

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JOSE ANTONIO BOLIVAR PEDROSO

**PODE O DIREITO SER AUTOMATIZADO? O USO DE ALGORITMOS
À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Brasília
2017

JOSE ANTONIO BOLIVAR PEDROSO – MAT. 14/0096191

**PODE O DIREITO SER AUTOMATIZADO? O USO DE ALGORITMOS
À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Monografia apresentada para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

Brasília
2017

JOSE ANTONIO BOLIVAR PEDROSO

**PODE O DIREITO SER AUTOMATIZADO? O USO DE ALGORITMOS
À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Monografia apresentada para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB), perante a seguinte banca examinadora:

Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira
Orientador

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Membro

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Membro

Professora Doutora Claudia Rosane Roesler
Membro Suplente

O aluno foi considerado _____ pela banca examinadora.

Brasília, _____ de _____ de 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, sob o prisma da hermenêutica jurídica, movimentos de automação da prática do direito. Tem-se que a tecnologia da informação apresentou enormes avanços nos últimos anos, possibilitando a automação até mesmo de atividades classificadas como propriamente humanas. Entre elas, funções características à prática do direito, tais como a redação jurídica e a tomada de decisões. Porém, o intento de padronizar petições ou decisões judiciais pode trazer riscos ao exercício de uma adequada interpretação e consequente aplicação do direito. Para o alcance do objetivo estipulado, o primeiro capítulo contextualiza o avanço da utilização de tecnologia para o desempenho de atividades cognitivas, e aborda modelos que procuraram padronizar o raciocínio jurídico, entre eles o sistema ROSS Intelligence, que utiliza inteligência artificial para pesquisar a literatura jurídica, o COMPAS, usado para calcular a probabilidade de reincidência de réus em estados dos EUA, e a denominada ciência da previsão legal quantitativa. O segundo capítulo estabelece o marco teórico, tratando da concepção de uma hermenêutica jurídica a partir do pensamento de Ronald Dworkin, Hans-Georg Gadamer e Klaus Günther. Em Dworkin, evidencia-se a relevância de se incorporar argumentos de princípio para a solução de casos jurídicos difíceis, e percebe-se a necessidade de uma concepção de Estado de Direito efetivamente centrada nos direitos. Esse enfoque revela o direito como atitude interpretativa e construtiva, voltada ao conceito de coerência num sentido mais amplo. Consoante Gadamer, elucida-se não haver método capaz de produzir verdade, especialmente quando se quer entender as ciências do espírito. Nesse campo, situa-se a compreensão de textos, e sob tal ótica deve ser considerada a atividade hermenêutica. Já o ensinamento de Günther salienta a necessidade de se estabelecer uma cisão discursiva entre os juízos de fundamentação e de adequação das normas jurídicas. Com isso, um juízo de adequação seria possível apenas caso a caso, considerando as condições específicas extraídas de cada situação concreta. A partir desse referencial, o terceiro capítulo analisa os movimentos de automação da prática do direito sob o enfoque da hermenêutica jurídica, e propõe que a utilização de algoritmos na prática do direito não é adequada sob a perspectiva da adequada hermenêutica. Elaborou-se reflexão a respeito dos métodos de inteligência artificial atualmente aplicados ao direito, e asseverou-se que algoritmos são um tipo de texto, também passíveis de interpretação. Refletiu-se sobre os instrumentos de avaliação de risco de reincidência, afirmando-se que estes não substituem o juízo de adequação próprio da aplicação do direito. Foi realizada aproximação da temática com o ordenamento pátrio, e notou-se que a avaliação sobre a possibilidade de reincidência é permitida ou exigida em certos casos, porém mediante o exercício do juízo de adequação da norma à situação concreta, considerando todas as suas características. O conjunto de reflexões desenvolvidas no presente trabalho, portanto, reforça o argumento de que uma adequada hermenêutica deve prevalecer às soluções automatizadas no tocante à prática do direito, especialmente quando este é considerado veículo da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. Argumentação Jurídica. Hermenêutica Jurídica. Interpretação Construtiva. Juízo de Adequação.

ABSTRACT

The present work aims to analyze, from the perspective of legal hermeneutics, automation movements of the practice of law. Information Technology showed enormous advances in the last years, even allowing the automation of properly human activities. Among them, functions that are characteristic of the practice of law, such as legal writing and decision making. However, the attempt to standardize legal practice may pose risks to the exercise of an appropriate interpretation and application of the law. To reach the stipulated aim, the first chapter contextualizes the advances in the use of technology in cognitive activities and present models that seek to standardize legal reasoning. Among them, ROSS Intelligence system, which uses artificial intelligence to research legal literature, COMPAS system, used to calculate the probability of recidivism of defendants in US states, and the so-called science of quantitative legal prediction. The second chapter establishes the theoretical framework, dealing with the conception of legal hermeneutics from the thought of Ronald Dworkin, Hans-Georg Gadamer, and Klaus Günther. In Dworkin, it is evident the importance of incorporating arguments of principle for the solution of hard cases, and the necessity of a “rights” conception of the rule of law. This approach reveals law as an interpretive and constructive attitude, focused on the concept of coherence in a broader sense. According to Gadamer, there is no method capable of producing truth, especially when one wants to understand moral sciences. In this field lies the understanding of texts, and from such perspective, hermeneutics must be considered. Günther's teaching emphasizes the need to introduce a distinction between justification and application of norms. Thus, the appropriateness of a norm can be determined only on a case-by-case basis, considering the specific conditions extracted from each concrete situation. From this reference, the third chapter analyzes the automation movements of the practice of law under the approach of legal hermeneutics and proposes that the use of algorithms is not adequate from the perspective of appropriate hermeneutics. Reflection on the artificial intelligence methods currently applied to the law has been elaborated, and it has been asserted that algorithms are a type of text, and then can be interpreted like one. On the instruments for recidivism risk assessment, this work argues that these tools do not replace the judgment of appropriateness in law application. The work carried out an approximation of this theme with the Brazilian Law and noted that the evaluation of recidivism probability is allowed or even required in certain cases, but through the judgment of appropriateness of the norm to the concrete situation, considering all its characteristics. The reflections developed in the present work, therefore, reinforces the argument that an appropriate hermeneutics should prevail to the automated solutions in the practice of law, especially when we understand law as a vehicle of equality.

KEYWORDS: Artificial Intelligence. Legal Argumentation. Legal Hermeneutics. Constructive Interpretation. Judgment of Appropriateness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1 – OS ALGORITMOS E O DIREITO.....	12
1.1 O uso da tecnologia em atividades cognitivas.....	12
1.2 O uso da tecnologia para a padronização do direito.....	14
1.3 Avanços recentes: o sistema ROSS Intelligence.....	17
1.4 Os instrumentos de avaliação de risco de reincidência – o caso COMPAS.....	21
1.5 As previsões das decisões da Suprema Corte e a <i>Quantitative Legal Prediction</i> (QLP).....	24
CAPÍTULO 2 – FUNDAMENTOS DE HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	28
2.1 A noção de hermenêutica.....	28
2.2 A interpretação do direito segundo Dworkin.....	30
2.3 A hermenêutica filosófica de Gadamer.....	40
2.4 A teoria da argumentação de Günther.....	46
CAPÍTULO 3 – ANÁLISE: PODE O DIREITO SER AUTOMATIZADO?.....	51
3.1 Aspectos da automação na atividade jurídica.....	51
3.2 A utilização de inteligência artificial e o sistema ROSS Intelligence.....	55
3.3 Os instrumentos que avaliam a reincidência e o COMPAS.....	58
3.4 As tecnologias de predição legal quantitativa e os modelos de previsão de decisões.....	67
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

O direito não se encontra mais vinculado ao positivismo. Dessa forma ressalta-se que a norma, como texto abstrato, hodiernamente não desfruta da antiga onipotência. Segundo a nova hermenêutica jurídica, aliás, é de se afirmar que a norma surge da interação do texto com os fatos. Com isso, indissociáveis ao programa normativo estão os fatos e até mesmo o próprio intérprete¹.

Por outro lado, a tecnologia da informação tem apresentado enormes avanços nos últimos anos. À parte de que diversas tarefas manuais há muito podem ser realizadas por máquinas, as recentes conquistas na área da computação possibilitam à automação uma aproximação cada vez maior de atividades antes classificadas como propriamente humanas. Entre elas, inclusive, funções características à prática do direito, tais como a redação jurídica e a tomada de decisões.

Programas de computador já são utilizados para pesquisar a literatura jurídica, selecionar pontos relevantes para determinado caso, formular hipóteses e gerar respostas fundamentadas para utilização em petições. Além disso, sistemas de algoritmos são usados em alguns estados americanos para determinar o grau de periculosidade de réus em processos penais, o que influencia de forma relevante no cálculo das penas. A intenção, no caso dos “robôs-advogados”, é gerar pesquisas jurídicas robustas. Já no caso dos algoritmos que calculam o quão perigoso é o sujeito, tornar as decisões judiciais menos subjetivas, menos influenciáveis por erros humanos e por preconceitos.

O presente trabalho, então, tem como meta analisar os citados movimentos de automação da prática do direito sob o prisma da hermenêutica jurídica.

Portanto, delineou-se o seguinte tema para pesquisa:

“Pode o direito ser automatizado? O uso de algoritmos à luz da hermenêutica jurídica”.

Por sua vez, como problema para a presente abordagem, vislumbrou-se:

“Qual é, sob o prisma da hermenêutica jurídica, o papel da utilização de algoritmos na prática do direito?”

Como questões subjacentes, identificou-se a necessidade de se delimitar e descrever alguns dos sistemas ou algoritmos atualmente relevantes no contexto jurídico, bem como de se pesquisar sobre o papel do direito na vida em sociedade, sobre as questões relativas ao

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio/São Paulo: Renovar, 2003, p. 286.

contexto hermenêutico e sobre o exercício do juízo de adequação, próprio à aplicação do direito. Pensou-se, ainda, em discorrer-se sobre as limitações do conhecimento vinculado à metodologia das ciências da natureza quando intenciona-se aproveitá-las nas ciências do espírito (*moral sciences*).

O presente trabalho se faz relevante tendo em vista que, nas últimas décadas, computadores têm substituído pessoas no desempenho de muitas atividades. Isso provocou impactos no mercado de trabalho primeiramente em funções rotineiras, nas quais as tarefas seguem procedimentos bem definidos.

Ocorre que os avanços também se fazem presentes em atividades cognitivas não rotineiras. Em artigo de 2013, Carl Benedikt Frey e Michael Osborne, da Universidade de Oxford, fizeram uso de métodos estatísticos para estimar quais profissões estão em risco de serem automatizadas num futuro próximo, e propõem que tarefas relacionadas à redação jurídica serão em breve automatizadas².

Essa classe de soluções, portanto, começa a se fazer presente no cotidiano no operador do direito. O primeiro programa que se destaca é o ROSS, que atualmente usa a computação cognitiva do sistema Watson, da IBM, para pesquisar a literatura jurídica, selecionar pontos relevantes para o caso, formular hipóteses e gerar respostas fundamentadas para utilização em petições³. Algumas bancas de advocacia americanas adotaram o sistema, de acordo com seu sítio oficial⁴.

No caso, como o Watson utiliza as tecnologias de aprendizagem de máquina e de processamento da linguagem natural, a própria IBM assevera que o sistema está cada vez mais “entendendo e compreendendo o direito”, e que dará respostas cada vez melhores com base em análise de bilhões de documentos e interação com especialistas na área⁵.

De outro lado, tem-se a utilização, no Estado Americano de Wisconsin, de um questionário conhecido como COMPAS – sigla em inglês para *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* – o qual foi elaborado com o propósito de

² FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael. *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?* Oxford: Oxford Martin Programme on Technology and Employment, 2013. Disponível em <<http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

³ MELO, João Ozorio de. Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. *Consultor Jurídico*, 16 maio 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-roboto-advogado-eua>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴ Entre elas: Van Horn Law Group, K&L Gates, Simpson Thacher & Bartlett (banca que, inclusive, possui escritório na cidade de São Paulo), Latham & Watkins e Dickinson Wright. Disponível em <<http://www.rossintelligence.com>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁵ SILLS, Anthony. *ROSS and Watson tackle the law*. Disponível em <<https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

avaliar a probabilidade de a pessoa tornar-se reincidente. A avaliação é convertida numa pontuação de um a dez, sendo dez considerado de alta periculosidade⁶.

Casos como os expostos podem trazer riscos ao exercício de uma adequada interpretação e consequente aplicação do direito. E isso porque a padronização de petições ou mesmo de decisões judiciais pode contrariar uma abordagem realizada caso a caso, ao passo que pode fortalecer o culto à metodologia das ciências naturais na busca de uma alegada verdade.

É nesse contexto que se reconhece a importância do objeto do presente trabalho, que discorrerá sobre a pertinência da utilização de algoritmos na prática jurídica. O assunto é de interesse dos estudiosos do direito, mas também de toda a sociedade, visto que soluções automatizadas para funções jurídicas têm sido desenvolvidas e aplicadas, o que pode colocar em risco a adequada proteção e efetivação de direitos, caros a todo o corpo social.

Nesse diapasão, o objetivo geral vislumbrado para o presente trabalho é:

“Analisar, com base na hermenêutica jurídica, se a interpretação do direito é passível de automação, total ou parcial, por meio do uso de algoritmos e sistemas computacionais, em especial no tocante às atividades de auxílio à argumentação e de tomada de decisões”.

Como objetivos específicos, é de se relacionar:

a) contextualizar o avanço da utilização de tecnologia para o desempenho de atividades cognitivas, proporcionado pelo desenvolvimento de modernos programas computacionais;

b) identificar e descrever o funcionamento básico de sistemas e algoritmos atualmente relevantes no contexto jurídico, especialmente na realização de atividades de redação jurídica e de tomada de decisões;

c) relacionar o papel do uso dos algoritmos na prática jurídica com o conceito próprio de direito segundo Dworkin;

d) contrapor a aparente segurança proporcionada pela utilização da tecnologia, na interpretação do direito, com a hermenêutica filosófica proposta por Gadamer e com a visão do autor quanto à compreensão das ciências do espírito;

e) cotejar o ideal de solução do direito pelo uso de sistemas computacionais às diretrizes sugeridas por Günther para a realização do juízo de adequação concernente à aplicação do direito.

⁶ MAYBIN, Simon. Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA. *BBC News*, 31 out. 2016. Disponível em <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

Considerando o problema acima elaborado e os objetivos fixados, o marco teórico que fundamentará o presente trabalho tratará da concepção de uma hermenêutica jurídica a partir do pensamento de Ronald Dworkin, Hans-Georg Gadamer e Klaus Günther.

Nesse sentido, tem-se que o direito, segundo Dworkin, não mais se apoia nos ditames do positivismo ou do chamado convencionalismo, mas sim enfatiza o papel dos juízes e dos tribunais na sua interpretação.

Com base nesse autor, afirma-se que o direito é interpretação. O raciocínio jurídico, assim, é um exercício construtivo, visto que à semelhança do crítico literário – que não só analisa mas também cria sentidos por meio da interpretação – o operador do direito aplica conceitos contextualmente ao realizar juízos morais a cada momento sobre o que a lei é.

Dessa maneira, para a efetivação do direito como integridade, exsurge a necessidade do reconhecimento de direitos individuais pré-políticos, vinculados a princípios, especialmente ao princípio da igualdade. É que a base do pensamento social, para Dworkin, deve ser o fundamento de que todos merecem ser tratados com igual consideração e respeito.

A perspectiva de aplicação moral do direito, em Dworkin, pode restar enfraquecida com o crescimento da automação em atividades próprias à interpretação jurídica. Um sistema de classificação por raça ou outra condição social, por exemplo, que vinculasse a aplicação das leis de forma diferenciada para integrantes de grupos distintos poderia terminar por desprezar o mencionado postulado da igualdade.

Adicionalmente, para uma melhor análise do papel da utilização de sistemas automatizados para avaliação de proposições jurídicas, há que se pesquisar sobre a natureza mesma do conhecimento e sobre as suas formas de manifestação, que nem sempre se resumem na metodologia das ciências naturais.

Há, nessa linha, conforme Gadamer, verdades não científicas, formas de conhecimento além da metodologia das ciências da natureza. Cita-se, por relevante, a verdade estética e, também, as denominadas ciências do espírito. Tem-se outro objeto de investigação, que não pode ser simplesmente apropriado por aquele método de abordagem. É nesse campo, por oportuno, que se situa a compreensão de textos.

Com base no substrato teórico acima sintetizado, é possível abordar o impacto da utilização de algoritmos na prática do direito, em especial no auxílio à argumentação e à tomada de decisão.

No tocante ao uso de programas redatores para uma melhor elaboração de petições jurídicas, a temática também pode ser objeto de reflexão à luz da hermenêutica jurídica. A esse respeito, pode-se fazer alusão à teoria da argumentação desenvolvida por Günther. Para

esse autor, como uma norma não pode justificar todas as situações aplicáveis *a priori*, resolver os problemas concernentes à fundamentação não traz alívio para as questões relativas à aplicação. Logo, um juízo de adequação só seria possível caso a caso.

Com base nessa exposição, o exercício de reflexão a ser desenvolvido no trabalho tem o propósito de ponderar sobre uma visão crítica relacionada ao uso de programas de computador/algoritmos, respeitando-se a interpretação jurídica que, levando-se em conta os diversos aspectos envolvidos, torne, no dizer de Dworkin, a aplicação do direito expressão de uma política mais geral fundada na integridade, na comunidade e na fraternidade.

A respeito do método de abordagem para o presente trabalho, por oportuno, elegeu-se o hipotético-dedutivo. Em comum com o método dedutivo, possui o procedimento racional que transita do geral para o particular; já com o hipotético, traz espécie de procedimento experimental, pela possibilidade de falseamento das hipóteses. Nesse método, o pesquisador seleciona um conjunto de proposições hipotéticas que acredita serem viáveis como estratégia de abordagem para aproximação do objeto. Dessa maneira, no decorrer da pesquisa tais hipóteses podem ser ou não comprovadas, ou quando da análise de seus resultados⁷.

A partir da escolha das hipóteses, será realizada pesquisa bibliográfica relativa aos autores elencados no marco teórico. Será realizado estudo sobre os avanços da utilização de tecnologia para o desempenho de tarefas cognitivas, bem como a descrição do funcionamento básico de programas usados para a realização de atividades jurídicas.

Averiguar-se-á o impacto dessas tecnologias na prática do direito, relacionando-se, também, o papel do uso dos algoritmos na prática jurídica com o conceito próprio de direito segundo Dworkin, as diretrizes hermenêuticas propostas por Gadamer e a teoria da argumentação desenvolvida por Günther.

Diante disso, para a abordagem do problema apresentado e para o alcance dos objetivos geral e específicos propostos são formuladas as hipóteses a seguir:

a) a utilização de algoritmos na prática jurídica, em especial no auxílio à argumentação e à tomada de decisão, mesmo quando revestidos de sofisticação, como o emprego de métodos estatísticos e de análise de *big data*, não substitui o papel humano de interpretar o direito e de conferir a uma norma significado caso a caso;

b) a padronização de decisões judiciais com base em programas que analisam questionários a fim de classificar o réu de determinada forma constitui prática que não está de acordo com o conceito e os objetivos do Direito segundo a filosofia de Ronald Dworkin;

⁷ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68-69.

c) o emprego de algoritmos para a pesquisa de leis, precedentes e argumentos a serem utilizados em petições judiciais pode auxiliar a elaboração de uma defesa, porém tal empreendimento não afasta os problemas e questões inerentes ao contexto hermenêutico na forma como exposto por Gadamer;

Quanto à estrutura, tem-se que o presente trabalho conta com três capítulos, além desta introdução. O primeiro capítulo contextualizará o avanço da utilização de tecnologia para o desempenho de atividades cognitivas, proporcionado pelo desenvolvimento de programas computacionais. Abordará alguns dos modelos que inicialmente objetivaram a padronização o raciocínio jurídico, bem como algoritmos relevantes no atual cenário do direito. Já o segundo capítulo cuidará de reflexão sobre a adequada forma de se interpretar o direito, e por isso discorrerá sobre a concepção de uma hermenêutica jurídica a partir do pensamento de Ronald Dworkin, Hans-Georg Gadamer e Klaus Günther. O terceiro capítulo, por sua vez, analisará a questão que direcionou a pesquisa, a saber, sobre o papel da utilização de algoritmos na prática do direito à luz da hermenêutica jurídica, em especial no auxílio à argumentação e à tomada de decisão. Após, em sede de conclusão, serão retomados os objetivos do trabalho e confrontados os resultados obtidos com as hipóteses anteriormente formuladas.

CAPÍTULO 1 – OS ALGORITMOS E O DIREITO

O presente capítulo tem o objetivo de contextualizar o avanço da utilização de tecnologia para o desempenho de atividades cognitivas, proporcionado pelo desenvolvimento de modernos programas computacionais. A partir disso, serão abordados modelos que buscaram padronizar o raciocínio jurídico. Assim, haverá condições de se identificar e descrever o funcionamento básico de algoritmos relevantes no atual cenário do direito, começando-se pelo sistema ROSS Intelligence, passando-se pelas controversas avaliações de risco de reincidência que refletem no tempo de prisão de acusados e, por fim, terminando com breve explanação a respeito de tecnologias de predição quantitativa aplicadas ao direito.

1.1 O uso da tecnologia em atividades cognitivas

Os avanços da tecnologia são notados em várias áreas na atualidade. Porém, especialmente no que diz respeito ao mundo do trabalho, as inovações aparecem cada vez mais rápido. De acordo com Brynjolfsson e McAfee, softwares sofisticados estão desestruturando mercados laborais, tornando redundantes as funções desempenhadas pelos trabalhadores. Ocorre que a utilização de computação não é mais restrita a tarefas manuais rotineiras.⁸

Em artigo de 2013, Carl Benedikt Frey e Michael Osborne, da Universidade de Oxford, realizaram relevante revisão da literatura relacionada ao aumento da presença da computação no contexto da economia do trabalho. Aponta-se, entre outros temas, a distinção feita entre tarefas cognitivas e manuais, de um lado, e rotineiras e não rotineiras, de outro. Tarefas rotineiras, sejam cognitivas ou manuais, são passíveis de substituição por computadores, o que não se imagina ser o caso quanto às não rotineiras.

Nesse contexto, Frey e Osborne fizeram uso de métodos estatísticos para estimar quais profissões estão em risco de serem substituídas por computadores num futuro próximo, e propõem que a tarefa cognitiva e não rotineira de redação jurídica (*legal writing*) será em breve automatizada. Os autores baseiam tal opinião nos avanços em subáreas da inteligência artificial, particularmente aprendizagem de máquina (*machine learning*), mineração de dados

⁸ Cf. FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael. *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?* Oxford: Oxford Martin Programme on Technology and Employment, 2013, p. 3. Disponível em <<http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

(*data mining*) e estatística computacional, entre outras.⁹ A partir dessas tecnologias, então, tem-se o desenvolvimento de algoritmos que permitiriam a automação de atividades cognitivas, entre elas algumas concernentes à prática do direito.

