

A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIENTÍFICO E O SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO DIGITAL

**THE CONSTRUCTION OF SCIENTIFIC LAW AND THE DIGITAL
JUDICIAL PUBLIC SERVICE**

DOUGLAS CAMARINHA GONZALES

Doutor em Direito Econômico e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Professor Adjunto da FAAP. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3^a Região (SP e MS).

CARLOS EDUARDO MENDES

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestrando em Direitos Humanos pela PUC-SP. Mestrando em Interpretação Bíblica pelo UNASP – Universidade Adventista. Pós-Graduado em Direito Contratual pela PUC-SP. Graduado em Direito pela PUC-Campinas.

RESUMO

Objetivo: O presente estudo objetiva traçar a construção da concepção do Direito como ciência autônoma e isolá-lo da Sociologia, a partir da teoria positivista, e trilhar o seu diálogo com o Sociologismo jurídico, Jusnaturalismo e Realismo, por ser objeto vivo e complexo (*lex animata*) da prestação jurisdicional, sob o aspecto qualitativo das decisões ante as padronizações tecnológicas da produção textual. **Metodologia:** A metodologia utilizada é a histórico-bibliográfica dos autores pós-revolução francesa (John Austin, Kelsen, Ihering, Hart, Bobbio, Miguel Reale), mais especificamente pós-Hegel, pois a sua forma de pensar nos pressupostos jurídicos, como uma Filosofia própria do Direito liderou a ciência jurídica, como disciplina autônoma da Sociologia.

Resultados. Do ponto de vista técnico, o Direito apresenta peculiaridades, eis o motivo de sua relevância no aprofundamento dos estudos sobre a inteligência artificial no Poder Judiciário, como ferramenta de melhoria da qualidade e incremento da produtividade ao resguardar-se a prerrogativa decisória do magistrado. A incorporação tecnológica deve ser orientada pelos princípios da explicabilidade, segurança, transparência e responsabilidade, e aplicada de forma personalizada à realidade de cada caso concreto. Há a necessidade de processos que previnam viés



ou descriminação por perfilhamento, o que assegura um Judiciário mais eficaz, justo e equânime.

Palavras-chave: Positivismo. Sociologismo jurídico. Jusnaturalismo. Concepção de Direito. Hermenêutica.

ABSTRACT

Objective: The present study aims to trace the construction of the conception of Law as an autonomous science and isolate it from Sociology, from the positivist theory, and to trace its dialogue with legal Sociology, Natural Law and Realism, as it is a living and complex object (*lex animata*) of the jurisdictional provision, under the qualitative aspect of decisions in view of the technological standardizations of textual production.

Methodology: The methodology used is the historical-bibliographic of the post-French Revolution authors (John Austin, Kelsen, Ihering, Hart, Bobbio, Miguel Reale), more specifically post-Hegel, because his way of thinking about legal assumptions, as a Philosophy of Law of its own, led legal science, as an autonomous discipline of Sociology.

Results: From a technical point of view, the Law has peculiarities, which is why it is relevant in the deepening of studies on artificial intelligence in the Judiciary, as a tool for improving quality and increasing productivity by safeguarding the decision-making prerogative of the magistrate. Technological incorporation must be guided by the principles of explainability, security, transparency and responsibility, and applied in a personalized way to the reality of each specific case. There is a need for processes that prevent bias or discrimination by profiling, which ensures a more effective, fair and equitable Judiciary.

Keywords: Positivism. Legal sociology. Jusnaturalism. Conception of Law. Hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto traçar um escorço histórico da construção, com rigor científico, da concepção de Direito, como uma forma de apresentação ou revisão da delimitação de seu significado para que, cientes da complexidade de seu conteúdo como disciplina autônoma, mas com pontos de intersecção com outras disciplinas, de modo a necessitar, pontualmente, da interdisciplinaridade, quando necessário for, entender que a atividade Jurisdicional é incrivelmente complexa, cuja sensibilidade, rigor técnico e hermenêutica demandam do titular do órgão decisório preparo tal que as inovações tecnológicas de produção textual, como a utilização da inteligência artificial, no Poder Judiciário, possam ser uma ferramenta para melhoria da qualidade e incremento da produtividade, tudo a culminar com maior acesso à Justiça, tanto



pelos desafortunados, quanto pelos litigantes eventuais, resguardando-se a prerrogativa decisória do magistrado.

A utilização de inteligência artificial tem como mister a produção textual, para a sua posterior integração ao processo judicial e entrega ao jurisdicionado, como resposta estatal de poder, com o escopo de justiça material, invariavelmente, terá como objeto trabalhar com a concepção do Direito; isto é, do que é o Direito.

O objetivo geral reside na preocupação que a instrumentalização tecnológica, por meio da utilização da inteligência artificial, tanto por advogados, quanto pelas procuradorias públicas, Ministérios Públicos e Magistrados, na prática, não desvirtue a razão por maior, que é a base de cada processo judicial, qual seja, a individualização da prestação jurisdicional de qualidade, o que está acima do imperativo de praticidade/celeridade.

