

**INTELIGENCIA ARTIFICIAL: MESMOS PROBLEMAS, MAS NA VERSÃO
HI-TECH***ARTIFICIAL INTELLIGENCE: SAME PROBLEMS, BUT IN HI-TECH VERSION***Lenio Luiz Streck¹****Luísa Giuliani Bernsts²****Jefferson de Carvalho Gomes³**

RESUMO: O debate jurídico tem sido enfeitado nos últimos anos com o novo *canto da sereia*: o uso de algoritmos para auxiliar os juízes em sua prestação jurisdicional, incluindo nesse rol o auxílio na tomada de decisões. Isso é resultado de mudanças profundas sofridas também pelo Direito nos últimos dois séculos, mas principalmente a partir da década de 1990, impulsionadas pela tecnologia. Bem verdade, toda a estrutura e compreensão sobre o mundo vem se transformando e, seguramente, motivada pelo *boom* da internet. Como em cadeia, essas mutações afetaram o processo comunicativo, a forma de relacionamento entre os sujeitos e, paulatinamente, vêm atingindo o âmbito de atuação do Poder Judiciário. Pretende-se, a partir do emprego do “método” fenomenológico-hermenêutico, demonstrar que, mesmo diante dos avanços promovidos pela tecnologia, não podemos abrir mão das justificações por princípio como trunfos em favor da democracia.

Palavras-chave: Crítica Hermenêutica do Direito; Inteligência Artificial; Filosofia no direito

ABSTRACT: The legal debate has been enchanted in recent years with the new siren song: the use of algorithms to assist judges in their jurisdictional provision, including assistance in decision-making. This is the result of profound changes also undergone by the Law in the last two centuries, but mainly from the 1990s onwards, driven by technology. Truly, the entire structure and understanding of the world has been changing and is certainly motivated by the internet boom. As a chain, these mutations affected the communicative process, the form of relationship between subjects and, gradually, they have reached the scope of action of the Judiciary. It is intended, from the use of the phenomenological-hermeneutic “method”, to

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). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional — ABDConst. Coordenador do *Dasein* — Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

² Doutoranda e Mestre em Direito Público pela UNISINOS/RS. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Membro da Rede Brasileira Direito e Literatura.

³ Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (bolsista Prosup-Capes); Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (bolsista Prosup-Capes); Especialista em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Professor na Pós-Graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Professor convidado nas Pós-Graduações das Universidades Cândido Mendes e Assis Gurgacz; Professor convidado na Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e da Rede Brasileira Direito e Literatura. Advogado.

demonstrate that, even in the face of advances promoted by technology, we cannot give up justifications on principle as trumps in favor of democracy.

Keywords: Hermeneutic Critique of Law; Artificial intelligence; Philosophy in Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Inteligência artificial no direito 3. Interpretar por princípio, mais uma vez a Crítica Hermenêutica do Direito; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito tem passados por mudanças profundas ao longo dos últimos dois séculos. Não é tão distante o período em que o Direito era quase uma atividade artesanal, visto que muito do que escrito era, primeiramente, feito à mão e, depois, datilografado. Os processos eram todos em papel, as decisões eram feitas também à mão pelos juízes e todos os atos do processo eram feitos e escritos através de papel e manuscritos.

No fim do século XX, mais precisamente a partir da década de 90, a tecnologia começou a avançar, mudando toda a estrutura do mundo, o que, seguramente, tem como causa principal o surgimento e o *boom* da internet. Como em cadeia, essas mutações afetaram o processo comunicativo, a forma de relacionamento entre os sujeitos e, paulatinamente, vêm atingindo o âmbito de atuação do Poder Judiciário.

É inegável que, dentre os tantos benefícios oriundos da informatização, inúmeros atos processuais ficaram mais céleres, diminuiu-se o desperdício de papel, facilitou-se o acesso à justiça. Contudo, o que se pretende discutir no presente texto é, justamente, se tais benefícios não carregam consigo predadores. Em nome da celeridade seria possível admitir que máquinas passem a julgar? Em nome da segurança jurídica conseguiremos matematizar casos concretos singulares por natureza?