Os autores afirmam que os recentes avanços tecnológicos se deram pelos esforços em traduzir tarefas não rotineiras na forma de problemas bem definidos. De se notar que a adequada definição de problemas é essencial para que engenheiros possam criar soluções providas por máquinas. Nessa linha, destaca-se que a mencionada problematização é auxiliada pela disponibilidade de dados relevantes, ou seja, dados que auxiliem na especificação da quantidade de contingências que certa tecnologia precisaria dar conta a fim de substituir uma pessoa em certa tarefa. Com isso, métricas objetivas para testar o sucesso de algoritmos poderiam ser produzidas. Esse progresso é potencializado com a utilização de bases de dados cada vez maiores e mais complexas, conhecidas como *big data*.¹⁰

Frey e Osborne analisam, então, que um grande número de tarefas cognitivas não rotineiras poderiam ser computadorizadas a partir da disponibilidade de *big data*. Nessa linha, algoritmos alimentados por enormes quantidades de dados trariam vantagens comparativas em relação ao trabalho humano, entre elas a escalabilidade. E isso porque computadores podem gerenciar melhor os cálculos decorrentes do uso de dados, bem como programas sofisticados proporcionam melhor reconhecimento de padrões.¹¹

Em sua explanação sobre o avanço da computação na área das atividades cognitivas, os autores aqui estudados esboçam reflexão de certa forma impactante ao Direito. Frey e Osborne afirmam que a automação de tarefas cognitivas conta com outra importante vantagem dos algoritmos, qual seja, a ausência de equívocos frequentemente cometidos por pessoas. Enquanto programas de computador podem ser escritos para desempenhar de forma muito satisfatória as tarefas dadas, seres humanos precisam cuidar de várias necessidades não ligadas ao trabalho, como por exemplo comer, dormir etc. Assim, a performance acaba prejudicada. Outras circunstâncias também poderiam contribuir para a ocorrência de erros, como teria demonstrado famosa pesquisa que sugeriu que experientes juízes israelenses eram mais generosos em suas decisões após o almoço. Logo, na opinião dos autores, várias funções relativas ao processo de tomada de decisões poderiam ser beneficiadas por soluções imparciais providas por algoritmos.¹²

⁹ FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁰ *Ibid.*, p. 15.

¹¹ *Ibid.*, p. 16.

¹² *Ibid.*, p. 16.

Com base nessas considerações e nos modelos estatísticos desenvolvidos no mencionado artigo, Frey e Osborne ponderam que as funções de *paralegal* e de assistente jurídico situam-se na faixa de alto risco de serem substituídas por computadores. Por outro lado, a função mais ampla de advogado seria classificada como de baixo risco, visto que envolve a inteligência social e a criatividade, habilidades ainda difíceis, segundo os autores, de serem emuladas por algoritmos computacionais.¹³

O presente tópico cuidou de relevante preocupação para uma gama crescente de profissões, que é justamente o risco de que a tecnologia substitua pessoas no desempenho de funções cognitivas. E, como visto, atividades relacionadas ao direito não estão, na visão dos autores estudados, livres da possibilidade de automação.

Mantendo-se essa linha, nota-se que não é nova a tentativa de padronização do raciocínio jurídico. Retoma à década de 1980, quando estudiosos da ciência da computação passaram a se dedicar à criação de modelos aptos a desenvolver atividades ligadas ao direito.

1.2 O uso da tecnologia para a padronização do direito

De acordo com Carole Hafner, da faculdade de ciência da computação da Northeastern University, EUA, a pesquisa na área de modelos aplicáveis ao raciocínio jurídico envolve teorias computacionais sobre como especialistas em direito analisam problemas, criam argumentos e tomam decisões.¹⁴

Com os avanços obtidos tanto em hardware quanto em inteligência artificial, a gama de técnicas disponíveis e de motivos práticos para a criação de modelos aplicáveis ao direito também aumentou. A autora menciona que essa abordagem foi vantajosa especialmente em áreas de regulação complexa, como o direito tributário e a administração de benefícios sociais. Outros ramos do direito também passaram a contar com sistemas baseados em regras (*rule-based systems*), os quais utilizam técnicas computacionais de inferência lógica. O desafio, então, seria a necessidade de que os modelos desenvolvidos cuidassem da relação entre as representações lógicas e suas fontes textuais. Entre as tarefas relacionadas à utilização de sistemas especializados em direito estariam a habilidade de citar textos relevantes e de atualizar bases de dados quando normas fossem alteradas.¹⁵

¹³ FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁴ HAFNER, Carole. Legal reasoning models. *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, 2001. Disponível em <www.ccs.neu.edu/home/hafner/hafner-legal.doc>. Acesso em: 25 abr. 2017.

¹⁵ *Ibid.*

Carole Hafner aponta, ainda, que as pesquisas em inteligência artificial envolvendo o uso de raciocínio baseado em casos (*case-based reasoning* - CBR) buscam relacionar fatos passados à análise de novas situações para solução de problemas. A diferença entre este e outros métodos é que o CBR arquivaria fatos e experiências passadas na forma de “casos”, ou seja, de maneira mais segmentada. Aplicando-se o CBR ao direito, as chamadas experiências recordadas seriam as decisões judiciais, e o objetivo da resolução de problemas seria o uso de casos passados para responder novas questões. A autora cita que o primeiro modelo de CBR voltado para problemas jurídicos foi o utilizado no sistema HYPO, criado em 1988 por Kevin Ashley, especialista em modelagem computacional e atualmente professor na faculdade de direito da Universidade de Pittsburgh, EUA.

HYPO é um programa de computador que analisa casos e elabora argumentos jurídicos na área do direito de propriedade industrial, especificamente no tocante a segredos comerciais. Aspectos juridicamente relevantes, chamados *dimensões*, são utilizados para indexar e recuperar casos. A base de informações jurídicas do sistema inclui, para cada aspecto ou característica relevante, a referência de qual dos lados de uma disputa seria favorecido no caso da ocorrência de valores específicos (como verdade/falsidade ou mesmo valores numéricos)¹⁶. Assim, por exemplo, o conceito de *informação de conhecimento geral* poderia ser aplicado a certo fato relativo ao ramo dos segredos comerciais, o que influenciaria na construção de uma rede de casos similares a serem utilizados na análise da demanda.

Hafner menciona, também, que outros pesquisadores desenvolveram modelos aplicáveis ao raciocínio jurídico nos quais tanto regras quanto casos eram considerados. A autora cita o trabalho de Anne von der Lieth Gardner, que em 1987 utilizou uma *árvore lógica* para modelar a análise normativa de uma situação jurídica com enfoque “de cima para baixo” (*top-down*). As “folhas” da árvore seriam os conceitos indefinidos, ligados a casos que ilustrariam exemplos negativos e positivos¹⁷.

Na conclusão de sua explanação, Carole Hafner aduz que a área do direito constitui domínio fértil para o estudo de problemas relacionados à inteligência artificial e à modelagem cognitiva, entre eles o uso de experiências anteriores para resolver novos problemas, o raciocínio com base em conceitos abertos e a construção de argumentos persuasivos. Por serem relevantes à contextualização do emprego de tecnologia computacional para abordar problemas jurídicos, serão brevemente visitados o livro de Anne Gardner, de 1987, e a tese de Kevin Ashley, de 1988.

¹⁶ HAFNER, Carole. *Op. cit.*

¹⁷ *Ibid.*

Em *An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning* (1987), Anne von der Lieth Gardner buscou desenvolver um modelo para o pensamento jurídico que fizesse sentido tanto para a perspectiva do direito quanto para aquela da inteligência artificial. O programa computacional por ela desenvolvido buscou refletir o entendimento próprio dos profissionais do direito a respeito da natureza e dos usos dos diversos textos jurídicos. A autora trabalhou com a hipótese inicial de que experientes juristas fazem mais do que simplesmente seguir leis, vez que podem reformular ou refinar regras no contexto de um caso particular. Também apontou que em casos difíceis os experts iriam divergir, e refletiu ainda sobre o papel do juiz, que teria a tarefa de solucionar questões jurídicas¹⁸.

O objetivo de Gardner foi habilitar o programa a reconhecer os pontos relevantes que determinada questão traz, e separar aqueles em que existe informação suficiente para a resolução daqueles aspectos nos quais juízos humanos competentes irão divergir. Assim, foi desenvolvida distinção heurística entre casos fáceis e difíceis, no intuito de observar como regras e exemplos interagem e como tal interação possibilita a ocorrência da “textura aberta”, emprestando-se a expressão de Hart.

Kevin D. Ashley, por sua vez, em seu trabalho titulado *Modelling Legal Argument: Reasoning with Cases and Hypotheticals*, apresentado como tese de doutorado na Universidade de Massachusetts em 1988 e publicado como livro em 1991, também buscou aplicar técnicas de inteligência artificial no contexto do direito. O intento não foi apenas a organização de grande volume de informações sobre leis, casos, literatura secundária etc., mas sim utilizar a computação como guia para a realização de julgamentos sobre o resultado provável de casos específicos em determinados ramos do direito¹⁹. Volta-se ao desenvolvimento de máquinas inteligentes, capazes de manejar com sucesso bases de normas e de precedentes.

O programa HYPO, de Ashley, compreende, segundo o autor: a) uma base de casos jurídicos reais (*Case Knowledge Base – CKB*); b) um esquema de indexação para recuperar casos relevantes do CKB (*dimensions*); c) métodos para analisar as situações problema e recuperar casos relevantes; d) métodos para avaliar e interpretar a relevância dos casos passados por meio da disposição da situação problema em oposição aos casos relevantes, encontrando-se os casos mais apropriados; e) métodos para comparar os casos, inclusive com

¹⁸ GARDNER, Anne von der Lieth. *An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning*. Cambridge, MA: Bradford Books/MIT Press, 1987, p. 2-3.

¹⁹ ASHLEY, Kevin D. *Modelling legal argument: reasoning with cases and hypotheticals*. 1988. 391 f. Tese (Doutorado em Ciência da Computação) – Massachusetts Univ. Amherst Dept. of Computer and Information Science, 1988.

a identificação de exemplos contrários; f) métodos para situar casos hipotéticos, a testarem a situação problema; g) métodos para a geração de esboços de argumentos em três camadas, apresentados de forma familiar àquela utilizada pelos advogados e, finalmente, h) métodos para indicar alternativas de decisão para a situação problema, a partir da estipulação de casos hipotéticos, bem como da comparação de argumentos e da sintetização de precedentes. De acordo com o autor, a performance do software poderia ser comparável àquela dos juízes e advogados em casos jurídicos reais²⁰.

A revisão até aqui realizada teve o propósito de contextualizar o assunto da utilização de tecnologia da informação na prática jurídica, não apenas no tocante à organização de dados e documentos, mas também no que diz respeito às funções de elaboração da argumentação e de tomada de decisões. Foram rapidamente visitados os trabalhos considerados iniciais na temática interdisciplinar da inteligência artificial e do direito.

A seguir, no intuito de expandir a reflexão proposta, far-se-á alusão a alguns dos mais recentes desenvolvimentos na área, qual sejam, os modernos métodos de inteligência artificial atualmente aplicados ao direito, bem como o programa ROSS Intelligence, que usa a computação cognitiva do sistema Watson, da IBM, para pesquisar a literatura jurídica, selecionar pontos relevantes para o caso, formular hipóteses e gerar respostas fundamentadas para utilização em peças jurídicas.

1.3 Avanços recentes: o sistema ROSS Intelligence

Em maio de 2016, o mundo do direito recebeu a notícia de que um escritório de advocacia dos EUA havia contratado um “robô-advogado”²¹. Tratava-se do sistema computacional ROSS Intelligence, que utiliza inteligência artificial para realizar pesquisas jurídicas avançadas, inicialmente na área de falências. O programa emprega a tecnologia de computação cognitiva do sistema Watson, da IBM, que entre outras características possui a capacidade de processar a linguagem natural, isto é, os usuários podem digitar suas questões como se estivessem conversando com um colega, não sendo necessário o conhecimento de nenhuma linguagem de programação.²²

²⁰ ASHLEY, Kevin D. *Op. cit.*

²¹ MELO, João Ozorio de. Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. *Consultor Jurídico*, 16 maio 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrea-primeiro-robo-advogado-eua>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

²² A revista *Consultor Jurídico* também afirma que “o ‘robô-advogado’ pode arquivar toda a legislação do país, jurisprudências, precedentes, citações e qualquer outra fonte de informação jurídica. Além disso, pode atualizar seu conteúdo 24 horas por dia, todos os dias, e alertar os advogados sobre qualquer informação nova que afete um caso em que estão trabalhando”. *Ibid.*

De acordo com artigo publicado no blog da IBM, o diferencial da computação cognitiva utilizada pelo sistema Watson seria o de obter resultados melhores em pesquisas, as quais são cada vez mais bem elaboradas tendo em vista que o software aprende a partir de feedback, ficando mais “inteligente” com o passar do tempo ao interagir com especialistas.²³

Um dos objetivos dos desenvolvedores do ROSS Intelligence é reduzir os custos da pesquisa que integra a prática jurídica. Considera-se o ordenamento como um conjunto crescente de dados complexos, a ensejar grande número de pessoas e de horas de trabalho para a adequada organização das informações.

Com base nas características da computação cognitiva e do processamento da linguagem natural, os criadores do ROSS afirmam que ao invés de programar, os usuários, por meio do simples manuseio da ferramenta, acabam por ensinar o sistema, que assim estaria compreendendo cada vez melhor as leis e o direito.²⁴

À parte de que inicialmente o algoritmo ora apresentado constitua ferramenta de pesquisa, tem-se que a utilização das citadas tecnologias de inteligência artificial resultam em respostas bastante diferenciadas, sendo inclusive comparadas, como visto nas notícias mencionadas, ao trabalho de um “robô-advogado”.

Assim, para que seja possível um melhor dimensionamento da questão, impende relacionar alguns dos conceitos vinculados à temática das novas tecnologias computacionais.

Primeiramente, pode-se afirmar que a Inteligência Artificial (IA) consiste na teoria e no desenvolvimento de sistemas computacionais que posam realizar tarefas que normalmente demandariam o uso de inteligência.²⁵ Num segundo momento, é possível distinguir duas abordagens: a primeira delas como a disciplina relacionada à engenharia para criação de máquinas inteligentes e a segunda como a ciência empírica voltada à modelagem computacional da inteligência humana. A primeira tornou-se a visão predominante para a IA, sendo que a segunda passou a ser estudada pela moderna ciência cognitiva.²⁶

Michael I. Jordan e Stuart Russell, em revisão da literatura concernente ao tema, afirmam que a IA é relacionada ao design de *agentes inteligentes*. Nessa perspectiva, agente seria a entidade que interage com o ambiente por intermédio da percepção e da ação. Um

²³ SILLS, Anthony. *ROSS and Watson tackle the law*. Disponível em <<https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ SCHATSKY, David; MURASKIN, Craig; GURUMURTHY, Ragu. *Demystifying artificial intelligence: what business leaders need to know about cognitive technologies*. Deloitte University Press, 2014, p. 3. Disponível em <<https://dupress.deloitte.com/dup-us-en/focus/cognitive-technologies/what-is-cognitive-technology.html>> Acesso em: 25 abr. 2017.

²⁶ JORDAN, Michael I.; RUSSEL, Stuart. Computational Intelligence. In: R.A. Wilson; F.C. Keil (orgs.). *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999, p. lxxiii.

agente seria racional quando suas ações fossem ligadas ao alcance de metas, a partir da informação recebida por seus processos de percepção.²⁷

Teorias computacionais sobre a inteligência, a seu turno, são estruturadas considerando a arquitetura de agentes inteligentes. Dessa forma, busca-se definir a organização interna dos processos cognitivos que envolvem a inteligência para então formarem-se ferramentas computacionais a partir das quais as capacidades de domínio de contextos específicos são construídas.²⁸

Exemplos de atividades atualmente incluídas no campo da inteligência artificial são a percepção visual, o reconhecimento da fala, a tomada de decisões em ambientes de incerteza, a tradução e a aprendizagem.²⁹ A abordagem prática da IA, então, se dá em termos de análise de tarefas e de como seres humanos as desempenham, no intuito de pesquisar formas de realizar as mesmas ações com o uso de computadores.

Depois de décadas de pesquisas nem sempre bem sucedidas, em especial após o ano 2000 diversos fatores contribuíram para o progresso da inteligência artificial.³⁰ São eles a ocorrência prática da chamada Lei de Moore, relativa ao aumento da capacidade computacional disponível a preços cada vez menores; o *big data*, provido pela grande quantidade de dispositivos virtualmente conectados; a própria internet; a computação em nuvem e a elaboração de novos e mais sofisticados algoritmos – rotinas para resolver problemas, completar processos ou executar tarefas. Tudo isso possibilitou o desenvolvimento de novas tecnologias correlatas à inteligência artificial, as quais receberam nomenclatura própria e foram agrupadas sob a classificação de “tecnologias cognitivas”.³¹

Uma das tecnologias cognitivas presentes no ROSS é a aprendizagem de máquina (*machine learning*). Refere-se à capacidade de programas que melhoram a própria performance a partir da exposição a novos dados, ou seja, sem a necessidade de inserção de instruções por um operador na forma de nova programação. Permite que o software descubra novos padrões, o que também o habilita a realizar previsões. Assim, quanto maior o volume de dados analisados pelo programa, melhores seriam as previsões.³²

Outra característica importante é o processamento da linguagem natural, que se relaciona à habilidade de programas que trabalham com a linguagem corrente, quer dizer, não funcionam apenas por meio de linguagens de programação. Softwares com essa habilidade

²⁷ JORDAN, Michael I.; RUSSEL, Stuart. *Op. cit.*, p. lxxv.

²⁸ *Ibid.*, p. lxxvi.

²⁹ SCHATSKY, David; MURASKIN, Craig; GURUMURTHY, Ragu. *Op. cit.*, p. 3.

³⁰ *Ibid.*, p. 4.

³¹ *Ibid.*, p. 5.

³² *Ibid.*, p. 6.

podem extrair significado de textos ou mesmo gerar novos escritos na forma natural, legíveis e corretos em termos gramaticais.³³ Como a quantidade de significados possíveis para certa palavra poder ser muito grande, os programas que processam a linguagem natural se saem melhor em tarefas concernentes a domínios mais específicos. Atividades técnicas como a pesquisa jurídica, então, são consideradas exemplos daquelas nas quais se obteria maior eficácia na utilização dessa ferramenta.

Além dessas tecnologias há outras que, embora ainda não estejam tão bem desenvolvidas, já são relativamente maduras e por isso são cada vez mais empregadas. Trata-se das tecnologias com otimização, ou seja, que automatizam decisões complexas ou escolhas em ambientes de poucos recursos; tecnologias com capacidade de realizar planos e fixar prazos e, ainda, sistemas baseados em regras (*rules-based systems*), presentes em sistemas especializados, os quais utilizam bases de dados contendo conhecimentos e regras para automatizar processos de inferência.³⁴

A partir das tecnologias cognitivas até aqui mencionadas, tem-se que a inteligência artificial está atualmente presente em soluções computacionais oferecidas para auxiliar em diversas atividades próprias ao domínio do direito.

Além do citado ROSS Intelligence, empresas têm desenvolvido programas em áreas como pesquisa eletrônica (*e-discovery*), pesquisa jurídica, conformidade (*compliance*), análise de contratos, previsão de resultados de casos e automação para produção de documentos.³⁵

O presente tópico cuidou de alguns dos recentes avanços da tecnologia aplicada à área jurídica, em especial no tocante a programas que buscam automatizar processos de trabalho comumente desempenhados por operadores do direito. O próximo, nesse diapasão, tratará de algoritmos utilizados para outro fim: calcular a probabilidade de reincidência de réus, respondendo a processos ou mesmo já condenados em ações penais. Construídos para classificar respostas dadas a determinados questionários envolvendo aspectos psicológicos, sociais e até econômicos, alguns programas prometem uma melhor administração da justiça criminal, em estados dos EUA, a partir da definição do perfil dos acusados. Tais ferramentas importam ao tema desta pesquisa, visto que parecem sugerir que elementos da interpretação do direito podem (e devem) ser automatizados.

³³ SCHATSKY, David; MURASKIN, Craig; GURUMURTHY, Ragu. *Op. cit.*, p. 7.

³⁴ *Ibid.*, p. 7.

³⁵ MILLS, Michael. *Artificial Intelligence in law: the state of play 2016*. Thomson Reuters Legal Executive Institute, 2016, p. 1. Disponível em <<http://legalexecutiveinstitute.com/artificial-intelligence-law-state-play-2016>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

1.4 Os instrumentos de avaliação de risco de reincidência – o caso COMPAS

Reportagem da BBC publicada em outubro de 2016 chamou atenção ao afirmar que um algoritmo utilizado nos EUA determinaria a pena de condenados em processos criminais.³⁶ Trata-se de programa computacional que realiza avaliação sobre a probabilidade de um réu tornar-se reincidente. Essa análise é feita com base em respostas dadas ao questionário conhecido como COMPAS – sigla em inglês para *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, utilizado no estado americano de Wisconsin, entre outros, com o objetivo de traçar o perfil do acusado para avaliar a necessidade de prisão em fases anteriores ao julgamento ou mesmo após a condenação a sanções alternativas.

Citada notícia fez alusão à possibilidade de um algoritmo influenciar na dosimetria da pena de sentenciados. Consultando-se os materiais divulgados pela empresa proprietária do sistema que aplica o COMPAS, constatou-se que a utilização do perfil do acusado realmente pode impactar no juízo de adequação da pena. Isso ocorre pois mesmo quando não considerado diretamente na fase de sentença, o aludido perfil acaba sendo usado em diversos momentos do processo. Além disso, existe opção para que a classificação realizada pelo programa fique disponível para consulta do juiz por ocasião da elaboração de decisões.

Embora cause espécie que um algoritmo aplicável a um questionário auxilie no cálculo da pena de pessoa sujeita a processo criminal nos EUA, a situação não chega a ser surpreendente quando se leva em consideração a dinâmica processual penal daquele país. É que há institutos como a fase pré-julgamento (*pretrial*) e formas de liberdade após o julgamento ou mesmo alternativamente a ele (*parole e probation*), nas quais o acusado pode ser posto em liberdade mediante diversas possíveis condições. E, para que se determine quais seriam essas condições, ou se seria o caso de oferecer tais benefícios, são levadas em consideração avaliações de risco.

Dessa maneira, como forma de melhor administrar o sistema de justiça criminal nos EUA, são empregados há bastante tempo instrumentos de avaliação de risco (*risk assessment tools*). O objetivo deles seria manter a comunidade protegida dos acusados mais propensos a reincidir. Porém, embora a segurança fosse a razão principal do desenvolvimento desses

³⁶ MAYBIN, Simon. Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA. *BBC News*, 31 out. 2016. Disponível em <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

questionários, um benefício adicional seria a habilidade de classificar os infratores com base em níveis apropriados de risco.³⁷

James L. Johnson e outros, em estudo aprovado pelo Escritório Administrativo dos Tribunais dos Estados Unidos, traçaram a evolução desses instrumentos avaliativos dividindo-os em quatro gerações. A primeira delas seria apoiada unicamente na intuição, de modo que o resultado poderia variar muito a depender do entrevistador. Já a segunda geração passou a contar com métodos atuariais, a considerarem fatores individuais para calcular o risco de reincidência. A terceira geração, derivada de pesquisas feitas principalmente após a década de 1980, levava em conta não apenas fatores estatísticos relacionados à probabilidade de reincidência, mas também itens dinâmicos que influenciariam no risco de se cometer novos crimes, como a situação familiar, econômica, social etc. A quarta geração, por fim, além das inovações trazidas pelas anteriores incluiu os chamados *fatores de responsividade*, como nível de instrução, raça, gênero e outros fatores externos.³⁸

Situado como instrumento desenvolvido entre a terceira e a quarta gerações supramencionadas, incorporando os *risk-need assessments*, o COMPAS pode ser aplicado inclusive na fase de *pretrial*. Isso significa que a avaliação de risco estaria disponível quando do julgamento, o que poderia influenciar no cálculo da pena. Ferramentas como o COMPAS ostentam-se como instrumentos “baseados em evidências”, ou seja, fundamentados em pesquisas empíricas. De acordo com informações extraídas do sítio da Northpointe, consultoria americana desenvolvedora do sistema,³⁹ o COMPAS realiza uma análise “em retrospectiva” dos eventos ocorridos nos doze últimos meses da vida do acusado, para então calcular os riscos prováveis de novas infrações e as eventuais necessidades de intervenção (*risk-needs*). As escalas de risco compreendem o risco de novo crime violento, o risco geral de reincidência e o risco de não comparecer ao julgamento caso esteja em liberdade.⁴⁰

³⁷ JOHNSON, James L. et al. The construction and validation of the federal Post Conviction Risk Assessment (PCRA). *Fed. Probation*, v. 75, n. 2, set. 2011, p. 17. Disponível em <www.uscourts.gov/file/18127/download>. Acesso em: 25 abr. 2017.

