam para “a necessidade de se analisar o conteúdo da cláusula do devido processo constitucional como garantidora da transparência algorítmica”, enfatizando-se o rigor exigido quanto à clareza “no *iter* que gerou a ‘resposta’ (*output*)”. Ambos defenderam, no artigo elaborado, a impossibilidade de delegação da atividade decisória para algoritmos de inteligência artificial “em face da opacidade decisória e da ausência de controle acerca de seus peculiares vieses decisórios” (NUNES; MARQUES, 2018, p. 421-447).

Os mesmos autores registram que atualmente são empregados por várias empresas europeias e norte-americanas alguns sistemas de IA - inteligência artificial - que fazem uso de algoritmos em processos de concessão de crédito. Muitos desses modelos utilizam dados de redes sociais do solicitante, para calcular o potencial de crédito que ele tem. “Dessa forma, o resultado vincula-se diretamente ao grupo social no qual o solicitante está inserido”, e sabe-se que “um relatório de 2007, apresentado pela *Federal Reserve* ao Congresso dos Estados Unidos, apontou que negros e hispânicos têm um *credit score* significativamente inferior ao de brancos e asiáticos” (Ibid.).

A propósito dessa espécie de julgamento, cumpre anotar que, recentemente, o Tribunal Distrital de Haia afirmou ser contrário à lei o sistema algorítmico empregado pelo Governo da Holanda para avaliar o risco de fraude na segurança social ou financeira, exatamente por ausência de transparência e falta de observância da proporcionalidade, além do que se tem a violação à privacidade do cidadão. Para conferir:

O Tribunal Distrital de Haia (Rechtbank Den Haag) emitiu uma sentença, datada de 5 de fevereiro de 2020, que estabelece que um sistema algorítmico usado pelo Governo da Holanda, para avaliar o risco de fraude na segurança social ou financeira, não atende aos requisitos de proporcionalidade e transparência necessários e viola as disposições sobre respeito à privacidade que reconhecem o artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (LAW 16/1950). Portanto, é contrário à lei (FERNANDES, 2020).

Conforme se extrai da referida publicação, na Holanda o governo implementou o chamado Sistema de Indicação de Risco (Systeem Risico Indicatie, SyRI,) com o objetivo de “prevenir e combater fraudes no domínio da segurança social e regimes relacionados com o rendimento, impostos e contribuições para a segurança social e legislação laboral”. O SyRI, com base em uma série de parâmetros que são analisados e que se relacionam, atribui o nível de risco de determinada pessoa praticar fraudes contra a fazenda pública.

Pela decisão do Tribunal Distrital de Haia, acima referida, essa prática fere várias disposições normativas relativas ao princípio da transparência e que garantem a privacidade, de modo a violar a proporcionalidade.

Estes questionamentos e apontamentos nos remetem à necessidade de abordagem da fundamental garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, reza: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Isto significa dizer que o magistrado não pode decidir de forma arbitrária, é dizer, julgar sem qualquer compromisso com as disposições previstas em lei, o que aumentaria a possibilidade de injustiça na decisão.

As leis processuais, tanto no âmbito cível como no criminal, estabelecem pela via da exclusão os parâmetros exigidos para que a decisão seja tida como fundamentada, como se verifica no artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.964/2019, e no artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil. Assim, não se tem como motivada, a título de exemplo, a decisão que não apresentar a relação de alguma reprodução ou paráfrase de ato normativo com a causa em julgamento, ou a que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem apontar sua relevância para o caso, ou a invocação de motivos genéricos, isto é, que se prestem a justificar qualquer outra decisão, ou também a que não enfrentem todos os argumentos apresentados no processo e que tenham potencialidade para infirmar a conclusão adotada pelo julgador, ou a que invocar precedente ou enunciado de súmula sem a necessária identificação dos similares fundamentos para a adoção de um ou outro.

Não sem razão, Carlos Aurélio Mota de Souza obtempera que a constitucional garantia em comento assegura, “além da satisfação de interesses privados, também uma ampla garantia

dos direitos fundamentais”, dentre os quais elenca “o acesso à justiça, ao devido processo legal e à irretroatividade da coisa julgada, implícita à segurança jurídica (SOUZA, 2020, p. 370).

É óbvio que essa motivação precisa ser conhecida das partes, até para que possam exercer em sua plenitude a garantia do efetivo acesso à justiça, inclusive no que concerne às instâncias recursais. Ora, o jurisdicionado tem o direito de conhecer todo o processo decisório empregado na construção do julgamento. Esta é a razão de a motivação ser exigência das leis processuais e de ter adquirido o status de garantia constitucional.

É muito relevante observar que, com o objetivo de se chegar ao melhor julgamento, o processo decisório tem as suas etapas próprias envolvendo a análise e a interpretação das informações colhidas no processo, por meio de provas documentais, periciais e testemunhais, dentre outras, e identificar quais são, efetivamente, relevantes para a tomada de decisão. Evidentemente, esse processo de análise dos fatos e provas ocorre consoante a percepção do julgador. E, cumpre lembrar que “em todo o processo decisório, muitas vezes surgem distorções perceptivas que podem afetar as análises e conclusões” (ROBBINS; JUDGE; SOBRAL, 2010, p.167).