O método de pesquisa empregado para tanto é o fenomenológico-hermenêutico. Isso pois, somente pela compreensão é possível interpretar. As pré-compreensões a respeito de um tema residem na tradição e somente nós mesmo conseguimos, a partir da linguagem, interpretá-la (STRECK. 2014, p. 331). Não mais como terceiros, os sujeitos é que desvelam o sentido das coisas pela desconstrução do senso comum. Por si só este método ajuda a clarear as questões trazidas neste ensaio, como veremos em seguida.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO

Não resta dúvida que a tecnologia, como já referido, trouxe muitos avanços positivos ao cotidiano das pessoas. A pandemia, que ainda estamos vivenciando, serviu para intensificar essas transformações, de forma que não mais será possível retroceder ao estilo de vida alheio ao mundo virtual. Porém, ao mesmo tempo em que este avanço tecnológico pode ter trazido várias vantagens, inclusive ao Direito, preocupa a possibilidade de eles encobrirem posturas antidemocráticas que há muito vêm se denunciando.

Em outros textos já se alertou para o paradoxo: se a extrema tecnologização der certo, dará errado. É como as pesquisas que buscam objetificar ou matematizar o cérebro e as emoções, com eletrodos e quejandos: se der certo, dará errado, porque acaba com a filosofia. *Algoritmos rimam com epistemologia?* Como a IA lida com aquilo que é condição para explicarmos o que compreendemos? Ou também já matamos a epistemologia?

Primeiramente, é notável como o incessante desejo de tecnologização coincide com o empobrecimento do raciocínio jurídico — afinal, para que ter aulas e ter de pensar se há vídeos no YouTube sobre o assunto ou se as máquinas podem resolver meu problema? Além disso, o endeusamento da técnica como visão de mundo apenas retoma uma perspectiva filosófica há muito já conhecida — mudam-se os nomes (empirismo não tem a mesma atratividade que *algoritmos*), mas a *coisa* continua a mesma.

Mas passando pra um patamar acima (ou abaixo): é possível obter algum benefício com o uso de inteligência artificial no Direito, sobretudo para a tomada de decisões judiciais? Sobre o uso demasiado de inteligência artificial na prestação jurisdicional, Marco Marrafon (2019, s.p.) observa que:

é necessário ter em mente os perigos que podem estar inseridos nesta contribuição: ainda que não haja nem espaço e nem juridicidade para a existência de decisões judiciais tomadas diretamente pela Inteligência Artificial, a grande capacidade de processamento de informações, combinada com o potencial de aprendizado, já permite antever que as decisões humanas serão baseadas em relatórios e análises baseadas em IAs superinteligentes, que, certamente, serão determinantes para o resultado. (...) é o conhecimento legal prévio que permitirá a identificação da tipicidade dos fatos e isso significa que as interpretações realizadas pelas IAs em seus relatórios constituirão a verdadeira motivação que instruirá os processos decisórios: a IA será a intérprete maior do Direito.

Para compreendermos melhor a questão em voga, trazemos um caso concreto. Os EUA resolveram melhorar sua eficiência no sistema judiciário criminal com o emprego de algoritmos, desenvolvendo um programa que tenta prever o comportamento do réu, que é chamado COMPAS - Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

Criado em 1998, o algoritmo do programa é secreto, ou seja, não podemos compreender totalmente a forma como ele decide em cada caso. E isso já é um problema. O máximo de informação que se tem é que ele determina o padrão comportamental por uma série de perguntas. Após a aplicação de um questionário, o programa atribui uma nota de 1 a 10 e, dependendo dessa nota, sentenciará o juiz.

Questão de tempo até que isso gerasse mobilização no debate jurídico estadunidense. Em 2016 houve o primeiro caso: *Wisconsin v. Loomis*. Loomis foi indiciado pelas acusações de direção perigosa (como cúmplice), fuga de um oficial da lei, condução de um veículo roubado (como cúmplice), posse de arma de fogo para uso em crime (como cúmplice) e posse de uma espingarda de cano curto (como cúmplice). Loomis respondeu ao temível questionário e foi sentenciado, em fevereiro de 2013, por 6 anos de prisão, por causa da sua nota.