³⁸ *Ibid.*, p. 18.

³⁹ Mencionada empresa se apresenta da seguinte forma (tradução nossa): “Fundada em 1989, a Northpointe é uma reconhecida empresa de consultoria e pesquisa que fornece softwares baseados em evidências, treinamentos e implementação de produtos para mais de 200 sistemas federais, estaduais e locais de justiça criminal, bem como para formuladores de políticas públicas nos Estados Unidos e no Canadá. O objetivo da Northpointe é oferecer contribuições vitais e auxílio para o fortalecimento de uma efetiva administração da justiça criminal, eficiente em termos de custos e que ao mesmo tempo amplie a segurança pública”. Cf. NORTHPOINTE. *COMPAS CORE Risk/Needs Assessment and Case Planning*. Disponível em <<http://www.equivant.com/assets/img/content/Risk-Needs-Assessment.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁰ Cf. NORTHPOINTE. *COMPAS CORE Risk/Needs Assessment and Case Planning*. *Op. cit.*

O módulo COMPAS Core, por exemplo, utiliza vários critérios para o cálculo das necessidades de intervenção dos acusados, entre eles a existência de outros infratores na família ou entre grupos de amizade; o nível de envolvimento em crimes, grau de escolaridade, situação financeira, hábitos relacionados à recreação e ao lazer, histórico de uso de drogas etc. O sistema registra, inclusive, dados sobre “pensamentos criminosos”, sendo que tais informações são fornecidas pelos próprios acusados ao responder o questionário.⁴¹

Já o módulo COMPAS Classification é apresentado como um instrumento auxiliar de gerenciamento que pode ser integrado aos sistemas de administração de prisões existentes em dada localidade. O objetivo da ferramenta é o de oferecer informações críticas à adequada classificação dos internos, e inclui informações sobre a saúde mental dos avaliados e aspectos disciplinares. O programa alega proporcionar uma eficiente “árvore de decisão”, por meio dos sólidos relatórios que entregaria, desenhados para fornecer de forma acessível dados críticos aos administradores das prisões e a outros responsáveis pela tomada de decisões.⁴²

Nessa linha, menciona-se que os instrumentos de avaliação de riscos e necessidades abrangidos pelo COMPAS são alardeados como reconhecida e cientificamente superiores, voltando-se ao auxílio efetivo à tomada de decisões.⁴³

Toda essa sistemática de avaliação é baseada, como visto, na aplicação de um questionário com o objetivo de mapear fatores de risco, classificando os acusados em três escalas preditivas de reincidência: risco de não comparecer ao julgamento (*Failure to appear* – FTA), risco geral de reincidência (*General Recidivism Risk* – GRR) e risco de reincidência com emprego de violência (*Violence Recidivism Risk* –VRR). Para tanto, são levadas em consideração, também, 23 escalas de necessidades.

O movimento que prega a utilização de práticas e abordagens baseadas em evidências para problemas judiciais, aqui representado pelo COMPAS e sua empresa proprietária, afirma que para o alcance da mudança de comportamento em infratores é essencial sopesar sanções e recompensas, ponderando-se pelo uso de avaliações atuariais, com

⁴¹ O *COMPAS Core Criminogenic Need Scales* envolve a análise dos seguintes fatores: agressividade, aspectos cognitivo-comportamentais, associações criminosas, envolvimento em crimes, oportunidade criminal – com notável influência de teorias criminológicas que analisam o comportamento criminoso ligado à oportunidade de delinquir –, personalidade criminosa, pensamentos criminosos – autoanálise –, criminalidade entre membros da família, situação financeira, histórico de desrespeito a normas, lazer e recreação, instabilidade quanto à questão residencial – se possui cada própria, por exemplo –, histórico de uso de álcool e drogas, nível de instrução, aspectos vocacionais, problemas de adaptação social, ambiente social, isolamento social e, ainda, falhas no processo de socialização. *Ibid.*

⁴² Cf. EQUIVANT. *COMPAS Classification - Inmate Management Support*. Disponível em <<http://www.equivant.com/solutions/inmate-classification>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴³ Cf. NORTHPOINTE. *Northpointe Pretrial: Recommendations on who to detain*. Disponível em <http://www.equivant.com/assets/img/content/Northpointe_Pretrial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

o uso de sofisticados modelos estatísticos para monitorar tanto os fatores estáticos de risco – assim denominados por não serem modificáveis, como o histórico de infrações, por exemplo – quanto os dinâmicos – aqueles passíveis de modificação, tais como os citados “pensamentos criminosos”.⁴⁴

Dessa forma, as ferramentas de avaliação como o COMPAS buscam registrar e interpretar os fatores estáticos e dinâmicos de risco, bem como as necessidades com maior probabilidade de influenciar no cometimento de futuras infrações. A partir disso, sugerem-se as mais adequadas formas de intervenção, trabalhando-se ainda com fatores que auxiliariam numa mudança positiva de comportamento – o alegado aspecto responsivo.⁴⁵

A tecnologia desenvolvida, então, estaria reunida na metodologia dos instrumentos empregados, mas também nos softwares de gestão dos fluxos processos e nos relatórios gerados pelas bases de dados previamente alimentadas com as informações pertinentes aos casos. Nesse diapasão, a Northpointe oferece o produto *CourtView Justice Solutions*. Integrada ao COMPAS a partir do enfoque acima referido, a solução centraliza sua abordagem no objetivo maior de reduzir a reincidência.⁴⁶

O tópico em discussão tratou da tentativa de se diminuir a criminalidade por meio de ferramentas tecnológicas alegadamente baseadas em evidências, atualizadas com modernas prescrições científicas no intuito de classificar réus em perfis risco e assim mensurar a probabilidade de ocorrência de futuros delitos. Porém, os esforços para a elaboração de previsões com apoio em algoritmos vão além do contexto da justiça criminal, alcançando mesmo as decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA.

Assim, por importarem ao tema investigado no presente trabalho, será abordada tecnologia utilizada, entre outras tarefas, para a antecipação de decisões judiciais. A depender do enfoque dado em sua aplicação, tal método pode questionar postulados caros ao direito e à sua adequada forma de interpretação, novamente pela delegação de decisões aos *dados*.

1.5 As previsões das decisões da Suprema Corte e a *Quantitative Legal Prediction* (QLP)

Ao lado de práticas como as abordadas nas seções anteriores, mas também com o intuito de respaldar a “tomada de decisão baseada em dados” (*data-driven decision making*), tem-se o trabalho do professor de direito Daniel Martin Katz, responsável pela criação de um

⁴⁴ COURTVIEW JUSTICE SOLUTIONS. *Evidence-Based Practices and Approaches in Problem-Solving Courts – and Beyond*. Disponível em <<http://www.courtview.com/evidence-based>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

algoritmo que foi capaz de prever o resultado de 70,2% das decisões da Suprema Corte dos EUA, bem como 71,9% dos votos individuais dos *justices*. De se notar que tal taxa de sucesso é superior a qualquer outra tentativa de previsão, mesmo as realizadas por experientes juristas.⁴⁷

O objetivo da perspectiva defendida por Daniel Katz é o de reduzir os custos do serviço jurídico, bem como tornar o direito mais acessível e eficiente. Para tanto, a partir da integração entre o direito e a tecnologia, Katz defende que um futuro com “homens e máquinas” é melhor que um futuro de “homens ou máquinas”. Assim, não haveria que se falar, na atualidade, em decisões efetuadas sem análise de dados, bem como não seria o caso de tomar decisões integralmente baseadas neles.⁴⁸

O modelo criado por Katz e sua equipe em 2014 para prever as decisões da Suprema Corte foi construído a partir de técnicas de aprendizagem de máquina (*machine learning*) e métodos estatísticos, analisando mais de 240 mil votos dos *justices* e 28 mil decisões colegiadas. Para as previsões, foram utilizadas apenas os dados anteriores às decisões, obtendo-se a taxa de sucesso referida acima (71,9% para os votos e 70,2% para os acórdãos).

Todavia, de acordo com os autores, o modelo desenvolvido é diferente dos anteriores pelo fato de que a metodologia pode ser aplicada a itens além da amostra, ou seja, a quaisquer casos passados ou futuros da Corte, sem prazo final específico. Dessa maneira, os resultados apresentados significam um avanço na denominada ciência da previsão legal quantitativa (*Quantitative Legal Prediction – QLP*), propiciando ampliação das potenciais aplicações de métodos quantitativos na análise do direito.⁴⁹

Em artigo anterior àquele que demonstrou a metodologia para a previsão das decisões da Suprema Corte, Daniel Katz discorreu sobre a QLP e seus possíveis impactos para a forma com que se pratica o direito.⁵⁰

Para o autor, assim como outros trabalhos que cuidam da repercussão das novas tecnologias nas chamadas profissões intelectuais, é chegado o momento em que softwares

⁴⁷ WARD, Kim; KATZ, Daniel Martin. Using data to predict Supreme Court’s decisions. *MSU Today*, 4 nov. 2014. Disponível em <<http://msutoday.msu.edu/news/2014/using-data-to-predict-supreme-courts-decisions>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁸ HALL, Casey. How Daniel Katz is working to reinvent the law. *Thomson Reuters Legal Solutions Blog*, 14 nov. 2013. Disponível em <<http://blog.legalsolutions.thomsonreuters.com/law-and-technology/daniel-katz-working-reinvent-law>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁹ KATZ, Daniel Martin; BOMMARITO, Michael J., II; BLACKMAN, Josh. A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. *Physics and Society*, n. 1612, dez. 2016. Disponível em <<https://arxiv.org/abs/1612.03473>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁵⁰ KATZ, Daniel Martin. Quantitative Legal Prediction-or-How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-Driven Future of the Legal Services Industry. *Emory Law Journal*, vol. 62, 2013, p. 909-966. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2187752>. Acesso em: 25 abr. 2017.

passarão a desenvolver tarefas próprias de advogados, inclusive algumas consideradas não triviais. Dessa forma, uma vez produzidas as soluções computacionais, a pressão pela redução de custos forçaria escritórios e clientes a delegar à tecnologia as funções antes realizadas por equipes de operadores do direito. O resultado seria tão marcante que seria necessário repensar a prática jurídica e mesmo o que significa “pensar como advogado”.⁵¹

De acordo com Daniel Katz, então, questões cruciais envolvendo problemas jurídicos complexos seriam respondidas com auxílio de tecnologia, e isso porque seja pela construção de métodos meramente mentais, ou pela criação de sofisticados algoritmos, a capacidade preditiva se converterá em componente importante a informar as mais relevantes questões que os advogados precisam responder.⁵²

Assim, o autor assevera que o advento da era da prática jurídica baseada em dados e da previsão quantitativa fará com que tais tecnologias estejam presentes em diversos componentes do serviço jurídico, incluindo aspectos chave da prática da advocacia, tais como previsão de custos, previsão de resultados de demandas e possível exposição financeira em contendas legais. Embora reconheça que a capacidade dos modelos preditivos encontre dificuldades, como por exemplo a complexidade do sistema jurídico, Katz sugere que a forma com que se prestam serviços jurídicos será bastante modificada, o que acarretará consequências inclusive para os métodos de ensino do direito.⁵³

No tocante à maneira pela qual os serviços são prestados, Daniel Katz preconiza que mesmo experientes advogados podem enfrentar limitações no desempenho de suas tarefas quando unicamente considerados seus modelos mentais para resolução de problemas. Dessa forma, métodos preditivos quantitativos como a QLP atuam de forma complementar ao trabalho humano. Com isso, restrições individuais poderiam ser superadas. Tal ocorre pois mesmo juristas experientes, ao analisar dada questão, fariam uso no máximo de algumas centenas de situações-chave semelhantes, mas dificilmente se lembrariam de milhares, dezenas de milhares ou ainda de milhões de eventos. A solução, então, especialmente em problemas não corriqueiros, seria a consideração de conjuntos de dados relevantes e realmente significativos, oriundos de observações em grande escala amparadas pelo uso de tecnologia.⁵⁴

Adicionalmente, o autor aponta que o emprego de previsões baseadas em *big data* teria o condão de superar outras classes de limitações. É que, ao interpretar grandes quantidades de documentos, seres humanos apresentam limitações cognitivas significativas.

⁵¹ KATZ, Daniel Martin. Quantitative Legal Prediction... *cit.*, p. 910-911.

⁵² *Ibid.*, p. 912.

⁵³ *Ibid.*, p. 913.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 928.

Isso é dizer que, mesmo que se tenha acesso às mais relevantes informações para a solução de um caso, sem o uso da tecnologia em muitas ocasiões seria basicamente impossível considerar todos os dados ou suas possíveis implicações. A transparência associada aos modelos preditivos, por outro lado, mesmo não superando todos os equívocos possíveis já se mostraria útil na suplantação de conhecidos déficits humanos.⁵⁵

Dessa forma, aparenta-se afirmar, novamente, que o emprego de tecnologias de inteligência artificial, o uso de métodos estatísticos sofisticados para análise de *big data* e a exploração da grande capacidade de processamento de modernos computadores são fatores que transformarão, cada vez mais, a forma com que se interpreta o direito e se entregam serviços jurídicos. Seja pela confiança depositada em elaborados algoritmos, seja pela aparente segurança de que as decisões importantes estarão apoiadas em dados sólidos, parece que a noção corrente de hermenêutica jurídica pode ser questionada. No intuito de examinar esse aspecto, o próximo capítulo cuidará de reflexão sobre a adequada forma de se interpretar o direito, a partir de importantes autores que informam a filosofia jurídica.

⁵⁵ KATZ, Daniel Martin. Quantitative Legal Prediction... *cit.*, p. 929.

CAPÍTULO 2 – FUNDAMENTOS DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

Considerando a delimitação e a descrição de alguns dos sistemas ou algoritmos atualmente relevantes no contexto jurídico, este capítulo discorrerá sobre a concepção de uma hermenêutica jurídica a partir do pensamento de Ronald Dworkin, Hans-Georg Gadamer e Klaus Günther. Buscar-se-á, assim, fixar a base teórica para a discussão que se seguirá, a respeito do impacto da utilização de algoritmos na prática do direito, em especial no auxílio à argumentação e à tomada de decisão. Antes, porém, de adentrar na filosofia dos mencionados autores, será realizada breve contextualização sobre a temática da hermenêutica.

2.1 A noção de hermenêutica

É possível afirmar que o desenvolvimento da civilização como conhecemos deve muito à habilidade humana de registrar informações por intermédio da escrita. À parte das controvérsias sobre o quanto da evolução da linguagem falada decorre meramente da natureza, tem-se que a escrita configura-se como um comportamento humano complexo indiscutivelmente ligado à cultura⁵⁶.

A escrita, nessa linha, traz grandes vantagens se comparada ao discurso falado, vez que possibilita a comunicação através do tempo e do espaço. Também oportuniza a exploração da atividade comunicativa em diversos formatos, sejam veículos os livros, outros textos impressos ou ainda as tecnologias computacionais.

Graças aos atributos específicos da palavra escrita, é de se notar que a sucessão de textos produzidos pelo homem, bem como dos comentários feitos a eles, tem o condão de separar, de certa maneira, a obra de seu autor. Textos, então, poderiam ser interpretados de forma mais ou menos autônoma, e isso ocorre quando se consideram as escrituras, as leis ou mesmo as ciências. Palavras escritas, assim, convertem-se em tentativas de representação humana do que seria tido como *conhecido*⁵⁷.

Por outro lado, assevera-se que o que é conhecido só o é por conta exatamente da linguagem. Nessa esteira, a contrapartida comunicativa do processo de escrita é, portanto, a leitura. Porém, mais do que apenas converter os símbolos gráficos em vocábulos, o leitor precisa conferir sentido ao texto. De tal tarefa se ocupa a hermenêutica.

⁵⁶ SAMPSON, Geoffrey. Writing Systems. In: R.A. Wilson; F.C. Keil (orgs.). *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999, p. 895.

⁵⁷ OLSON, David. Literacy. In: R.A. Wilson; F.C. Keil (orgs.). *The MIT Encyclopedia... cit.*, p. 481.

A busca pelo sentido possui caráter reflexivo, tendo em vista que a recuperação de um discurso inevitavelmente implicará, em algum grau, numa nova construção. E isso porque o intérprete não conseguirá se afastar de sua bagagem prévia, dos conceitos e mesmo das concepções desenvolvidas outrora.

Essa atitude reflexiva, construtiva e apoiada na linguagem é fundamental para a tarefa hermenêutica. Ela exige o reconhecimento de que os sentidos dos objetos textuais não são imanentes. Assim, segundo Alexandre Araújo Costa, “a hermenêutica busca estabelecer um pensamento reflexivo que entenda o esforço humano de compreensão como uma tentativa de construir sentidos provisórios, dentro de contextos históricos determinados”⁵⁸.

Nesse diapasão, tem-se que sob uma ótica hermenêutica não haveria que se falar na conquista do sentido nas coisas tendo-se como base elas próprias, pois em última análise tal operação apenas faria o intérprete identificar nos objetos sentidos pré-concebidos⁵⁹.

No tocante à hermenêutica jurídica, trata-se de tarefa até certo ponto diferenciada quando comparada à hermenêutica tradicional. Isso se dá pois enquanto a compreensão de um texto em geral considera-o portador de significado, a interpretação dos textos jurídicos tem como objetivo retirar deles uma solução correta. Assim, tem-se como inerente ao projeto do direito a característica da aplicação, ou seja, normas precisam ser interpretadas com vistas a serem aplicadas⁶⁰.

A partir dessas considerações, resta evidenciada a necessidade do reconhecimento de uma hermenêutica jurídica. E isso porque embora aproveite diversos aspectos do esforço hermenêutico genérico, a tarefa da interpretação jurídica recebe contornos próprios. Desses delineamentos ocuparam-se muitos filósofos, sendo que entre os mais destacados ressalta-se o trabalho de Ronald Dworkin. O próximo tópico, então, cuidará de revisar a perspectiva apresentada por Dworkin para uma adequada interpretação do direito.

⁵⁸ Nesse diapasão, o autor elucida que a hermenêutica não trataria de um método, mas sim de um estilo. Ela tem em vista a construção e, em vez da objetividade, busca a contextualização. O destaque das circunstâncias, do quadro contextual, será debatido neste trabalho com base no referencial teórico antes mencionado, envolvendo o pensamento de Dworkin, Gadamer e Günther.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 422 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

⁵⁹ A esse respeito, citando Kelsen, o autor elucida que seria melhor aceitar “que não existe autoridade racional nem autoridade natural, mas apenas autoridade historicamente constituída”. Logo, a demonstração da validade do direito não seria um empreendimento científico, mas de a validade ao ordenamento estudado pelo chamado cientista do direito. COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*, p. 41.

⁶⁰ Mencionando, também, a interpretação dogmática fornecida pela hermenêutica teológica e pela filológica, o autor relaciona que nesses casos o que se buscava não era apenas a compreensão, mas a identificação dos padrões a serem seguidos. Assim, “em nenhum desses casos, portanto, a finalidade do intérprete era compreender o sentido do texto em si, mas compreender o mundo a partir do próprio texto, a partir do desvelamento da verdade que ele encerrava”. COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*, p. 82.

2.2 A interpretação do direito segundo Dworkin

Hodiernamente, é plausível estipular que o direito superou os embaraços do positivismo. E a filosofia jurídica de Dworkin contribuiu para essa conquista. Esse autor atacou frontalmente a maneira pretensamente objetiva de se abordar o direito, discordando não só dos principais doutrinadores positivistas mas também dos próprios críticos daquela teoria.

Dworkin incorpora ao direito a noção de princípio. Enfatiza a pertinência de se sustentar argumentos de princípio no mister de se solucionar casos jurídicos difíceis. Afirma que o postulado positivista de meramente aplicar as leis encontra obstáculo intransponível naquelas ocasiões em que não é possível a imediata subsunção. Logo, em situações controversas, em vez de admitir que a norma possuiria a chamada “textura aberta”, o autor defende que a decisão judicial acaba por apoiar-se ou em argumentos de princípio ou em argumentos de política. Nesse sentido, defende a tese de que as decisões “baseadas em argumentos de princípio são compatíveis com os princípios democráticos”⁶¹.

Os princípios jurídicos que orientam a decisão, em Dworkin, estão relacionados ao direito mais fundamental de todos segundo o autor, que é o direito à igual consideração e respeito. Trata-se de versão fortalecida do direito à igualdade, que suplanta inclusive a conhecida dicotomia entre esta e a liberdade.

Nessa linha, Dworkin preconiza que uma concepção de Estado de Direito *centrada nos direitos*. Essa proposta presume que os cidadãos possuem direitos e deveres morais entre si e, por sua vez, políticos perante o Estado. Esses direitos, individuais, necessitariam de previsão positiva, vez que tal lastro validaria a exigência de seu cumprimento perante as instituições competentes. Assim, para Dworkin, o não há distinção entre o Estado de Direito e a justiça substantiva⁶².

⁶¹ Ao propor uma visão do direito centrada nos princípios, Dworkin contrapõe sua filosofia ao positivismo jurídico, criticando na obra citada a teoria contemporânea de positivismo proposta por H. L. A. Hart, que defendia que em casos complexos existiria espécie de discricionariedade na atividade judicial, derivada da “textura aberta” das normas, visto que as regras jurídicas possuiriam limites imprecisos. Além disso, na obra em comento, Dworkin ataca também o utilitarismo econômico na forma adotada pela análise econômica do direito. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XVI.

⁶² Para Dworkin, a visão “centrada nos direitos” é mais ambiciosa que aquela “centrada no livro de regras”. Logo, “o Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7.

A inclusão expressa dos princípios morais como constitutivos do cerne do direito é portanto parte importante da teoria de Dworkin. Se de um lado os pensadores do positivismo empenhavam-se em desconsiderar questões morais nas discussões jurídicas, sustentando que existiria um componente discricionário na faculdade de julgar, Dworkin assevera que mesmo em casos difíceis é possível oferecer argumentos convincentes de que uma teoria do direito configura-se como superior a outra.

Ocorre que a argumentação, neste ponto, deveria incluir temas que transcendem as concepções positivistas, como aqueles afetos à teoria política normativa. Há que se evidenciar as razões morais a defender, por exemplo, um direito ao igual tratamento. Dessa forma, tem-se que uma interpretação do direito não se afasta dos princípios morais ou políticos mais amplos, na forma percebida pelo próprio intérprete como aptas a justificar determinado posicionamento⁶³.

Importante ressaltar que o apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, a seu turno, pode inclusive justificar interpretações de disposições vagas inseridas na Constituição.

Nesse ponto, Dworkin prega que distinção crucial deve ser feita entre *conceitos* e *concepções*. O legislador constitucional, então, teria buscado orientar os sujeitos com base, por exemplo, num conceito – mais geral – de justiça, em vez de se fixar numa concepção específica. Assim, em casos controversos, membros de uma comunidade poderiam desenvolver e aplicar concepções particulares de justiça. Mesmo que não seja possível verificar qual das diferentes concepções é mais fiel ao conceito, ao menos restaria afastada a antiga discricionariedade judicial do positivismo, pois de qualquer forma os interessados na resolução de determinado problema estariam vinculados a um padrão. Logo, enquanto o apelo a um conceito evoca uma questão moral, o estabelecimento de dada concepção configura-se como tentativa de resposta àquela indagação⁶⁴.