O Objetivo específico é a noção de prestação jurisdicional de qualidade, pela compreensão das teorias sobre o Direito científico, as quais se iniciam nas rodas de estudos de Sociologia durante as revoluções industriais. Surge o Positivismo teórico como o seu contraponto, ao emancipar o estudo do Direito da Sociologia por meio da ideia da existência de pressupostos próprios, isto é, de uma Filosofia própria do Direito, cuja nomenclatura é preconizada por Georg Wilhelm Friedrich Hegel na sua obra intitulada *Filosofia do Direito*, escrita em 1820, mas ainda dentro da disciplina filosofia política.

O concepção do Direito, como ciência autônoma da Sociologia, é desenvolvida por Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934. Anteriormente, Kelsen auxiliara na elaboração da Constituição austríaca de 1920. Adiante, observar-se-á que Kelsen caracteriza o Direito por sua normatividade, motivo do enfoque positivista, eis que a norma formal é fruto de atividade legiferante legítima, uma ação, um ato; portanto, uma positividade humana. A nomenclatura *Positivismo* foi herdada por Kelsen da obra do precursor do Positivismo, John Austin, estudado por Kelsen.

Ainda sobre o nome atribuído por Kelsen à sua obra, o termo Teoria Pura tem influência significativa doutrinária de seu contemporâneo Adolph Merkle.

Ora, evidentemente, mencionar a concepção do Direito, bem como de sua filosofia, sem ao menos citar o seu berço, na Grécia antiga, seria um olvidar imprudente; contudo, há uma importante abordagem do significado do Direito como disciplina própria, como ciência autônoma da Sociologia, e, para o tempo atual, como



teoria/realidade objeto da prestação jurisdicional, a qual se caracteriza pelo binômio Justiça/Efetividade, de modo que se pede licença ao leitor para que o recorte histórico dê-se nos séculos XIX e XX, notadamente no período de percepção do Direito como disciplina acadêmica, pelo sua autonomia científica, por meio da visão racionalista-antropocentrista.

A metodologia utilizada é a histórico-bibliográfica dos autores pós-revolução francesa (John Austin, Kelsen, Ihering, Hart, Bobbio, Miguel Reale), mais especificamente pós-Hegel, pois a sua forma de pensar nos pressupostos jurídicos, como uma Filosofia própria do Direito liderou a ciência jurídica, como disciplina autônoma da Sociologia. Repisa-se que, isto importa para a compreensão do Direito como objeto complexo, cuja construção histórica internacional, sob o ponto de vista da doutrina comparativista, influenciou a doutrina brasileira, e, consequentemente, o Direito brasileiro.

2 ESCORÇO HISTÓRICO DA CIÊNCIA JURÍDICA

Popularmente, a pergunta *O que é o Direito?* é comumente respondida pelas palavras: justiça, lei, fato social, jugados, faculdade, poder/prerrogativa, comunicação, forma de conhecimento (metalinguagem – a ciência refere-se a de outro conhecimento). A Psicologia social, desde 1850, estuda a transmissão do conhecimento por estímulos. Na faculdade, no Brasil, os acadêmicos foram reforçados ao Positivismo, notadamente por haver uma Constituição e normas infraconstitucionais tão extensas. A primeira teoria (hipótese de estudo) que importa entender é do positivismo-normativismo, desenvolvida pelo sociólogo Hans Kelsen, na obra *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934. Antes do século XVIII, a palavra teoria significava uma comprovação. A partir do pensamento científico, passou a ser entendida como hipótese, uma proposta de pensamento. Há, quanto ao significado da palavra teoria uma mudança de conceptualização, um deslocamento histórico do texto. Assim, e este é um tema importante para o estudo histórico de concepções, mister faz-se a cautela para a não aplicação de brocados e palavras-chave, sem o rigor do entendimento contextual do termo, na época em que foi escrito.



O estudo de conceitos, ao longo do tempo, dependeu, a priori, da contextualização, para posteriormente bem entender a conceptualização. Na Antiguidade, por volta e a partir de 5.000 a.C., havia uma sociedade teocrática, estratificada e com codificações de regras. O Direito surgiu nos grandes Impérios da Antiguidade: egípcio, sumérico, acádio, judeu, babilônico, assírio (mesopotâmio), fenício, hitita (Oriente Médio), elamita, aquemênida, partas, medos (Pérsia), kerma, mali (África), indus, shunga (Índia), chinês (Ásia), mongol, macedônio, grego e romano, dentre outros.

Ante a colonização brasileira pelos europeus, parte-se o estudo do Direito do Império Romano (27 a.C. – 476 d.C.), no qual houve rompimento entre o religioso e o jurídico, mediante a constituição da república, como resultado da luta entre os reis e os clérigos. Foi uma arma dos clérigos para definir o que era competência dos reis, o que deu origem ao dos *civis*, como não religiosos, nisto consistia a *civitas*. Em seguida, houve a divisão entre o Direito público e o privado, que se traduziu em um acordo para os clãs não brigarem entre si.