O réu, então, apelou da decisão, arguindo que a utilização de ferramentas de cálculo de risco pode afetar a neutralidade do juiz, ferindo o seu direito ao *due process*, previsto na Quinta Emenda. Um dos argumentos foi a alegação de que não se pode acessar os dados que o levaram a tal “acuracidade”. Ainda assim, a Suprema Corte de Wisconsin manteve a condenação afirmando que ele teria a mesma sentença se fosse levado em consideração somente os atos delituosos e o seu histórico. Com isso, manteve a possibilidade do emprego do COMPAS na formação da decisão dos magistrados sob o argumento de que o COMPAS serve como uma ferramenta de informação a ser utilizada ou não pelo juiz em sua decisão. Ou seja, o *due process* estaria intacto.

A partir daí surgiu um massivo debate sobre questões transversais de raça e gênero. Isso porque foi feita uma análise que mostrou o seguinte resultado: se um negro e outro branco com a mesma idade, sexo e ficha criminal - e levando em conta que depois de serem avaliados os dois cometeram quatro, dois ou nenhum crime -, o negro tem 45% mais chances do que o branco de receber uma pontuação alta no COMPAS (LARSON; MATTU; KIRCHNER; ANGWIN, 2016, s.p.). Mas por que mesmo não tendo uma pergunta sobre raça, os afrodescendentes têm uma pior classificação? Motivo?

Muitos podem ser os motivos para essa descaracterização da igualdade de raça na aplicação do algoritmo. Não iremos adentrar nessa discussão pois acredita-se que, antes mesmo de todas essas questões de minorias vulneráveis, existe um elemento constitutivo do Direito que deve ser considerado: o interpretativismo. Esta deve ser a luta contra os voluntarismos e decisionismo com que nos deparamos. O fato de a Suprema Corte de Wisconsin evitar o assunto

de transparência do programa é um problema enorme. Eis, precisamente, o ponto pelo qual precisamos denunciar a “algoritimização do direito” como uma reprimatização do realismo jurídico: apenas substituímos a aplicação mecânica, acrítica e descontextualizada de “precedentes”, “súmulas” etc. por uma aplicação, igualmente irrefletida, do produto do tratamento de informações por um algoritmo, o qual sequer sabe-se como funciona. Esse bastaria para que o Direito exsurgisse.

Prova disso é exatamente o argumento da Suprema Corte do Wisconsin acima relatado: ora, no final do dia, qual foi realmente o fundamento da decisão? Os atos delituosos e o histórico criminal, ou a cartilha do algoritmo? Não se sabe! E não se sabe o porquê o grau mínimo de autonomia do Direito nunca foi levado a sério. Aliás, nunca se soube a resposta (aqui está o realismo)! O realismo sempre defendeu a necessidade (ou possibilidade) de observarmos o comportamento das Cortes para capturarmos o que é o Direito, sem que fosse necessária uma interpretação profunda (íntegra e coerente) dos princípios e regras que atravessam o fenômeno jurídico prático. Agora, nem mesmo a prática jurídica superficialmente considerada é o Norte para a decisão judicial, mas um algoritmo (o que, me parece, é mil vezes pior, embora seja, no fundo, o mesmo inimigo de sempre).

É possível, inclusive, imaginar esses dois rios (realismo jurídico clássico e o realismo algoritmizado) se cruzando: uma decisão tomada em 2021 por uma Corte do Wisconsin fundamentada em uma pontuação do COMPAS e, que, após sedimentada enquanto precedente, servirá de fundamento para uma outra decisão da mesma Corte em 2050. O paradoxo: o fundamento da decisão de 2021 foi a cartilha de um algoritmo. Não teremos reis, só mensageiros de reis. Mas, sem reis, não haverá mais mensagens. Haverá (já há) mais um predador do Direito no mercado. Agora é o de número 4. Moral, política e economia...e agora a algoritimização.

No Brasil, este problema começa a parecer quando, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça começa a usar mecanismos de inteligência artificial – conhecido por sistema Sócrates – responsável pelo controle e gestão de dados pra otimização da prestação jurisdicional. Aparentemente, o discurso do uso da inteligência artificial é positivo, porém, pelo o que se vê na ainda precoce experiência, é problemático. A exemplo, o julgamento de *habeas corpus* diante da interpretação literal da súmula 691, do STF, que inadmitte o manejo do remédio como substitutivo de Recurso Ordinário. O problema: existem situações que tal regra deve ser

afastada. Será que a máquina que faz o controle de admissibilidade será capaz de compreender o que é uma situação teratológica?