E, no tocante a este ponto, criticam-se as decisões tomadas por sistemas de inteligência artificial, pois nelas não há a plena transparência do processo decisório que, nessas decisões, é decorrência dos algoritmos selecionados pelo programador. Assim, há a possibilidade de que essa falta de transparência dos algoritmos leve a “mecanismo perigoso de segregação ou erro, amparado pela pretensa imparcialidade da matemática” (NUNES; MARQUES, 2018, p. 421-447).

No mesmo trabalho, esses autores invocam o exemplo que se tem no sistema de inteligência artificial COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), empregado nos Estados Unidos da América para fazer o cálculo do risco de reincidência dos acusados no país. Eles apontam que os dados obtidos “são utilizados, em alguns Estados, para a fixação da sentença do réu, sendo que, quanto maior o índice de reincidência, maior será o tempo de reclusão do detento”.

Também registram que, em uma pesquisa realizada pela organização ProPublica, constatou-se que o algoritmo utilizado “tende a classificar erroneamente acusados negros como prováveis reincidentes”, bem como apontar “também de forma equivocada, acusados brancos como indivíduos com baixo risco de reincidência”. Convém anotar que não se indaga a respeito da raça do acusado no questionário, “porém são feitas perguntas que acabam por selecionar indivíduos pobres e, em sua maioria, negros, como prováveis reincidentes”.

Ademais, ambos lembram a respeito da crítica ao fato de a empresa Northpointe, responsável pelo *software*, não disponibilizar ao público “o algoritmo no qual se baseia o índice de reincidência do acusado, mas apenas as perguntas feitas ao indivíduo e utilizadas no cálculo”.

Em suma, “o réu não sabe por qual motivo possui um alto ou baixo indicador, tampouco de que forma suas respostas influenciam no resultado final.” (NUNES; MARQUES, 2018, p. 421-447).

Essa opacidade muito preocupa, uma vez que é difícil se aceitar que alguém tenha maior taxa de provável reincidência tão somente por ser negro, pobre, da periferia, bem como por ter familiares ou vizinhos já processados e condenados, ou porque o seu desempenho escolar não é satisfatório, dentre outras razões que alimentam o COMPAS. A forma como o sistema recebe as informações acaba por gerar resultados claramente discriminatórios, dos quais o julgador fará uso para fixar a pena em quantidade maior, privando o sentenciado de sua liberdade por mais tempo.

Este é um exemplo bem claro de como as decisões elaboradas pelos sistemas de inteligência artificial geram preocupações quanto à constitucional garantia da motivação, pois não há a transparência necessária e plena do processo decisório. Em poucas palavras, não se tem a concretização do devido processo legal.

Isto é, a partir das respostas às perguntas, o sentenciado é taxado de mais elevada periculosidade social sem ter a ciência de como as informações fornecidas influenciaram no *output*, isto é, a “saída”, a “entrega” do resultado ao magistrado. Em decorrência, “a defesa do acusado torna-se impossibilitada por dados matemáticos opacos e algorítmicamente enviesados, mas camuflados pela ‘segurança’ da matemática, como supostamente imparciais, impessoais e justos” (NUNES; MARQUES, 2018, p. 421-447).

Não obstante essas ponderações, é certo que, em Judiciários de diferentes Estados, cresce a adoção de decisões produzidas – essa expressão é bem própria do que ocorre, como se dá numa linha de produção – por sistemas de inteligência artificial.

Exemplo disso tem-se na Estônia, país que está implementando o chamado “juiz robô” para tomar decisões em casos de pequena complexidade e valor econômico, isto é, até sete mil euros, o correspondente à cerca de quarenta e dois mil reais (RODAS, 2020).

Não obstante o entendimento de que essa solução ajudará a desafogar o Judiciário, convém registrar a obviedade da falta de confiança no sistema de inteligência artificial ou, quando menos, a classificação dos jurisdicionados em duas categorias: a dos que litigam em causas de até sete mil euros e, de outro lado, os que discutem em juízo valores superiores, em razão do que “merecem” um julgamento por juízes humanos. Aqueles, talvez catalogados como

de menor relevância, podem ser julgados por um “juiz robô”. Não se confia na decisão prolatada pela inteligência artificial, ou apenas as causas de maior valor merecem maior atenção do Judiciário, de modo a serem julgadas por um Juiz humano?

Gillet e Portela anotam que, em relação às decisões produzidas por “juizes robôs”, Antônio Carlos Serbena (2013) coloca-se entre os defensores dos sistemas de inteligência artificial julgarem os “easy cases”, aqueles casos que “não demandam alto grau de argumentação para a sua persuasão e resolução. As inteligências artificiais atuais são plenamente capazes, por exemplo, de julgar uma simples ação de cobrança sem cometer ‘injustiça’” (GILLET; PORTELA, 2018, p. 211).

Como já asseverado neste trabalho, o processo de decisão é muito complexo, com várias etapas que são seguidas, o que se aprofunda nos denominados “hard cases”, para os quais não se tem resposta única, de modo que neles o julgador adota a solução que entender mais adequada, conforme a ponderação de valores que faz e respeitado o denominado livre convencimento motivado.

Destarte, a motivação é requisito essencial das decisões, e por elas o julgador tem o dever de deixar claro quais critérios foram adotados na formação de sua convicção para aplicar ou não determinada disposição normativa, fazê-lo de uma maneira ou de outra, expondo de forma indubitosa o seu raciocínio jurídico e as provas que o levaram à decisão. Consoante o ensino de Guilherme Rizzo Amaral, a motivação é a “clara exposição do caminho lógico percorrido pelo juiz, que auxilia na efetiva distinção entre a sentença legítima e a sentença arbitrária (AMARAL, 2015).