Por volta de 463 d.C., mediante a queda do Império Romano, a Igreja Católica exerceu influência expressiva na sociedade, que se isolou em feudos e deu início ao que a historicidade denomina Idade Média, nos séculos V ao XV, que foi dividida em alta Idade Média (séculos V ao X) e baixa (séculos XI ao XV). A Igreja Católica era a guardiã de todas as estruturas jurídicas em seu Direito Canônico (organizado em cânones). O principal diploma era o *corpus iuris canonis* acrescido dos direitos locais (alguns reinos tinham códigos escritos, outros os usos e costumes). Ao norte, entre os alemães, a tradição oral era marcante, ainda com o sistema de prova irracional; cabia a Deus livrar o apenado do perigo, de penas corporais, como o enforcamento e as lutas com animais selvagens.

Na baixa Idade Média (séculos X ao XV) surgiu a primeira Universidade de Direito, de Salamanca, mais precisamente em 1218, a partir do conjunto de escolas catedrais, constituída pelo Rei Afonso VII, em 1134. Em 1218 o Rei Afonso IX instituiu os Estudo Geral do seu reino e indicou a diversidade das disciplinas ensinadas com o caráter de abertura ao público, por meio de critério de merecimento, ao contrário do caráter privado dos colégios. Demorou dois séculos para a Universidade ter prédio próprio, época em que os ensinos ocorriam no claustro catedralício do templo magno da cidade, em casas arrendadas e na Igreja de São Bento.

Após aquele período, em Roma, os estudantes contratavam os professores. Estudavam o *corpus iuris canônisi* e os direitos locais. A Arqueologia descobriu textos romanos, mais precisamente o *Codex Justinianus*, textos com comentários laterais, em glosas, elaborados no Império Romano Oriental (região da Turquia), durante o império de Justiniano e surgiram os glosadores. Na Escolástica havia grupos de debates, que seguiam uma lógica de significado único dos textos, um significado divino, uma dicção universal, um pandectismo.

Em 1453 ganhou relevo o Mercantilismo, que deu início à Idade Moderna, mediante a unificação dos Estados, a codificação das legislações e a palavra do rei que valia em todo o território. A palavra do rei proferia qual era o Direito, que tornou-se o princípio do Normativismo estatal.

Desde a alta Idade Média a Inglaterra não seguiu esta lógica. Com o fim do Império Romano, os povos organizaram-se (gauleses, bretões etc). Assumiam o poder pessoas que tinham muitas posses de terras e generais vencedores de grandes batalhas. Este último caso foi o de João Sem-Terra, o qual, após vitória em batalha, assumiu o poder, mesmo sem ter posses, o que causou a reação de condes e duques, que impuseram a Magna Charta, em 1215, para delimitar e descrever quais eram os poderes do rei.

O rei tinha como atribuição atender à população, de modo que destacou funcionários para andarem pelos condados e ducados para unificarem as decisões do reino e julgarem da mesma forma nas localidades. Assim, os poderes do rei e dos condes enfraqueciam-se a ponto de surgir o *common law* (tradições dos juízes itinerantes – compilados de julgamentos como principal fonte do Direito); isto é, uma lei comum que aviltava a soberania dos condes, mediante o estabelecimento das Câmaras dos Lordes, que lembravam o modelo romano da república dos pretores.

Após anos de revoltas, a Inglaterra unificou-se com a Guerra dos Tudors, ou Guerra das duas Rosas, batalha que durou de 1455 a 1487, por meio de lutas dinásticas, durante os reinados de Henrique VI, Eduardo IV e Ricardo III. O desfecho foi a vitória da Casa de Lencastre, com a ascensão da Casa de Tudor.

Surgiu a função do advogado para pesquisar os precedentes e desenvolver os métodos de aplicação. Elaborou-se o conceito de regime jurídico das colônias, estabelecido pela metrópole. No caso do Brasil, Coimbra e Lisboa, houve a legalização da escravidão, da família, dos costumes (regras).



Em 1700, houve a reforma do *common law*, na Inglaterra, pelo Juiz Blackstone. Pouco depois da reforma, John Austin defendeu o *civil law*, criticou o *common law*, e defendeu o positivismo, que inspirou Kelsen (Teoria do Direito Determinado), como forma de crítica aos super poderes dos juízes, que cumpriam as leis que eles mesmos elaboravam.

Na mesma época, na França, desenvolviam-se as ideias do Iluminismo Contemporâneo (1776/1789): visão científica. A ideia de Estado como abstração dos reinos; a ideia de público e privado. Surgiu o Estado de Direito, que consistiu na limitação do Estado pelo próprio Direito, com a ideia de contrato social e limites ao rei, pois o rei é igual a todos os homens. Na literatura, destaca-se o Romantismo, caracterizado pela liberdade de escolha, com ilustrações extremas (de liberdade); por exemplo, com a escolha do próprio cônjuge. Valorizava-se a liberdade individual, dava-se azo ao estilo literário denominado Individualismo, baseado no egoísmo. Esta mentalidade individualista deu substrato ao conceito de sujeito de direito, que fez sentido apenas a partir do Romantismo (antes só eram sujeitos de direitos os burgueses e os membros do clã). A pujança do comércio estendeu o direito de lucro aos homens em geral, não apenas ao rei e ao clã, aos sujeitos de Direito.