⁶³ Isso é dizer que, para Dworkin, o eixo gravitacional de uma teoria do direito não deve ser uma determinada “regra de reconhecimento” de normas enquanto regras jurídicas. Não se busca, assim, com princípios e políticas, meramente explicar as regras estabelecidas, mas sim *justificá-las*. Por isso, é necessária a identificação das preocupações e as das tradições morais que, na opinião do intérprete, dão sustentação às regras analisadas. Tal reflexão, para Dworkin, vai muito além do teste proporcionado por uma regra de reconhecimento. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit., p. 107.

⁶⁴ Conforme completa o autor, o fato de duas pessoas defenderem concepções diferentes ligadas a um direito não significa exercer um poder discricionário. É que por mais que exercitem diferentes concepções, os intérpretes estarão sempre ligados ao conceito, este fixado pela comunidade como ideal a ser alcançado com relação àquele direito. Em todo caso, Dworkin assevera que não se pode ignorar a citada distinção entre conceitos e concepções. Cláusulas constitucionais, então, apenas seriam vagas se o intérprete tentasse entendê-las como representações de concepções particulares. Por outro lado, se forem consideradas conceitos morais, não é necessário um maior detalhamento. *Ibid.*, p. 212-214.

Nesse sentido, para Dworkin, “a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”⁶⁵.

Pondera o autor, então, que mesmo não sendo possível exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de cada um, até porque a verificação da verdade das proposições jurídicas pode não ser realizável em alguns casos, pelo menos pode-se exigir que tal empreendimento seja tentado. Logo, pode-se exigir que o governo *leve os direitos a sério*, seguindo uma teoria coerente sobre sua natureza e agindo de forma consistente com suas alegadas convicções⁶⁶.

O posicionamento de Dworkin sobre a inserção de componente moral no direito pode, adicionalmente, chegar a resultados impensáveis para um positivista. Isso porque o autor afirma que o reconhecimento dos direitos faz com que seja abandonada a ideia de obediência irrestrita à lei em todos os casos. Dessa maneira, se ao final da reflexão sobre suas razões morais um indivíduo concluir que o certo a fazer é desobedecer à norma positivada, não há como negar, apenas com base numa lei ou num precedente, a plausibilidade de tal argumento. Isso não significa que as autoridades devem concordar com a decisão pela desobediência, pois intérpretes sensatos podem divergir a respeito de haver, no caso específico, um direito anterior contra o governo a motivar a violação da lei.

Nessa linha, para Dworkin, ao apoiar-se no sentido forte da palavra “direito”, um homem que acredita ter o direito de violar a lei deve ter em vista possíveis objeções. Deve levar em consideração, também, as consequências de seus atos, por exemplo quanto ao emprego da violência. Aponta o autor que tal sujeito não deveria ir além dos direitos que ele próprio poderia reivindicar, ao passo que não deveria praticar atos atentatórios aos direitos de outrem. Mesmo com tais ressalvas, Dworkin salienta que cidadãos “frequentemente fazem o que é certo ao exercer o que consideram ser direitos morais de infringir a lei, e que promotores frequentemente fazem o que é certo ao deixar de processá-los por isso”⁶⁷.

Superadas as imposições do positivismo, e alicerçando-se o direito em princípios morais na forma proposta por Dworkin, faz-se notável, nesse contexto, a tese da única

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério. cit.*, p. 285.

⁶⁶ Nessa linha, Dworkin assevera ser inevitável que alguma instância do governo se pronuncie de forma definitiva sobre qual lei será aplicada em determinado caso concreto. E isso é assim pois homens com opiniões diferentes quanto aos conceitos morais não teriam como provar seus pontos de vista. Porém, o autor ressalta que esse aspecto deve ser o pontapé do debate a respeito da filosofia da legislação e da aplicação das normas. É nesse sentido, de que o governo deve sempre tentar chegar às respostas corretas envolvendo os direitos de seus cidadãos, que Dworkin propõe sua concepção de direito. *Ibid.*, p. 286.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 302.

resposta correta advogada pelo autor. Ele nega que o processo de decisão levará sempre diferentes juízes à mesma conclusão, negando também que exista um teste fundamental para o direito. Mesmo assim, tem-se a tese da resposta correta.

Inicialmente, é de se perceber que a hipótese do teste único não prospera pois nesse caso padrões importantes que não são regras – os princípios – restariam ignorados⁶⁸. Um teste fundamental que definisse os direitos e os deveres, de acordo com a doutrina de Hart, teria como base a existência de uma prática social uniforme que os reconhecesse como tal. Porém, consonante a explanação de Dworkin, é errado supor que dado teste fundamental possa definir quais padrões “contam como direito e quais não contam”. E, nesse aspecto, os princípios desempenhariam importante papel em sistemas jurídicos complexos, sendo que em tais ordenamentos não existe uma distinção definitiva entre padrões jurídicos e padrões morais⁶⁹.

Por outro lado, negar a existência da resposta correta seria aceitar que para um mesmo caso soluções distintas seriam igualmente válidas, o que terminaria por confirmar a tese positivista que postula que os juízes possuem um poder discricionário para aplicar o direito em casos difíceis.

Nesse diapasão, assim, afirmar a subsistência da resposta correta significa concordar que as partes têm o direito de que o tribunal decida de uma maneira específica, ainda que esta não possa ser demonstrada como plenamente verdadeira. Essa tese considera a possibilidade de existência de algo além dos fatos físicos, podendo-se citar os *atos morais*, tais como a compreensão de que a escravidão é injusta.

A possibilidade de existência de fatos morais leva a razão a supor que mesmo após conhecidos todos os fatos concretos e mesmo havendo discordância quanto ao valor de verdade de uma proposição jurídica, tal proposição, para Dworkin, poderia ser verdadeira em virtude de um fato moral – ou, nessa linha, de algo além dos fatos concretos – o qual não seria conhecido ou mesmo estipulado⁷⁰.

⁶⁸ Nesse aspecto, a existência de “princípios, políticas e outros tipos de padrões” contrasta com a proposta do teste único para reconhecimento de uma regra jurídica. Dworkin, nesse ponto, esclarece que embora utilize muitas vezes o termo *princípio* de forma genérica para identificar todos os padrões que não são regras, para ele *política* possui sentido mais específico, qual seja, é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. De forma complementar, princípio seria “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. cit., p. 36.

⁶⁹ Destarte, conquanto o teste pudesse ter êxito no reconhecimento de regras jurídicas simples, ele não seria capaz de distinguir quais princípios os juízes deveriam considerar como integrantes do direito e quais não deveriam ser dessa maneira admitidos em casos controversos. *Ibid.*, p. 73.

⁷⁰ É importante ressaltar, aqui, a perspectiva de Dworkin quanto à existência de *atos morais*. O autor não quis dar a essa noção um enfoque transcendental ou platônico, mas sim supor que conquanto talvez não se possa

Desse modo, para Dworkin, a prática de reputar válida uma resposta correta, com base em proposições as quais não se pode – com base em uma simples regra de reconhecimento – afirmar como verdadeiras nem negar como falsas, muito se assemelha à interpretação literária⁷¹.

Tal enfoque é mais bem compreendido quando se aceita que tanto o argumento quanto a análise jurídica possuem caráter interpretativo. Invocando-se o conceito de coerência normativa, nesse contexto, tem-se que uma questão jurídica pode possuir uma resposta correta, mesmo que esta não possa ser demonstrada, tendo em vista que fatos sobre coerência normativa são subjetivos.

Apoiadas, portanto, em fatos dessa natureza, proposições jurídicas serão verdadeiras se a melhor justificativa que se pode ofertar para o conjunto de proposições estabelecidas para o Direito resulta num argumento melhor a favor de tal proposição se comparado com o argumento relacionado à proposição contrária⁷². Nota-se que a verdade de certa proposição jurídica teria como base não fatos objetivos, porém subjetivos vez que alicerçados numa interpretação.

A respeito da busca pela melhor justificativa que se pode oferecer, Dworkin argumenta que uma teoria do direito deveria ter sucesso ao avaliar os dados jurídicos disponíveis sob a ótica de duas dimensões, a saber, a dimensão da adequação e a da moralidade política⁷³.

Quanto à primeira, a dimensão da adequação, uma justificativa seria melhor do que outra se o conjunto das demais proposições jurídicas estabelecidas pudesse ser aplicada com

afirmar categoricamente que determinada instituição social pode ser injusta *per se*, há que se considerar que poderiam, sim, existir alguns fatos além dos fatos concretos.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. cit., p. 205-206.

⁷¹ Ao ilustrar a comparação da interpretação do direito com a interpretação da literatura, Dworkin distingue três abordagens. A primeira delas, mais afeta ao positivismo, estipularia que quaisquer proposições acerca de uma obra literária – por exemplo, se um dos personagens tinha ou não determinada característica de comportamento – só poderia ser valorada como verdadeira ou falsa se tal afirmação decorresse diretamente do texto. Já a segunda perspectiva permitiria a formulação de proposições adicionais sobre um personagem, as quais poderiam ser valoradas com base na existência de grande probabilidade de que uma pessoa real, tivesse as qualidades do personagem fictício, também tivesse as características relativas àquelas proposições adicionais. Um terceiro enfoque interpretativo, nessa linha, seria ainda mais amplo. Essa última forma interpretativa teria regras a estipularem que uma proposição adicional sobre o personagem fictício pudesse ser valorada como verdadeira ou falsa se ela se ajustasse melhor – no caso de proposição verdadeira – ou pior – no caso de proposição falsa – que a sua negação às demais proposições existentes, de modo a explicar de forma mais satisfatória por que o personagem em questão “era o que era, disse o que disse ou fez o que fez segundo as proposições já aceitas”. *Ibid.*, p. 200-203.

⁷² Neste ponto, Dworkin relaciona o raciocínio jurídico à terceira forma do exercício literário descrita na nota anterior. Porém, ele enfatiza que a ideia de coerência empregada no exercício literário e a utilizada no raciocínio jurídico possuem diferenças importantes. E isso porque o raciocínio jurídico é relacionado à coerência normativa, por sua vez mais complexa que a coerência narrativa. Dessa forma, a coerência normativa permite a existência de maior número de afirmações subjetivas. *Ibid.*, p. 211.

⁷³ *Ibid.*, p. 213.

maior relevo do que se a proposta alternativa tivesse êxito. E, num sistema complexo, dificilmente haveria empate entre as possibilidades de aplicação relacionadas a uma ou a outra teoria.

Adicionalmente, mesmo que juristas concordem que nenhuma das teorias em disputa ofereceria uma adequação melhor que a outra, tem-se que uma delas certamente proporcionaria uma justificativa melhor se fosse especialmente superior no tocante ao âmbito da teoria política ou moral, a segunda dimensão para Dworkin.

Ocorre que a mencionada segunda dimensão é muito mais abstrata. Logo, a definição sobre qual proposição melhor corresponderia a ela seria objeto de disputa, pois juristas avaliam de formas diferentes as diversas manifestações da teoria moral⁷⁴. Mas isso não significa que, ao fim e ao cabo, nenhuma delas seria superior à outra nos termos das dimensões propostas.

Para que não fosse possível, assim, uma resposta correta, ambas as teorias em discussão deveriam adequar-se igualmente bem ao conjunto de conteúdos jurídicos relevantes. Além disso, haveria que se sustentar uma ideia de ceticismo ou de indeterminação na teoria moral, a afastar a proposta da segunda dimensão. Porém, tal hipótese é refutada por Dworkin, que considera, como visto, a possibilidade de existência de fatos morais.

A alegação de Dworkin é compatível com a noção de que as proposições jurídicas não são diretamente verdadeiras nem falsas em relação a algum parâmetro externo. Elas não descrevem, portanto, o mundo real, sendo, a seu turno, proposições confirmadas por meio de regras que variam com a prática⁷⁵. Reconhece-se, com isso, o caráter interpretativo do direito, consequentemente atribuindo grande importância à tarefa hermenêutica.

Dworkin propõe, dessa maneira, que a interpretação no direito guarda semelhanças com aquela empreendida no campo literário⁷⁶. É que a interpretação de uma obra literária objetivaria encontrar uma maneira de ler um texto que o evidencie como a melhor obra de arte que ele pode ser. A tarefa não teria a intenção de criar nova obra, mas de explicar a já

⁷⁴ Dworkin acrescenta que céticos morais argumentariam contrariamente à pertinência de se considerar a segunda dimensão, pois nenhuma teoria seria superior a outra em matéria de moralidade política. Mas o autor ressalta que um sólido argumento de que nenhuma teoria poderia ser preferida em detrimento de outra, considerando-se a moralidade política, ainda não teria sido consistentemente fornecido. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio. cit.*, p. 214.

⁷⁵ O autor, ataca, então, um argumento baseado na tese da demonstrabilidade. Para esta teoria, se não fosse possível demonstrar a veracidade de uma proposição, mesmo depois de avaliados todos os fatos concretos a ela relativos, então a proposição não poderia ser verdadeira. A tese, que decorreria de uma forma estrita de empirismo, poderia ser afastada se fosse reconhecida a existência dos já mencionados *fatos morais*. *Ibid.*, p. 204.

⁷⁶ A partir dessa forma de interpretação ter-se-ia a natureza política do direito pois, ao aplicá-lo, juristas ou juízes não poderiam evitar reflexões mais abrangentes relativas à teoria política em sentido amplo. *Ibid.*, p. 217.

existente. O propósito seria o de identificar o significado de certa obra como um todo. Nesse aspecto, um crítico deveria refletir acerca da coerência ou mesmo da integridade na arte. Todas as partes do texto seriam importantes, e nenhuma delas poderia ser alterada. Como consequência, haveria uma maneira de ler um texto que o tornaria melhor do que outras⁷⁷.

Porém, não haveria como negar que, embora não crie nova obra de arte, o crítico desempenha atividade criativa quando interpreta, tendo em vista que embora circunscrito ao âmbito da obra, bem como de suas próprias acepções sobre a teoria da arte, ele exercitará seu senso artístico no sentido de compreender a obra examinada de forma a revelá-la como obra de arte melhor.

A reflexão do crítico sobre a coerência ou a integridade na arte guarda relação com a forma pela qual o juiz realiza sua interpretação quanto ao direito. Logo, o senso de finalidade ou de função do empreendimento jurídico guiará sua abordagem relativa à integridade e coerência quando considerado o próprio Direito. Em casos difíceis, isso se traduzirá na preponderância de um princípio, apoiado em decisões passadas com vistas a sustentar uma teoria de adequação. Uma interpretação, assim, será melhor quando enunciar um princípio mais sólido de justiça se comparada às demais opções⁷⁸.

Nessa linha, resume Dworkin que os juízes desenvolvem uma particular interpretação jurídica com base em determinada teoria política, incorporando-a à sua filosofia jurídica. Ela inclui, portanto, características estruturais, ligadas por exemplo à exigência de que uma interpretação se subordine à história da doutrina jurídica, mas também contará com “afirmações substantivas sobre os objetivos sociais e os princípios de justiça”.⁷⁹

Adicionalmente, ao examinar o exercício crítico literário, Dworkin reconhece que o artista, por sua vez, interpreta quando cria, pois não há como criar algo sem interpretar ao menos se sua obra satisfaz seus conceitos relativos à teoria da arte. Mas Dworkin vai indicar, para além da perspectiva literária, que no direito a distinção entre artista e crítico pode em

⁷⁷ Essa forma de se ler um texto – melhor do que outras – poderia basear-se em suposições de que os personagens teriam motivos diferentes daquele que o romancista originalmente imaginou. O próprio criador da obra, inclusive, poderia chegar a uma conclusão nesse sentido ao interpretar o próprio texto. Tal fato estaria ligado à capacidade do autor de separar o que escreveu de suas concepções iniciais, tratando o texto como um objeto em si, ou seja, como obra de arte. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. cit., p. 233-235.

⁷⁸ A concepção de cada juiz a respeito da integridade e da coerência do Direito com instituição, para Dworkin, irá limitar a sua *teoria operacional de ajuste*, ou seja, seu conjunto de convicções sobre de que maneira dada interpretação deve ajustar-se ao Direito antecedente. *Ibid.*, p. 241.

⁷⁹ Nesse sentido, para Dworkin, a opinião de um juiz sobre a melhor interpretação decorrerá de convicções que podem ser diferentes daquelas mantidas por outros juízes. Se um juiz acredita, por exemplo, que o propósito dominante de um sistema jurídico é meramente o econômico, então verá nas decisões passadas sobre certo tema, como o dos acidentes, alguma estratégia para redução dos custos econômicos dos acidentes. Porém, em cada caso, um julgamento exigiria um novo exercício de interpretação, o qual não seria nem unicamente uma pesquisa histórica, nem unicamente uma nova ideia de como o direito deveria ser. *Ibid.*, p. 242.

certas ocasiões ser afastada, de modo que a interpretação jurídica seria criativa, no sentido de ser efetivamente construtiva.

Para Dworkin, a interpretação das práticas sociais e consequentemente do direito, assim como aquela relativa à arte, se preocupa com propósitos. Não se tratam, no entanto, dos propósitos do autor, mas sim dos do intérprete. A interpretação criativa, assim, teria a intenção de conferir um propósito ao objeto, para torná-lo o melhor exemplo possível daquela determinada classe de coisas à qual pertence. Tal processo não é livre, pois a história do objeto impõe restrições, limita as interpretações disponíveis⁸⁰.

Nesse sentido, completa Dworkin:

Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado - uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura - como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra⁸¹.

Dworkin assevera que mesmo no caso das práticas sociais – para as quais não é possível atribuir um autor específico – a busca pela intenção é válida. Na perspectiva construtiva, a intenção desvendada não é a do autor, mas ligada à ideia do intérprete sobre o que uma prática efetivamente exigiria para mais bem se adequar aos seus identificados propósitos.

Para ilustrar a tarefa da interpretação criativa no sentido de interpretação construtiva no direito, Dworkin faz alusão à criação de um romance em cadeia, uma história construída a várias mãos, sendo que no momento da escrita determinado autor, embora livre para dar a sua contribuição, não poderia se afastar do conjunto de fatos já narrados pelos antecessores. Além disso, deveria zelar pela coerência da obra como um todo.

Cada romancista da cadeia, excluindo-se o primeiro, seria intérprete dos textos anteriores e criador do seu próprio⁸². Os autores, na reflexão proposta por Dworkin, deveriam então, dentro de suas possibilidades, se esforçar para a criação de um romance integrado, único.

⁸⁰ Assim, para Dworkin, mesmo sendo a interpretação do direito uma atividade construtiva, isso não significa que o intérprete possa chegar a qualquer resultado a partir de uma prática – o mesmo vale para a obra de arte. E isso ocorre pois “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos”. Por isso, a interpretação criativa é, mesmo sob o aspecto construtivo, “um caso de interação entre propósito e objeto”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 64.

⁸¹ *Ibid.*, p. 71.

⁸² Neste famoso exemplo, Dworkin esclarece que mesmo o primeiro romancista também realizaria interpretação. Assim como qualquer autor, ele interpretaria ao longo da própria escrita, bem como deveria interpretar seus conceitos sobre o gênero literário escolhido, tudo durante a atividade criativa. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. cit., p. 236.

Um juiz, especialmente em casos do *Common Law*, centrados em precedentes, atuaria como um romancista da corrente. Ele deveria ler o texto produzido até então para formar uma ideia da obra coletiva, no intuito de efetivamente continuar aquela história. Para tanto, segundo Dworkin, o juiz “deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”⁸³.

Dworkin divide a interpretação criativa em três etapas, buscando sua aplicação no contexto do direito. A primeira delas seria “pré-interpretativa”, e nessa fase seriam identificadas as normas relacionadas ao conteúdo da prática avaliada. Comparando-se à interpretação literária, seria como se o crítico separasse a obra objeto de análise das demais⁸⁴.

A segunda etapa seria a interpretativa propriamente dita, na qual o intérprete se dedica a estabelecer uma justificativa geral para os mais relevantes pontos identificados na prática social objeto da primeira etapa. Segundo Dworkin, não é necessário que essa justificativa seja exaustiva, mas ela deve ser adequada o suficiente à prática existente, caso contrário pareceria referir-se a uma nova prática.

Por derradeiro, haveria que se falar numa etapa pós-interpretativa, ou reformuladora, na lição de Dworkin. Nesse aspecto, o intérprete deveria ajustar sua concepção daquilo que a prática realmente requereria, para mais bem representar a justificativa identificada na segunda etapa⁸⁵.

A identificação dos propósitos das práticas sociais e também do direito, em Dworkin, relaciona-se com a noção mais ampla de integridade, a orientar a interpretação jurídica que objetiva fixar um propósito ao objeto trabalhado. Nesse diapasão, a integridade forneceria a

⁸³ Nessa linha, Dworkin completa que “qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes”. Assim, ao elaborar sua decisão, o juiz se portaria exatamente como o próximo autor do exercício literário do romance em cadeia. E ele teria a tarefa de identificar o propósito daquele conjunto de informações, a fim de mais bem cumprir com o seu mister. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. cit., p. 238.

⁸⁴ Porém, Dworkin esclarece que o reconhecimento de uma prática social pode ser mais complexo do que o de um simples livro, visto que as regras sociais não possuem rótulos identificadores. Para a primeira fase, pré-interpretativa, ser bem sucedida, é preciso portanto um grau de consenso em dada comunidade sobre uma classificação das práticas sociais. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. cit., p. 81.

⁸⁵ Integrando as três mencionadas fases, Dworkin argumenta que deveria haver um equilíbrio entre a justificativa da prática – etapa interpretativa – e a identificação de seus propósitos – etapa pós-interpretativa. Antes disso, haveria que se estabelecer um equilíbrio entre a sua descrição – etapa pré-interpretativa – e a mencionada justificativa. *Ibid.*, p. 82.

melhor interpretação do que efetivamente fazem e dizem os juízes, os advogados e também os professores de direito⁸⁶.

Para Dworkin, o postulado da integridade afirma que direitos e deveres decorrem de decisões anteriores, e possuem valor jurídico mesmo quando não expressamente definidos em tais decisões. É que, a partir das etapas interpretativas antes delineadas, é possível pressupor princípios morais a justificarem aquelas decisões, prestigiando-se a coerência de princípios como fonte de direitos⁸⁷. A integridade, nesse contexto, constituiria virtude política ao lado da justiça e da equidade. Sustenta, ainda, concepção ligada ao devido processo legal adjetivo⁸⁸.

Ainda a respeito da integridade, Dworkin a divide em dois outros princípios: “um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”⁸⁹.

Com base nessas considerações, pode-se afirmar que para Dworkin o direito é uma atitude interpretativa dirigida à política em sentido amplo. Construtiva, pela finalidade de valorização do princípio, e fraterna, por representar a noção de que todos, enquanto comunidade, unem-se na busca por um futuro melhor, sem que se esqueça da boa-fé referente ao passado⁹⁰.

⁸⁶ Dworkin, ao apresentar a concepção de direito como integridade, a contrapõe a duas outras, a do denominado convencionalismo e a do pragmatismo jurídico. Para o convencionalismo, a coerência exigida com base em decisões anteriores é mais restrita, e assim um direito só decorreria das decisões passadas se nelas estivesse explícito ou, ainda, se pudesse ser evidenciado por meio de métodos aceitos convencionalmente pela comunidade jurídica. Não seriam fortemente consideradas, então, questões passadas relativas à moralidade política. Já o pragmatismo jurídico teria uma visão radicalmente voltada para o futuro, no sentido de que os juízes deveriam decidir da melhor forma tendo em vista unicamente o futuro, sem manutenção da coerência relativa às decisões anteriormente formuladas. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. cit., p. 118.