E a fundamentação precária é equiparada à sua ausência, também dando azo à nulidade do *decisum*.

Destarte, tem-se que toda e qualquer decisão judicial precisa ser motivada, com clara exposição dos fundamentos fáticos e jurídicos que propiciaram a formação do convencimento do julgador, que deve deixar manifesto o processo decisório seguido, isto é, o caminho trilhado.

Mas, não obstante a colocação ora feita, entende-se que, como enfatizam Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro, Edinilson Donizete Machado e Fernando de Brito Alves, em artigo publicado na Revista “Em Tempo”, é bem aceitável “a aplicação da inteligência artificial em algumas linhas do processo decisório, em especial ligadas ao direito do consumidor, contratos e outras questões de direito privado, consideradas de baixa complexidade”, pois em relação a elas o ordenamento jurídico pátrio tem instrumentos suficientes para “uniformizar as decisões judiciais e realizar o julgamento de demandas em massa, idênticas, de forma mais

rápidas. São ferramentas como o IRDR e o RR.” (DI PIETRO; MACHADO; ALVES, 2019, p. 24).

Em suma, é certo que os sistemas de inteligência artificial podem construir decisões, como o faz o Juiz humano. Todavia, nota-se que, por vezes, o “juiz robô” não consegue esclarecer o caminho seguido para se chegar à decisão, em decorrência da opacidade dos algoritmos, isto é, sem a necessária transparência do processo decisório, o que torna prejudicada a concretização da constitucional garantia da motivação.

3. A HERMENÊUTICA E O EMPREGO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO DECISÓRIO

Consoante já registrado alhures, uma das etapas do processo decisório existente no julgamento tem relação com a interpretação que se faz dos dados e elementos de provas colhidos nos autos do processo.

Esta realidade leva à inquietação a respeito do emprego da hermenêutica nas decisões do Poder Judiciário, quando empregadas as novas tecnologias. Em outras palavras, a opção pela teoria ou escola hermenêutica é efetivada pelo “juiz humano”, que tem o dever de externar a escolha, o que se dá na motivação, por meio da argumentação.

Então, indaga-se: os sistemas de inteligência artificial têm capacidade para optar por uma ou outra teoria e de argumentar a respeito dessa escolha? Ademais, sabendo-se que a escolha de uma ou outra escola de hermenêutica interfere diretamente na interpretação que se faz no processo decisório, questiona-se a respeito dos contornos morais existentes no tocante a essa questão, considerando-se a sua direta consequência no resultado do julgamento a ser efetivado.

Faz-se necessário abordar, ainda que rapidamente, algumas escolas hermenêuticas, que têm relevância na teoria da interpretação no direito. Realmente, consoante bem observa o professor Olney Queiroz Assis, não obstante a valorização existente no direito pela legislação e o fato de que as técnicas interpretativas são atividades muito antigas, presentes, por exemplo, no agir dos juriconsultos romanos, a preocupação com o desenvolvimento de uma teoria da interpretação do direito é recente e está relacionada à positivação efetivada pelo Estado (ASSIS, 1995, p. 13-14).

Hermenêutica é palavra de origem grega. Segundo alguns, sua origem está na mitologia grega, em “Hermes”, a quem se atribuía o dom de interpretar a vontade divina (BETIOLI, 2002, p. 329).

Carlos Maximiliano, logo no início de sua obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito” (1996, p. 1), observa que a hermenêutica jurídica tem por finalidade a busca do sentido e do alcance das expressões do direito, já que “as leis positivas são formuladas em termos gerais”, com a fixação de regras que solidificam princípios e estabelecem normas. Mas os textos positivados são amplos, “sem descer a minúcia. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o direito”.

Ou, como lembra Margarida Maria Lacombe Camargo (2003, p. 1-2), “o objeto de estudo da hermenêutica jurídica tradicional consiste nas chamadas técnicas de interpretação das leis”.

Hoje, o processo de interpretação deve considerar a norma positivada como integrante do ordenamento jurídico e também como um dos meios empregados para se chegar à decisão dos conflitos do cotidiano, que têm sempre aspectos sociais e de valores. Os agentes do direito, no processo de interpretação, precisam considerar esses aspectos para que a disposição normativa seja aplicada com eficácia.

E não se pode olvidar que a hermenêutica, que leva ao processo interpretativo, não prescinde da argumentação, o que, aliás, é observado pelo professor Plauto Faraco de Azevedo, em sua “Aplicação do Direito e Contexto Social”:

Efetivamente, o raciocínio jurídico não tem forma demonstrativa, mas argumentativa, e os argumentos são expostos mediante proposições constitutivas da linguagem. **Todo o processo hermenêutico, através de que se busca a determinação do sentido e alcance das leis e atos jurídicos, é permeado pela argumentação**, visto necessitar a interpretação ser convincente, em conformidade com os fins práticos do direito. (2000, p. 74 - negritos não constantes do original).

Com a evolução do direito, muitas escolas de hermenêutica - também conhecidas como de interpretação - surgiram, em especial após a promulgação do Código Napoleônico de 1804. A interpretação passou a ter maior importância e se tornou objeto de reflexão para a constituição de uma teoria, pois, em épocas anteriores, outras escolas jurídicas trataram da interpretação, mas apenas incidentalmente, como a Escola dos Glosadores e a Escola dos Comentaristas, ou dos Pós-Glosadores.

