

# IUS EX MACHINA? DA INFORMÁTICA JURÍDICA AO COMPUTADOR-JUIZ

Alexandre Libório Dias Pereira\*

Sumário: § 1. Informatização da Justiça. § 2. Estado da Questão. § 3. Norma Legal e Lógica Informática (*if, then – unless or else*). § 4. Justiça Mecânica. § 5. Computador e Juízo. § 6. Bem, Mal e Inteligência Artificial. § 7. Modelo Positivista. § 8. «Virtualidades Entrópicas» da IA. § 9. Princípios e Decisão *contra legem*. § 10. O «Código-Fonte» Constitucional. § 11. Poder Político Totalitário. § 12. Ciência e Validação. § 13. Causalidade e Arbitrariedade. § 14. Revolução e Constituição. § 15. Domínio Popular e Separação de Poderes. § 16. Nós e os Outros Povos. § 17. Código-Fonte Aberto e Turbulência Normativa. § 18. O Juiz Cidadão Global? § 19. Direito e Sociedade de Risco. § 20. Computador e Risco. § 21. Abertura Constitucional e Desenvolvimento do Direito. § 22. A Regra de Razão da Balança. § 23. Próteses Biotecnológicas e Justiça Artificial. § 24. *Requiem* a uma Morte Anunciada do Direito... ou Advento do Direito Cibernético? § 25. A Vertente Lúdica do Direito. § 26. Multiplicação e Ética Equitativa. § 27. Problemas sem Resposta.

“Será razoável conceber máquinas com tais capacidades, provavelmente muito limitadas, de autorreflexão? Não seria mais importante organizar a *sociedade* humana (...) como um «ser vivo» que reaja de modo razoável, um ser vivo que pare, enfim,

---

\* Professor da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra. Versão ortograficamente atualizada do nosso escrito «Lex Informatica, Ius Ex Machina e Justiça Artificial» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume I - Filosofia, Teoria e Metodologia, organização Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 817-886.

de se autodestruir?”<sup>1</sup>

## § 1. INFORMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

1.



Está em curso um processo de informatização da justiça. Sucessivos programas de governo apontam as novas tecnologias da informação e da comunicação como uma ferramenta útil para a eficácia da boa administração da justiça, e isso tem justificado um esforço público financeiro significativo expresso em diversos Orçamentos de Estado. Em causa está o “choque tecnológico” no *corpus iuris*, em especial no aparelho judiciário. É significativo que o suporte tradicional da lei, o papel, tenha sido substituído pelo suporte eletrônico.

Numa primeira fase, o computador e a impressora substituíram a máquina de escrever. Depois, as redes telemáticas tornaram possível, ainda que então de forma ainda algo rudimentar, a troca de dados por meios eletrônicos e o acesso a bases de dados. Finalmente, a Internet colocou a justiça “em linha”, no sentido de que permitiu, de modo generalizado, tornar disponíveis e acessíveis à distância, por meios eletrônicos, e no momento e local individualmente escolhidos, as fontes legais, jurisprudenciais e até doutrinárias, bem como a realização de atos processuais por meios eletrônicos, em especial através do correio eletrônico.<sup>2</sup> Na base do alargamento e do aprofundamento das capacidades de processamento de transmissão de dados por meios eletrônicos estão a digitalização, a convergência tecnológica, e a interoperabilidade.

---

<sup>1</sup> Manfred Eigen / Ruthild Winkler, *O Jogo. As leis naturais que regulam o acaso*, trad. Carlos Fiolhais, Gradiva, Lisboa, 1989, 258.

<sup>2</sup> Ver, e.g., o regime da entrega de peças e notificações por meios eletrônicos estabelecido pelas Portarias n.º 1417/2003, de 30 de dezembro, e n.º 642/2004, de 16 de junho, e o regulamento da divulgação das vendas no processo judicial de execução fiscal através da Internet aprovado pela Portaria n.º 352/2002, de 3 de abril.

Esta é uma dimensão da informatização da justiça, que reveste sem dúvida um papel de grande importância. A sua eficácia dependerá, todavia, de outros fatores, quais sejam, nomeadamente, a criação e atualização de cadastros e registos eletrónicos de pessoas e bens, sem esquecer o desenvolvimento das competências de utilização das tecnologias da informação.<sup>3</sup>

Além disso, a tecnologia desenvolve soluções que permitem uma interação entre o ser humano (e outros seres) e a máquina, que tornam virtualmente possível não apenas a localização da pessoa em qualquer parte do mundo (à semelhança do que já sucede com as pulseiras eletrónicas) mas também a transmissão de informação a (e a comunicação com) essa mesma pessoa (à semelhança do que se passa atualmente com os telemóveis).

O progresso científico-tecnológico promete continuar a revolucionar os meios de comunicação, nomeadamente através da tecnologia bioinformática com o “casamento de computadores e genes”.<sup>4</sup> “Já hoje se estuda e se dão os primeiros passos nos computadores de ADN, quânticos ou, mais recentemente, imunocomputadores. Ainda é cedo para prever o desenlace. Mas uma coisa é certa: os computadores da segunda metade deste século pouco terão a ver com os computadores de hoje.”<sup>5</sup>

2. Mas o processo de informatização da justiça não se

---

<sup>3</sup> Sobre a reforma organizacional e a modernização tecnológica no setor público ver, nomeadamente, Jane Fountain, *Questões Centrais do Desenvolvimento Político do Estado Virtual*, e Pedro Veiga, *A Reforma Organizacional e Modernização Tecnológica no Setor Público em Portugal*, ambos in *A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política*, org. Manuel Castells e Gustavo Cardoso, Presidência da República, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2006, a páginas 149 e 215, respetivamente.

<sup>4</sup> Jeremy Rifkin, *O Século Biotech: A Criação de um Novo Mundo*, trad. Fernanda Oliveira, Publicações Europa-América, 2000, 210s; v. tb. Jacques Dufresne, *Après l’homme... le cyborg?*, MultiMondes, Sainte-Foy, 1999.

<sup>5</sup> Ernesto Costa / Anabela Simões, *Inteligência Artificial: Fundamentos e Aplicações*, FCA, Lisboa, 2004, 562.

esgota nisto. Tem uma outra dimensão mais profunda, que consiste na utilização do sistema informático enquanto agente do processo decisório administrativo e judicial. Aqui o sistema informático serve não apenas como ferramenta de processamento e transmissão de dados mas também e sobretudo como dispositivo de tratamento da solução de casos.<sup>6</sup> Ou seja, o computador é utilizado para “processar” a decisão jurídica através de sistemas complexos de “inteligência artificial” (IA).

Trata-se de programas de computador que processam os dados introduzidos no processo, realizando esse processamento por referência às bases de dados jurídicas (legislação, jurisprudência, registos eletrónicos de pessoas e bens, etc.). O sistema informático verifica a identidade das partes e dos bens, analisa os factos, situa a questão de direito e, em função do direito aplicável, simula uma decisão. Enquanto produto de inteligência artificial, seria esta decisão fonte de “justiça artificial”.