⁸⁷ No ensinamento de Dworkin, pela coerência de princípio, os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção devem ser coerentes, devem expressar uma visão única de justiça. Segundo o autor, enquanto o convencionalismo rejeita a coerência de princípio, o direito como integridade a aceita. Dessa maneira, “o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos - direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção - que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções”. *Ibid.*, p. 163-164.

⁸⁸ Com relação aos três mencionados aspectos, Dworkin explica que a concepção de equidade exigiria, ao decidir-se sobre o significado de uma lei, a aplicação plena dos princípios políticos que justificam a autoridade da legislatura que a sancionou. Já a concepção de justiça está ligada aos princípios morais que justificam as decisões legislativas e que, por isso, devem ser amplamente reconhecidos. Por fim, segundo a concepção da integridade como devido processo legal adjetivo, exige-se que todos os procedimentos sejam observados com vistas ao alcance do equilíbrio entre exatidão e eficiência. *Ibid.*, p. 203.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 213.

⁹⁰ Nesse sentido, para Dworkin, “o direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo”. *Ibid.*, p. 492.

Nesse ponto, é importante frisar que a filosofia reflexiva de Dworkin para o direito guarda relação com a hermenêutica proposta por Gadamer. Nesta, o sentido de um texto é percebido a partir da perspectiva interna do intérprete, historicamente situado e exatamente por isso incapaz de ater-se totalmente às interpretações passadas⁹¹.

Dessa maneira, por trazer elementos importantes para a análise desenvolvida no presente trabalho, faz-se de grande relevância o estudo da hermenêutica filosófica conforme Hans-Georg Gadamer. Esta tarefa será realizada, no contexto do primeiro volume do seu mais prestigiado texto, no tópico a seguir.

2.3 A hermenêutica filosófica de Gadamer

No intuito de sintetizar alguns pontos marcantes da hermenêutica na visão de Gadamer, faz-se referência à sua principal obra, “Verdade e Método”⁹². Embora tenha esse título, é de se notar que o livro não apresenta nenhum método para o alcance da verdade. Do contrário, o autor, ao analisar a natureza da compreensão humana, conclui que ela não pode ser traduzida num método. Assim, para Gadamer, conforme ensinamento de Alexandre Araújo Costa, “a hermenêutica não é nem envolve um método dogmático de interpretação, mas um estilo que organiza o modo humano de atribuir sentidos para o mundo”⁹³.

Gadamer critica, assim, uma acepção de hermenêutica fundada na metodologia da ciência moderna. Nessa linha, reconhece-se a existência de verdades não científicas, formas de conhecimento além da metodologia das ciências da natureza. Cita-se, por relevante, a verdade estética e, também, as denominadas ciências do espírito (*moral sciences*). Tem-se outro objeto de investigação, que não pode ser simplesmente apropriado por aquele método de abordagem. É nesse campo que se situa a compreensão de textos, e sob tal ótica deve ser considerada a tarefa hermenêutica. Dessa maneira, expressa-se o autor em comentário:

Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência - embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade⁹⁴.

⁹¹ Assim, a ênfase de Dworkin na busca de uma coerência narrativa “é o mesmo quadro conceitual da hermenêutica de Gadamer, em que o sentido de um texto é definido a partir da perspectiva interna de um intérprete que não pode se alhear da tradição em que está imerso”. COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*, p. 409.

⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

⁹³ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*, p. 142.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 31.

O conjunto de procedimentos das ciências do espírito leva-nos a uma nova concepção de verdade, distante da alegada autoevidência das ciências da natureza. Para Gadamer, a concepção das ciências do espírito é centrada na compreensão, a qual se assemelha à consciência estética⁹⁵. A partir da experiência da verdade na arte, chega-se a conhecimentos que não são científicos. Não é considerado, então, um *objeto idêntico* a ser investigado⁹⁶.

A compreensão, no ensinamento de Gadamer, é um comportamento construtivo e não meramente reprodutivo⁹⁷. E isso porque o compreender, como visto, não possui um sentido objetivo. Isso ocorre pois sempre que se lê um texto, não restarão afastadas as opiniões e as expectativas do intérprete, bem como características próprias da sua utilização da linguagem. Assim, um texto é compreendido a partir de pré-compreensões.

O problema aqui relacionado é que tais opiniões prévias podem passar despercebidas, o que pode ocasionar mal-entendidos. O pior caminho a ser percorrido, nesse aspecto, seria o de entregar-se à causalidade das próprias opiniões, afastando por completo as opiniões do texto. Como solução, Gadamer propõe que o intérprete deve estar disposto a permitir que o texto fale por si, ou seja, deve-se reconhecer a alteridade do texto. Isso não significa afastar as pré-compreensões – tarefa que seria inexecutável – mas sim notá-las dentro do possível, abrindo-se para que o texto possa se mostrar em sua alteridade⁹⁸.

⁹⁵ Quanto à consciência estética, Gadamer esclarece que o objetivo da investigação da experiência da arte não é indagar o que ela acredita ser, mas o que ela é na verdade, mesmo que não sabia o que é ou não possa consignar o que sabe. Para efetivamente compreender essa verdade, há que se vivenciar a obra como uma *experiência em obra*, a qual não deixa inalterado aquele que a faz. GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 173.

⁹⁶ Embora reconheça que no século XIX havia a pretensão de igualar as ciências da natureza com as ciências do espírito em termos de metodologia, com valorização das primeiras enquanto pretensamente superiores, Gadamer vem elucidar que a analogia entre a investigação natural e a espiritual-científica é secundária. Dessa maneira, enquanto nas ciências naturais há uma ideia de evolução, o mesmo pode não ocorrer quanto às ciências do espírito. Menciona, por exemplo, que mesmo admitindo-se o desenvolvimento da História como disciplina, no sentido de que a História de hoje pode ser considerada mais rica em conhecimentos se comparada com a de ontem, qualquer leitor sempre lerá com mais satisfação obras de autores antigos consagrados – Gadamer exemplifica neste ponto a relevância de trabalhos como os de Johann Gustav Droysen ou Theodor Mommsen, grandes historiadores alemães do século XIX. Obras científico-espirituais, então, podem não ser simplesmente partes de uma investigação progressiva, mas sim aspectos a existirem por si próprios. Nesse diapasão, para Gadamer, “o que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. Isso somente aparece na diversidade das ditas vozes: tal é a essência da tradição da qual participamos e queremos participar”. *Ibid.*, p. 426-427.

⁹⁷ Gadamer salienta a existência de uma diferença insuperável entre o autor e o intérprete, relacionada à distância histórica. Logo, tendo em vista que um autor não necessariamente reconhecerá todo o sentido do próprio texto, o intérprete pode – e deve – entender mais do que ele. Assim, a compreensão é produtiva pois “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre”. *Ibid.*, p. 444.

⁹⁸ É por isso que Gadamer denota a dificuldade que resulta do pressuposto de que ao ler um texto estar-se-á absorvendo unicamente a opinião de seu autor. Essa pressuposição pode ocultar as opiniões prévias do intérprete, porém são elas que acabam por determinar a compreensão. Daí decorre a necessidade de se notar as próprias pré-compreensões. *Ibid.*, p. 404-405.

O fenômeno da pré-compreensão está relacionado com a natureza histórica do homem. A consciência de si enquanto ser histórico, portanto, é fundamental para o sucesso do empreendimento hermenêutico. Tal atributo acarreta a *mobilidade histórica da compreensão*, aspecto central da hermenêutica segundo Gadamer. É que não é possível afastar-se da tradição, que exerce grande influência na forma de cada um interpretar. Dessa maneira, assumindo-se a consciência histórica, o intérprete deve notar a relação de tensão existente entre o texto e o momento presente. Deve-se ter em mente que ela não pode ser rechaçada, logo é mais útil que seja desenvolvida⁹⁹.

Ao interpretar, nessa linha, projeta-se um novo horizonte de sentido. Nesse ponto é salutar a percepção das próprias pré-compreensões, as quais podem ser substituídas por conceitos mais adequados ao longo da tarefa hermenêutica. Com isso, tem-se um reprojeter, que deve mostrar-se cada vez mais adequados às coisas. Nesse mister, para Gadamer,

a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade¹⁰⁰.

Com respeito à influência da história na compreensão, Gadamer afirma que “na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos”¹⁰¹. Assim, não há como deixar de lado o enfoque da subjetividade. Os preconceitos – aqui nem sempre definidos na forma pejorativa – constituem a realidade história do indivíduo, condição mesma da compreensão¹⁰². Nessa linha, o fundamento determinante do fenômeno hermenêutico é encontrado na finitude da experiência histórica do homem, assim como a experiência do belo parece também ser reservada à experiência finita humana¹⁰³.

⁹⁹ Nesse sentido, Gadamer esclarece que o projeto de um horizonte histórico constitui fase da compreensão. Tal processo não diz respeito à auto-alienação de uma consciência passada, mas de sua recuperação no horizonte compreensivo do presente. Dessa forma, tem-se a fusão de horizontes por ocasião da compreensão. Necessariamente, então, o comportamento hermenêutico deverá projetar um horizonte diverso do presente, ciente de sua alteridade mas sem olvidar-se da existência de uma tradição, a qual continuará atuando.

GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 458-461.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 403.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 415.

¹⁰² É importante ressaltar, neste ponto, que Gadamer propõe uma reabilitação do conceito próprio de preconceito, que por sua vez havia caído em descrédito no período do *Aufklärung* (Iluminismo), no qual buscava-se a autoconstrução absoluta da razão. A ideia de que o uso metódico da razão protegeria o pensamento de qualquer erro, então, deve ser reconsiderada. Haveria que se falar em *preconceitos legítimos*, decorrentes do modo de ser finito e histórico do homem porém úteis ao processo de compreensão. *Ibid.*, p. 416.

¹⁰³ Para Gadamer, a relação entre o aparecer do belo e a evidência do compreensível acarreta um *caráter de evento* tanto à manifestação do belo quanto ao modo de ser da compreensão. Além disso, há que se considerar que a experiência hermenêutica envolve a noção de *immediatez*, também presente na experiência do belo e em outras evidências de verdade. O conceito de evidência possui nexos com o conceito de belo, pois que o belo também convence por si mesmo. E a experiência hermenêutica, na forma do acontecer de uma experiência, faz

Essa característica histórica e finita do homem guarda relação com a noção de ser-no-mundo, inspirada em Heidegger. Assim, compreender é a forma de realização da *presença*, é “o caráter ôntico original da própria vida humana”¹⁰⁴. A compreensão é responsável pela busca da unidade de significado, a se expressar não só nas partes mas também no todo. O processo, aqui, é cíclico, já que a parte tem uma significação para o todo e, por outro lado, é ela mesma definida a partir daquele todo.

Desta feita, como a condição hermenêutica pressupõe o pertencimento do sujeito a uma tradição, a influenciar sua compreensão, e tendo em conta que esta é sempre um projetar, assim que aparece um primeiro sentido do texto o intérprete já projeta sua noção de sentido para o todo. Mas essa compreensão necessita de constante revisão, visto que sentidos novos podem surgir conforme se avança no próprio texto. Tem-se, então, o círculo hermenêutico, visto que a tarefa, no dizer de Alexandre Araújo Costa, “é um processo circular infundável, na medida em que não é possível conhecer todos os elementos comparativos que podem estimular novas projeções divinatórias”¹⁰⁵.

A lógica da hermenêutica, nesse processo, não é a da resposta, como nas ciências naturais, mas sim a da pergunta. Para Gadamer, a interpretação, nessa linha, orienta-se pela pergunta que o próprio texto traria ao intérprete. Compreender não seria, então, encontrar uma resposta, mas alcançar o horizonte do perguntar, a determinar a orientação de sentido do texto¹⁰⁶. Tal horizonte, a seu turno, não poderia ser acessado pelo intérprete sem a vivência de sua condição histórica. Isso é dizer, num primeiro momento, que a obtenção do horizonte da interpretação trata na verdade de uma fusão de horizontes e, conseqüentemente, que não há uma interpretação correta *em si*, pois tal hipótese afastaria o vínculo com a tradição¹⁰⁷.

parte desse campo, do mesmo modo que um encantamento ou uma aventura. GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 700-702.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 393.

¹⁰⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁶ Nesse sentido, para Gadamer, a interpretação sempre conterà uma referência à pergunta que foi colocada, de modo que compreender o texto é compreender tal pergunta. Compreender, então, é *retroceder* com as perguntas *para além* do que foi dito. O horizonte do perguntar, assim, contém outras respostas possíveis, e o sentido de uma frase “é relativo à pergunta além daquilo que se diz nela”. GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 544.

¹⁰⁷ Consoante Gadamer, a tradição é o objeto preferencial da compreensão. E isso porque na constituição do horizonte hermenêutico a intenção de um texto será sempre considerada em termos da língua do intérprete, ou seja, será relacionada a todo um conjunto de intenções possíveis. Compreender, assim, é interpretar, é contrapor a alteridade do texto aos próprios conceitos prévios, numa tarefa que não se resume a uma tentativa de mero deslocamento ao passado. A ação do pensar historicamente, que mediará os conceitos do passado pelo próprio pensar, resultará na interpretação que ao considerar os próprios conceitos prévios buscará que a intenção do texto seja efetivamente trazida à fala. Com isso, para Gadamer, pensar historicamente é “realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado, quando neles procuramos pensar”. *Ibid.*, p. 576-578.

Nesse enfoque, para Gadamer, a compreensão assemelha-se a um jogo, conceito que o autor também relacionou com a experiência estética¹⁰⁸. No jogo, o comportamento do jogador não é exatamente o da própria subjetividade, visto que em última análise é o jogo que joga, vez que inclui em si todos os jogadores e converte-se portanto em sujeito. E o jogo que envolve o intérprete seria o da própria linguagem, que a todos interpela¹⁰⁹.

O jogo resultante da fusão dos horizontes do texto e do intérprete, no entendimento de Gadamer, portanto, é evidenciado na realização da linguagem. Isso ocorre pois a compreensão da coisa ocorre sempre na forma linguística, sendo a linguagem o centro no qual se reúnem o eu e o mundo. E tal linguagem não se vincula a fatos fixos, mas antes consiste num vir-à-fala, anunciando um todo de sentido¹¹⁰. Logo, para Gadamer, *o ser que pode ser compreendido é linguagem*.

Desse modo, a tradição que alimenta as pré-compreensões é assimilada pelo sujeito na forma de elementos linguísticos. E ela se torna plena, no sentido hermenêutico, quando se converte em tradição escrita, pois estará à disposição de qualquer presente.

Assim, tem-se que, para Gadamer, “onde uma tradição escrita nos alcança, não somente se nos dá a conhecer algo individual, mas se nos torna presente toda uma humanidade passada, em sua relação geral com o mundo”¹¹¹. Todo escrito é, nesse diapasão, uma forma alienada da fala, a requerer a reconversão de seu código. O sentido hermenêutico repousa na mencionada reconversão, pois o sentido do que foi dito deve ser recuperado

¹⁰⁸ Quando relaciona a experiência estética ao conceito de jogo, Gadamer não quer conferir ao termo um significado subjetivo unicamente na perspectiva do jogador, no sentido de que o jogo seria o estado de ânimo daquele que atua com liberdade, do sujeito que joga. O jogo, assim, assumiria a natureza de um objeto que não corresponde apenas àquele estado de coisas. A finalidade do jogo é alcançada quando aquele que joga entra realmente no jogo, experimentando espécie de seriedade interna de uma atividade que é externamente lúdica. Essa relação entre o jogador e o jogo evidencia o modo de ser do próprio jogo, assim como se percebe a relevância da experiência estética na questão do modo do ser da obra de arte. GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 174-175.

¹⁰⁹ É por isso que Gadamer atribui ao fenômeno hermenêutico característica distinta de uma compreensão meramente filológica. Também enfatiza que a compreensão não se obtém a partir do pretense conhecimento superior da própria coisa. Portanto, compreender não significa apreender tudo o que foi escrito, mas antes desvenda-se como uma experiência. Trata-se do encontro com algo que *vale como verdade*. Esse encontro se dá no âmbito da linguagem, de modo que a compreensão ocorre a partir de jogos linguísticos. Dessa forma, o jogo da linguagem se mostra como sujeito em si, além dos conteúdos da experiência do mundo ou mesmo da tradição. *Ibid.*, p. 706-708.

¹¹⁰ Gadamer esclarece que a linguagem possui estrutura especulativa, que não se mostra de modo fixo. E o vir-à-fala não se constitui numa segunda existência, mas na apresentação de si que integra o próprio ser. Por isso para Gadamer, o que vem à fala, por um lado, é diferente da palavra falada, mesmo que a palavra só o seja por sua decorrência. Nesse sentido, ainda, “o que vem à fala não é algo dado com anterioridade e desprovido de fala, mas recebe na palavra sua própria determinação”. *Ibid.*, p. 686-688.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 568.

unicamente por meio do texto. É por isso que se pode afirmar que no exercício hermenêutico há uma reunião entre passado e presente¹¹².

Nesse contexto, o processo da leitura resgata a estrutura de uma conversação. E toda conversação, conforme Gadamer, constitui uma linguagem comum. Adicionalmente, nota-se que o processo de conversação

não é um processo externo de ajustamento de ferramentas, e nem sequer é correto dizer que os companheiros de diálogo se adaptam uns aos outros, mas que ambos vão entrando, à medida que se estabelece a conversação, sob a verdade da própria coisa, e é esta a que os reúne numa nova comunidade. O acordo na conversação não é uma mera representação e impor o próprio ponto de vista, mas uma transformação rumo ao comum, de onde já não se continua sendo o que se era¹¹³.

No que diz respeito ao aspecto da aplicação, etapa hermenêutica de bastante relevo especialmente na área do direito, tem-se que para Gadamer ela constitui momento do próprio compreender¹¹⁴. Isso significa que o autor em comento não divide a etapa da interpretação – construção de sentido abstrato – da aplicação – relativa ao sentido concreto. Há uma simultaneidade, então, entre compreensão, interpretação e aplicação. Dessa maneira, Gadamer, no ensinamento de Alexandre Araújo Costa,

tenta mostrar que o processo de compreensão não admite uma tal diferenciação entre interpretação e aplicação, pois essas são faces de um mesmo processo unitário, na medida em que o processo circular da compreensão dá-se de forma que elementos ligados à aplicação concreta e à definição abstrata do sentido influenciam-se reciprocamente¹¹⁵.

Sobre o papel do intérprete no direito, Gadamer menciona, por exemplo, que tendo em vista que uma decisão judicial repercute na vida prática, ela pretende ser uma aplicação efetivamente justa da lei. E a busca decorrente inclui a mediação entre história e atualidade no processo da compreensão. Sendo assim, apenas uma pessoa “que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa”¹¹⁶.

¹¹² Nesse sentido, para Gadamer, a interpretação é a forma de realização da compreensão, sendo a linguagem “o médium universal em que ser realiza a própria compreensão”. Isso é dizer que, ao mesmo tempo em que a linguagem pretende deixar falar o objeto, ela também é utilizada pelo próprio intérprete. Há, assim, uma relação essencial entre linguisticidade e compreensão. GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 566.

¹¹³ *Ibid.*, p. 556.

¹¹⁴ Gadamer vincula a questão da aplicação inicialmente a uma tarefa prática. Embora o historiador jurídico tenha uma visão contemplativa e o jurista prático tenha um dever prático, em ambos os casos há aplicação. A aplicação justa da lei, pelo juiz, pauta-se na mediação entre a historicidade e a atualidade da compreensão. O historiador jurídico, por sua vez, também realiza essa espécie de avaliação – no sentido de mediar passado e presente – de modo que tal mister está, então, da mesma forma ligado à aplicação. *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*, p. 73.

¹¹⁶ A ponderação é pertinente, visto que a aplicação da lei não trata apenas de se identificar seu sentido original a fim de o sobrepor ao caso concreto. Juridicamente, essa tentativa se mostraria insustentável, vez que se reconhece a mudança histórica das circunstâncias a serem consideradas na análise do caso. Logo, o juiz deve trazer o sentido da lei ao conteúdo jurídico atual. Ocorre que, para Gadamer, como o historiador do direito não

Embora mantenha numa mesma fase a interpretação e a aplicação, notou-se que Gadamer reconhece a importância dessa última para a tarefa hermenêutica, o que se faz ainda mais relevante no contexto do direito.

Assim, para um melhor entendimento do juízo de adequação próprio ao raciocínio jurídico, faz-se alusão à teoria da argumentação desenvolvida por Klaus Günther em sua obra traduzida para o português com o título *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Em tal livro, Günther se ocupou especialmente do âmbito da aplicação normativa, diferenciando-a inclusive de uma primeira etapa interpretativa concernente à justificação, conforme será visto no tópico a seguir.

2.4 A teoria da argumentação de Günther

Klaus Günther investigou, sob a ótica de uma teoria do discurso, como normas podem ser justificadas e aplicadas. Günther parte da indagação sobre a necessidade de se considerar aspectos ligados ao contexto quando da avaliação a respeito do adequado cumprimento de uma norma. Para tanto, o autor dedica-se inicialmente à definição do princípio de universalização “U”, proposto por Habermas, no intuito de examinar a pertinência de sua aplicabilidade em situações concretas¹¹⁷.

Dessa maneira, Günther identifica duas versões para o aludido princípio. A versão forte de “U” é assim enunciada pelo autor:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância desta norma

poderá se afastar de suas próprias pré-compreensões jurídicas, mesmo que ele tente somente apreender o sentido original de uma lei, ao fim e ao cabo ele estará desempenando o mesmo papel do jurista. Ter-se-ia a mesma situação hermenêutica, visto que diante de qualquer texto todos encontram-se numa determinada expectativa de sentido, não havendo acesso imediato ao objeto originalmente investigado. Há sempre a relação entre passado e presente característica do procedimento das ciências do espírito. Gadamer salienta, contudo, que essa tarefa hermenêutica só é possível quando a lei é válida para todos. No caso do absolutismo, ao contrário, nenhuma hermenêutica seria possível, pois sempre acabaria por prevalecer a vontade do monarca, seja qual fosse, e desnecessário seria qualquer esforço de interpretação. GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 482-489.

¹¹⁷ Em sua obra, Günther enfrenta a dicotomia entre dois atributos das normas morais e jurídicas: a universalidade, enquanto normas abstratas, e a especificidade, enquanto regras passíveis de aplicação em casos concretos. É por isso que o autor se concentra inicialmente na investigação do aspecto universal das normas morais, para então estudar as características peculiares da execução concreta das normas jurídicas. A reunião desses dois aspectos, então, produz um sentido de imparcialidade: de um lado, a norma encontra validade em sua aceitação por todos; de outro, é realizada concretamente, de forma adequada, com base no contexto específico de um caso determinado.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente¹¹⁸.

A versão forte abrange tanto o sentido de validade da norma – aceita por todos e considerados o interesses de cada um – quanto o da aplicação em cada situação especial. Porém, essa formulação apresenta uma condição, a de que seria possível prever todas as situações de aplicabilidade da norma. Tem-se, assim, um problema cognitivo, que consiste na impossibilidade de antever todas as situações concretas de aplicação.

Segundo Günther, as limitações de tempo e de quantidade de informações disponíveis afetam o contexto da aplicação da norma, mas não de sua validade. É que uma norma justificada de acordo com o princípio universal representaria, em dado momento e estado de conhecimento, um interesse comum e por isso válido para todos. Com isso, embora não satisfaça as exigências relativas a uma utilização caso a caso, o princípio U se prestaria a justificar determinada norma enquanto norma dotada de validade.

Para ajustar o princípio universal de forma a eliminar os problemas concernentes à sua aplicação, Günther propõe uma versão fraca de “U” da seguinte maneira:

Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente¹¹⁹.

A nova proposta, assim, retira da definição de “U” o componente da adequação, restando apenas o fundamento que justifica a validade da norma. O juízo de adequação, portanto, seria exercitado num segundo momento, a ocorrer quando da aplicação daquela regra num caso específico. Essa divisão caracteriza a visão de Günther para o problema da confusão entre a fundamentação e as situações de aplicação de uma norma.