Dentre as principais escolas hermenêuticas - ou de interpretação -, tem-se, num primeiro momento, a **Escola da Exegese**. Sobre ela, assim escreveu Julien Bonnecase, então professor na Universidade de Bordeaux:

En efecto, la doctrina da Escuela de la Exégesis se reduce a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, puesto que independientemente de nuestra voluntad, el culto extremo al texto de la ley y a la intención del legislador coloca al Derecho, de una manera absoluta, en poder del Estado (BONNECASE, 1944, p. 158).

Essa escola fundava-se na lógica dedutiva e não permitia espaço para a interpretação, pois somente o direito codificado tinha relevância jurídica, como se o texto legal fosse de infalível clareza que dispensasse qualquer atividade de argumentação (CAMARGO, 2003, p. 65-66).

Conforme as palavras de Margarida Maria Lacombe Camargo, um dos mais importantes integrantes da Escola da Exegese, Laurent, proclamou: “Os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito. O direito está feito. Não há mais incertezas; o direito está escrito nos textos autênticos” (CAMARGO, 2003, p. 66).

Vale dizer, para essa escola, a lei consistia num sistema que uniformizava o direito, sem deixar margem para a obscuridade, incertezas ou ambiguidades, pois era sua fonte suficiente. Daí o pensamento de que o seu aplicador só poderia fazer uso de outras fontes se a lei expressamente o permitisse.

Todavia, sobreveio a Revolução Industrial do século XIX, que provocou muitas alterações na vida social em face de grandes inventos na área da física e da química, em especial o uso da força a vapor e, posteriormente, da eletricidade, fato que gerou mudanças no sistema de produção (BETIOLI, 2002, p. 344). Esse quadro tornou o excessivo apego à lei codificada inadequado à nova forma de vida, em que problemas diferentes apareciam, os quais nem mesmo eram imaginados pelos legisladores. Daí as críticas ao exagerado legalismo da Escola da Exegese, o que levou ao estudo de novas formas de adequação da lei à realidade social, necessidade que deu origem a novas teorias de interpretação.

Nesse mesmo período, na Alemanha, surgia um movimento oposto à Escola da Exegese, que era decorrente da visão romântica do mundo. Tem-se, então, a **Escola Histórica**.

A teoria preconizada por essa Escola foi desenvolvida com maior ênfase por Savigny, que sustentava a necessidade de se buscar o verdadeiro direito nos usos e costumes, bem como na tradição dos povos. Ou seja, o direito não podia ser atemporal e alheio à história; ao contrário, o ordenamento jurídico, para Savigny, é um “direito vivo”, exprimido ou integrado pelo

legislador que deve espelhar e dar suporte aos costumes de cada povo, direito que jamais pode ser criado de forma arbitrária, como decorrência do despotismo (CAMARGO, 2003, p. 76).

Da teoria de Savigny surgiu, ainda no século XIX, a **Escola Histórico-Evolutiva**. Essa nova corrente preconizava que o direito tinha de ser mantido sempre atual, conforme as exigências da realidade social. Os principais postulados dessa teoria foram: a) a lei precisa ser interpretada como realidade histórica e, pois, submeter-se à progressão do tempo, desprendendo-se do legislador após sua entrada em vigor e adquirindo vida própria, de sorte a adequar-se às mudanças sociais decorrentes da evolução histórica; b) a interpretação do texto legal deve ser atualizadora, vale dizer, deve ser efetivada de modo a adaptá-lo às realidades e às exigências sociais posteriores à sua elaboração, e, para isto, seria importante buscar não a vontade do legislador durante o procedimento legislativo, mas investigar que vontade aquele legislador teria em face da nova realidade social; c) o intérprete, porém, não podia criar um novo direito à margem da lei, mas tão-somente atualizá-la (BETIOLI, 2002, pp. 345-346). Nota-se que essas escolas histórias impunham a necessidade da argumentação.

Refletindo o desejo de Savigny, que sustentava o valor do direito elaborado pela doutrina científica, o historicismo caminhou para um cientificismo, que entendia o direito como fenômeno racional-universal, e não como histórico-nacional. Os cientistas do direito elaboravam conceitos bem definidos, para tornar possível sua segura aplicação em variados lugares e épocas. Nisto consistia a atividade dos chamados pandectistas, do que surgiu o formalismo jurídico alemão, com o emprego de um sistema fechado, fruto do método lógico-sistemático, que acabou servindo de fundamento ao **positivismo jurídico** no final do século XIX.

Norberto Bobbio (1995, p. 233-238), ao abordar os três aspectos fundamentais do positivismo jurídico, assim o faz: a) como ideologia do direito; b) como teoria do direito; e c) como método para o estudo do direito. Observa o autor que “estas três distinções são importantes porque a primeira acepção do positivismo jurídico não implica na segunda, a primeira e a segunda não implicam na terceira” (BOBBIO, 1995, p. 234).

Na sequência, esclarece que a ideologia positivista, ao ser examinada, enseja a crítica fundada em juízo de valor, “pois a ideologia não descreve a realidade, mas procura influir nesta e, portanto, da ideologia não se pode dizer que é verdadeira ou falsa, mas se deve dizer se é boa ou má (justa ou injusta)”. Bom (justo) seria o que o Estado impõe a todos como conduta, e mau (injusto), aquilo que o Estado não entendeu como relevante para justificar sua incorporação à ordem jurídica.