Em 1800 houve a divisão entre: (i) Política equivale a Estado; e (ii) ordem econômica equivale a livre-iniciativa.

Em meio às crises cíclicas do capital especulativo, os Estados definiam os seus territórios e geraram as Constituições econômicas.

2.1 A CONCEPÇÃO POSITIVISTA DO DIREITO

O Positivismo teve início com John Austin (1790-1859), cujos estudos caracterizavam o Positivismo, pelo imperativismo do Direito, formado por ordens suportadas por ameaças do soberano, o qual devia ser obedecido e não devia obediência a ninguém. John Austin inspirou a simplificação do ordenamento jurídico por meio da codificação. O autor foi vizinho do filósofo Jeremy Bentham e de James Mill, pai de John Stuart Mill. Bentham foi encarregado por James Mill a iniciar o seu filho no estudo do Direito, o que culminou em uma amizade intensa, pois estudavam juntos os comentários do



citado Juiz Blackstone à *common law* inglesa além de Direito Romano, como as Instituições de Justiniano.

No século XX, Kelsen aperfeiçoou o Ppositivismo de Austin e substituiu a palavra imperativismo, por coercibilidade. O Direito caracterizou-se pela sua coercibilidade. Kelsen utilizou a expressão Teoria Pura sugerida por Adolph Merkle (pura, porque livre da Sociologia), o qual apresentou um aperfeiçoamento da Teoria Pura de Kant. Não há muita clareza do que é a teoria do Direito. Kelsen propôs uma distinção entre objetos, entre a teoria do Direito e a Sociologia. Ele era sociólogo e quis demonstrar que o Direito não cabia na Sociologia.

Em 1934, Hans Kelsen publicou a sua obra intitulada *A Teoria Pura do Direito* e trouxe a Metodologia analítica, lógica do Direito, a qual pode ser resumida com destaque aos tópicos que tratam da estrutura normativa quanto à validade, eficácia, teorias estática e dinâmica, Direito Internacional e interpretação.

Validez consiste na ideia que o que fundamenta a validade de uma norma é uma outra norma imediatamente superior, e assim por diante, até alcançar a Constituição. A validade é formal, e a norma fundamental é a Constituição.

Eficaz é a norma quando obedecida pelos indivíduos e aplicada nos tribunais. Logo, pertencente ao mundo do ser (Ontologia). O plano da eficácia não interessa na Teoria Pura, pois ela é deontológica, estuda o pleno do dever ser. A Teoria Pura do Direito estuda o que antecede o momento de aplicação da norma. A aplicação, em si, é chamada por Kelsen de atividade política, de escolha da norma a ser aplicada, portanto não é ciência jurídica. As teorias jurídicas dividem-se em estática e dinâmica. Para Kelsen, o objeto da ciência jurídica é o Direito, logo está contida na afirmação que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica. A conduta humana somente será objeto da ciência jurídica se determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência; ou seja, enquanto conteúdo das normas jurídicas. As relações humanas apenas serão objeto de um conhecimento jurídico, enquanto relações jurídicas; isto é, como relações que são constituídas como normas jurídicas; surgem as teorias estática e dinâmica.

A teoria estática estuda o Direito como sistema de normas em vigor: proposições hipotéticas. A analogia é permitida ao caso fato não descrito, com a aplicação do princípio lógico da causalidade; utiliza-se a lógica das leis naturais, do plano do ser.

A teoria dinâmica estuda o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado.

Este processo é regulado pelo Direito; e o processo legislativo é regulado pela Constituição. As leis formais ou processuais regulam a aplicação da lei material pelos tribunais e autoridades administrativas. Assim, a teoria dinâmica dirige-se a normas jurídicas que regulam a produção e a aplicação do Direito.

Quanto à relação entre as normas nacionais e o Direito Internacional, há fases no pensamento de Kelsen. Após a publicação de Teoria Pura do Direito, Kelsen ministrou três cursos na Academia Internacional de Haia e houve extensa publicação de obras sobre o Direito internacional. A norma fundamental era uma ideia da razão (sem existência real) e tinha de ser pressuposta para que todo sistema tivesse sentido. O estudo do Direito das gentes faz Kelsen revisar a sua fórmula da norma hipotética fundamental (*grundnorm* – verdade) e a questão do fundamento da norma jurídica passa a deslocar-se para o Direito internacional.

Para Kelsen, tanto o Direito interno quanto o internacional encontram a sua validade numa mesma norma fundamental. O Direito internacional formaria a base da ordem jurídica nacional, pois seria a única fonte possível para a norma fundamental validadora do ordenamento jurídico, encontrada no Direito consuetudinário internacional, gerando o poder vinculante *consuetudo est servanda*. Assim, conclui por uma superioridade do Direito internacional sobre o nacional (monismo internacionalista).