A primeira etapa, então, seria a da justificação, tarefa a ser cumprida por um discurso de fundamentação. Este resgataria “a pretensão de validade da norma tendo em vista o interesse comum de todos os afetados, sob condições de um conhecimento restrito a respeito de possíveis contextos de aplicação”¹²⁰.

¹¹⁸ O princípio moral “U” faz alusão às razões que possibilitam a qualquer interessado reconhecer a validade de uma norma, que necessariamente decorrerá da sua aceitação por todos. O problema da versão forte do princípio “U” é a pretensão de universalização, também, das condições de aplicação. Tal empreendimento é refutado por Günther, que sustenta não haver norma passível de regular todos os casos de sua aplicação. É por isso que o autor vai sugerir a cisão das etapas argumentativas, o que acarretará a revisão do conceito de “U” e a consequente adoção da sua versão fraca. GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 65.

¹¹⁹ Ao abordar a questão da aplicação, Günther vai afirmar que a aplicação das normas aparece como um processo cognitivo fundamentado por razões diferentes daquelas utilizadas para a alegação de validade da norma. A aplicação concreta exige em especial um raciocínio comparativo, que levará em conta todas as características da situação e também todas as demais normas possivelmente aplicáveis ao caso. *Ibid.*, p. 67.

¹²⁰ A menção às condições de conhecimento restrito a respeito dos contextos de aplicação é pertinente nessa primeira fase, ligada à fundamentação. Ela faz o necessário ajuste a uma pretensão moral universalista em

Por sua vez, a segunda etapa trataria de um discurso de aplicação, a considerar todos os sinais característicos de uma situação, encontrando assim o sentido da adequação da norma¹²¹. Completadas as duas etapas, ter-se-ia a concepção da imparcialidade.

Günther reconhece que a ocorrência de novas experiências em situações de aplicação pode acarretar mudanças do juízo quanto à adequação ou não da norma a um caso concreto. Assim, há que se modificar a conclusão com base em sinais característicos antes não percebidos, ou mesmo tendo como referência uma interpretação diferente. Uma lacuna sempre existiria, e ela poderia ser objeto de disputa entre oponentes na argumentação.¹²²

Para Günther, portanto, “uma regra será fundamentada desde contenha sinais característicos como os que ocorrem na descrição da realidade factual, se válida e generalizável segundo diversas formas de justificação externa”¹²³. A fundamentação, assim, estabelece, independentemente da situação, um significado.

No âmbito da aplicação, a seu turno, seriam discutidos diferentes variantes de significado dos termos da norma, comparados com certas características situacionais. Essa operação poderia confirmar dada norma ou vinculá-la a outros sinais. Em caso de identificação de novas variantes possíveis de significados, é tarefa da argumentação fornecer novas razões para elas, num processo de esgotamento das possibilidades pela descrição completa da situação¹²⁴.

sentido amplo, visto que dedicará a primeira etapa somente ao aspecto da validade moral. Uma antecipação do problema da adequação, nessa linha, seria inviável pois não conseguiria superar a indeterminação das situações de aplicação. GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 78.

¹²¹ É importante ressaltar a afirmação de Günther, no sentido de que a aplicação seria possível como discurso apartado do discurso de justificação. A versão forte de “U”, ao reunir os dois discursos, só o pode fazer se desconsiderar qualquer índice temporal e cognitivo. Significa dizer que, para serem consideradas todas as perguntas práticas, não poderia ser exigido nenhum marco temporal para a ação, e também não se poderia admitir nenhum acontecimento imprevisto. Só quando os participantes do procedimento argumentativo dispusessem de tempo infinito e de conhecimento absoluto poderia se falar em antecipação das condições de aplicação. Como tal não é possível, mister se faz a incorporação de um índice à versão fraca de “U”, representado pelas condições de tempo e de conhecimento restritos. Assim, o juízo de adequação seria possível caso a caso, considerando as condições específicas extraídas de cada situação concreta. *Ibid.*, p. 79.

¹²² Günther não afasta, portanto, que a complexidade de cada situação pode acarretar um conjunto muito amplo de circunstâncias especiais, e que mesmo o juízo de adequação com relação a um único caso pode mostra-se inexequível. O autor afirma, neste ponto, que o argumento cético contrário à possibilidade de adequação não exclui a pretensão de se considerar todos os elementos da situação em exame. A própria consideração da existência de uma “lacuna” pode ser útil para o ajuste de foco no problema da adequação, com o qual se buscará diminuir a sua extensão. *Ibid.*, p. 73.

¹²³ *Ibid.*, p. 342.

¹²⁴ Nesse sentido, Günther esclarece que o esgotamento de significados e o exame da potencial generalização de um significado exaurido constituem duas operações argumentativas diferentes. Para que se possa alcançar a primeira parte, é necessário que os termos contidos na norma estejam semanticamente corretos. Porém, só será possível saber quais são os significados relevantes a partir da situação concreta, de modo que os sinais característicos sejam descritos de forma a coincidir com os sinais da norma, e de modo que sejam contempladas diversas variantes possíveis na descrição de um mesmo sinal característico. *Ibid.*, p. 343.

Adicionalmente, deve-se examinar se uma norma determinada seria considerada genericamente válida mesmo na presença de sinais característicos concernentes à aplicação de outra. Seria o caso de decidir-se pela aplicação excepcional, ou não, da primeira, com base em novo empreendimento argumentativo¹²⁵. Dessa maneira, para Günther, não haveria que se falar em colisão de normas como se fosse um conflito de validade, pois as normas em colisão ou as variantes concorrentes de significados somente poderiam ser apreciadas numa situação concreta específica, afastando-se assim uma discussão em abstrato¹²⁶.

O estágio seguinte da argumentação de adequação, na lição de Günther, relaciona-se com a coerência das normas e das variantes de significados aplicáveis em certa situação. Deveriam ser analisadas, portanto, todas as possíveis normas aplicáveis e as possibilidades de variação de seus significados.

O autor pondera, neste ponto, que a teoria do direito com integridade, de Dworkin, constitui exemplo de uma teoria da coerência para fundamentação e para a aplicação jurídicas. Nesse diapasão, para Günther, a vantagem da teoria de Dworkin consistiria em explicar a ideia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação, não se restringindo à aplicação da lei, mas sim face à concordância da situação com uma teoria política coerente¹²⁷.

No entendimento de Günther, então, o princípio da integridade poderá ser compreendido para argumentações de adequação, pois nelas as condições sociais de reconhecimento se destacam visto que a rede de “pequenos direitos” é aplicada em cada caso de igual maneira. Os princípios, assim, a orientarem a interpretação, auxiliariam na tarefa de esgotar todos os aspectos de um caso que pudessem ser evocados¹²⁸.

¹²⁵ Esse procedimento, para Günther, seria espécie de “esgotamento normativo”. Para que ele seja bem sucedido, assim, é necessário um exercício de imaginação moral, o qual “consiste em ponderar diversos pontos de vista possíveis normativamente relevantes em uma situação, e avalia-los nas suas relações, consequências e efeitos colaterais”. Porém, consoante enfatiza o autor, neste caso é também essencial uma descrição situacional completa. GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 348.

¹²⁶ Ao defender o exame situacional para a resolução do problema da colisão de normas, Günther destaca a imprevisibilidade das colisões normativas, que só seriam reconhecíveis a partir de sinais característicos das situações de aplicação. *Ibid.*, p. 350.

¹²⁷ Günther, ao aproximar a sua teoria de coerência com o conceito de integridade em Dworkin, inicialmente assinala que o problema enfrentado por aquele autor foi a da indeterminação das regras jurídicas, a qual levaria o jurista a considerar direitos ou argumentos de princípio, situados além das normas positivadas. E o fato de não constar objetivamente do ordenamento positivo levaria à impossibilidade de identificação inequívoca de tais direitos por meio de regras de reconhecimento como as postuladas pelos doutrinadores positivistas. Tal característica dos princípios faria com que sua aplicação no caso concreto retrocedesse, de certa maneira, a uma necessidade de justificação, a qual deve ser feita pelo juiz ao determinar a coerência entre a sua decisão e uma teoria política mais ampla. *Ibid.*, p. 405.

¹²⁸ A esse respeito, é importante ressaltar que Günther também entende, de forma mais abrangente, o princípio da integridade como expressão da imparcialidade. Primeiramente, no âmbito da fundamentação, por considerar cada indivíduo como portador de direitos iguais. Isso levaria ao reconhecimento dos interesses individuais de modo também igual, o que é compatível com uma argumentação procedimental de justificação. Além disso, o

Por fim, é de se mencionar que Günther, embora identifique semelhanças entre o segundo momento de sua argumentação de aplicação com o conceito de integridade de Dworkin, modifica os termos da divisão das normas entre regras e princípios.

Dessa maneira, para Günther, “a distinção entre princípios e regras não é uma distinção do conceito de norma, mas das condições da ação, sob as quais as normas são aplicáveis”¹²⁹. Sinteticamente, tem-se que na perspectiva do autor em comento:

Em argumentações de adequação se pressupõe e se reconhece como “dada” apenas a validade moral das normas que estiver suspensa em discursos de fundamentação e que, por isso, pode ser contestada e relativizada a cada momento. Esta validade determina o modo como uma norma é aplicada, isto é, qual seria a sua relação com outras normas válidas em uma situação. Por esse motivo, não será possível determinar, independentemente da situação concreta, a coerência das normas que são válidas e fazem parte de um modo de vida¹³⁰.

Com base nas considerações até aqui relacionadas, avalia-se que foi possível reunir substrato teórico suficiente para abordar o problema fixado para o presente trabalho, qual seja, identificar, sob o prisma da hermenêutica jurídica, o papel da utilização de algoritmos na prática do direito. Para tanto, o próximo capítulo tratará de cotejar o movimento de automação do direito, representado pelos sistemas e programas discutidos primeiro capítulo, com os elementos ora estudados para uma adequada interpretação e aplicação do direito.

princípio da integridade pode ser relacionado às argumentações de adequação pois, conquanto o direito de igual tratamento produza diferenças e colisões, a estrutura as produz ou as considera é a mesma estrutura das argumentações de adequação. GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 412-414.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 319.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 356.

CAPÍTULO 3 – ANÁLISE: PODE O DIREITO SER AUTOMATIZADO?

O objetivo do presente trabalho é analisar movimentos de automação da prática do direito sob o prisma da hermenêutica jurídica. No primeiro capítulo, contextualizou-se o avanço da utilização de tecnologia para o desempenho de atividades cognitivas, bem como abordaram-se modelos que procuraram padronizar o raciocínio jurídico. No segundo, discorreu-se a respeito da hermenêutica jurídica partindo-se do pensamento de Dworkin, Gadamer e Günther. Neste terceiro capítulo, então, tratar-se-á da questão que direcionou a pesquisa, a saber, sobre o papel da utilização de algoritmos na prática do direito à luz da hermenêutica jurídica, em especial no auxílio à argumentação e à tomada de decisão.

3.1 Aspectos da automação na atividade jurídica

Como primeira reflexão da corrente análise, é de se propor, com base nos autores estudados, que *a utilização de algoritmos na prática do direito não é adequada sob a perspectiva da hermenêutica jurídica.*

A uma, porque ferramentas desenvolvidas para a padronização do raciocínio jurídico podem prejudicar o exercício da interpretação construtiva. A busca da narrativa que faz do direito a melhor explicação para o conjunto das práticas jurídicas adotadas em dado momento não é atividade a ser delegada a uma fórmula pré-concebida, mas sim reflexão que leva em conta todos os aspectos do caso em mesa com vistas a conferir coerência à trajetória do direito naquele grupo social.

A duas, pois delegar a um método a tarefa de interpretar o direito é olvidar o caráter conversacional da hermenêutica, centrado na pergunta em vez de na resposta. Algoritmos, em síntese, são sequências de regras para desempenhar uma tarefa. Recebem-se as entradas (*inputs*), efetua-se o processamento e retornam-se as saídas (*outputs*). O desenho é metodológico e voltado à resposta. Afasta-se à lógica das ciências do espírito, ao tempo em que atribuem-se sentidos no lugar de descobri-los.

A três, tendo em vista que a aplicação do direito é vinculada a específicos casos concretos. O propósito de classificação, de tratamento de informações em bloco, pode até resultar em menor tempo de análise e aparente eficiência, mas ao custo da descaracterização das situações apresentadas ao intérprete. As peculiaridades inerentes a dada circunstância, todas elas, devem ser levadas em consideração. Ainda que não seja possível determinar se a

análise humana é capaz de efetivamente dar conta de tal providência, não se pode deduzir que soluções pré-programas obterão sucesso nesse intento.

Segundo Gadamer, tem-se que o homem é hermenêutico, no sentido de ser finito, a experimentar o mundo segundo a tradição histórica na qual se encontra. Desse modo, a hermenêutica não se filia à ciência, não está circunscrita à metodologia da pesquisa dos fenômenos naturais. A compreensão é a reunião dos horizontes do texto e do intérprete, num processo que não é simplesmente mecânico. Bem ao contrário, pois como visto compreensão se desenvolve de forma cíclica. A primeira projeção do sentido do todo é formada pelas pré-compreensões do sujeito, adicionadas ao que já se sabe sobre o texto. À medida que se avança na leitura, novas informações são acrescentadas e a projeção é constantemente revisada. O círculo hermenêutico, assim, representa essa interação entre texto e intérprete, num jogo que exorbita a simples soma das partes. Essas vivências vão além da mera repetição de uma forma ou receita, que mesmo em tese revestida de sofisticação não conferirá tratamento específico à ocorrência histórica dos casos concretos.

De acordo com a perspectiva de Dworkin, a interpretação do direito está voltada à aplicação de conceitos contextualmente, à realização mesma de juízos morais sobre o significado de determinada norma frente ao caso. O direito como integridade, assim, reúne uma visão do passado e outra do futuro, pois interpreta-se a prática jurídica como um processo em desenvolvimento. Dessa maneira, como também visto em Gadamer, uma característica importante da história é a sua continuidade, no sentido de que ela não se encerra. A interpretação apropriada do direito leva em consideração, como não poderia deixar de ser, o histórico normativo. Além disso, analisa-se a coerência de sua aplicação frente ao restante do direito. Por fim, ressalta-se a importância de ser perseguir o propósito da norma. Esse esforço de interpretação, de integração com os princípios encontrados em várias fontes, portanto, é restrito ao julgamento do operador do direito, inserido naquele recorte histórico-temporal de aplicação da norma. É relevante esse ponto de vista do intérprete, que participa – no sentido de ser parte do debate. As ferramentas computacionais, de outro lado, não participam do jogo da compreensão.

Além disso, com base em Günther, é de se frisar que uma norma não pode, ainda que se tente, justificar todas as situações de aplicação *a priori*. E é por isso que a única forma válida de interpretação é aquela relativa ao específico caso concreto. Cada caso, em seu contexto singular – a reunir todas as características daquela situação única –, deve ser portanto tratado em sua individualidade. Só assim será alcançada a imparcialidade, obtida na junção dos discursos de justificação (prévia) e de aplicação (atrelada àquele momento).

Nesse diapasão, atendo-se ao fato de que para Dworkin o direito é um conceito interpretativo, e que os juízes decidem o que é de direito enquanto interpretam doutrina e jurisdição, seu conteúdo liga-se a interpretações cada vez mais refinadas e concretas. Importante mencionar que ao discorrer sobre o conceito de direito como integridade, Dworkin ressalta que não desenvolveu um algoritmo para a atividade judicial. Nessa linha:

Nenhuma mágica eletrônica poderia elaborar, a partir de meus argumentos, um programa de computador que fornecesse um veredito aceito por todos, uma vez que os fatos do caso e o texto de todas as leis e decisões judiciais passadas fossem colocados à disposição do computador. Mas não cheguei à conclusão que muitos leitores considerariam de senso comum. Não afirmo que nunca há um caminho certo, apenas caminhos diferentes, para decidir-se um caso difícil. Ao contrário, afirmo que essa conclusão aparentemente sofisticada é um sério equívoco filosófico, se a entendermos como um exemplo de ceticismo externo, ou uma posição política polêmica apoiada em convicções políticas dúbias, se a tratarmos da maneira que estou inclinado a fazer, como uma perigosa incursão pelo ceticismo interno global¹³¹.

A visão atrelada à prática automática do direito, a seu turno, guarda relação com a diminuição de custos e o aumento da eficiência. O problema é que o direito não deve reduzir-se a um valor econômico, como bem enfatizou Dworkin ao discutir a proposta de Posner para a análise econômica do direito. Por outro lado, a integridade pode contribuir para a eficiência conforme Dworkin:

A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria¹³².

Em Gadamer, por sua vez, encontra-se o ensinamento de que verdades não são apenas as científicas, bem como o conhecimento não é somente o científico. A compreensão da arte, por exemplo, não é científica. Adicionalmente, tem-se que toda compreensão é histórica. E “ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se”¹³³.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. cit., p. 490-491.

¹³² *Ibid.*, p. 229.

¹³³ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 450.

Günther, em linha de pensamento relacionada à argumentação, também ressalta a importância da análise caso a caso para a adequada interpretação no direito. Dessa maneira, deve-se ao menos ter a pretensão de considerar todos os sinais característicos de uma situação, não só como empreitada possível mas também como inerente à noção de imparcialidade. Sobre isso, tem-se que para o autor:

Tão-somente ao reconhecermos esta pretensão poderemos criticar a inadequação da aplicação de uma norma em uma situação com o argumento de ter deixado de perceber um sinal característico relevante ou de, em relação a outros, tê-lo aquilatado de forma inadequada. Mesmo a possibilidade de experiências morais em situações novas dependerá do reconhecimento dessa pretensão ao aplicarmos uma norma em uma situação, pois seremos obrigados por essa pretensão a não só dar atenção à existência das condições de aplicação, pressupostas por essa norma, mas de partir da pretensão de abranger a “todos” e cada um dos sinais característicos. A abrangência completa das nossas experiências disponíveis terá de ser utilizada para interpretar adequadamente a situação atual (com todas as “retenções” e “intenções antecipadas” no passado e no futuro)¹³⁴.

O confronto com novas experiências em situações de aplicação também desempenha relevante papel, pois com elas

aprendemos a reconhecer normas até então consideradas adequadas na sua inadequação relativa, e a mudá-las em vista de sinais característicos recém-descobertos ou interpretados de modo diferente. Como, certamente, nunca conseguiremos descobrir todos os sinais característicos, uma “lacuna” permanecerá, mesmo quando reconhecermos, na situação, uma norma como adequada e representante de um interesse comum. Porém, a dramaticidade dessa indefinição estrutural, a qual acabamos de apontar acima, reduz-se se diminuirmos a sua extensão e incorporarmos a possibilidade de tal lacuna nas nossas reflexões práticas, mediante uma combinação de fundamentações racionais e de aplicações feitas com sensibilidade¹³⁵.

De se notar, em Günther, que é inafastável a pretensão de se abranger *todos e cada um* dos sinais característicos de que uma norma deve ser aplicada em dada situação. Também é importante realçar que o juízo de adequação pode mudar se considerados novos sinais característicos, sejam eles descobertos há pouco tempo ou mesmo resultados de novas interpretações. Com base no exposto, evidencia-se uma necessidade fundamental de se tratar determinado caso prático analisado pelo intérprete em sua inteireza, sem olvidar-se dos sinais característicos e únicos para a adequada aplicação da norma. E essa providência, em que pese os argumentos em prol da automação, não pode ser realizada com propriedade por sistemas computacionais, dadas as restrições inerentes a uma análise *a priori*, visto que elaborados antes da ocorrência das situações que se prestam a avaliar.

¹³⁴ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 73.

¹³⁵ *Ibid.*, *Loc. cit.*

Destarte, tem-se que a explanação até aqui desenvolvida buscou abordar a questão primordial do presente trabalho. Assim, é de se passar à segunda reflexão, a respeito da utilização de métodos de inteligência artificial atualmente aplicados ao direito, bem como o citado programa ROSS Intelligence, que desempenha tarefas de pesquisa à literatura jurídica, seleção de pontos relevantes para o caso, formulação de hipóteses e geração de respostas fundamentadas para emprego em peças jurídicas.

3.2 A utilização de inteligência artificial e o sistema ROSS Intelligence

A afirmação sustentada no tópico antecedente, de que a utilização de algoritmos não é adequada sob a perspectiva da hermenêutica jurídica, pode ser mantida ainda que se acentue o argumento em contrário, no sentido de que os sistemas computacionais estão cada vez mais sofisticados e, por isso, se prestariam a substituir o juízo humano quando da elaboração de argumentação ou da tomada de decisões.

Dito de outra forma, significa declarar que mesmo quando empregadas modernas tecnologias como análise de *big data*, métodos estatísticos e *machine learning*, a tarefa de interpretar o direito não é afastada dos problemas e questões inerentes ao contexto hermenêutico.

É possível asseverar, de um lado, que algoritmos são sequências de passos, listas de procedimentos ou regras. Dessa forma, não se pode negar que algoritmos são um tipo de texto, também passíveis de interpretação ainda que não formulados em linguagem natural. Algoritmos e sistemas computacionais são construídos por seres humanos, eles próprios finitos e impregnados de historicidade. Representam pontos de vista, normalmente alicerçados em pressupostos metodológicos oriundos das ciências naturais.

Dessa maneira, assim como textos não são veículos da verdade – descoberta e redescoberta por caminhos nem sempre reproduzíveis, tal qual o caso da verdade estética – algoritmos também não têm o condão de trazer verdades em si. Por mais elaborados que se demonstrem, não fogem ao caráter provisório da produção humana – aliás, estão sempre passando por atualizações.

Sob outro ângulo, talvez seja o caso de submeter algoritmos à interpretação da mesma forma com que se faz, por exemplo, com a interpretação normativa. De forma genérica, considera-se que leis sejam normas gerais e abstratas visando estabelecer regramento de condutas. Assim, tendo em vista o fato de que algoritmos também são sequências de regras tendentes a um fim, eventualmente pudessem ser interpretados de maneira mais ampla, a

considerar o histórico de sua elaboração, a visão ou a intenção do autor, o contexto mais abrangente da sua produção. Tal abordagem constituiria espécie de *hermenêutica de algoritmos*, fundamentada nos percursos estudados neste trabalho.

Adicionalmente, é de se mencionar que métodos estatísticos, mesmo quando corretamente empregados, podem induzir o intérprete a erros dependendo da forma com que são apresentados os resultados. Também podem trazer informações errôneas por deficiência na coleta ou no tratamento de dados. Nesse sentido, tem-se o clássico e irreverente livro de Darrel Huff, publicado no Brasil sob o título *Como mentir com estatística*. A obra foi publicada originalmente nos EUA em 1954, porém sua temática mostra-se atemporal.

Huff trata de questões como amostras tendenciosas, problemas com relação ao uso da média como medida estatística, tratamento de amostras pouco expressivas, erros inerentes à utilização de amostras, formas de apresentação que valorizam certo viés, entre outros. Indica, ainda, dificuldades comuns a outros contextos de pesquisa além da estatística, como a manipulação de dados para fundamentar a conclusão que o pesquisador buscava encontrar desde o início.