Esta acepção dá margem à acusação de ter o positivismo facilitado os regimes totalitários; porém, Bobbio afirma, sem reboços, que tais acusações podem ser invertidas, visto que “considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado Liberal e não do Estado Totalitário, ou, de qualquer maneira, tirânico” (Id., 1995, p. 236).

Para Bobbio, o método positivista é simplesmente o método científico e, para fazer ciência jurídica ou teoria do direito, é necessário adotá-lo, pois, do contrário, “não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito” (Id, 1995, p. 238).

E, a partir do positivismo, torna-se mais intenso o papel do dogmatismo, em especial na elaboração de conceitos gerais limitadores do direito a um campo próprio, sob o ponto de vista científico, sem considerar as relações com outros campos, como a sociologia, a filosofia, a economia, dentre outros. A este respeito Margarida Maria Lacombe Camargo observa:

Não obstante, a dogmática jurídica acabará por ensejar a elaboração de conceitos gerais que formulem e circunscrevam o campo de atuação do direito. É o papel da Teoria Geral do Direito, cuja base formal segue a Jurisprudência dos Conceitos. Por outro lado, essa base conceitual passa a ser indispensável ao princípio da completude da ordem jurídica. Cientificamente, é importante que o direito se baste. A auto-integração mediante processo autônomo, lógico e sistemático, baseado em princípios gerais, evitaria a influência de elementos externos, capazes de fragilizar os limites do direito. Veremos, no entanto, que essa concepção formalista e positivista sempre foi acompanhada de críticas. (CAMARGO, 2003, p. 90).

A **Jurisprudência dos Conceitos** tem como base a lógica formal positivista. Ou seja, o direito tem a função de criar conceitos, e o juiz deve prolatar sua decisão de acordo com os seus comandos. Nesse sentido, em sua obra “Lógica Jurídica e Interpretação das Leis”, Luiz Fernando Coelho anota que “a jurisprudência conceitual considera os textos legais como sustentáculo de significações objetivas oriundas do legislador e capazes de ministrar novas soluções segundo as circunstâncias” (COELHO, 1981, p. 235).

Em contraponto a jurisprudência dos conceitos, no início do século XX surgiu a **Jurisprudência dos Interesses**, que tem por objeto o estudo e a observação pragmática, ou seja, a relação entre a decisão judicial e a realidade social. Conforme esse pensamento, o direito envolve uma ideia prática, além da ideia de fins e de valores, baseados nas necessidades e nos interesses sociais em conflito, pelo que se pode afirmar que esse saber tem uma “função” judicial (CAMARGO, 2003, p. 92-93).

Na Jurisprudência dos Interesses, os comandos jurídicos têm origem nos conflitos observados na realidade social, e não em conceitos abstratos que são previamente determinados. Daí a importância, para essa escola, dos valores socialmente prevalentes; o magistrado, ao

resolver o conflito, procurará descobrir que interesse o legislador pretendia proteger, dentre aqueles em litígio.

Porém, é de se registrar que, para a Jurisprudência dos Interesses, o juiz não goza de liberdade de interpretação; antes, fica adstrito ao direito positivo. Esse cumprimento da norma positivada ocorre não apenas literalmente, pois serão consideradas as valorações e interesses que o legislador buscava proteger.

Se lacuna existir na lei, o seu aplicador deve buscar a solução nos mesmos critérios axiológicos que inspiraram o legislador. Por conseguinte, de uma ou de outra forma, o juiz se restringirá aos interesses e valores presentes na vontade do legislador.

Como se verifica, apesar de consistir em pensamento avançado, a Jurisprudência dos Interesses não libertou o direito do positivismo, pois a busca da vontade do legislador é limitadora na sua aplicação (do direito) à realidade social. Nesta, cada grupo tem os seus interesses e valores, que, em regra, são divergentes e, pois, não são atendidos simplesmente com a busca dos interesses visados pelo legislador na elaboração da lei.

É de se registrar que as escolas positivistas, não obstante mais fechadas, não dispensavam a interpretação e, pois, a argumentação.

Em decorrência das críticas ao formalismo, no início do século XX, na Alemanha, nasceu o **Movimento para o Direito Livre**, a partir da conferência “A luta pela Ciência do Direito”, promovida pelo jurista austríaco Eugen Ehrlich, em 1903. Esse movimento propôs a busca livre do direito, ou seja, o aplicador não se limita à vontade do legislador encontrada na lei, mas, se necessário, age criando o direito para o caso concreto.

O mencionado jurista austríaco, em sua obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”, sustentou:

O direito não consiste nas disposições jurídicas, mas nas instituições jurídicas; quem quer determinar quais são as fontes do direito deve saber explicar como surgiram Estado, Igreja, família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem no decorrer do tempo. (EHRlich, 1986, p. 70).

Como anota Betioli (2002, p. 348), o lema da Escola do Direito Livre era “a justiça pelo código ou apesar do código”. Os integrantes desse movimento pregavam que o direito que tem sua origem nos grupos sociais, é espontâneo, rico e natural, e, pois, deve ser reconhecido pelo Estado e sintetizado pelos doutrinadores.

Em suma, referido movimento buscou solução para o sério problema que ainda atinge o direito, conforme aqui é sustentado, qual seja, a grande distância entre esse direito, que é estanque, e a realidade social, que está sempre em movimento. Óbvia a necessidade da

argumentação para a boa postura interpretativa, consoante o pensamento dos integrantes dessa escola.