Por fim, quanto à interpretação da norma jurídica, Kelsen criou a teoria da moldura: a ideia de moldura dá a impressão da interpretação kelseana ser menos aferrada à literalidade das normas do que às escolas positivistas entendidas como de Positivismo estrito, como a Escola da Exegese francesa, os Pandectistas e da Jurisprudência de Conceitos:

Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior (1974, p. 463).

A sentença ou a determinação administrativa não fundamentam ou regulam outra norma. Os atos materiais de execução fundados na sentença não são normas, são atos. Ato subsequente não é de interpretação, mas de conformação.



Quanto aos tipos de interpretação, Kelsen divide em dois grupos: primeiro grupo – Interpretação Autêntica: órgão incumbido de aplicar o Direito; e segundo grupo – Não Autêntica: a interpretação do jurista (doutrinária) como cultor da ciência jurídica.

No primeiro grupo, a norma de escalão superior não tem como prever tudo (não é absoluta) pela natureza das coisas. Assim, ele afirma que a norma superior é parcialmente indeterminada. Esta indeterminação pode ser intencional (como por exemplo o *quantum* da pena) ou não. Neste caso, palavras podem ter sentidos polissêmicos, de modo que cabe ao intérprete definir o sentido.

O ato de interpretar é a fixação desta moldura, um ato de conhecimento; dentre as situações emolduradas nenhuma pode ser fixada como a única a ser aplicada, com a exclusão das demais (aspecto de Kelsen nem sempre lembrado). A escolha de uma das hipóteses possíveis seria o ato de vontade (racional, não arbitrária). Kelsen não nega a possibilidade do juiz julgar fora da moldura e a decisão transitar em julgado em última instância, caso em que o juiz terá criado um novo direito. Esta afirmativa somente está no plano do que pode ocorrer (plano do ser), e não no plano normativo, do dever ser. Não é hipótese teórica, mas simples constatação.

Kelsen teria, neste ponto, dado abertura à interpretação do direito às concepções de Direito, tais como a escola sociológica estadunidense, o Realismo jurídico escandinavo, a livre investigação científica, a Escola do Direito Livre? Aparentemente sim, embora os autores chamados sociologistas jurídicos critiquem, especialmente na atuação judicial, a não prevalência da ponderação valorativa dos interesses em conflito.

No segundo grupo, de interpretação não autêntica, situa-se a interpretação científica do Direito, que está vinculada aos sentidos possíveis da norma posta, ao estabelecimento da moldura. Diferentemente da interpretação autêntica, é proibido apresentar sentido fora dos limites da moldura, bem como também é interdito eleger uma das interpretações como a única possível. Em ambas as hipóteses não haveria ciência jurídica, mas sim, ciência política.

Quanto aos modelo de interpretação, prevalece o grammatical. Em seguida, o histórico para atingir a intenção do legislador (*voluntas legislatoris*). Esta busca pela vontade do legislador é importante para diferenciar os tipos de Positivismo.



Os pandectistas, por exemplo, eram assim chamados porque o objeto do estudo eram as *Pandectas*, a segunda parte do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que objetivava sistematizar os princípios romanísticos.

Os exegetas franceses reduziam a liberdade de interpretação, surgido logo após a promulgação do Código Civil de Napoleão, para a garantia da nova ordem (superioridade absoluta do Código).

Por fim, a Jurisprudência de Conceitos guardou a ideia de sistemas orgânicos e lógicos (pirâmide), de acordo com princípios estruturais, para garantir unidade por meio de conceitos supremos que fundamentam todos os demais. Esses conceitos decorrem da Filosofia do Direito, como as deduções do conceito de liberdade de Kant, conforme Karl Larenz, in *Metodologia da Ciência do Direito*.

Em arremate, finaliza-se esta breve exposição do Positivismo kelseniano ao criticá-lo, sendo as principais de quatro ordens: no tocante à neutralidade das normas; o descompasso entre o Direito e a realidade social; a existência de uma norma hipotética; e quanto ao reconhecimento da construção histórica dos princípios gerais do Direito.

2.2 CONCEPÇÃO DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO

Na visão do Sociologismo jurídico, a obra de Rudolf Von Ihering – A Luta pelo Direito – é referencial, pois tem como objeto a produção do Direito por meio das lutas sociais, que dá atualmente origem ao que se denomina uso do Direito como instrumento emancipatório, nos dizeres do jurista português Boaventura Sousa Santos.

Há a luta pelo Direito sob a forma de auto-afirmação da personalidade. Esta luta deve ser entendida de forma abrangente, e inclui a luta de povos, de governos, de classes e de indivíduos.

Para Ihering, a formação ou a eliminação de um ordenamento jurídico foi conquistada por essa dinâmica de lutas. A figura da estátua da *Justitia* ilustra a luta, ao segurar numa das mãos a balança, com a qual pesa o Direito, e na outra mão a espada, com a qual o defende.

Daí decorre a célebre frase do autor:



A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.

Mas esta não é a realidade de todos, há aqueles que a vida segue sem contratempos, e que talvez não entenderiam que Direito é luta, assim como a partir da sua experiência, o rico herdeiro, de modo que tanto a propriedade quanto o Direito encerram-se em si. Subjetivamente, o Direito dá o prazer a uns e a outros o trabalho e a luta.