3. INTERPRETAR POR PRINCÍPIO, MAIS UMA VEZ A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Para responder a essas tantas questões é preciso pensar no que justamente consiste na tarefa de interpretar o Direito. Ou seja, antes de descobrir os algoritmos que recheiam as máquinas, precisamos refletir sobre como os juízes decidem. Afinal, muito provavelmente, este será o parâmetro. Se de um lado é inegável a contribuição, é pertinente que tenhamos em mente os perigos que podem estar inseridos nela, pois, ainda que não haja nem espaço, nem juridicidade para a existência de decisões judiciais tomadas exclusiva e diretamente pela Inteligência Artificial, inegável a dimensão que ela está ganhando.

Portanto, partindo desta premissa, precisamos nos colocar não contra, mas reflexivos acerca da “colonização do mundo do direito” pela tecnologia. Isso em razão de pelo menos dois motivos robustos, ambos ligados à nossa compreensão do conceito de direito, que esclarecemos desde já: é interpretativista. Primeiro: não há como pensar em uma interpretação que não seja diretamente conectada com a (inter)subjetividade e por conseguinte com a atividade humana. Nesse sentido, “o horizonte do significado nos é dado pela compreensão que temos de algo. A compreensão é existencial, é uma categoria pela qual o homem se constitui” (STRECK, 2020, s.p.) e isso por si é incompatível com o “juiz robô”.

Por isso, ainda que se admita que máquinas e juízes possam decidir juntos, a máquina nunca terá a capacidade de compreender o fenômeno complexo que se desenvolve a partir de um processo, pois interpretar é por si ato por hermenêutico complexo, que depende da atividade humana, vinculada à capacidade de compreender a historicidade e desvelar a tradição. É dessa forma que os sentidos se mostram à sua melhor luz e são controlados pela intersubjetividade. Afinal, a ausência de grau-zero de sentido e o processo de conhecê-los é uma arma e tanto contra arbitrariedades. E, como muito bem sabemos, por isso, ao hermenêuta importa tanto o caminho.

Lançamos um grande argumento – afinal, somos como os ouriços – que reforça e é reforçado pela tese de que existe uma forma (fenomenológica-hermenêutica) correta de interpretar. Isso porque todas as decisões deveriam partir de argumentos de princípio, que por

sua vez são incoerentes com os pragmatismos e utilitarismos que fundamentam posturas que defendem a Inteligência Artificial.

Os argumentos apresentados pelos juristas hi-tech costumam ser os da celeridade, eficiência e isenção do julgador. Contudo, esse tipo de argumento, que funciona na lógica do resultado, fere a própria gramática dos princípios (BERNSTS, 2022) e, para ressaltar, cabe muito bem um dos exemplos usados pelo próprio Dworkin para explicar seu grande ataque ao positivismo de Hart. Dworkin apresenta a categoria dos princípios, dentre os casos, com o *Riggs vs Palmer*, que se refere a seguinte demanda: Elmer era neto de Palmer e seu herdeiro, diante da possibilidade da alteração do testamento, o neto mata o avô pensando em ficar com a herança, afinal não havia proibição legal. Entra com ação pleiteando a herança e ganha em primeiro grau. Em segundo grau, perde porque entendem os juízes, em termos de hoje, que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

A resposta foi adequada porque seguiu um princípio. Se fosse tomada a partir da concepção de regra válida - segundo a caracterização do positivismo por Dworkin - admitiria a manutenção dos direitos sucessórios. Ainda no sentido da construção da melhor resposta possível, que se constrói a partir da interpretação de cada caso, Dworkin retoma o caso *Riggs vs Palmer* para combater argumentos utilitaristas e pragmatistas, isso porque, mesmo que as tias (concorrentes na sucessão) comprovassem que empregariam o dinheiro de melhor forma, deveria o juiz decidir não por isso, visto que essa é questão diferente da que se colocou em debate.

Denota-se, rápida e brevemente, desse exemplo que, como muito bem coloca Ziel Ferreira Lopes, “princípios se sustentam em razões substanciais que não podem ser separadas de um componente avaliativo, não podem ser tratados como simples questão de fato” (LOPES, 2021, s.p.) e, exatamente por isso, deles “não se apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2010, p. 39-42). A discussão que perpassa esse ponto é de Teoria do Direito. Precisamos necessariamente saber de Teoria do Direito para debater sobre direito. Podemos discordar de forma autêntica sobre quais correntes seguiremos, qual o conceito de direito defenderemos, mas para estarmos todos no mesmo barco (e de preferência bem amarrados nos mastros pela hermenêutica), não podemos esquecer que nele só embarcam seres-humanos.