Porém, contra esse sociologismo jurídico, adveio forte reação, em especial por meio da **Teoria Pura do Direito**, de Hans Kelsen. Ele próprio, no início de sua tão comentada obra “Teoria Pura do Direito” – que nem sempre é devidamente estudada – sustenta que o positivismo puro “fornece uma teoria da interpretação” (2000, p. 1).

Porque teoria “pura”? Kelsen responde com toda a clareza e sem rebuços:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (id. 2000, p. 1).

Não obstante esta contundente afirmação, na sequência ele reconhece que a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política se referem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o direito, porém sustenta que, sob o ponto de vista científico e metodológico, a teoria pura as exclui, “não por ignorá-las ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto” (2000, p. 2). Outrossim, Kelsen sustentou que a validade da disposição normativa, decorrente da legitimidade do poder que a editou, submete-se ao filtro da efetividade, que, se não concretizada, faz desaparecer aquela, isto é, própria validade (KELSEN, 2000, p. 232-235).

Porém, mesmo à luz da Teoria Pura, não se pode deixar de considerar que o direito, por natureza, é um saber argumentativo, o que envolve os valores, a moral, a ética e os princípios.

Em tempo mais recente, em contraposição à Teoria Pura do Direito, surgiram outras escolas que se inserem no denominado **Pós-Positivismo**.

Sob inspiração do Movimento do Direito Livre e como reação ao normativismo puro de Kelsen, foi desenvolvida a denominada **Jurisprudência dos Valores** – também conhecida como Jurisprudência de Valoração -, ainda no século XX, que teve adeptos como Radbruch (na primeira metade do século) e Karl Larenz (na segunda metade), entre muitos outros.

Um dos maiores méritos dessa Escola está no reconhecimento da cultura como uma das principais referências do direito. Os valores cultivados por um grupo são decorrentes da cultura, que envolve as crenças e as tradições que uma geração herda da anterior.

A esse respeito, em sua “Introdução à Filosofia”, Miguel Reale ensinou:

Toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam. É aqui que encontramos outra característica do valor: a sua possibilidade de ordenação ou de graduação preferencial ou hierárquica, embora seja incomensurável (1989, p. 144).

Para a Jurisprudência dos Valores, o direito não pode deixar de considerar a ética, de se preocupar com o justo e, em decorrência, enfatizar como recursos para a interpretação os valores e os princípios, dando-se importância à argumentação.

Outra escola que se tem como decorrência do pós-positivismo é a **Lógica do Razoável** – também chamada por alguns de Escola Vitalista ou Raciovitalista do Direito –, de Luis Recaséns Siches, para quem a norma deve ser aproximada do fato, vale dizer, ser revivida e amoldada à realidade social presente no conflito julgado, como ele observou em “Nueva Filosofía de la interpretación del derecho” (1973). As normas jurídicas nascem como respostas às necessidades sociais decorrentes de alguns fatos, e, quando aplicadas, não podem ser convertidas em princípios *a priori*, com validade absoluta e universal. Antes:

Em definitivo, uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, que, na medida em que esteja vigente, é revivida de modo atual pelas pessoas que a cumprem e pelas pessoas que a aplicam, e que, ao ser revivida, deve experimentar modificações para ajustar-se às novas realidades em que e para as quais é revivida. (SICHES, 1973, p. 276 - tradução livre).³

Em seu pensamento, bem trabalhado igualmente na obra “Panorama del pensamiento jurídico em el siglo XX” (1963, vol. 1), Recaséns Siches propõe um método de interpretação jurídica em que parâmetros da lógica tradicional não podem ser aplicadas às normas de direito positivo. A lógica do razoável leva à aplicação das normas de direito de forma adequada às realidades da vida humana, pois os fatos verificados nessa realidade é que influenciam e dão sentido às normas.

Siches, com segurança, pondera que o processo lógico-dedutivo não é suficiente para a decisão a respeito da aplicação de determinada norma no julgamento do conflito num caso concreto, uma vez que o problema não está em se extrair, pela inferência, conclusões de determinados conceitos jurídicos. “Pelo contrário, é um problema que se pode resolver somente ponderando, compreendendo e estimando os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações reais”⁴ (SICHES, 1973, p. 265), o que se concretiza por

³ No original: “En definitiva, una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada, que en la medida en que esté vigente es revivida de modo actual por las personas que la cumplen y por las personas que la aplican, y que al ser revivida debe experimentar modificaciones para ajustarse a las nuevas realidades en que es revivida y para las cuales es revivida”.

⁴ No original: “Por el contrario, es un problema que se puede resolver solamente ponderando, comprendiendo y estimando los resultados prácticos que la aplicación de la norma produciría en determinadas situaciones reales”.

meio da argumentação. Elucidando o seu posicionamento, acrescenta o autor que a norma em questão é sem dúvida aplicável se esses resultados práticos estão conforme as valorações que inspiram e efetivamente fundamentam o ordenamento jurídico positivo. Mas, se a norma, a ser aplicada a certos casos singulares, num raciocínio hipotético produzir efeitos que venham a contradizer categoricamente as valorações de acordo com as quais está modelado o ordenamento jurídico positivo, então, também sem dúvida, tal norma não é aplicável a essa situação concreta.