3. Ora, se um dia a engenharia informática conseguir desenvolver sistemas de inteligência artificial capazes de simular o *modus operandi* do *logos* jurídico-decisório poderemos então falar no fim da “justiça natural” e sua substituição pela “justiça artificial”? Ou será que esta última, enquanto automatização da primeira não será ainda também e por isso “natural”? O que é

---

<sup>6</sup> Imagine-se um portal da Internet com o nome de domínio [www.justica.pt](http://www.justica.pt). A este portal acederiam todos os que quisessem “pedir justiça”. O portal conteria formulários, elaborados de acordo com os requisitos processuais (eventualmente simplificados), que os interessados preencheriam para submeter o seu pedido. O sistema informático desse portal processaria o pedido, verificando eletronicamente a identidade das partes (autor e réu) e de outros intervenientes no processo (por ex., peritos e testemunhas), simulando o tribunal competente e enviando o processo para esse tribunal. Em caso de faltar algum dos elementos essenciais da petição inicial, o sistema diria que o processo contém erros convidando o requerente a apresentar os elementos em falta. Depois, processaria a informação processual introduzida pelas partes e outros dados a que “oficiosamente” acedesse em virtude da sua importância para o processo, e simularia uma decisão no quadro do programa normativo previamente codificado, sendo todas as comunicações processuais (e.g. notificações) realizadas por meios eletrónicos.

“natural” não é, afinal de contas, o que é “automático”?<sup>7</sup>

Podem parecer ingênuas tais questões. Mas não deixam de levantar problemas, discussões, dúvidas, senão mesmo inquietações e angústias. É com humildade peregrina que nos propomos percorrer o caminho por onde elas nos levarem, mas que não será “por mares nunca dantes navegados”. Pelo que, com candelabro e bússola, seguiremos a rota traçada e o rumo indicado pela questão radicalmente formulada nos seguintes termos: podem / devem os computadores substituir os juízes?<sup>8</sup>

## § 2. ESTADO DA QUESTÃO

1. O problema tem sido objeto de diversas abordagens. Em causa está a interação entre a informática e o direito como uma última ligação de uma longa cadeia de relações na dicotomia entre as ciências exatas e as ciências humanas, flutuando a história do pensamento jurídico continuamente entre as “tendências formalísticas” favoráveis à utilização de métodos lógicos e

---

<sup>7</sup> Assim discorre o modelo mecanicista. Curiosamente, a emancipação do ser humano em relação a ordens metafísicas começou justamente com a afirmação da sua natureza mecânica. A ideia cartesiana de que o homem tem motricidade autónoma, que se rege pelas leis da natureza e do livre arbítrio, não estando por isso sujeito a leis transcendentais, é um alicerce da ciência moderna. Por outro lado, a redução do homem *sub specie machina* e a sua clonagem mediante autómatos artificiais é muito anterior aos computadores de Alain Turing e John von Neumann. Com efeito, “o autómato moderno era um homem artificial, cujo ideal era possuir todas as vantagens do pensamento, da palavra mas nenhum dos inconvenientes deste ruído imprevisível e destruidor, que é a liberdade [e que] poderia ser o homem inocente da justiça original já sonhado no século XVI. Este mito de Golem (1580) “reaparece na «sociedade de informação» de N. Wiener, o pai da Cibernética”, matemático, com a sua *Cybernetic or the Control and Communication in the Animal and the Machine* (1948).” - Miguel Batista Pereira, *Filosofia da Comunicação Hoje*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, Atas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de novembro de 1993, IJC, Coimbra, 1996, 50-1.

<sup>8</sup> Anthony D’Amato, *Can/Should Computers Replace Judges?*, *Georgia Law Review* 11/1977, 1277.

matemáticos (a *mathesis universalis* de Leibniz) no domínio jurídico e as tendências que resistem à introdução da metodologia formal no direito. Em suma, a informática jurídica surge no domínio do pensamento cibernético e, através de fases de desenvolvimento extremamente rápido (*jurimetrics*, *juscybernetics*, informática documental, informática ‘decidente’, etc.), afirma-se com a inteligência artificial, alcançando resultados de alta tecnologia e sistemas peritos, e abrindo perspectivas de ficção de autómatos jurídicos, consultores reais e juízes automatizados.<sup>9</sup> Mas, será isto apenas mera ficção ou terá algum fundamento?

Lothar Phillips estudou as possibilidades de aplicação da informática ao direito, mostrando-se favorável à sua utilização com especial ênfase no domínio dos acidentes rodoviários.<sup>10</sup> Em outros domínios, como a fiscalidade e os seguros, seria também

---

<sup>9</sup> Ver Nagel, *Computer-Aided Law Decisions / Elmi, Informatics and Philosophy of Law*, ambos in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema di Cassazione, Rome Spring 1998, I. *Legal Informatics*, 667s, e 701s; v. tb. por ex. Villar Palasí, José Luis, *Informática y derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, 211; David R. Warner, Jr., *A Neural Network-Based Law Machine: Initial Steps*, Rutgers Computer & Technology Law Journal, 51/1992; Guido Alpa, *L'applicazione delle tecnologie informatiche nel campo del diritto*, Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1996, 515; Jandach, *Juristische Expertensysteme*, Springer, Berlin, 1993.

<sup>10</sup> Ver Lothar Phillips, *Von nervösen und phlegmatischen Rechtsbegriffen — Ein Beitrag zur Rechtstatsachenforschung*, in Tinnefeld/Phillips/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, 1995, Nomos, Baden-Baden, 192; Id., *Ein bißchen Fuzzy Logic für Juristen*, Tinnefeld/Phillips/Weis (Hrsg.), *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik*, Oldenburg, München, 1994, 219; Id., *Artificial Morality and Artificial Law*, in Berman/Hafner (eds.), *Artificial Intelligence and Law*, Boston, 1993, 51; Id., *Analogie und Computer*, in Alexy/Dreier/Neumann (Hrsg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland Heute*, Franz Steiner, Stuttgart, 1991, 275; Id., *Vague Legal Concepts and Fuzzy Logic: An Attempt to Determine the Required Period of Waiting After Traffic Accidents*, Informatica e diritto 1993, 37; Id., *Distribution of Damages in Car Accidents Through the Use of Neural Networks*, Cardozo Law Review, 1991, 987; Id., *Tü-Tü 2. Von Rechtsbegriffen und neuronalen Netzen*, Phillips/Wittmann, *Rechtsentstehung und Rechtskultur*, Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag, Decker&Müller, Heidelberg, 1991, 179.

viável a automatização das decisões, no quadro de uma lógica formal. No dizer de Theodor Viehweg, “la ‘logique mathématique’ peut... rendre de bons services à la logique *formelle* dans son application au droit. (...) Elle peut déjà programmer des cas juridiques (encore relativement faciles) concernant le droit fiscal et le droit des assurances, de telle façon qu’ils soient susceptibles d’une solution par des machines spéciales.”<sup>11</sup>

Entre nós, uma resposta favorável à automatização foi dada também por António Manuel Hespanha<sup>12</sup> e, especialmente, por Garcia Marques: “Não temos dúvidas de que as enormes potencialidades do computador vão servir para testar a *aplicação da lógica silogística*, nomeadamente, se nos casos concretos, a pretexto dessa lógica, se abriu caminho à irracionalidade; assim como vão ajudar a detetar *quais as regras de raciocínio seguidas em acervos cada vez mais abundantes de casos decididos*.”<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Theodor Viehweg, *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie (Gesammelte kleine Schriften)*, Nomos, Baden-Baden, 1995, 186.