Eis a necessidade da Hermenêutica, pois a partir dela é que não há como pensar em uma interpretação que não seja diretamente conectada com a subjetividade e, por conseguinte, com a atividade humana. Neste sentido afirma Streck (2020, s.p.):

O acontecer da interpretação se produz a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. E essa atribuição de sentido não se dá em dois “terrenos separados”, como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar inconstitucionalidade sem saber o que é constituição.

Fica claro neste momento que a interpretação requer necessariamente um ato humano porque é um resultado de toda a atividade dialética que decorre do viver, é dizer: a interpretação é o resultado que uma pessoa tem de vários fenômenos que são postos em seu viver na cotidianidade. Com isso queremos dizer que o conceito de Direito é interpretativo, o que é totalmente diferente da maneira como encaramos os conceitos naturais, como bem coloca Luã Jung, pois conceitos interpretativos não possuem referências, isto é, são intrinsecamente conotativos. Finalmente, o Direito, como um conceito interpretativo, é dependente do emprego de outros conceitos a ele relacionados em um processo holístico de justificação (JUNG, 2021, p. 131).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese: por favor, parem com isso. Fiquem nos limites de sua técnica. Direito não é *marketing*. Não estamos em Lagado. Direito, por mais desmoralizado que já esteja por livros resumidinhos e simplificados, ainda não dá para substituir por figurinhas, desenhos e emojis.

Não invadam o espaço da reflexão jurídica. Não substituamos nossa reflexão por algoritmos ou desenhos. Humanos, ainda somos. Como dizia o grande Rubem Alves, que tinha horror ao naturalismo vulgar da literatura:

O que é que se encontra no início? O jardim ou o jardineiro? É o jardineiro. Havendo um jardineiro, mais cedo ou mais tarde um jardim aparecerá. Mas, havendo um jardim sem jardineiro, mais cedo ou mais tarde ele desaparecerá. O que é um jardineiro? Uma pessoa cujos sonhos estão cheios de jardins. O que faz um jardim são os sonhos do jardineiro.

E eu pergunto: *ainda há espaço para jardineiros no Direito?*

Uma historinha final: houve um torneio de caça ao pato. Um caçador (Dr. Estar Tapas) deu dois tiros, errando à direita e à esquerda do bicho. Como ninguém havia acertado o alvo, o causídico reivindicou o prêmio, com o seguinte raciocínio: *dei um tiro e errei um metro à esquerda do pato; depois, dei outro, errando um metro à direita. Na média, acertei o pato. E citou, a seu favor, uma estatística a partir de fórmulas e algoritmos.* A comissão organizadora lhe deu razão, mas com uma condição: que o mesmo cálculo estatístico valesse contra ele. Dito isto, colocou o Dr. Estar Tapas com um pé nas brasas e outro pé no gelo. O doutor berrava contra a injustiça, ao que o Presidente da comissão lhe respondeu: pelos algoritmos, a sua temperatura é ótima!

5. REFERÊNCIAS

BERNSTS, Luisa Giuliani. **Contrapúblicos interpretativos**: uma provocação feminista às respostas corretas em Direito. Salvador: Juspodvim, 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 39 -42

JUNG, Luã Nogueira. **Verdade e Interpretação**: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

LARSON, Jeff; MATTU, Surya, KIRCHNER, Lauren; ANGWIN, Julia. How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. **Propublica**, 23/05/2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 20 out. 2021.

LOPES, Ziel. O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin?. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 58, Rio de Janeiro, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1181/693>. Acesso em: 20 out. 2021.

MARRAFON, Marco. Filosofia da linguagem e limites da Inteligência Artificial na interpretação jurídica. **Consultor Jurídico**. 22/07/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-22/constituicao-poder-filosofia-linguagem-limites-ia-interpretacao-juridica>. Acesso em: 20 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Estamos condenados a interpretar**. São Paulo: Estado da Arte, 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em: 20 out. 2021.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

*Data da submissão: 30/11/2021
Data da primeira avaliação: 01/12/2021
Data da segunda avaliação: 01/12/2021
Data da aprovação: 01/12/2021*