Deste modo, conforme muito bem anota Plauto Faraco de Azevedo, inspirado em Recaséns Siches, “aos preceitos jurídicos não se pode atribuir validade imanente, independentemente dos casos a que se apliquem”, pois o direito positivo não é válido por si só, “abstraindo-se toda aplicação real a situações concretas da vida”. Antes, “a validade das normas jurídicas positivas está necessariamente condicionada pelo contexto situacional em que e para que se produziram”. (AZEVEDO, 1989, p. 16).

Em resumo, consoante o pensamento de Siches, ao agente do direito é necessário buscar a norma mais adequada para o caso concreto e em seguida transformar os seus termos gerais em norma singular, individualizada para aquela situação. Com isto, a norma individualizada é aplicada adequadamente, como instrumento do justo no caso concreto.

Pois bem, do que foi visto a respeito das escolas de hermenêutica que, por um ou outro método a ser adotado, influenciam na maneira de se interpretar um caso, os elementos de convicção e as disposições normativas aplicáveis, constata-se que a necessidade de argumentação se insere nos contornos de todas elas, à exceção da denominada escola da exegese, que a exige em pouquíssima medida.

Destarte, é imperativo buscar responder se existe relação entre hermenêutica, interpretação, argumentação, de um lado, e de outro a inteligência artificial enquanto sistema empregável para a produção de decisões judiciais.

Hoje, a IA não detém a linguagem natural que integra a capacidade argumentativa, com a possibilidade de valoração das provas de modo a se constatar quais merecem maior credibilidade, nem possui a habilidade para efetivar juízos de valor, que são indispensáveis à escolha da disposição normativa a ser adotada no julgamento.

Tudo isto, envolvendo a hermenêutica e a interpretação, integra-se à exigência constitucional da motivação das decisões, o que se dá pela lógica jurídica da argumentação demonstradora do processo decisório (PERELMAN, 2005, p. 469-472). De fato, como já visto

alhores, em maior ou menor medida, todo julgamento realizado pelo magistrado contém decisões interpretativas, impossíveis de serem construídas sem a argumentação jurídica.

Assim, considerando-se que os sistemas de inteligência artificial efetivam as tarefas que lhes são confiadas por meio da lógica dedutiva, insuficiente para a decisão que contrapõe valores, com a exigência da harmonização que envolve a argumentação, constata-se a inviabilidade de se fazer uso do “juiz robô” para os julgamentos com estes contornos, isto é, nos quais são necessárias as valorações relativas às provas, aos direitos em conflitos e às disposições normativas aplicáveis, com a necessidade de interpretação a ser efetivada conforme a escolha da teoria hermenêutica tida como mais adequada no caso concreto.

CONCLUSÃO

Depois da abordagem feita a respeito das inquietações existentes em razão das novas tecnologias, especialmente a inteligência artificial, sobreveio a análise do seu uso no campo do direito, com o apontamento de alguns problemas e injustiças verificadas no emprego de diferentes sistemas de IA em julgamentos realizados pelo Poder Judiciário.

Essas dificuldades e temores tornam-se mais profundos quando se tem a necessidade da observância da constitucional garantia da motivação das decisões, que implica num processo decisório do qual faz parte a interpretação, com a adoção de um ou outro método, a depender da teoria hermenêutica escolhida, efetivando-se pelo emprego da argumentação jurídica. E, essa opção hermenêutico-interpretativa é que vai determinar qual e como será aplicada uma ou outra disposição normativa, tudo isso com a possibilidade de se chegar a resultados completamente diferentes e inconciliáveis, no julgamento.

Esse quadro permite algumas considerações, a saber:

A) Faz-se indispensável uma postura equilibrada a respeito da adoção dos sistemas de inteligência artificial no direito, com a valorização dos benefícios das novas tecnologias, como o impressionante aumento da produção nas tarefas repetitivas, de classificação dos processos e pedidos, e de mineração dos dados constantes dos autos. Outrossim, tem-se o benefício relativo ao surgimento de novas áreas de atuação pelos agentes do direito;

B) Por outro lado, mister se faz o olhar cauteloso para que, com a adoção dos sistemas de inteligência artificial pelo Judiciário, em todas as suas esferas, não decorra prejuízo aos

direitos humanos e fundamentais, inclusive aqueles relacionados ao processo, de modo que se impõe que o sistema a ser adotado seja confiável e sólido;

C) Estas preocupações têm um viés ético, pois o julgamento efetivado pelos magistrados sempre impõe, por exigência constitucional, a motivação, e, no processo decisório, tem-se presente a necessidade da interpretação, que está diretamente vinculada com a teoria hermenêutica empregada. Ora, como visto acima, as escolas hermenêuticas e o método interpretativo a ser adotado exigem o uso da argumentação por meio da linguagem natural, capacidade ainda não presente nos sistemas algorítmicos conhecidos, de modo que a decisão final pode se afastar da ideia do justo no caso concreto;

D) A argumentação, instrumento por meio do qual o Magistrado apresenta sua motivação na decisão, ainda não é capacitação inerente aos “juízes robôs”. Se e quando as inteligências artificiais adquirem a habilidade para a harmonização dos valores em conflito num caso, será então possível cogitar-se do uso desses sistemas nos julgamentos pelo Judiciário, desde que a nova tecnologia permita, a partir dos algoritmos, a aptidão para a opção entre uma e outra possibilidade interpretativa e, pois, decisória;