<sup>12</sup> *Os juristas que se cuidem... dez anos de inteligência artificial e direito*, in Revista Themis, I, 1/2000, 140; v. tb. António Manuel Hespanha / Amílcar Sernadas, *O impacto da computação no direito*, Revista Jurídica 1990, 179.

<sup>13</sup> Garcia Marques / Lourenço Martins, *Direito da Informática*, IJC, Almedina, Coimbra, 2000, 39-40 (esta posição apoia-se no entendimento segundo o qual: “Apesar das dificuldades decorrentes das lacunas da lei, dos conceitos abertos, de uma certa lógica nebulosa do pensamento jurídico onde se aloja o mito da «sensibilidade jurídica», o modelo dedutivo continuaria a poder ser eficiente num enorme número de situações - acrescenta-se.” - 37, nota 36). O “mito da sensibilidade jurídica” a que se refere Garcia Marques, não impede o Autor, todavia, de chamar a atenção para o art. 13.º, 1, da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (correspondente ao art. 15.º da Diretiva 95/46/CE), nos termos do qual: “Qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afete de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinadas a avaliar determinados aspetos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento.” Esta regra, não obstante comportar exceções (n.º 2 e 3), justifica-se em razão da natureza (in)sensível das “decisões individuais automatizadas”. V. tb. Hélder Coelho, *Inteligência Artificial, Sistemas Periciais e Realidade Virtual*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, APDI/FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 95-107, 98-9. Sobre a automatização de decisões na Administração Pública, ver Pedro Gonçalves, *O ato administrativo informático*, Scientia Iuridica XLVI, 265-8.

2. Castanheira Neves não nega a utilidade da utilização dos meios informáticos no direito, embora entenda que, tendo em conta a natureza materialmente analógica do direito, “a pretensão de computorizar o raciocínio e a decisão analógicos só é suscetível de resultados muito limitados”, uma vez que “(a)s formas estruturas neuronacionais, ainda que construídas até ao ponto de poderem atuar associativamente reguladas por exemplos, não podem substituir ou reduzir as estruturas materiais concretamente judicativas; logram, quando muito, programar analogias previamente decididas e controlar nas suas condições formais as analogias decidendas – possibilidades, pois, só de programação ou de *contrôle*, e nada mais. (...) A razão decisiva está – digamo-lo em termos gerais – em que os computadores têm possibilidades sintáticas, mas não capacidade semântica.”<sup>14</sup>

Por seu turno, Karl Larenz é recetivo à utilização da informática do direito. Apesar de advertir, com Arthur Kaufmann<sup>15</sup>, que o “juiz computador” que “fosse de uma vez só programado *per saecula saeculorum* haveria” de “causar horror até ao positivista mais impávido”, não deixa de defender que, “quando se trate de fenómenos massivos, que se apresentam sempre de maneira idêntica e onde as circunstâncias particulares do caso, os matizes, as transições graduais e as constelações de casos não previstas não desempenhem qualquer papel, *o juiz que decide o caso concreto pode ser substituído pelo computador*, previamente instruído para todos os casos”<sup>16</sup>. Nesta perspetiva,

---

<sup>14</sup> A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica (Problemas fundamentais)*, SI 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, 251-2.

<sup>15</sup> Cfr. Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Beck, München, 1997, 121s; v. tb. Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie (Ein Studienbuch)*, 3. Aufl., Beck, München, 1994, 105.

<sup>16</sup> Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamago com revisão de Ana de Freitas (do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 5.ª ed. rev., 1983), 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 283 (itálico nosso).



existiria algum espaço, ainda que reduzido, para o “robot da sub-sunção”.<sup>17</sup>

Favorável à utilização dos meios informáticos, mas sem chegar ao ponto da substituição do juiz pela máquina, é também a posição de Pierre Catala, entendendo que “os programas de computador trariam soluções automáticas sedutoras para a maioria dos problemas que coloca o tratamento do discurso jurídico, exceção feita à analogia”<sup>18</sup>, embora acabe por sustentar com Bourcier, que, em última instância, é necessário “legitimer toute décision par une autorité humaine et de veiller à préserver la fonction de responsabilité dans toute action impliquant un jugement.”<sup>19</sup>

Para Fernando José Bronze, “o «Dr. Iur. Computer» (...) não passa de uma «visão» irrealizável”, isto é, o computador, enquanto mera “prótese mecânica”, poderia decidir os casos, mas “estar-lhe-ia vedado *ajuizar* deles”, já que o “juízo decisório” não seria da esfera da *ratio calculatrix* e das “unidades numéricas”.<sup>20</sup>

Por sua vez, Fernando Araújo, tendo em conta o “modelo

---

<sup>17</sup> R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, *Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Klostermann, 1986.

<sup>18</sup> Pierre Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique: jus ex machina*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, 139 (*Linguistique et informatique juridiques*), defendendo que no domínio da decisão a abordagem matemática ajuda a discernir três categorias de operações intelectuais: a aplicação de conceitos jurídicos definidos (programável *a priori*); a interpretação de conceitos jurídicos não definidos (que relevam da ‘lógica do fluído e não programável pelo Estado); a apreciação de variáveis factuais quantificáveis ou codificáveis (programável *a posteriori*).” - *L'informatique et la rationalité du droit*, 127.

<sup>19</sup> D. Bourcier, *La décision artificielle*, PUF, Paris, 1995, 232, *apud* Pierre Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique: jus ex machina*, cit., 196-7 (*Procédure et jugement*).

<sup>20</sup> Fernando José Bronze, *O Jurista: Pessoa ou Androide?*, in *AB VNO AD OMNES*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, 78-9, 76, nota 4 (arrancando da distinção aristotélica entre “unidade numérica”, “unidade eidética”, “unidade genérica” e “unidade analógica”, e mais acrescentando que “será sempre o homem o inventor da máquina” – 83).

clássico” (da semântica conceptual fechada), o “modelo probabilístico” (da “penumbra” conceptual aberta, da *fuzzy logic* e da verosimilhança) e o “modelo casuístico ou exemplar” (da analogia indutiva), considera que os sistemas periciais ainda não terão “encontrado uma linguagem suficientemente sofisticada para que a emulação do raciocínio jurídico possa fazer-se em moldes radicalmente diversos dos da inferência silogística (ou não redutíveis a esta)”, e defende a desistência “do propósito de criação artificial de uma inteligência autêntica, em favor de uma genuína compreensão, e através dela de uma preservação, dos processos naturais da inteligência jurídica”.<sup>21</sup>

Finalmente, uma breve referência ainda para a perspectiva de Dworkin. Defendendo o direito como “conceito interpretativo”, recusa a possibilidade de a sua conceção poder ser reduzida a um algoritmo suscetível de implementação através de um software de decisão, parecendo nessa medida afastar o recurso aos meios informáticos como substitutos dos juízes. “No he previsto un algoritmo para la Corte. Ningún mago electrónico podría diseñar a partir de mis argumentos un programa de computadora que proporcionara un veredicto que todos aceptarían una vez que se pusieran a disposición de la computadora todos los hechos del caso y el texto de todos los estatutos y decisiones judiciales anteriores.”<sup>22</sup>

Da nossa parte, vamos sustentar o desenvolvimento, em certos termos, de sistemas informáticos que auxiliem o juiz na sua tarefa, salvaguardando todavia que “o controlo humano do processo decisório e da decisão deve ser assegurado em qualquer

---

<sup>21</sup> Fernando Araújo, *Lógica jurídica e informática jurídica*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, FDUL/APDI, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 22, 71 (refutando também a “genuína terapêutica” da lógica informática no raciocínio jurídico – 22).