O autor também faz importante ressalva acerca do uso da *correlação* como fundamento para inferências estatísticas. É um equívoco comum, nessa linha, considerar que se duas variáveis se alteram de forma parecida, então uma pode estar influenciando a outra ou pode sofrer modificação em seu valor em decorrência daquela. Ocorre que a correlação pode ser simplesmente devida ao acaso ou, ainda que uma variável influencie a outra, pode não ser muito fácil determinar qual delas seria a causa e qual seria o efeito. A esse respeito, afirma Darrel Huff:

Permitir que os tratamentos estatísticos e a presença hipnótica de números e casas decimais mistifiquem as relações causais não é muito melhor do que acreditar em superstições; muitas vezes, são ainda mais enganosos. É como a convicção entre os habitantes das Novas Hébridas de que os piolhos fazem bem à saúde. A observação ao longo de séculos lhes mostrara que pessoas com boa saúde geralmente tinham piolhos, e que indivíduos doentes com frequência não tinham. A observação em si era precisa e sólida, como surpreendentemente ocorre muitas vezes com observações feitas de maneira informal no decorrer dos anos. Mas não se pode dizer o mesmo sobre a conclusão a que esse povo primitivo chegou a partir de suas evidências: “Piolhos tornam os homens saudáveis. Todos deveriam tê-los”¹³⁶.

Sobre o estranho caso dos piolhos, acima relacionado, Darrel Huff esclarece que observações mais acuradas concluíram o contrário. Como ter piolhos era algo muito comum naquele local, invariavelmente todos tinham, sendo esse o estado natural do habitante das

¹³⁶ HUFF, Darrell. *Como mentir com estatística*. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, p. 110.

Novas Hébridias. Por outro lado, quando alguém ficava com febre – provavelmente ocasionada por microrganismos trazidos pelos próprios piolhos –, a temperatura do corpo aumentava a ponto de ele não ser mais um *habitat* confortável para aqueles insetos, motivo pelo qual as pessoas doentes nunca os tinham.

Huff também aponta vários problemas no uso de gráficos, os quais podem ser utilizados para esconder ou distorcer os fatos. Isso também ocorre com gráficos pictóricos ou mapas. Sobre estes, o autor assevera que “uma das mais ardilosas maneiras de deturpar dados estatísticos é por meio de mapas. Eles apresentam um bom conjunto de variáveis em que os fatos podem ser ocultados e as relações, distorcidas”¹³⁷.

A perspectiva aqui discorrida coaduna-se com a necessidade da adequada hermenêutica quando da análise de temas jurídicos. É que soluções automatizadas, com lastro nas citadas tecnologias de inteligência artificial, podem ser convertidas em argumento de autoridade, a enfraquecer o necessário debate de ideias. Com isso, estipula-se que nem mesmo os avanços atuais da informática têm força para afastar as ressalvas acima desenvolvidas, ligadas ao contexto hermenêutico.

Quanto ao uso de softwares para a realização das atividades de pesquisa jurídica eletrônica, análise de contratos e automação da produção de documentos, e também da mencionada previsão de que tais tecnologias substituirão profissionais do direito dentro em breve, há que se citar que os próprios autores do estudo *Future of employment*, Carl Frey e Michael Osborne, declaram que atividades complexas e criativas são mais difíceis de se substituir por máquinas.

Assim, pode-se afirmar que tais autores, ao sinalizar pela possibilidade de substituição de profissionais por algoritmos, parecem conferir ao direito uma concepção meramente mecânica, de simples subsunção desprovida de qualquer criatividade.

Porém, conforme estudado no presente trabalho, a interpretação do direito é construtiva, de modo que as decisões tomadas hoje, embora efetuadas a partir de análise sobre o passado das leis, precedentes e instituições, têm a capacidade de influenciar esse mesmo corpo de normas, doutrina e jurisprudência nos quais se embasou.

Mera reprodução de conclusões passadas, portanto, acabaria por frustrar o desenvolvimento mesmo do direito, de interpretações que resultassem em novas concepções para os conceitos normativos, concepções atualizadas pelos princípios de natureza moral que – não se olvide – influenciam sobremaneira o pensamento jurídico, mormente nos casos

¹³⁷ HUFF, Darrell. *Op. cit.*, p. 114.

difíceis. Nessa linha, conforme Dworkin, o processo de decisão não leva necessariamente à mesma conclusão diferentes juízes, e tal característica é ainda mais marcante em sociedades complexas, plurais e com ordenamentos multifacetados e heterogêneos.

Isso não é dizer que dados, estatísticas, softwares modernos e novas tecnologias não tenham lugar no campo do direito. Porém, há que se considerar que tais ferramentas não representam a solução dos problemas relativos à aplicação das regras e dos princípios.

Nesse diapasão, critica-se a expressão divulgada por Daniel Katz, de que as inovações tecnológicas e a análise de dados respaldariam a “tomada de decisão baseada em dados” (*data-driven decision making*). Efetuando-se tradução mais literal, seria afirmar que decisões poderiam ser guiadas, dirigidas por dados. Contudo, com base no substrato teórico até aqui estudado, poder-se-ia alegar que qualquer tomada de decisão é baseada em interpretações, reformulando-se a expressão para “tomada de decisão baseada em hermenêutica”, algo como *hermeneutics-driven decision making*.

Tecidas estas considerações, o seguinte tópico trará a terceira reflexão do presente capítulo, concernente aos instrumentos de avaliação de risco de reincidência utilizados em estados dos EUA para corroborar as decisões de prisão ou soltura de investigados e condenados, abordando-se especificamente um dos questionários ponderados usados para tal finalidade, o COMPAS.

3.3 Os instrumentos que avaliam a reincidência e o COMPAS

Mantendo-se a orientação dos tópicos anteriores, afirma-se, neste ponto, que os instrumentos que avaliam o risco de reincidência em réus investigados ou condenados em processos criminais não substituem o juízo de adequação próprio da aplicação do direito.

Desta vez, a ressalva é feita com intensidade ainda maior, visto que a questão avaliada é concernente ao direito penal, braço mais violento do poder estatal, voltado à proteção contra as mais graves lesões aos bens jurídicos. Como o direito penal é o competente que reserva as mais severas reprimendas às condutas ilegais, cuidado redobrado, como se sabe, deve ser empregado na análise dos casos concretos submetidos à apreciação do operador do direito.

Nesse contexto, delegar, mesmo que em parte, a tarefa do juízo de aplicação da norma a uma metodologia qualquer pode não se revelar prática compatível com os princípios democráticos. É que, conforme visto em Dworkin, o primado maior do direito é promoção da

igualdade. Soluções classificatórias, como essas decorrentes da análise estatística de respostas de questionários, parecem ir na contramão do fortalecimento dos direitos.

Um argumento contrário ao desenvolvido aqui poderia sustentar, por outro lado, que os métodos usados para avaliar a probabilidade de reincidência dos réus – e com isso contribuir para uma administração eficiente no âmbito da justiça criminal caso tenham sucesso nessa previsão – são alicerçados nas *melhores práticas*, naquilo que funciona em termos de proteção da sociedade contra os acusados mais propensos ao cometimento de novos crimes. Afinal, tais instrumentos são baseados em métodos atuariais, considerando fatores individuais estáticos e dinâmicos (*risk-need assessments*) para calcular o risco de se reincidir.

Porém, mesmo essa visão otimista da eficácia dos instrumentos de avaliação pode ser criticada. É que se pode questionar, por oportuno, a própria redução do raciocínio jurídico relativo ao direito penal a um cálculo de probabilidade de reincidência. Esse cálculo, como se desprende das justificativas apresentadas para a sua utilização, é voltado para o futuro, para a possibilidade de o réu voltar a cometer crimes. As infrações anteriores, então, incorporam os dados analisados na avaliação, a qual trata de muitas outras informações, tais como se o acusado tem casa própria, se familiares já foram presos, se amigos ou outras pessoas da convivência diária estão envolvidos em crimes etc.

Avaliam-se em tais instrumentos, como visto, inclusive os chamados “pensamentos criminosos”, como por exemplo se um estado de extrema necessidade justificaria uma ocorrência de furto visando a própria alimentação na opinião do respondente. Assim, é possível asseverar, com base nas informações pesquisadas a respeito dos questionários de avaliação de risco, que tais ferramentas integram uma política mais ampla, centrada na figura do sujeito criminoso.

Nesse sentido, extrapolando-se essa concepção com vistas a expor a dificuldade de se sustentar o argumento em prol dos questionários, pode-se imaginar um cenário em que os indivíduos entrevistados, mesmo não respondendo a nenhum processo por crime no momento da pesquisa, forneçam informações avaliadas pela metodologia como concernentes a perfis com grande risco de prática violenta de crimes. Assim, com fundamento nos resultados dos questionários, poder-se-ia defender uma política de “encarceramento preventivo” daquelas pessoas, vez que muito provavelmente elas iriam em breve delinquir.

Uma abordagem como essa, apesar de não corresponder ao que efetivamente se pratica, evidencia de certa forma a intenção subjacente à administração da justiça por meio de questionários de avaliação socioeconômica e comportamental. E essa intenção parece ser a de condenação de um grupo ou classe, em tarefa de classificação que aparentemente viola o

direito à igual consideração e respeito que, segundo Dworkin, deve pautar as relações sociais com vistas a um futuro melhor para toda a comunidade.

A conclusão acima é também defendida pela organização de jornalismo investigativo ProPublica, que analisou as pontuações de risco de mais de dez mil pessoas presas em Broward County, Flórida, nos anos de 2013 e 2014, e comparou os resultados com os dados de reincidência dos dois anos subsequentes, mesmo critério usado pelos criadores do algoritmo COMPAS.

A organização afirma que o COMPAS gerou notas de risco mais altas para negros em várias situações nas quais os investigados haviam cometido crimes similares, mesmo quando as pessoas brancas tinham maior histórico de prática de crimes. Além disso, houve um maior número de reincidência entre brancos avaliados com baixo risco e menor número entre negros avaliados como alto risco¹³⁸.

Dessa maneira, a ProPublica sugere que a fórmula de classificação do COMPAS é particularmente propensa a rotular presos negros como futuros criminosos, equivocando-se nessa categorização duas vezes mais do que comparando-se aos acusados brancos. Além disso, brancos foram erroneamente classificados como possuindo baixo risco de reincidência mais frequentemente do que negros¹³⁹.

A análise aqui mencionada, mesmo que de natureza ilustrativa, é útil à argumentação de que os resultados de avaliações feitas por algoritmos podem se prestar à discriminação e à exclusão de classes. A contradição no uso de instrumentos desse tipo pelo governo não passou despercebida por Dworkin. Comentando o princípio de que o governo deve mostrar um mínimo de respeito até mesmo pelos acusados por crimes – citado inclusive por Hart – Dworkin relaciona que pareceria errado manter uma pessoa presa com base na predição de que ela poderia cometer crimes caso fosse libertada.

Nesse diapasão, completa Dworkin que

qualquer predição desse tipo, se for coerente, deve basear-se na concepção de que um indivíduo é um membro de uma classe com traços particulares, classe essa que tem mais probabilidade de cometer crimes que outras. A

¹³⁸ ANGWIN, Julia. et al. *Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. ProPublica: 23 maio 2016. Disponível em <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

¹³⁹ O estudo desenvolvido pela ProPublica informa que outras pesquisas foram realizadas por instituições diversas, incluindo órgãos governamentais e universidades, também apontaram que algoritmos de classificação de risco de reincidência retornavam notas de risco mais altas para negros ou outras minorias étnicas. Contudo, um desses trabalhos, feito por pesquisadora da Universidade da Califórnia em Berkeley e um pesquisador do Escritório Administrativo dos Tribunais dos Estados Unidos, apesar de notar a diferença não atribuíram o resultado a deficiências na metodologia do algoritmo. Cf. ANGWIN, Julia. et al. *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*. ProPublica: 23 maio 2016. Disponível em <<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

predição deve ser atuarial, como a que uma companhia de seguros faz a respeito da probabilidade de adolescentes sofrerem acidentes automobilísticos. Mas é injusto colocar alguém na prisão com base em um juízo, não importa quão acurado, acerca de uma classe, porque isso nega seu direito a ser tratado, enquanto indivíduo, com igual respeito¹⁴⁰.

A partir das considerações aqui aduzidas, mostra-se útil a análise concernente à avaliação de risco de reincidência segundo do direito pátrio. Então, será possível confrontar o resultado dessa explanação com a temática que orienta este trabalho, relacionada com a prevalência da hermenêutica jurídica sobre soluções automatizadas para a construção de argumentos e para a fundamentação de decisões.

Fazendo-se alusão ao que já foi dito a respeito do processo penal no direito norte-americano, menciona-se que, segundo o ordenamento pátrio, na fase pré-julgamento é cabível espécie de prisão do acusado com base na possibilidade de reincidência, entre outros quesitos. Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública e da ordem econômica. Tal disposição pode ser interpretada como permissiva à prisão por risco de prática de novos crimes, embora seja comum a revogação de prisões preventivas por motivo de fundamentação genérica.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci elucida que se o delito praticado for grave, com reflexos negativos na vida de muitos, e provocar sensação de impunidade nos demais membros da sociedade ao tomarem conhecimento da sua prática, é caso de determinação do recolhimento preventivo. Porém, seguindo-se o ensinamento do autor, tem-se que a periculosidade do infrator não seria o único motivo a impor a prisão preventiva com base na necessidade de garantia da ordem pública e da ordem econômica. Para Nucci, vários fatores estariam envolvidos, destacando-se a gravidade concreta da infração cometida, a repercussão social ocasionada e a periculosidade do agente¹⁴¹.

Além da hipótese da prisão preventiva para manutenção da ordem pública, é de se notar que no momento próprio da elaboração da sentença penal a periculosidade, entendida como possibilidade de reincidência, também é levada em consideração. O art. 59 do Código Penal, relativo à fixação da pena, estipula:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit., p. 22.

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 552.

- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Pela redação do dispositivo, denota-se que características da personalidade do agente e de sua conduta social, bem como a culpabilidade e os antecedentes, são levados em consideração para a fixação da pena suficiente para reprovação e prevenção do crime. Percebe-se, até porque constitui função do direito penal, o objetivo da prevenção. Porém, no ordenamento brasileiro, frisa-se que a providência é de competência do juiz, responsável pelo juízo de adequação da norma à situação concreta, tendo em vista as circunstâncias do caso. Diferente, portanto, da delegação de tal providência a um método de predição, por mais atualizado que se apresente.

Continuando a análise sobre a eventual avaliação de risco de reincidência segundo o direito brasileiro, uma vez identificadas as possibilidades de consideração da periculosidade quando da decretação da prisão preventiva e também quando da fixação da pena na sentença condenatória, torna-se relevante o exame da situação pós-condenação do agente.

No ordenamento pátrio, nesse sentido, tem-se que o cumprimento da pena é regido pela Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. O diploma traz disposições a respeito da classificação do condenado, da assistência ao preso, dos deveres, direitos e disciplina e dos órgãos da execução penal. Trata, ainda, dos estabelecimentos e da execução das penas em espécie, o que envolve os benefícios e a progressão de regime. Por fim, cuida das penas restritivas de direitos, da execução das medidas de segurança, do procedimento e de novos temas como a monitoração eletrônica, pois desde sua edição passou por modificações.

No tocante à classificação do preso, referida lei estipula em seu art. 5º que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. Consoante art. 6º, a classificação será feita pela Comissão Técnica de Classificação, a qual elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade.

Por oportuno, tem-se que o art. 7º da Lei de Execução Penal estabelece o seguinte a respeito da composição da Comissão Técnica de Classificação:

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

De se notar, pela redação do citado artigo, que a Comissão é formada por equipe multidisciplinar, atuando em conjunto para a definição do programa individualizador da pena privativa de liberdade. Nesse mister, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, a teor do art. 9º do diploma em comento, a Comissão pode, no exame para obtenção de dados reveladores da personalidade, entrevistar pessoas, requisitar dados e informações a respeito do condenado de repartições ou estabelecimentos privados e realizar outras diligências ou exames necessários.

Adicionalmente, no caso de condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, tem-se a necessidade de submissão do condenado a exame criminológico, com vistas à obtenção dos elementos necessários à adequada classificação e à individualização da execução, conforme art. 8ª da Lei de Execução Penal.

Quanto ao exame criminológico, é importante salientar que sua obrigatoriedade recai apenas no caso de condenação ao cumprimento da pena em regime fechado, sendo facultativo quando da condenação ao cumprimento em regime semiaberto (parágrafo único, art. 8º, Lei de Execução Penal).

Com base no exposto, percebe-se que o expediente de classificação do condenado e de individualização da pena é auxiliado por avaliação da personalidade do agente, com fundamento nos seus antecedentes e em outros dados relevantes. Porém, a providência é realizada por equipe multidisciplinar, observando a ética profissional e tendo em vista as peças ou informações do processo.

Ainda sobre o exame criminológico, tem-se que na redação anterior àquela conferida pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, tal exame era obrigatório não só para a classificação do condenado ao regime fechado, mas também para efeito de progressão de regime, pois integrante da aferição do requisito subjetivo para a progressão, qual seja, o mérito do acusado.

Pela novel redação, contudo, não é mais necessário o parecer da Comissão Técnica de Classificação ou o exame criminológico. Dessa maneira, o art. 112 da Lei de Execução Penal atualmente dispõe:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Nota-se que o *caput* do art. 112 supramencionado faz referência ao requisito objetivo – cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior – e ao requisito subjetivo do bom comportamento, comprovado pelo diretor do estabelecimento. Assim, ao menos no que concerne à exigência legal, não mais há que se falar na obrigatoriedade da avaliação de personalidade resultante de exame criminológico para o juízo atinente à progressão de regime.

Porém, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a determinação do exame constitui faculdade do juiz, e pode ser levado portanto em consideração para efeito de determinação do mérito relativo à progressão do regime de cumprimento da pena.

A esse respeito, tem-se a Súmula nº 439 do STJ, a enunciar que “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. Tangenciando o assunto, tem-se também a Súmula Vinculante nº 26 do STF, ao tratar da progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo:

STF – Súmula Vinculante nº 26:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Dessa forma, consoante a redação das citadas súmulas, o exame criminológico pode ser realizado com vistas a subsidiar a análise do requisito subjetivo próprio à progressão de regime. Logo, tal requisito não se restringe apenas à comprovação do bom comportamento carcerário.

Porém, é de se ressaltar que a realização do exame criminológico só é permitida se sua determinação se der de forma fundamentada. Decisões imotivadas a exigirem o exame, portanto, são passíveis de correção. Nessa linha tem-se que, segundo a jurisprudência do STJ, somente a gravidade abstrata do delito e a longa duração da pena não são suficientes para a exigência do exame, sendo necessária a indicação de elementos concretos a apontar o demérito do acusado.

Nesse sentido, aponta-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **2. PROGRESSÃO PRISIONAL INDEFERIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS POR AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. 3. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E LONGA PENA A CUMPRIR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

(...)

2. Embora o art. 112 da Lei de Execução Penal, após a alteração trazida pela Lei n. 10.792/2003, não mais exija a submissão do apenado ao exame criminológico para a concessão de benefícios, o Juiz da Execução, ou mesmo o Tribunal de Justiça, de forma fundamentada, pode determinar, diante das peculiaridades do caso, a realização do aludido exame para a formação do seu convencimento, nos termos do enunciado n. 439 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. No caso, não houve motivação idônea para o indeferimento da progressão prisional, pois tanto o Juiz das Execuções Penais quanto o Tribunal de origem valeram-se apenas da gravidade abstrata dos crimes praticados, da longa pena a cumprir, bem como de alegações genéricas acerca do cabimento do exame criminológico, o que configura o alegado constrangimento ilegal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão atacado e para que o Juiz da Execução examine o pedido de progressão de regime à luz do art. 112 da Lei de Execução Penal.

(HC 285.429/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014)

Com a mesma orientação, de que apenas fatos concretos ocorridos no curso da execução a demonstrarem o demérito do acusado podem ensejar a negativa da progressão de regime, tem-se o precedente abaixo, da sexta turma do STJ¹⁴²:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO PENAL. **PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. ALEGAÇÃO DE NÃO PREENCHIMENTO, FUNDAMENTADA APENAS NA GRAVIDADE DO CRIME E NA LONGA PENA A CUMPRIR. INEXISTÊNCIA DE FATOS CONCRETOS, OCORRIDOS NO CURSO DA EXECUÇÃO, QUE DEMONSTREM O DEMÉRITO DO CONDENADO. ILEGALIDADE.**

¹⁴² O presente julgado, bem como o antecedente, foram extraídos de recente decisão monocrática proferida pela Min. Laurita Vaz, no HC nº 384.725-SP (decisão em 10.01.2017, DJe de 02.02.2017). Notícia sobre o caso foi publicada no sítio do STJ: *Necessidade de exame criminológico deve ser justificada com base no caso concreto*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Noticias/Necessidade-de-exame-criminológico-deve-ser-justificada-com-base-no-caso-concreto>. Acesso em: 8 jun. 2017.

ORDEM NÃO CONHECIDA. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

(...)

V. Na hipótese, há constrangimento ilegal. Conquanto não mais se exija, após o advento da Lei 10.793/2003, que deu nova redação ao art. 112 da Lei 7.210/84, a realização de exame criminológico, como requisito indispensável à concessão da progressão de regime, cabe ao magistrado decidir, caso a caso, pela necessidade ou não de sua realização, devendo, nas hipóteses de indeferimento do pedido, bem como naquelas em que julgar necessário o exame, fundamentar a decisão em dados concretos, acerca do reeducando. Precedentes.

VI. Na espécie, o benefício foi negado, mesmo com exame criminológico favorável, com fundamento apenas na longa pena a cumprir, decorrente da prática de crimes graves, sem se apontar qualquer fato concreto, que demonstre o demérito do condenado e justifique a negativa de progressão de regime prisional.

VII. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a gravidade do crime ou a longa pena a cumprir não constituem fundamentos idôneos para indeferir o pedido de progressão de regime, especialmente quando dissociados de elementos concretos, ocorridos no curso da execução penal.

VIII. Habeas corpus não conhecido.

IX. Ordem concedida, de ofício, para que o Juízo da 2ª Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente/SP reavalie o pedido de progressão de regime do paciente, afastando os elementos inicialmente considerados, ou seja, a longa pena a cumprir e a gravidade dos delitos.

(HC 248488/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012)

Do exposto, tem-se que eventual avaliação de risco de reincidência tem lugar no juízo de determinação da prisão preventiva por motivo de preservação da ordem pública e da ordem econômica, desde que presentes outros elementos como a gravidade do crime e a repercussão social. Adicionalmente, características da personalidade e do comportamento social, somadas aos antecedentes, são levadas em consideração no tocante à fixação da pena segundo dispõe o art. 59 do Código Penal.

Além disso, em sede de execução penal, também se revela possível a avaliação para fins de classificação e individualização do cumprimento da pena. Nesta fase, ela pode integrar o parecer da Comissão Técnica de Classificação ou o exame criminológico, obrigatório para os condenados ao cumprimento da pena em regime fechado. Porém, como visto, o exame não é mais obrigatório para fins de aferição do requisito subjetivo necessário à progressão de regime. Embora facultativo, deve ser motivado o exame com esse intento, sendo passível de modificação segundo a jurisprudência do STJ quando a fundamentação se restringir à gravidade do delito e à longa duração da pena. A própria negativa de progressão com base em

tais fundamentos genéricos também pode ser combatida, sendo necessária a existência meio de fatos concretos, ocorridos no curso da execução, a demonstrarem o demérito do acusado.

Dessa forma, evidencia-se que embora possível a avaliação de risco de reincidência segundo o direito pátrio, objetivando a garantia da ordem pública, a prevenção do crime mediante fixação da pena e ainda a individualização desta, inclusive quanto às condições para progressão de regime, nota-se que tal avaliação não constitui critério único de análise, nem mesmo é delegada a metodologia passível de automação.

Nota-se que a avaliação em lume pode e em certos casos deve ser feita, porém mediante o exercício do juízo de adequação da norma ao caso concreto, considerando todas as características da situação. Em se tratando da modalidade pericial, consubstanciada no exame criminológico, tem-se que a providência não é mais obrigatória para a progressão da pena e, se utilizada, deve consignar sólida fundamentação. Prestigiada, então, no direito pátrio, a análise caso a caso e a consideração das peculiaridades da situação, de modo que se faz possível o reconhecimento da prevalência dos pressupostos da hermenêutica jurídica às soluções automatizadas para predição de ocorrências delitivas e classificação de indivíduos.