E) Em eventuais e futuros julgamentos realizados por sistemas de inteligência artificial, é indispensável que se possibilite aos jurisdicionados o conhecimento a respeito de como foram empregados os dados fornecidos para a tomada de decisão pela máquina, o que é necessário ao pleno exercício do acesso à justiça, uma vez que o uso de mecanismos oculto, no sistema processual brasileiro, viola o devido processo constitucional, pois esse desconhecimento impede a concretização de garantias processuais como a ampla defesa e o contraditório, impossibilitadas quando não se sabe que pressupostos e critérios interpretativos foram utilizados no julgamento;

F) Essas cautelas ganham realce ao se cogitar que esses sistemas decidirão sobre temas que são muito caros aos cidadãos, como a liberdade pessoal, a propriedade e tantos outros. Todavia, os “juízes robôs”, a partir do fomento dos dados pelos humanos, podem ter em seus modelos tecnológicos valores sutis e ideologias não transparentes, que gerarão muitas dificuldades em relação aos resultados, isto é, as decisões.

Essas precauções são necessárias para se evitar que sistemas de inteligência artificial não sólidos e não confiáveis sejam empregados pelo poder Judiciário, o que geraria uma tomada de decisão não segura, quiçá fundamentada em instrumentos analíticos que podem se traduzir em dados algorítmicos parciais, ou em correlações ilegítimas, em decisões erradas e injustas, com a subestimação das consequências jurídicas, sociais e éticas do julgamento efetivado, o

que, como se sabe, é muito nocivo na realidade social e nas vidas dos seres humanos, em especial os que estão na posição de vulnerados.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Pedro Henrique Melo, et al. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Texto para discussão.** Na era das máquinas, o emprego é de quem? Estimativa da probabilidade de automação de ocupações no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, março de 2019.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Edição ProView).

ASSIS, Olney Queiroz. **Interpretação do Direito.** Estilo tópico-retórico X método sistemático-dedutivo. São Paulo: Lúmen, 1995.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito.** São Paulo: Editora Letras & Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONNECASE, Julien. **La escuela de la exégesis en derecho civil.** Traducción de José M. Cajica. Puebla/México: Editorial Cajica, 1944.

BRASIL. AGU. **Advocacia-Geral aposta em inteligência artificial e automação de processos para agilizar trabalhos jurídicos.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/230719>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Indexação processual automática.** Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/gestao-de-precedentes-e-tema-de-encontro-no-tjmg.htm#.WvMAfogy00>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>>. Acesso em: 20 mai. 2019

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação.** Uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DI PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan; MACHADO, Edinilson Donizete; ALVES; Fernando de Brito. Inteligência artificial e direito: estabelecendo diálogos no universo jurisdicional tecnológico. **Revista Em Tempo**, Marília - v. 18 - 2019, p. 15-32.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FERNANDES, Carlos B. **Primeira decisão europeia que declara ilegal um algoritmo para a avaliação das características pessoais dos titulares de dados**. Disponível em: <<https://sigilo.org.br/decisao-europei-ilegal-algoritmo-avaliacao/>> Acesso em: 20 fev. 2020.

GILLET, Sérgio Augusto da Costa; PORTELA, Vinícius José Rockenbach. **Inteligência artificial e motivação das decisões judiciais: limites e desafios para a atividade cognoscitiva do juízo**. In *Processo e tecnologia*. HOLZ, Jonathan Carvalho; MACEDO, Elaine Harzheim; GILLET, Sérgio Augusto da Costa (Org.). Porto Alegre/RS: Editora Fi, 2018.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito** - 1.ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de processo**, vol. 285, pp. 421-447. Nov. 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RACANICCI, Jamile. **Judiciário desenvolve tecnologia de voto assistido por máquinas**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/judiciario-desenvolve-tecnologia-de-voto-assistido-por-maquinas-08012018>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1989.

RICO, Ana Letícia. **Dicionário Startupês**. 1ª ed. E-book. São José dos Campos/SP, 2019. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/in/analeticarico/>> Acesso em: 02 dez. 2019.

ROBBINS, Stephen P.; JUDGE, Timothy; SOBRAL, Filipe. **Comportamento organizacional: teoria e prática no contexto brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

RODAS, Sérgio. Algoritmos e IA são usados para que robôs decidam pequenas causas. **Revista CONJUR**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-27/algoritmos-ia-sao-usados-robos-decidam-pequenas-causas>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SERBENA, César Antônio. Perspectivas de aplicações da inteligência artificial no direito. In: SERBENA, César Antônio (Coord.). **e-Justiça e processo eletrônico**: anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR. Curitiba: Juruá, 2013, p. 41-58.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de La interpretación del derecho**. México: Ed. Porrúa, 1973.

SICHES, Luis Recaséns. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. México: Ed. Porrúa, 1963, v. 1.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 355-376, 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

TRABALHADORES QUALIFICADOS SERÃO OS MAIS AFETADOS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DIZ ESTUDO. **Época Negócios Online**. Disponível em: <<http://dataexperience.com.br/areas-aplicacao-da-inteligencia-artificial/>> Acesso em: 25 mar. 2019.

TURING, Alan. M. Computing machinery and intelligence. **Mind**, vol. LIX, Issue 236, October 1950, pages 433–460, Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>> Acesso em: 29 mar. 2020

VALENTINI, Romulo Soares. **Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas**. Tese. [Doutorado em direito] - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.