<sup>22</sup> Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los cueces y la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. Cláudia Ferrari (do orig. *Law's Empire*, 1986), Gedisa Editorial, Barcelona, 1992, 287, 289.

caso”.<sup>23</sup> Esta via, porém, não é isenta de dificuldades.

### § 3. NORMA LEGAL E LÓGICA INFORMÁTICA (*IF, THEN – UNLESS OR ELSE*)

1. Uma primeira dificuldade com que se defronta a “justiça artificial” é a possibilidade de programação. Isto é, conseguir criar um sistema informático capaz de simular o *modus operandi* do *logos* jurídico-decisório. Aparentemente, a questão seria simples, em virtude de o sistema jurídico se constituir fundamentalmente por normas legais.

Ora, as normas legais têm normalmente uma estrutura lógica semelhante às operações mais elementares da informática: *if, then – unless or else*<sup>24</sup>. Se *x*, logo *w*, a menos que *y* (ou salvo *se*), então *k*. Isto é, têm uma hipótese, que prevê a situação típica, e uma estatuição, que estabelece a consequência, ambas se fundindo por via de uma “cópula” ou “nexo que as une”<sup>25</sup>. Quer a hipótese quer a estatuição podem ser também definidas por outras normas do sistema.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Alexandre Dias Pereira, *Da equidade (fragmentos)*, Bol. Faculdade de Direito, 2004, 384, n. 87.

<sup>24</sup> As linguagens convencionais de programação falam inglês.

<sup>25</sup> A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 142.

<sup>26</sup> Aliás, boa parte do senso comum, ilustrado por ditados populares, assenta também na lógica binária causa/efeito «se, logo». Por exemplo: “Chuva em novembro, Natal em dezembro”, ou, “Tantas vezes vai o cântaro à fonte, que um dia lá deixa a asa.” No primeiro aforismo há uma certeza: um acontecimento natural (a chuva) num determinado período (novembro) permite um evento desejado (o Natal) em dezembro. No segundo, há uma relação de causalidade, uma vez que se sabe que um dia o cântaro vai deixar a sua asa na fonte por causa de tantas vezes lá ir. Mas é uma regra de concretização indeterminada. Não se sabe qual será a vez em que a asa lá vai ficar. Mas sabe-se também que não será à primeira, nem porventura à segunda. “Tantas vezes” implica uma quantidade na ação. Serão “tantas vezes” quantas as necessárias. Para determinar a probabilidade da ocorrência danosa seria necessário inventariar todas as ocorrências passadas e, a partir disso, estabelecer um padrão de prognose, tendo em conta a evolução das ocorrências no tempo. O ditado parece indicar que o cântaro não deixa lá ficar a asa às primeiras, mas só ao fim de umas tantas vezes, o que pode

Teoricamente, à semelhança da lógica informática, a lógica da norma legal é automática ou mecânica, no sentido de que, verificando-se os factos constitutivos da hipótese da norma, a respetiva estatuição aplicar-se-lhes-á, pressuposto que os factos são processados. Assim, se o sistema fosse programado em termos de processar todo o corpo de normas legais em vigor, então seria possível tirar partido das vantagens criadas por tal informatização da justiça.<sup>27</sup>

Os programas informáticos seriam o “braço direito” dos programas normativos da lei, i.e. o cumprimento dos programas normativos teria no programa informático um aliado da maior valia. Desde logo, porque reduziria drasticamente o erro dos juízes e de outros agentes da justiça justificado pela sua condição humana: *errare humanum est*. Além disso, como refere Viehweg, “in an economic climate sufficiently structured and established, significant zones of law are programmed to such an extent that the necessary decisions in cases of dispute often result from simple deductions. (...) The judge seems to be dispensable in such cases; a suitable automation can easily take his place.”<sup>28</sup>

---

indicar que se tem mais cuidado quando se vai à fonte às primeiras vezes, e que esse cuidado é substituído por desleixo – talvez por excesso de confiança – às tantas vezes. Curiosamente, este ditado contraria a regra do senso comum, segundo a qual “depressa e bem não há quem”. Com efeito, no caso do cântaro e da fonte, parece que se aprende depressa a ir bem à fonte, no sentido de não deixar lá a asa às primeiras... Isto mostra, por outro lado, a matriz entimemática (relativa), que não apodítica (absoluta), dos juízos do senso comum. Pense-se também no dilema “quem espera sempre alcança” / “quem espera desespera”. De todo o modo, o caso do cântaro poderá ter mais a ver com um problema de resistência do material, que se desgasta pelo uso, do que apenas com o cuidado na ida à fonte.

<sup>27</sup> A programação das normas legais no sistema informático seria um novo requisito da sua entrada em vigor.

<sup>28</sup> Theodor Viehweg, *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie*, cit., 114 (acrescentando que: “In automation, deductive systematics are combined with the cybernetic system. The fundamental principle of this system - self-regulation - is already of definite importance to dogmatics of law as well as to research about law, particularly the sociology of law.” – 115).

2. Mas, nem sempre a lei é formulada em termos tão claros e lineares. Não raro utiliza conceitos indeterminados ou então cláusulas gerais.<sup>29</sup> Nestas situações a lógica do «se..., logo»

---

<sup>29</sup> Exemplo disto é a cláusula dos bons costumes, cuja ofensa é prevista no Código Civil como fundamento de nulidade de negócios jurídicos (arts. 271.º,1, 280.º, 2, 281.º, 340.º, 2, 2186º) e de abuso de direito (art. 334.º), responsabilidade do gestor de negócios (art. 465.º-a), limitações ao exercício dos direitos dos condóminos (art. 1422º, 2-b), ou causa de impossibilidade de condições e de encargos (arts. 967.º, 2230.º, 2, e 2245.º). No domínio específico do Código das Sociedades Comerciais, os bons costumes surgem como limitação da capacidade das sociedades comerciais (CSC, art. 6.º, 1), da constituição das suas firmas (art. 10.º, 5-c), ou do conteúdo das suas deliberações que ficam feridas de nulidade (art. 56.º, 1-d), o mesmo se passando com as deliberações do conselho de administração das sociedades anónimas (art. 411.º, 1-c). No domínio da propriedade industrial (Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março), a ofensa aos bons costumes é causa de exclusão do objeto de patente relativamente a invenções cuja exploração os ofendam (art. 53.º, 1), de oponibilidade dos direitos conferidos pela patente em certas circunstâncias (art. 104.º, 2), de exclusão do objeto de registo de modelos ou desenhos (arts. 119.º-b e 175.º; cfr. Regulamento 6/2002, 12/12/2001, arts. 9.º e 47.º, 1-b), de marcas (art. 239.º-j, art. 269.º-b; Diretiva 89/104, art. 3.º-f; Regulamento 40/94, 20/12/1993, sobre marca comunitária, art.66.º), fundamento de recusa do registo de denominações de origem ou das indicações geográficas (art. 308.º-f)), e, em certo sentido, de concorrência desleal (Código da Propriedade Industrial, art. 317.º: “Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente” – os exemplos que ilustram a cláusula geral da concorrência desleal poderão servir para concretizar, positivamente, a noção de bons costumes – se aqueles não são honestos). Os bons costumes são ainda requisito, por exemplo, do princípio da verdade na constituição das firmas (art. 32.º, 4-c, RNPC) e da composição de nomes de domínio (Regulamento Nomes de Domínio FCCN, 2.3.2.4.c, 2.3.9.2.b).

