

1 INTRODUÇÃO

A construção e manutenção do Estado Democrático de Direito, depende, entre outros fatores, do fortalecimento das instituições, e, no âmbito judicial da garantia de eficácia à Constituição nas lesões ou ameaças a lesões que chegam ao seu alcance, o que depende da promoção de segurança jurídica e diminuição de discricionariedades, ativismos, para que se possa construir ou recuperar a confiança não apenas na Suprema Corte brasileira, mas acima dela, no Direito.

E, para tanto, é imperioso que procuremos compreender o Direito sob seu sentido de *applicatio*, mesmo em nossa tradição de *civil law*, buscando analisar a existência uma resposta adequada (resposta correta) à Constituição especialmente na era tecnológica do Direito, onde a inteligência artificial já está presente até mesmo na Suprema Corte Brasileira, através dos sistemas Victor, RAFA 2030 e VitóriaIA.

Longe de trazer respostas prontas ou questionar a importância da tecnologia, especialmente no apoio à prestação jurisdicional, a questão que se propõe é se não haverá a fragilização do Estado Democrático de Direito através da perda do sentido de integridade e coerência especialmente no âmbito Constitucional quando, em breve, a Inteligência Artificial passará a esboçar ou até mesmo realizar determinadas minutas de decisões?

As análises que seguem utilizaram-se da metodologia descritivo-analítica, baseada na revisão de literatura do tema. Os dados sobre as Inteligências Artificiais utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal são extraídos do portal do referido tribunal na rede.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL CONSEGUIRÁ COMPREENDER O SENTIDO DO DIREITO?

Não há como chegar ao cerne da questão sem a análise histórica acerca da importância do Direito, da amplitude de seu conceito o que já parece uma barreira inicial de compreensão para uma inteligência artificial.

Kelsen na sua construção do Positivismo Jurídico Normativista que distinguia a teoria do Direito como ciência com a aplicação e realização do Direito, já trazia o Direito como ordem humana, coativa, jurídica e de segurança coletiva que não deve ser distinguida por

justa ou injusta, em face do caráter relativo do juízo de valor acerca do que seria uma ordem social justa¹. Quanto a esse valor de justiça, o referido autor menciona:

Se a Justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduz a uma tal consequência (*sic*) não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva. Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva².

Já Herbert Hart, procurando aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais distintos, mas relacionados, publicou em 1961 a obra “The Concept of Law”, ou “O Conceito de Direito”³, que foi um grande marco do pensamento jurídico do Século XX, pós Kelsen, e nos esclarece:

(...) os fundamentos de um sistema jurídico consistem, não num hábito geral de obediência a um soberano juridicamente ilimitado, mas numa regra última de reconhecimento que prevê critérios dotados de autoridade para a identificação de regras válidas do sistema. Esta tese assemelha-se em alguns aspectos à concepção de Kelsen de uma norma fundamental e, mais estritamente, à concepção insuficientemente elaborada de Salmond dos *princípios jurídicos últimos*⁴.

Mais adiante discorre acerca de algumas diferenças de sua teoria com a de Kelsen, como por exemplo:

“a terminologia de Kelsen, ao classificar a norma fundamental como uma *hipótese jurídica* (ib. XVO, como *hipotética* (ib. pág. 396), como uma *regra última postulada* (ib. pág. 113), como uma *regra existente na consciência jurídica* 9ib. p. 116), ou como *uma suposição* (ib. pág. 396), obscurece, se é que na verdade não é com ele incompatível, o ponto acentuado neste livro, nomeadamente que a questão sobre quais são os critérios de validade jurídica, em qualquer sistema jurídico, é uma questão de facto. É uma questão de facto, embora seja questão acerca da existência e conteúdo de uma regra.”⁵

Acentua ainda que enquanto Kelsen fala de pressupor a validade da norma fundamental, a regra de reconhecimento é geralmente aceite, enquanto questão distinta da questão factual da sua existência, não podendo surgir questões respeitantes à validade ou invalidade da regra de reconhecimento.⁶

¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21-27.

² *Idem*, p. 35.

³ HART, H. L. A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴ *Idem*, p. 274.

⁵ *Idem*, p. 275.

⁶ *Idem*, p. 275.

Entende ainda que dizer que uma norma fundamental como Kelsen a coloca deve ser obedecida lhe parece uma duplicação repetida e inútil, e ainda, a questão de ser impossível, segundo Kelsen, considerar válida uma regra concreta de direito e, ao mesmo tempo, aceitar, como moralmente vinculativa, uma regra moral que proíba o comportamento exigido pela regra jurídica, sendo esse um dos motivos para Hart usar a expressão “regra de reconhecimento” ao invés de “norma fundamental” como a denominou Kelsen, “a fim de evitar qualquer comprometimento com a visão de Kelsen do conflito entre o direito e a moral”.⁷

Ronald Dworkin, por sua vez, em sua vasta obra “O império do direito” já inicia com a mesma questão: “O que é o Direito”?, passa pela importância das decisões judiciais na vida das pessoas, não somente as criminais, mas também as civis e de quanto impactam e influenciam a sociedade, por isso, tenta demonstrar o quanto é importante não somente o modo como os juízes decidem as causas, mas também o que eles pensam o que é o direito, e, quando há divergência sobre isso, segundo ele, o tipo de divergência também importa, referindo-se a divergências empíricas ou teóricas.⁸

Ainda, justificando a importância do reconhecimento não só do conceito, mas do que seriam as divergências teóricas, afirma:

Afinal, temos interesse pelo direito não só porque o usamos para nossos próprios propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é a nossa instituição social mais estruturada e reveladora. Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos.⁹

Em epílogo, Dworkin, resume:

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros. Ressalto a terceira concepção, do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.¹⁰

⁷ *Idem*, p. 141.

⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.3 a 8.

⁹ *Idem*, p. 15.

¹⁰ *Idem*, p. 488 e 489.

E para quem espera um conceito acabado ou algo simples e finito acerca do que é direito, Dworkin, culmina por afirmar:

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. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. 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. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.¹¹

E é justamente por permitirem a discricionariedade judicial, a utilização de argumentos morais ou políticos nas decisões que o positivismo não é capaz de criar uma teoria da decisão, que se possa analisar, verificar, a fim de saber se determinada decisão é incorreta ou se está juridicamente adequada à Constituição.¹² Essa dificuldade própria do Positivismo Jurídico será a mesma da Inteligência Artificial que, enquanto, programação, seria possível que sua forma de aplicação do Direito fosse exclusivamente através de subsunção, novamente presa da relação sujeito-objeto.

3 RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

Ronald Dworkin inaugura a discussão na Teoria do Direito que se vale de argumentos de princípios ao invés de argumentos de política para a resolução dos casos em que as leis sejam vagas ou omissas, ou seja, os denominados casos difíceis ou *hard cases*¹³.

Ao explicar sua teoria antecipa:

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar,

¹¹ *Idem*, p. 492.

¹² *Idem*, p. 316.

¹³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução em notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo descreve as questões que juízes e juristas têm que enfrentar, mas não garante que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões.

Alguns leitores podem objetar que, se não existe nenhum procedimento, mesmo em princípio, para demonstrar quais são os direitos jurídicos das partes nos casos difíceis, pode-se inferir que elas não têm nenhum. Essa objeção pressupõe uma tese polêmica de filosofia geral: nenhuma proposição pode ser verdadeira a não ser que possa, pelo menos em princípio, ter sua veracidade demonstrada. Não há razão alguma para se aceitar tal tese como parte integrante de uma teoria geral da verdade, mas há boas razões para rejeitar sua aplicação específica a proposições que dizem respeito aos direitos jurídicos.¹⁴

Quanto à discricionariedade e os casos difíceis, Dworkin, afirma que adota a tese de que “o poder discricionário existe se duas decisões forem (e não, simplesmente, se se acreditar que sejam) igualmente corretas porque nenhuma das partes tem direito a uma decisão na matéria”¹⁵. Explica que é a maneira de apresentar aquilo que é para ele o sentido forte do poder discricionário, ressaltando, porém, o seguinte:

Mas ninguém pode fundamentar-se nesta tese para sustentar, sem outros argumentos, que é simplesmente falso que os juízes não têm poder discricionário nos casos difíceis. Esta afirmação deve ser corroborada ou por argumentos filosóficos que mostrem, *a priori*, que nenhuma das partes pode ter o direito de ganhar num caso difícil, ou por argumentos jurídicos que mostrem internamente, caso a caso, que os argumentos a favor do direito de qualquer das partes não são mais fortes do que os argumentos a favor dos direitos da outra.

Há que se frisar, especialmente na busca da resposta correta, como bem lembra Lenio Luiz Streck que ela não poderá aparecer antes das perguntas a serem realizadas.¹⁶

Se as respostas não podem aparecer antes das perguntas, como poderia uma Inteligência Artificial ser utilizada em decisões sem o total desprezo interpretativo de integridade e da tradição constitucional.

4 CONCLUSÃO

Sabedores de que Supremo Tribunal Federal possui desde dezembro de 2022 uma Assessoria de Inteligência Artificial vinculada à Presidência e que possui como principal objetivo desenvolver novas soluções em inteligência artificial aplicadas à prestação

¹⁴ *Idem*, p. 127 e 128.

¹⁵ *Idem*, p. 507.

¹⁶ *Idem*, p. 393.

jurisdicional da Corte, é fato que a progressão do uso das tecnologias é constante, inicialmente com Victor, utilizado desde 2017 para análise de temas de repercussão geral na triagem de recursos recebidos de todo país, posteriormente coma Rafa, desenvolvida para integrar a Agenda 2030 da ONU ao STF, classificando os processos de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas¹⁷, e, recentemente, a Victória que agrupa processos por similaridade de temas, mas, como informa o próprio tribunal, “poderá em breve ser utilizada em outras etapas da tramitação”¹⁸.

E é justamente a utilização das Inteligências Artificiais cada vez mais em áreas de maior abrangência e importância que leva os juristas à preocupação de mantê-las apenas como apoio da prestação jurisdicional e muito mais gravemente se forem mesmo que disfarçadamente utilizadas na decisão como poderia haver a proteção do Direito como integridade e não um total retrocesso ao positivismo, como poderia uma Inteligência Artificial alcançar o âmbito de filosofia, de pré-compreensão correta, de tradição constitucional para continuar servindo de pilar essencial do Estado Democrático de **Direito**.

¹⁷ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499690&ori=>

¹⁸ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508710&ori=1>

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução em notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, H. L. A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/> . Acesso em 17/02/2023 às 14:07.

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499690&ori=> Acesso em 30/06/2023 às 10:00.

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508710&ori=1>. Acesso em 30/06/2023 às 11:00.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. *Versão eletrônica*