O autor inicia o livro com a afirmação: “O objetivo do Direito é paz”. Mas o objetivo do livro parece ser a luta, pois segundo o autor, é ela que dá vida ao Direito, pois o Direito não é mero pensamento, mas força viva. Esta luta é histórica, de modo que o objetivo geral da obra parece ser um olhar para o passado, para entender a construção do Direito hodierno. Esta cultura jurídica herdada é fruto de constantes lutas, o que inclui a luta de povos, governos, de classes e de indivíduos.

Uma ideia expressiva sobre o tema refere-se à coletivização do exercício de interesses de direito, como arma para atacar eventuais leis feitas pelo e para interesses privativos (no livro utiliza-se a palavra usada *privados*), que trava uma luta contra a autoconservação; ou seja, a atuação pelo interesse de direitos ameaçados. Nesta luta, a decisão não depende da análise da validade das razões que impelem os litigantes, mas da relação das forças contrárias; verifica-se um afastamento da linha original (seria lei?), que passa para a diagonal. O autor cita como exemplo a permanência de algumas instituições, não pela sua inércia histórica, mas na defesa de seus próprios interesses.

Outra ideia importante refere-se à hermenêutica da socialidade, sendo o Direito escrito como objeto da linguística, bem como a integração pelo leitor como instrumento para o seu conhecimento, presente na afirmação que, na opinião deste pesquisador, aplica-se com muita destreza à ideia atual de integração da norma jurídica pelo aplicador do Direito, que se herdou da exegese principiológica do Direito alemão, por exemplo no artigo 422, do CC (§§ 442 BGB), na construção doutrinária dos chamados “conceitos parcelares da boa –fé”, *in verbis*:

É preciso admitir que o direito, como linguagem, tem uma evolução involuntária e inconsciente ou, para usar a expressão tradicional, uma evolução orgânica que se processa de dentro para fora. São concernentes a essa evolução as normas jurídicas, enraizadas de modo uniforme,



pela qual se realizam os atos jurídicos individuais e todas as abstrações, consequências e regras que levam ao conhecimento do direito, para chegar a fins analíticos e trazer o saber. Mas o poder de ambos esses fatores, isto é, dos atos jurídicos e da ciência, é limitado. Esses fatores podem regular e avançar, internamente, o movimento dos caminhos existentes, mas são incapazes de quebrar os diques que impedem o fluxo do direito de abrir nova direção. Isso só a lei pode fazê-lo, isto é, um ato do poder público voltado para esse fim.

Ao pensar na aplicação da hermenêutica da socialidade, deve-se exercer o dever de cautela para evitar-se injustiças, de modo que o devedor, não o credor, mereceria proteção especial, consoante ensinado por Justiniano (Imperador romano oriental, que governou desde 527 até a sua morte). Esta foi uma das inspirações para as garantias processuais civis atuais, mas para a época de Ihering, meados de 1870, era uma ideia revolucionária, o que fica claro quando o autor usa expressões como “senso de justiça jamais praticado” e “tendência contrária ao próprio direito”.

O Sociologismo jurídico muito combina com a leitura crítica, na busca por um senso de justiça, por exemplo, contra decisões baseadas em sentenças violentas (agressões físicas, amputamentos etc) devendo haver lutas para diminuir a distância e a profundidade dos:

[...] abismos de decadência do sentimento da personalidade, da falta de virilidade, da atrofia e do embotamento total do senso de justiça simples e sadio, quando mergulhamos na literatura que expõe esta doutrina [...].

A doutrina citada consta no rodapé do livro intitulado *O Direito de Legítima Defesa*, de K. Levita. Ihering lamenta: “[...] a gente acreditaria estar numa sociedade de castrados morais!”.

Por fim, como ideia tranquilizadora, Ihering desenvolve exemplos de proporcionalidade de penas menos severas, como suficientes a atingir o objetivo punitivo e satisfatório do direito do credor, minorando as consequências físicas ao devedor como mais adequadas.

Na visão sociológica, o Direito parte do fato para a regra. O Direito é uma forma viva, sendo a essência do Direito a sua função prática. É uma proposta diferente do Normativismo clássico, pois a Justiça deve ser preservada, já que o Direito enquanto luta é uma construção viva.

Um tema relevante é o levante de Ihering contra o idealismo jurídico/normativista. Todas as concepções do Direito falam da dignidade da pessoa humana, mas por referenciais diferentes. Cada autor tem a sua ideia de dignidade humana. Isto significa



que se pode estudar o Direito e compará-lo a partir da experiência de cada povo, não comparando apenas, friamente, as normatizações.

Portanto, para citar autores do passado, deve-se entender características contextuais sociais e econômicas. O estudo comparativo puramente normativista nos faz perder a temporalidade das ideias, como por exemplo a comparação entre textos do CPC/73 e do CPC/15 sem considerar o significado profundo desses textos, as doutrinas da época.