Numa matéria de extrema atualidade, que é a biotecnologia, destaque-se que a diretiva sobre a proteção das invenções biotecnológicas (transposta pelo “novíssimo” Código da Propriedade Industrial), determina no art. 53.º que as invenções cuja exploração comercial seja contrária à ordem pública ou aos bons costumes são excluídas da patenteabilidade, não podendo a exploração ser considerada como tal pelo simples facto de ser proibida por disposição legal ou regulamentar. Consideram-se não patenteáveis, *inter alia*: a) os processos de clonagem de seres humanos; b) os processos de modificação da identidade genética germinal do ser humano; c) as utilizações de embriões humanos para fins industriais ou comerciais; d) os processos de modificação da identidade genética dos animais que lhes possam causar sofrimentos sem utilidade médica substancial para o Homem ou para o animal, bem como os animais obtidos por esses processos. Esta delimitação negativa do objeto de patente, em virtude da ordem pública e dos bons costumes, baseia-se no entendimento de que “o Acordo TRIP prevê a possibilidade de os membros da Organização Mundial do Comércio excluírem da

já é de pouco préstimo. A determinação de tais conceitos e a

patenteabilidade as invenções cuja exploração comercial é necessário impedir no seu território, a fim de proteger a ordem pública e os bons costumes, incluindo a proteção da saúde e da vida dos seres humanos, dos animais e dos vegetais, ou no intuito de evitar danos graves no ambiente, desde que essa exclusão não decorra unicamente do facto de a exploração ser proibida pela respetiva legislação”; neste sentido, a diretiva salienta “o princípio segundo o qual devem ser excluídas da patenteabilidade as invenções cuja exploração comercial atente contra a ordem pública ou contra os bons costumes”, mais se acrescentando “que importa também incluir no articulado da presente diretiva uma lista indicativa das invenções excluídas da patenteabilidade, a fim de fornecer aos juízes e aos serviços nacionais de patentes orientações gerais para a interpretação da referência à ordem pública ou aos bons costumes; que esta lista não pode, evidentemente, ser considerada exaustiva; que os processos que atentem contra a dignidade do ser humano, nomeadamente aqueles que se destinam à produção de seres híbridos, obtidos de células germinais ou de células totipotentes humanas e animais, também deverão obviamente ser excluídos da patenteabilidade;” além disso, acrescenta-se que “a ordem pública e os bons costumes correspondem, nomeadamente, a princípios éticos ou morais reconhecidos num Estado-membro, cujo respeito se impõe muito especialmente em matéria de biotecnologia, devido ao alcance potencial das invenções neste domínio e à sua ligação inerente com a matéria viva; que esses princípios éticos ou morais complementam as apreciações jurídicas normais do direito de patentes, qualquer que seja o domínio técnico da invenção” e que, “na Comunidade, existe uma posição consensual quanto ao facto de a intervenção génica germinal no Homem e a clonagem de seres humanos atentarem contra a ordem pública e os bons costumes; que, por conseguinte, importa excluir inequivocamente da patenteabilidade os processos de modificação da identidade genética germinal do ser humano e os processos de clonagem de seres humanos” (Diretiva 98/44, cons. 36 a 40). Trata-se de uma concretização exemplificativa da noção de bons costumes, cuja ofensa era já prevista na Convenção sobre a patente europeia como impedimento à concessão de patentes (art. 53.º-b). No sentido de que a diretiva 98/44 “consagra a patenteabilidade de genes em termos indefinidos mas perigosos”, Oliveira Ascensão *Intervenções no genoma humano*, Revista da Ordem dos Advogados, 2003, 25-49, 28; v.tb. João Paulo Remédio Marques, *Introdução ao problema das invenções biotecnológicas (algumas considerações)*, in *Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2001, I, 177-333, Id., *Patentes de Genes Humanos, Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, III, 2003, 107-148, 139s (concluindo, relativamente à patenteabilidade do genoma humano e o problema da ofensa aos bons costumes e à ordem pública, que “tal como não devemos fechar a caixa de *Pandora* do genoma humano e a sua patenteabilidade, assim também não podemos subtrairmo-nos a analisar o mérito de algumas das suas pragas e maldições, sempre que o direito de patente pretende colocar-se ao serviço da remuneração (individual e social) dos resultados da investigação científica e da inovação tecnológica.” - 143). De notar ainda que a noção de bons costumes está presente em diversos domínios de regulação no direito europeu, como por exemplo a Diretiva Televisão, que prevê limites ao direito de resposta em nome justamente dos bons costumes (art. 23.º, 4).

concretização dessas cláusulas não opera *ope legis*, sendo antes tarefa do intérprete. O qual, segundo as boas praxes, recorrerá normalmente aos usos correntes da jurisprudência e/ou às opiniões da doutrina.

Mesmo aqui, todavia, as possibilidades de programação informática permitiriam dar resposta à porosidade linguística da lei, indexando tais conceitos indeterminados e cláusulas gerais a bases de dados jurisprudenciais e doutriniais processadas em termos de encontrar uma posição dominante ou maioritária. Para tal, seria necessário encontrar um critério para aferir a dominância ou natureza maioritária de uma posição. Tarefa esta bastante delicada, mas nem por isso impossível, exigindo um trabalho constante de consolidação de doutrina e de jurisprudência, que poderia ter em conta, nomeadamente, o grau académico dos defensores de uma posição doutrinária e o grau hierárquico dos tribunais (e de outros agentes de justiça) subscritores de uma corrente jurisprudencial.

Mas, ainda que apoiada numa tradição consolidada, não seria esta decisão informatizada repetição automática de uma justiça do passado?

3. Há ainda outras situações para as quais a resposta do sistema logicamente programado poderá não existir. Fala-se em lacunas, no sentido de casos omissos, isto é, casos não previstos na geometria das hipóteses normativas. O modelo «se, logo» não reconhece casos que não se subsumem aos conceitos previstos no programa da lei. Mas, não obstante, surgem por vezes casos que, apesar de omissos, não deixam de ser considerados juridicamente relevantes, no sentido de merecerem uma solução jurídica. São, desde logo, os casos que reclamam uma disciplina análoga à prevista para situações reguladas pela lei, em virtude de nele procederem as razões justificativas dessa disciplina legal (*eadem ratio*), como prescreve o Código Civil (art. 10.º, 2). “Determinar porém onde há verdadeiramente e onde não há analogia é extremamente difícil, e por isso exige toda a finura por parte





casos atípicos. O argumento por maioria de razão cederia terreno face ao argumento *a contrario*, excluindo do campo de aplicação todas as situações que não apresentassem as características típicas da hipótese legal. Desde logo, “temos o campo aberto para excluir da aplicação analógica as regras que contrariam princípios fundamentais, informadores da ordem jurídica ou dum ramo de direito em particular.”<sup>32</sup>

Situação esta que chocaria com o entendimento atual sobre o regime das normas excecionais. A proibição da analogia das normas excecionais não tem em conta a “radical matriz analógica do discurso jurídico”<sup>33</sup> nem aceita que a norma se aplica analogicamente mesmo aos casos nela expressamente previstos – expondo-se ao argumento apagógico da *reductio ad absurdum*.<sup>34</sup> Pelo que um sistema informático de justiça artificial deveria desconsiderar tal proibição.