A partir destas ponderações, o tópico subsequente tratará da quarta e última reflexão do presente capítulo, discorrendo a respeito das tecnologias de predição quantitativa, inclusive modelos de previsão de decisões judiciais.

3.4 As tecnologias de predição legal quantitativa e os modelos de previsão de decisões

A declaração firmada no início desta análise, de que a utilização de algoritmos na prática do direito não é adequada sob a perspectiva da hermenêutica jurídica, pode ser defendida mesmo quando considerados os modelos de predição jurídica quantitativa, baseados em métodos estatísticos aplicados em grandes bases de dados (*big data*).

Como já afirmado neste trabalho, decisões não são guiadas ou dirigidas por dados, mas sim baseadas em interpretações, em pré-compreensões e no contexto reflexivo da atividade hermenêutica.

Adicionalmente, tem-se que um objetivo importante a ser alcançado por meio do uso da tecnologia é a redução de custos, tornando o direito mais acessível e eficiente. Ocorre que a busca pela eficiência não poderia suplantar a essência marcadamente política da atividade jurídica no sentido conferido por Dworkin, de que o direito é uma atitude interpretativa voltada à política no sentido mais amplo. Ainda de acordo com o autor, o direito “é uma atitude contestadora que toma todo cidadão responsável por imaginar quais são os

compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância”¹⁴³.

Tendo-se em vista a concepção de direitos centrada em princípios, uma visão crítica se faz necessária inclusive quanto ao uso da tecnologia. Isso porque o fato de seres humanos possuírem limitações cognitivas quando da análise de grandes quantidades de documentos não afasta as dificuldades inerentes ao próprio desenvolvimento das soluções automatizadas. Infere-se, aqui, que a atitude interpretativa deve-se voltar até mesmo para a natureza dessas soluções. Isso é dizer que os algoritmos, em si, também podem ser analisados sob a ótica do direito como integridade, da promoção do direito à igual consideração e respeito.

Mister se faz, por oportuno, avaliar se as soluções tecnológicas alegadamente fomentadoras da eficiência e da redução de custos não poderiam, em contrapartida, perpetrar desigualdades. Nessa linha de pensamento, cita-se o trabalho desenvolvido por Cathy O’Neil, matemática, analista de dados e criadora de organização especializada em auditoria de algoritmos e análise dos riscos de sua utilização.

Nesse diapasão, O’Neil afirma que as sofisticadas fórmulas matemáticas que atualmente dirigem a vida moderna são como armas. Podem, assim, ser direcionadas contra determinadas pessoas por seus controladores. A diferença é que enquanto uma arma possui alcance limitado, algoritmos podem atingir literalmente milhões de pessoas ao mesmo tempo, ainda que aparentemente não o estejam fazendo. Em seu livro *Weapons of Math Destruction*, a autora argumenta que algoritmos que analisam o *big data* podem aumentar a desigualdade e ameaçar até mesmo a democracia¹⁴⁴.

De acordo com a autora, em vez de a crise de 2008 estimular debates sobre a má utilização de modelos matemáticos e sobre como um colapso similar poderia ser evitado no futuro, o que ocorreu foi oposto. Novos modelos matemáticos foram desenvolvidos e aplicados em novas áreas, de modo a prever comportamentos e a calcular o potencial de indivíduos enquanto estudantes, enquanto trabalhadoras ou mesmo enquanto infratores. E tudo isso com as alegadas vantagens da economicidade, da eficiência e da ausência de erros humanos.

O problema é que as aplicações que efetuam análise de dados são também construídas com base em escolhas feitas por pessoas, falíveis como quaisquer outras. Assim, os erros na elaboração dos modelos ocorrem, ainda que com as melhores intenções. Só que é

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito. cit.*, p. 492.

¹⁴⁴ O’NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. New York: Crown, 2016.

muito mais difícil questionar tais modelos matemáticos, visto que inacessíveis à maioria da população tanto em termos de disponibilidade quanto de domínio da linguagem de programação e dos métodos empregados.

Cathy O’Neil, nessa linha, sustenta que algoritmos tendem a punir os mais pobres, ao passo que torna os ricos ainda mais ricos. Por isso a expressão “*Weapons of Math Destruction*”, trocadilho para *Weapons of Mass Destruction* (armas de destruição em massa). De acordo com a autora, tais modelos definem sua própria realidade e então utilizam o cenário obtido para justificar seus resultados.

Um exemplo trabalhado por O’Neil é o do sistema utilizado para avaliar o desempenho dos professores das escolas distritais de Washington. Os *scores* gerados pelo algoritmo fundamentaram a dispensa de diversos professores, que seriam alegadamente ruins em termos de desempenho. Ocorre que mesmo docentes considerados bons obtiveram notas baixas e foram despedidos. Nesse ponto, não houve espaço para debate sobre a metodologia envolvida, ou ainda sobre o fato de que talvez não seja viável mensurar objetivamente a qualidade dos professores por meio de um score automatizado, quando muitos fatores diversos e complexos podem influenciar no aprendizado dos alunos, tais como problemas familiares, financeiros e pessoais destes.

Outro mencionado exemplo é o dos programas que auxiliam na avaliação do perfil de candidatos a emprego. Tais modelos frequentemente dão peso ao histórico de crédito do indivíduo para a construção do perfil. Maus pagadores, assim, seriam também maus funcionários, pelo que deveriam ser preteridos na escolha por uma vaga. Porém, como argumenta Cathy O’Neil, especialmente numa época de crise é plausível que pessoas de boa-fé não consigam quitar suas dívidas, o que diminui seus *scores* de crédito – os quais serão futuramente considerados por eventuais contratantes. Com notas inferiores na avaliação feita pelo algoritmo, aquelas pessoas não obteriam emprego e dificilmente honrariam suas dívidas. As notas diminuiriam novamente, prejudicando ainda mais suas chances de encontrar um bom emprego. A autora denomina esse fenômeno de *toxic feedback loop*, e a partir dele restaria enfatizada a exclusão. E, de outro lado, empregadores perderiam a oportunidade de contratar bons funcionários, os quais poderiam ser mais bem avaliados sem a utilização dos sistemas automatizados.

O aumento da desigualdade, segundo a autora, se daria pois os algoritmos são voltados à análise de dados em grandes quantidades. Por serem baratos, tornam-se largamente utilizados pelas massas. Ricos, ao contrário, continuam contratando serviços prestados por pessoas, mais caros porém personalizados e com melhores resultados.

A ameaça à democracia decorreria, por um lado, do fato de que os perigosos pressupostos incorporados aos algoritmos que influenciam a vida de muitos são camuflados pela linguagem matemática e por isso mesmo não são testados ou questionados. Colocam-se, portanto, fora do debate. Além disso, acrescenta-se o fato, por exemplo, de que os algoritmos utilizados pelo Facebook e por outras redes sociais para filtrar as postagens e notícias a aparecerem no *feed* de cada usuário podem influenciar inclusive em suas escolhas políticas. E, numa época em que grande parte das pessoas passa considerável tempo online – o Brasil sendo um dos recordistas, inclusive – o viés produzido pelos sistemas de apresentação de notícias pode resultar em grande impacto.

O raciocínio aqui desenvolvido reforça o argumento sustentado no presente trabalho, de que uma adequada hermenêutica deve prevalecer às soluções automatizadas no tocante à prática do direito, especialmente quando se concebe o direito como veículo da igualdade.

A respeito dos modelos de previsão de decisões judiciais como o formulado pelo professor Daniel Katz e sua equipe, há que se observar que, embora trata-se de notável resultado prever 70% dos casos julgados pela Suprema Corte, não se pode esquecer que os 30% que fugiram à previsão do modelo constituem número também considerável de decisões. Adicionalmente, poder-se-ia questionar sobre a natureza desses julgados, as características peculiares que ocasionaram a diferença com relação ao padrão calculado pelo algoritmo. Talvez se reconheça, nessa diferença, a noção filosófica básica de que as proposições sobre o mundo são contingentes, ou seja, ora são verdadeiras, ora são falsas. Talvez se reconheça, nessa diferença, que aplicação do direito não é meramente mecânica, visto que o direito não se esgota num rol de regras ou mesmo de princípios, mas se traduz, conforme Dworkin, numa atitude fraterna voltada para a busca de um futuro melhor.

Diante das reflexões aqui apresentadas, tendentes a analisar o impacto da utilização de algoritmos na prática do direito sob o enfoque da hermenêutica jurídica, exsurge a necessidade de se retomar os objetivos do presente trabalho e de se confrontar os resultados obtidos com as hipóteses anteriormente formuladas. É o que se fará na próxima sessão, em sede de conclusão.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo geral analisar, com base na hermenêutica jurídica, se a interpretação do direito é passível de automação, total ou parcial, por meio do uso de algoritmos e sistemas computacionais, em especial no tocante às atividades de auxílio à argumentação e de tomada de decisões.

O primeiro capítulo, nessa linha, buscou contextualizar o avanço da utilização de tecnologia para o desempenho de atividades cognitivas, proporcionado pelo desenvolvimento de programas computacionais. A partir disso, foram abordados modelos que intentaram a padronização o raciocínio jurídico, como o HYPO, de Kevin Ashley, e o modelo criado por Anne Gardner em 1987. Assim, foram também identificados algoritmos relevantes no atual cenário do direito, bem como descrito o funcionamento básico de tais ferramentas.

Abordaram-se, então, o sistema ROSS Intelligence, que utiliza inteligência artificial para pesquisar a literatura jurídica, formular hipóteses e gerar respostas fundamentadas para utilização em peças jurídicas; o algoritmo COMPAS, usado para calcular a probabilidade de reincidência de réus e com isso almejar uma melhor administração da justiça criminal em estados dos EUA a partir da definição do perfil dos acusados e, ainda, a ciência da previsão jurídica quantitativa (*Quantitative Legal Prediction – QLP*), a qual tem o propósito de aplicar métodos quantitativos na análise do direito. Tais sistemas importaram ao tema desta pesquisa, visto que parecem sugerir que elementos da interpretação do direito podem – ou mesmo devem – ser automatizados.

Nesse diapasão, o segundo capítulo discorreu a respeito da hermenêutica jurídica partindo-se do pensamento de Dworkin, Gadamer e Günther. Em Dworkin, ficou evidenciada a relevância de se incorporar argumentos de princípio no mister de se solucionar casos jurídicos difíceis. Percebeu-se a necessidade de uma concepção de Estado de Direito *centrada nos direitos*. Notou-se a importância da inclusão de princípios morais como constitutivos do cerne do direito, visto que em sistemas jurídicos complexos não existe uma distinção definitiva entre padrões jurídicos e padrões morais. Esse enfoque revela o direito como atitude interpretativa e construtiva, voltada ao conceito de coerência num sentido mais amplo, relacionado à integridade. A interpretação do direito, assim, se preocupa com propósitos, prestigiando-se a justiça e a equidade, sem se afastar do devido processo legal adjetivo.

Consoante Gadamer, elucidou-se que não há método capaz de produzir verdade, especialmente quando se quer entender as denominadas ciências do espírito (*moral sciences*). Nesse campo, situa-se a compreensão de textos, e sob tal ótica deve ser considerada a

atividade hermenêutica. Logo, tem-se que o conjunto de procedimentos das ciências do espírito nos leva a uma nova concepção de verdade, mais próxima, por exemplo, da verdade estética do que da alegada autoevidência das ciências da natureza. Em Gadamer, aprendeu-se que compreender é interpretar, visto que na busca por sentido há que se considerar, sempre, as pré-compreensões do sujeito histórico e finito que vivencia aquela experiência. Dessa maneira, a condição hermenêutica pressupõe o pertencimento do homem a uma tradição, o que influencia sua compreensão. Esta, por sua vez, é sempre um projetar, no qual busca-se reunir os horizontes do texto e do intérprete. Como esse esforço acarreta constante revisão, é de se reconhecer o caráter de processo circular da hermenêutica, a estimular seguidamente novas projeções de sentido.

O ensinamento de Günther, a seu turno, salientou a necessidade de se estabelecer uma cisão discursiva entre os juízos de fundamentação e de adequação das normas jurídicas. Tal se exige pois é preciso considerar aspectos ligados ao contexto do caso específico quando da avaliação sobre o adequado cumprimento de uma norma. O autor, nessa linha, sugere uma revisão da definição do princípio de universalização “U”, proposto por Habermas, no intuito de concluir pela pertinência de se utilizar uma versão fraca do aludido princípio. E a versão fraca de “U” conta com um índice temporal e cognitivo, representado pelas condições de tempo e de conhecimento restritos, a assinalar que não é possível reunir os discursos de justificação e de aplicação num mesmo procedimento argumentativo. Dessa forma, o juízo de adequação seria possível apenas caso a caso, considerando as condições específicas extraídas de cada situação concreta.

A partir dessas considerações, obteve-se substrato teórico suficiente para abordar o problema fixado para o presente trabalho. Tendo isso em vista, no terceiro capítulo analisaram-se os movimentos de automação da prática do direito anteriormente descritos sob o prisma da hermenêutica jurídica.

Como primeira reflexão, foi proposto que a utilização de algoritmos na prática do direito não é adequada sob a perspectiva da hermenêutica jurídica. Nesse sentido, tem-se que ferramentas desenvolvidas para a padronização do raciocínio jurídico podem prejudicar o exercício da interpretação construtiva. Também, notou-se que delegar a um método a tarefa de interpretar o direito é olvidar o caráter conversacional da hermenêutica, num processo que atribui sentidos em vez de descobri-los. Além disso, evidenciou-se que um eventual objetivo de tratamento de casos em bloco pode até resultar em menor tempo de análise e aparente eficiência, mas ao custo da descaracterização das situações concretas apresentadas ao intérprete.

A segunda reflexão ocupou-se da utilização de métodos de inteligência artificial atualmente aplicados ao direito, bem como o citado programa ROSS Intelligence. Nessa linha, asseverou-se que, embora cada vez mais sofisticados, algoritmos continuam sendo sequências de passos, listas de procedimentos ou regras. Dessa forma, são um tipo de texto, também passíveis de interpretação. Logo, talvez possam ser interpretados de maneira mais ampla, a considerar o histórico de sua elaboração, a visão ou a intenção do autor ou, ainda, o contexto mais abrangente da sua produção. Tal abordagem constituiria espécie de *hermenêutica de algoritmos*, fundamentada nos tópicos até aqui estudados.

Por oportuno, a terceira reflexão discorreu a respeito dos instrumentos de avaliação de risco de reincidência usados em estados dos EUA para corroborar as decisões de prisão ou soltura de investigados e condenados. Abordou-se, especificamente, um dos questionários ponderados usados para tal finalidade: o COMPAS. Mantendo-se a orientação que iniciou a análise, afirmou-se que tais instrumentos não substituem o juízo de adequação próprio da aplicação do direito. Isso é dizer que delegar, mesmo que em parte, a tarefa do juízo de aplicação da norma a uma metodologia – ainda que pretensamente científica e atual – não se revela prática compatível com os princípios democráticos. Conforme Dworkin, o mais relevante princípio jurídico é o da igualdade. Soluções classificatórias resultantes de algoritmos, nessa linha, mostram-se contrárias ao direito de cada um de ser tratado com igual consideração e respeito.

Foi visto, também, que embora o ordenamento brasileiro conte com eventual avaliação de risco de reincidência – no juízo de determinação da prisão preventiva por motivo de preservação da ordem pública e da ordem econômica, no momento da dosimetria da pena ou mesmo em sede de execução penal – tal avaliação não constitui critério único de análise, nem é delegada a metodologia passível de automação. Consoante o exposto, tem-se que a avaliação sobre a possibilidade de reincidência é permitida ou exigida em certos casos, porém mediante o exercício do juízo de adequação da norma à situação concreta, considerando todas as suas características. Nesse aspecto, verificou-se o prestígio, no direito pátrio, da análise caso a caso e da consideração das peculiaridades de cada situação, de modo que se faz possível o reconhecimento da prevalência dos pressupostos da hermenêutica jurídica às soluções automatizadas. Tem-se, por exemplo, a jurisprudência do STJ, com o entendimento de que a necessidade de realização de exame criminológico para concessão de benefícios no contexto da execução penal deve ser justificada com base no caso concreto.

A quarta reflexão, por fim, debateu sobre as tecnologias de predição quantitativa aplicadas ao direito, inclusive sobre modelos de previsão de decisões judiciais. Nesse ponto,

tem-se que embora existam algoritmos com métodos estatísticos aplicados em *big data* visando o auxílio à tomada de decisões, é de se afirmar que estas não são guiadas ou dirigidas por dados, mas sim baseadas em interpretações, em pré-compreensões e no contexto reflexivo da atividade hermenêutica. Averiguou-se, nessa linha, que soluções tecnológicas alegadamente fomentadoras da eficiência e da redução de custos podem, ao contrário, ser utilizadas como verdadeiras armas, a aumentar a desigualdade e a ameaçar até mesmo a democracia. É que as aplicações que efetuam análise de dados são também construídas com base em escolhas feitas por pessoas, falíveis como quaisquer outras. Assim, é de se reconhecer que a elaboração de modelos pode conter erros, porém é muito mais difícil questioná-los. Algoritmos, então, até por sua natureza metodológica, definem sua própria realidade e utilizam o cenário obtido para justificar seus resultados.

O raciocínio elaborado nesse conjunto de reflexões, conseqüentemente, reforça o argumento de que uma adequada hermenêutica deve prevalecer às soluções automatizadas no tocante à prática do direito, especialmente quando este é considerado veículo da igualdade. Reconhece-se, também, que aplicação do direito não pode ser meramente mecânica, vez que ele não se esgota num rol de regras ou princípios, mas se traduz, conforme Dworkin, numa atitude fraterna voltada para a busca de um futuro melhor.

Dessa maneira, avalia-se que os objetivos geral e específicos do presente trabalho restam alcançados, e que as hipóteses antes formuladas podem ser acatadas quando se tem em mente a natureza humana da interpretação e as questões inerentes ao contexto hermenêutico, bem como a necessidade de se levar em conta todos os fatores característicos da singular situação em exame para a adequada aplicação do direito. Portanto, este trabalho conclui pela prevalência da hermenêutica jurídica sobre soluções automatizadas para a construção de argumentos e para a fundamentação de decisões.

Como última reflexão, tem-se que a tensão percebida na tentativa de se automatizar o direito pode ser relacionada aos limites da aplicação da metodologia das ciências da natureza às ciências humanas, mas também à pretensão universalizante do método, de tudo medir, sistematizar e controlar. De acordo com o estudo aqui desenvolvido, porém, advoga-se por um conceito de direito alicerçado na igualdade. E esta, curiosamente, não é alcançada por meio da padronização – muito pelo contrário, é prestigiada quando todos são tratados individualmente com justiça e equidade. Tal só é possível quando cada um é considerado como integrante de uma comunidade solidária, digno de igual respeito e, assim, merecedor de acolhimento enquanto ser, e simplesmente por sê-lo.

REFERÊNCIAS

ANGWIN, Julia. et al. *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*. ProPublica: 23 maio 2016. Disponível em <<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. *Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. ProPublica: 23 maio 2016. Disponível em <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ASHLEY, Kevin D. *Modelling legal argument: reasoning with cases and hypotheticals*. 1988. 391 f. Tese (Doutorado em Ciência da Computação) – Massachusetts Univ. Amherst Dept. of Computer and Information Science, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio/São Paulo: Renovar, 2003, p. 286.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. *Lei de Execução Penal*. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Necessidade de exame criminológico deve ser justificada com base no caso concreto*. 18 jan. 2017 (notícia). Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Noticias/Necessidade-de-exame-criminológico-deve-ser-justificada-com-base-no-caso-concreto](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Noticias/Necessidade-de-exame-criminologico-deve-ser-justificada-com-base-no-caso-concreto)>. Acesso em: 8 jun. 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 422 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2008.

COURTVIEW JUSTICE SOLUTIONS. *Evidence-Based Practices and Approaches in Problem-Solving Courts – and Beyond*. Disponível em <<http://www.courtview.com/evidence-based>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EQUIVANT. *COMPAS Classification: Inmate Management Support*. Disponível em <<http://www.equivant.com/solutions/inmate-classification>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael. *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?* Oxford: Oxford Martin Programme on Technology and Employment, 2013. Disponível em <<http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

GARDNER, Anne von der Lieth. *An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning*. Cambridge, MA: Bradford Books/MIT Press, 1987.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HAFNER, Carole. Legal reasoning models. In: N. J. Smelser; P. B. Baltes (orgs.). *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, 2001. Disponível em <www.ccs.neu.edu/home/hafner/hafner-legal.doc>. Acesso em: 25 abr. 2017.

HALL, Casey. How Daniel Katz is working to reinvent the law. *Thomson Reuters Legal Solutions Blog*, 14 nov. 2013. Disponível em <<http://blog.legalsolutions.thomsonreuters.com/law-and-techology/daniel-katz-working-reinvent-law>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

HUFF, Darrell. *Como mentir com estatística*. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

JOHNSON, James L. et al. The construction and validation of the federal Post Conviction Risk Assessment (PCRA). *Fed. Probation*, v. 75, n. 2, set. 2011, p. 16-29. Disponível em <www.uscourts.gov/file/18127/download>. Acesso em: 25 abr. 2017.

JORDAN, Michael I.; RUSSEL, Stuart. Computational Intelligence. In: R.A. Wilson; F.C. Keil (orgs.). *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*. Cambridge, MA: MIT Press, 1999, p. lxxiii-xc.

KATZ, Daniel Martin. Quantitative Legal Prediction-or-How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-Driven Future of the Legal Services Industry. *Emory Law Journal*, vol. 62, 2013, p. 909-966. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2187752>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____; BOMMARITO, Michael J., II; BLACKMAN, Josh. A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. *Physics and Society*, n. 1612, dez. 2016. Disponível em <<https://arxiv.org/abs/1612.03473>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MAYBIN, Simon. Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA. *BBC News*, 31 out. 2016. Disponível em <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MELO, João Ozorio de. Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. *Consultor Jurídico*, 16 maio 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-robo-advogado-eua>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68-69.

MILLS, Michael. *Artificial Intelligence in law: the state of play 2016*. Thomson Reuters Legal Executive Institute, 2016. Disponível em <<http://legalexecutiveinstitute.com/artificial-intelligence-law-state-play-2016>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

NORTHPOINTE. *COMPAS CORE Risk/Needs Assessment and Case Planning*. Disponível em <<http://www.equivant.com/assets/img/content/Risk-Needs-Assessment.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. *Northpointe Pretrial: Recommendations on who to detain*. Disponível em <http://www.equivant.com/assets/img/content/Northpointe_Pretrial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. New York: Crown, 2016.

OLSON, David. Literacy. In: R.A. Wilson; F.C. Keil (orgs.). *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999, p. 481-482.

SAMPSON, Geoffrey. Writing Systems. In: R.A. Wilson; F.C. Keil (orgs.). *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999, p. 894-896.

SCHATSKY, David; MURASKIN, Craig; GURUMURTHY, Ragu. *Demystifying artificial intelligence: what business leaders need to know about cognitive technologies*. Deloitte University Press, 2014. Disponível em <<https://dupress.deloitte.com/dup-us-en/focus/cognitive-technologies/what-is-cognitive-technology.html>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SILLS, Anthony. *ROSS and Watson tackle the law*. Disponível em <<https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

WARD, Kim; KATZ, Daniel Martin. Using data to predict Supreme Court's decisions. *MSU Today*, 4 nov. 2014. Disponível em <<http://msutoday.msu.edu/news/2014/using-data-to-predict-supreme-courts-decisions>>. Acesso em: 25 abr. 2017.