Ihering influenciou Hegel, o que se tornou um marco divisório com a Filosofia do Direito. Ele dizia que o Direito tem uma forma de existir, por meio da dialética, extremando. A obra de Hegel é posterior à metafísica dos costumes de Kant. Hegel escreve a sua própria Filosofia do Direito, que se expressa dialeticamente, tendo uma razão última de existir ao separá-lo dos valores morais: expressionismo.

Até Hegel, a Teoria do Direito era o Direito Romano, em especial as Institutas de Justiniano, documentos clássicos descobertos na baixa Idade Média. Papiro Itala Bolonhezis, história contada no Livro intitulado *A virada e o nascimento do mundo moderno*.

Com Hegel, o Direito Romano é apenas histórico e não serve para o aperfeiçoamento do Direito. Essas ideias começam a ser desenvolvidas no Brasil, a partir de 1827, com a instituição das Universidades de São Paulo e de Olinda-PE, bem como dos cursos de Direito. Importou-se o Neokantismo (comum em Portugal), com destaque para a obra de Sílvio Romero (livro de Sociologia jurídica).

No Brasil do século XX, Pontes de Miranda conhecia muito sobre o Direito alemão, havendo várias obras sobre a recepção do Direito alemão, pelo Direito brasileiro. A história da Teoria do Direito está bem contada no livro de Kelsen. Antes de Kelsen, os sociólogos entendiam que o Direito pertencia (era um ramo) da Sociologia (Durkheim), com a ideia de que o Direito era um fato social. Para Pontes de Miranda, a dogmática jurídica é a instrumentalização do Direito, seu modo de ser, seu jeito; interpretar e aplicar o Direito.

2.3 O JUSNATURALISMO



O Iluminismo clássico inaugurou duas correntes que influenciaram o Direito por toda história, o seu enfoque era inicialmente econômico, mas serviram para a construção do arcabouço jurídico da Europa. De um lado, John Locke e a ideia de Estado mínimo; e de outro, Rousseau, ao defender o pacto social de soberania do povo. Nos Estados Unidos da América, tais filosofias embasaram os dois partidos políticos majoritários: liberais e democratas.

No Direito, a visão jusnaturalista tem papel importante no Direito internacional, em especial em virtude de mortes barbares, como ainda hoje, absurdamente, ainda se assiste na guerra da Rússia contra a Ucrânia, e toma-se conhecimento de execuções e mutilações de mulheres em Estados que se dizem teocráticos.

No Direito internacional o Jusnaturalismo contrapõe-se à ideia de soberania absoluta estatal. Ora, detém os Estados duas soberanias: uma externa e outra interna: a primeira diz respeito à nação como sujeito de direitos de firmar acordos e tratados internacionais, bem como de fazer parte de organizações internacionais; e a soberania interna é a relação da nação com os seus indivíduos internamente. A soberania interna materializa-se em suas regras, em seu ordenamento jurídico.

O Jusnaturalismo constitui-se na ideia da existência do direito de cada indivíduo ser respeitado, por isso a dignidade da pessoa humana. Este Direito independe da existência de uma lei específica que o assegure. Por exemplo: se por uma combinação de interesses o Poder Legislativo revogar a Lei Maria da Penha, poderá o homem agredir a mulher? A resposta é obviamente não, pois tal revogação seria inconstitucional, eis que a dignidade da pessoa humana é um direito universal, decorrente de uma ética universal, utilizando uma afirmação kantiana.

Historicamente, no Direito internacional, o Jusnaturalismo pode ser encontrado nas afirmações das declarações internacionais que determinam que cabe às nações buscarem a paz. Longe de ser apenas um desejo ideário, este imperativo é uma norma cogente, um *jus cogens* consagrado como Direito das Gentes, o que retira das nações a soberania do direito de fazer guerra.

Aparece pela primeira vez, no Pacto de Versalhes, assinado pelas principais potências mundiais, em 28 de junho de 1919, que encerrou a primeira guerra mundial. Os signatários entenderam que deveriam retirar das nações o direito de fazer guerra. O Jusnaturalismo, portanto, limitava a soberania externa das nações pelo respeito à dignidade humana.



Mas não foi suficiente, e na onda fascista do pós-Primeira Guerra Mundial, desenvolveu-se o Nazismo, bem como a reação contra a Alemanha, sobrevindo a Segunda Guerra Mundial. No Pacto que a encerrou, em 1945 (Pacto das Nações), foi reafirmada a retirada do direito de guerra pelas nações. Com a constituição da ONU, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem deixou claro a existência de um Jusnaturalismo, independentemente da existência de norma interna expressa pelos signatários.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi inspirada pela Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, da Assembleia Nacional Constituinte da França, produto da Revolução Francesa, a qual definiu os direitos individuais e coletivos dos homens como universais, propondo-se o documento a promover a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Por sua vez, esta inspirou-se no Discurso pela Dignidade Humana, de Giovanni Pico della Mirandola. A obra de Pico foi produzida na época do Renascimento italiano (1463/1494) e deu redação ao artigo 1º. da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

A construção do *discursus*, *O Oratio*, fez-se em dois episódios: um primeiro que compõe o parágrafo primeiro ao vigésimo terceiro, no qual Pico promove um prólogo de introdução à sua tese, em que apresenta os argumentos que fundamentam sua filosofia, quando apresenta o homem como um ser livre e pesquisador das Leis Naturais e Divinas; e um segundo, composto pelos parágrafos 24º. e 47º. , em que Giovanni Pico trata especificamente do compromisso da filosofia com a indispensabilidade da dignificação do homem.