Mas, mesmo assim, seria um tal sistema capaz de dar resposta para todos os casos juridicamente relevantes?<sup>35</sup>

#### § 4. JUSTIÇA MECÂNICA

---

<sup>32</sup> J. Oliveira Ascensão, *O Direito*, cit., 453.

<sup>33</sup> F.J. Bronze, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, SI 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994; v. tb., por ex., A. W. Heinrich Langhein, *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode: Ein Beitrag zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung vom ausgehenden 18. bis 20. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

<sup>34</sup> Ver Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., 272; F.J. Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 961-2; Id., *A metodonomologia*, cit., 560; v. tb. Larenz, *Metodologia*, cit., 427; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, cit., 64; Dias Pereira, *Da equidade*, cit., 392, nota 103.

<sup>35</sup> Para Castanheira Neves (*Metodologia*, cit., 233), “estaremos perante um caso a pôr um problema jurídico se relativamente a uma concreta situação estiver em causa, e puder ser assim objeto e conteúdo de uma controvérsia prática, numa relação humana de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objetivo-social em que releve explicitamente a tensão dialética entre a autonomia ou liberdade pessoal e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto, já de reconhecimento (a exigir normativa garantia), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação) e afirmação ética da pessoa (de homem como sujeito ético).”

1. Há situações para as quais a lei não prevê um regime jurídico específico. Nem sequer por analogia *legis*, como se diz tradicionalmente, é possível situar o caso *sub iudice* no âmbito do programa normativo do caso *sub legem*. E não obstante é possível tratar-se ainda de um caso com relevo jurídico. Como poderia um sistema informático de inteligência artificial chegar a semelhante conclusão?

A relevância jurídica destes casos omissos é atribuída à sua ressonância no estrato do sistema que anima o *corpus iuris*. Trata-se dos princípios fundamentais. Quais “campainhas” que tocam por força do caso, mas que nem por isso lhe ditam logo uma solução. Poderá um sistema informático de inteligência artificial ser programado ao nível destes princípios?

Antigamente falava-se em analogia *iuris* para este tipo de situações. O caso resolver-se-ia segundo os princípios jurídicos gerais, em especial os princípios gerais do instituto jurídico ao qual o caso mais se aproximasse. Estes princípios eram decantados a partir das normas que compunham o regime de tal instituto através das operações lógicas da indução e da dedução. Indutivamente inferia-se um princípio geral, a partir do qual se deduzia uma solução para o caso omissos.

Ora, será possível programar um sistema informático para decantar tais princípios jurídicos? A inteligência artificial não será isso mesmo, isto é, a capacidade de elaborar generalizações a partir da análise indutiva das normas para encontrar uma norma maior, de segundo grau, uma indução lógica que forneça o ponto de apoio seguro para a dedução?

Efetivamente, os desenvolvimentos da programação informática tornaram já possíveis sistemas de indução lógica – os chamados agentes reativos, aprendizes e adaptativos<sup>36</sup> -, pelo

---

<sup>36</sup> Sobre os agentes reativos, agentes de procura, agentes baseados em conhecimento, agentes aprendizes, agentes adaptativos, e as sociedade de agentes, ver Ernesto Costa / Anabela Simões, *Inteligência Artificial*, cit., 37s.

que também no campo do direito tal não seria uma impossibilidade. Ou seja, a analogia *iuris* seria realizável por sistemas de inteligência artificial.

Segundo Garcia Marques: “A tendência que de momento se mostraria mais promissora seria o modelo das *redes neurais*, traduzido na indução de regras a partir de uma massa de casos, com aprendizagem do computador/programa mediante a continuidade do trabalho, para resolver casos novos, isto a partir da tentativa de cópia do funcionamento do cérebro (bioengenharia). / As vantagens deste modelo sobre os sistemas simbólicos estaria em poder permitir que se prescindia da identificação prévia, explicitação e formalização das regras jurídicas; por outro lado, a máquina pode incorporar no processo de decisão toda a sorte de fatores condicionantes que operam na vida real, enriquecendo-se a *aprendizagem* do computador; finalmente, acresceria a grande capacidade do sistema para reconhecer padrões e depois emular o raciocínio por analogia.”<sup>37</sup>

Só que, mais uma vez, corresponderá este *modus operandi* mecânico e automático da justiça artificial ao *logos* jurídico-decisório da “justiça natural”? Também não será aqui de novo a decisão artificial repetição da *ordo ordinatus*? E por via disso a negação da possibilidade da criação de novos princípios? No fundo, não será o “espírito” de um sistema informático pura manifestação de um corpo inanimado?

Pergunta esta que, aliás, se pode lançar de um modo mais geral: “Para além da ubiquidade do ruído que leva todos os processos, tanto biológicos como tecnológicos, a errar em muitas ocasiões, o que é que os computadores, na execução dos seus programas, apresentam que seja espontâneo?”<sup>38</sup>

2. A questão reveste particular delicadeza quando se

---

<sup>37</sup> Garcia Marques / Lourenço Martins, *Direito da Informática*, cit., 37.

<sup>38</sup> Paul Levinson, *A Arma Suave. História Natural e Futuro da Revolução da Informação*, trad. J. Freitas e Silva (do original *The Soft Edge*, 1997), Bizâncio, Lisboa, 1998, 255.

aborda o problema da decisão *contra legem*.<sup>39</sup> Como poderia um sistema informático alguma vez simular uma situação de decisão *contra legem*?

*Prima facie*, tal seria absurdo, já que o computador executa todos os comandos do programa e, por conseguinte, cumpre a rotina dos «se, logo» que implementam informaticamente o programa normativo.

Dir-se-ia, por conseguinte, que num sistema informático a decisão *contra legem* seria, pela “natureza das coisas”, impossível. Mas, como nem sempre as coisas têm a mesma natureza, não está afastado que um sistema informático possa produzir uma solução *contra legem*. Desde logo, a programação informática não é isenta de erros, para não falar em possíveis vírus infecciosos do código. Por outro lado, o sistema informático poderia ser programado no sentido de induzir os referidos princípios jurídicos gerais a partir das normas legais, de modo a afastar a aplicação de normas legais que contrariassem tais princípios.

No fundo, o sistema informático de inteligência artificial teria a capacidade não apenas de integrar lacunas por via da elaboração indutiva dos princípios jurídicos gerais mas também de controlar a própria legalidade, no sentido de impedir a aplicação de normas contrárias a esses princípios. E com isto a decisão *contra legem*, mas não obstante *secundum ius ex machina*, seria possível no quadro de sistemas de inteligência artificial.

Todavia, parece uma evidência que tal programa acabaria por dar erro. Com efeito, como poderão ser elaborados princípios jurídicos gerais a partir das normas e utilizá-los depois para controlar a “correção” dessas mesmas normas? Se a norma aparece como fundamento do princípio – enquanto base da indução – como pode o princípio corrigir a sua base de apoio? Quando muito tal seria possível relativamente a novas normas,

---

<sup>39</sup> Larenz, *Metodologia*, cit., 520; Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., 188s; F.J. Bronze, *Lições*, cit., 739; v. tb. Jörg Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 1992; Dias Pereira, *Da equidade*, cit., 393s.

sujeitando-as a um juízo de conformidade com a lógica precedente do sistema.

Mas, a ser assim, um tal sistema informático retiraria inclusivamente à legislatura a possibilidade de introduzir mudanças e alterações no sistema. Por outras palavras, a lógica de um determinado sistema jurídico seria codificada num certo momento pelo sistema informático, o qual aferiria a conformidade das novas leis com tal lógica pré-definida e fechada. Por via disto, o computador poderia simular soluções de interpretação ab-rogante<sup>40</sup> em casos de contradição lógica das normas.

Mas não significaria essa via o fechamento do sistema à vida e a conseqüente necrose do *corpus iuris*?

3. As interrogações que se foram erguendo não esgotam todavia o leque de problemas do sentido e limites da justiça artificial. De qualquer modo, todas elas apontam em comum uma preocupação, que reside no facto de o sistema informático simular decisões com base na sua programação prévia e em bases de dados pré-constituídas. Donde decorre que a decisão simulada é apenas referida ao passado, ao constituído, e com base em premissas de índole estritamente lógica, de que é expressão básica o modelo «se, logo». Neste sentido, o *ius ex machina* não tem em conta o papel criativo do intérprete, em especial do juiz. “É evidente que o juiz realiza, de facto, uma atividade criadora (...). E não sofre dúvida de que, *de direito*, a realiza também.”<sup>41</sup>

Por outras palavras, o dever-ser da inteligência artificial seria um dever-ser mecânico, automático, que não questiona a validade das premissas e delas retira todas as soluções. Mais do

---

<sup>40</sup> “Não se trata de revogação da lei porque nada mais existe do que uma simples aparência de lei: as suas palavras repugnam ao seu espírito e, por isso, concluindo que a lei é produto dum equívoco do legislador, o intérprete considera-a inexistente. Se assim não fosse, cair-se-ia no absurdo de atribuir ao legislador uma contradição querida e de exigir obediência a duas normas antagónicas.” - Santos Justo, *Introdução*, cit., 337.

<sup>41</sup> Manuel de Andrade, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 3.ª ed., Arménio Amado, Coimbra, 1978, 88.

que «dever-ser» é um «ter-que-ser», que não tem em conta que os princípios jurídicos que fundamentam a ordem jurídica “só através da concreta realização do direito (da decisão dos casos jurídicos concretos) se vão revelando.”<sup>42</sup>

## § 5. COMPUTADOR E JUÍZO

1. Parece então que o sistema informático não é capaz de se assemelhar ao *modus operandi* do *logos* jurídico-decisório. Falta-lhe a *inveniendi* geradora de princípios *praeter legem* e até *contra legem*. Não entende o que são as razões justificativas do regime legal que o tornam aplicável não apenas aos casos nele expressamente previstos, mas também a situações análogas, ainda que se tratando de regimes excepcionais. Numa palavra, o sistema informático é desprovido de espírito.

Reproduz de modo silogístico, com mais ou menos sofisticções, o programa pré-carregado, mas é incapaz de “ajuizar” as soluções que simula. Apesar da sua inteligência artificial, o computador não teria “juízo”, isto é, poderia decidir casos, “mas estar-lhe-ia vedado *ajuizar* deles”<sup>43</sup>, por não ter capacidade de, na caracterização de juízo dada por Castanheira Neves, “ponderação prudencial de realização concreta, orientada por uma fundamentação”<sup>44</sup>.

2. Falamos em juízo no sentido de categoria ética ou moral, que remete para as noções de Bem e de Mal.<sup>45</sup> Mas fará ainda

---

<sup>42</sup> Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 161.

<sup>43</sup> F.J. Bronze, *O Jurista: Pessoa ou Androide?*, cit., 78-9, 76, nota 4.

<sup>44</sup> *Apud* Fernando José Bronze, *Breves Considerações sobre o Estado Atual da Questão Metodonomológica*, Boletim da Faculdade de Direito, 1993, 185.

<sup>45</sup> S. Tomás de Aquino, *Summa theologica*, I, II, 94, 2: «Bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum» - *apud* Arthur Kaufmann, *Die Aufgaben heutiger Rechtsphilosophie*, in Arthur Kaufmann, *Über Gerechtigkeit, Dreiig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, Carl Heymanns Verlag, Kln, 1993, 503 (considerando tal princípio tão universal quanto tautológico).

sentido continuar a apelar a tais categorias<sup>46</sup> no nosso tempo? Não serão meros resquícios de um tempo passado? E não estaremos também em nome de categorias do passado a combater os sistemas de inteligência jurídica artificial por não simularem senão uma decisão do passado ao executarem programas normativos implementados informaticamente? Isto é, não estaremos a rejeitar o passado com o próprio passado? Com efeito, que sentido faz insistir em categorias como bem e mal no tempo da «tecnociência»?

Faz todo o sentido, diga-se já. O juízo, enquanto capacidade de discernir o bem e o mal, o justo e o injusto, é uma categoria que distingue o ser humano. A justiça é uma condição básica da Humanidade. E sem juízo não há justiça, quando muito um simulacro dela.

3. O pouco que se disse é todavia já muito - ou pelo menos o suficiente para se reconhecer que entramos em areias movediças. É verdade que “um direito sem justiça constituiria, digamos, uma monstruosidade moral”.<sup>47</sup> Mas, consideremos duas ou três perguntas, quais raios de sol que nos atiram para dentro da caverna para não ficarmos cegos.

O que é isso de bem e de mal que se quer discernir com o juízo? É com isso que se pretende fundar a justiça? E se o bem e o mal permitirem não uma mas várias justiças? Em que é que fica a Humanidade? Não teremos que falar antes então em humanidades, a cada uma correspondendo uma justiça? E, afinal de contas, para quê insistir na humanidade em tempos de cruzamento entre o ser humano, a natureza e a tecnologia? Não será essa insistência uma forma de «especismo»<sup>48</sup>, isto é, de discriminação em relação a outras formas de vida, quer «natural» quer

---

<sup>46</sup> Para uma proposta da utilização do termo categorias nas ciências sociais, ver A. M. Hespanha, *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar*, *Análise Social*, XXXVIII (168), 2003, 823-840.

<sup>47</sup> Orlando de Carvalho, *IUS – QUOD IUSTUM?*, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1996, 4.

<sup>48</sup> Ver José Manuel Aroso Linhares, *A Ética do Continuum das Espécies e a Resposta*

«artificial», com o argumento tirado do relato da Criação do Mundo, ou seja, de que Deus deu a Terra só aos homens?<sup>49</sup> Ou então de que o ser humano é o agente privilegiado (para não dizer eleito) da evolução em virtude de se ter apropriado em exclusivo dela?

4. Aparentemente estas interrogações projetam-nos para dimensões que estão muito para além da problemática da «justiça artificial». Mas não é assim. Antes pelo contrário, a determinação do sentido e limites da justiça artificial passa fundamentalmente por estas questões.