Pico coloca o humano no centro da divindade. Esta obra foi um marco para ideia atual de dignidade da pessoa humana, por meio de um movimento de aproximação do humano com o divino. Inspirou Beccaria (Dos Delitos e das Penas), para a Justiça das penas. No Renascimento, o humano deixou de ser pensado pelo argumento divino. A retirada de Deus do Estado ocasiou a formação dos Estados contemporâneos.

Muito mais poderia ser explicado acerca da construção histórica dos direitos humanos, bem como a sua internalização pelo Brasil, em suas Constituições, desde a ideia de Estado Constitucional até o Estado de Social Democracia, tudo a denotar que o fator histórico é riquíssimo e não pode ser olvidado pela praticidade na elaboração de peças e decisões com uso de tecnologia de ponta, atualmente, a



inteligência artificial. O Direito é complexo, e exige uma praxe também complexa, como cautela contra o empobrecimento da cultura jurídica.

Com esta breve explanação sobre a construção histórica do conceito de Direito, nas visões positivista, sociológica e jusnaturalista, ou mesmo, como ensina Miguel Reale, correlacionando três fatores interdependentes que fazem do Direito uma estrutura social axiológico-normativa, numa visão tridimensionalista, busca-se alertar os operadores do Direito contra uma simplificação perigosa de sua operação, por pessoas que ignoram com o que está lhe dando, em especial, na utilização inteligência artificial.

3 A PRODUÇÃO DE TEXTO PROCESSUAL PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A fase tecnológica que se vive caracteriza-se, no mundo jurídico, pelo fim do processo físico, pelo advento do processo digital, como consequência dos avanços da *Internet*. São eventos existentes no mundo cibernetico, devendo as normas jurídicas acompanharem a velocidade dos avanços tecnológicos.

Fenômenos jurídicos desenvolvem-se em ambiente de plataformas e uma nova forma de pensar a espacialidade das coisas é assunto premente. Quanto ao processo judicial, o recurso da inteligência artificial é uma realidade e faz parte do programa do Conselho Nacional de Justiça 4.0, que visa à sua implantação, ao oferecer diversos cursos de programação aos operadores do Direito.

Os operadores do Direito não podem ignorar os recursos de programação de dados e, conforme demonstrado alhures ao longo do bojo deste artigo, também os programadores não podem ignorar a complexa e real construção histórica do Direito, a fim de exigir-se do profissional do Direito conhecimento tal, que só é possível ser obtido nas cátedras de Direito.

E não é só o Direito que se transforma pelos avanços tecnológicos e pela inteligência artificial; também o é na Engenharia, Medicina, Arquitetura, com incrível atuação da robotização em prol da eficiência e do menor custo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS



A prestação jurisdicional existe em função de teorias sobre o Direito, quais sejam, positivistas, sociologistas, jusnaturalistas, realistas, teorias que foram construídas ao logo da história e que são pressupostos para a correta aplicação do Direito. Sem uma boa base teórica das conhecidas concepções do Direito, que inspiraram nossa cultura jurídica, a utilização dos instrumentos tecnológicos na produção textual de peças, pelas partes, e de decisões pelos magistrados, tenderão ao racionalismo extremo, com a desconsideração das fontes do Direito, fundadas na Ciência do Direito. O aspecto qualitativo reside no texto produzido e na sua inspiração, o que sobrepõe-se ao escopo quantitativo (celeridade).

Do ponto de vista técnico, o Direito apresenta peculiaridades, eis o motivo de sua relevância no aprofundamento dos estudos sobre a inteligência artificial no Poder Judiciário, como ferramenta de melhoria da qualidade e incremento da produtividade ao resguardar-se a prerrogativa decisória do magistrado.

A incorporação tecnológica deve ser orientada pelos princípios da explicabilidade, segurança, transparência e responsabilidade, e aplicada de forma personalizada à realidade de cada caso concreto. Há a necessidade de processos que previnam viés ou descriminação por perfilhamento, o que assegura um Judiciário mais eficaz, justo e equânime.

REFERÊNCIAS

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo. Martins Fontes. 2006.
- IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Gelho. Lisboa: Edições 70, 1989.
- LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROQUE, Nathaly Campilongo. **Acesso à Justiça.** Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito. Biblioteca jurídica da PUCSP, 2017.

ROQUE, Nathaly Campilongo. GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Tridimensional do Direito.** Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito. Biblioteca jurídica da PUCSP, 2017.

SAYEG, Ricardo, BALERA, Wagner. **Fator CapH capitalismo humanista e a dimensão econômica dos direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2019.