Com efeito, não está apenas em causa saber se os circuitos integrados, os programas de computador e as bases de dados eletrónicas dos sistemas informáticos em rede poderão um dia substituir ou simular o funcionamento do cérebro humano ao nível do processo decisório. Mesmo que os sistemas de inteligência artificial “evolua” a tal ponto, desenvolvendo aplicações de raciocínio analógico altamente sofisticadas, a questão que se coloca é saber se a justiça pode ser «artificial», por oposição a «natural». E ainda que se entenda que a máquina não substituirá o homem, uma vez que se limita a executar os comandos programados, o problema subsiste: será o juiz humano um dia substituído pela máquina calculadora?

5. Apontámos a falta de “juízo” do computador como um impedimento à máquina julgadora. Mas suponha-se que os sistemas de inteligência artificial “evolua” ao ponto de os computadores serem capazes de avaliar os casos no contexto do sistema jurídico e inclusivamente de formularem diretrizes não apenas para a solução de casos omissos mas também para a aferição da justeza de normas. Deverá colocar-se completamente de

---

*Civilizacional do Direito. Breves Reflexões*, Boletim da Faculdade de Direito, 2003, 197-215.

<sup>49</sup> Argumento este que justificou interpretações restritivas desfavoráveis, inclusivamente, a seres igualmente humanos.



parte a “colaboração” do computador, ou pelo contrário aí estarão os sistemas de inteligência artificial como um valioso auxílio para a administração da justiça?

Aliás, não é concebível a utilização de sistemas de inteligência artificial desde logo ao nível da elaboração das leis? Ou será que o prejuízo negativo não passa de uma dimensão da inércia jurídica, senão mesmo puro instinto de autopreservação dos juristas, numa “«luta pela sobrevivência» do direito”<sup>50</sup>

Trata-se de reconhecer que, à semelhança do que passa já em outros domínios, o computador poderá ter um papel criativo, e não apenas meramente reprodutivo, também no campo do direito. Neste sentido, seriam supridas as insuficiências há pouco apontadas quanto à capacidade inventiva dos sistemas de inteligência artificial no campo do direito.

## § 6. BEM, MAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

1. Mas a maior falácia dos sistemas de inteligência artificial poderá repousar justamente nessa “promessa”. Levada ao extremo, significaria que o ser humano poderia de ora em diante confiar na criatividade da “inteligência artificial”. Isto é, os computadores dariam a nova “ciência do bem e do mal”. Com isso se resolveriam todas as questões acima colocadas. E com isso quase se ganharia a readmissão no jardim do paraíso.

A elaboração e aplicação das regras das sociedades humanas seriam confiadas aos sistemas de inteligência artificial. Os computadores seriam encarregados de fazer a justiça, o que executariam com toda a objetividade e imparcialidade possíveis, visto serem entes desprovidos de interesses.

---

<sup>50</sup> Fernando José Bronze, *Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II. *A parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 77.

2. Não recusamos o papel auxiliar dos sistemas de inteligência artificial. Mas temos para nós que a ciência do bem e do mal e a justiça que nela se apoie são problemas do ser humano e como tais devem manter-se. Mais do que uma ficção, a justiça *ex machina* é uma aberração.

Criatividade e juízo são categorias diferentes. Não é por conseguir criar soluções que a máquina “ganha juízo”. Uma solução pode ser muito criativa, e não obstante completamente desprovida de juízo. O juízo, enquanto capacidade de distinguir o bem e o mal e de valorar a situação em conformidade, exige compromisso e responsabilização do autor. Como diz Bourcier, em última instância será necessário “legitimer toute décision par une autorité humaine et de veiller à préserver la fonction de responsabilité dans toute action impliquant un jugement.”<sup>51</sup>

O juízo exige, por outras palavras, um juiz, alguém que se comprometa com a decisão e que por ela se responsabilize, tendo em conta o papel da judicatura enquanto “*viva vox iuris*”.<sup>52</sup> Sem questionar o princípio constitucional da não responsabilidade dos juízes pelas suas decisões (art. 216.º, 2), parece-nos que substituir o juiz pela máquina seria confiar a justiça à irresponsabilidade e à arbitrariedade de uma lógica eventualmente «fuzzy».

## § 7. MODELO POSITIVISTA

1. Poderá pretender-se que, mesmo sem a máquina informática, esse é já o estado atual da questão. A máquina da administração da justiça funcionaria como um gigantesco computador. O juiz não seria mais do que um «operador de sistemas».

---

<sup>51</sup> D. Bourcier, *La décision artificielle*, PUF, Paris, 1995, 232, *apud* Pierre Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique: jus ex machina*, cit., 196-7 (*Procédure et jugement*).

<sup>52</sup> F.J. Bronze, *Breves Considerações sobre o Estado Atual da Questão Metodológica*, cit., 184.

Pelo que a informatização da justiça através de sistemas de inteligência artificial seria apenas uma atualização do sistema, um *up-grade* que muito facilitaria a vida aos operadores judiciários e afins. Afinal de contas, não é esse o modelo ideal do positivismo mecanicista?

Reduzindo as fontes do direito à lei e o sistema jurídico às normas legais, o procedimento decisório analisa-se em percorrer as rotinas normativas de «se, logo; a menos que, então» a que se subsumem os factos do caso concreto. Isto aplicar-se-ia inclusivamente ao controlo da constitucionalidade das normas, sendo a Constituição o código-fonte de todo o programa normativo.

O modelo ideal do positivismo, preocupado apenas com a segurança e a certeza jurídicas, conduz ao apagamento do papel do intérprete e dos agentes decisores. A criação do direito teria lugar apenas em sede legislativa. Segundo o modelo democrático, a soberania radica na vontade popular<sup>53</sup>, pelo que só os representantes do povo teriam legitimidade e competência para criar direito através das leis, incluindo a lei das leis, isto é, a Constituição. Por seu turno, os tribunais teriam apenas legitimidade para, em nome do povo, administrar a justiça resultante do direito legislativamente criado.

Ora, sendo isto assim, não seria o juiz facilmente substituível pela máquina, virtualmente mais produtiva e eficiente?

2. Reduzir toda a problemática do direito e da justiça ao modelo ideal do positivismo não passará todavia de uma caricatura. O pensamento jurídico tratou já de afirmar a superação

---

<sup>53</sup> Todavia, para Hans Kelsen, “la teoría de la soberanía popular es una ficción: el dogma político está en contradicción con la realidad jurídica. Por eso también la idea de la representación del pueblo por el parlamento se reduce a la idea del mandato imperativo.” (*Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2002, 512). Além disso, a busca de uma base moral para a constituição pode revelar-se infrutífera: “Insofar as we apply ideal theories of moral legitimacy, we thus seem destined to reach a gloomy conclusion: the Constitution is not morally legitimate.” (Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, Harvard Law Review, 118/2005, 1809).

desse modelo, por diversos fatores<sup>54</sup>, embora se reconheça que a aparente tranquilidade do esquema lógico e metódico que oferece o tornam especialmente atraente.

Ser apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei” pode afigurar-se sedutor para o juiz, pelo seu efeito de “anestesia tranquilizante.”<sup>55</sup> Mas no exato momento em que provar desse fruto estará a lançar a guilhotina sobre o seu próprio pescoço. É que as máquinas por certo pronunciarão melhor as palavras da lei.

## § 8. «VIRTUALIDADES ENTRÓPICAS» DA IA

1. Combater a substituição do juiz pelos sistemas de inteligência artificial não significa todavia recusar todo e qualquer papel a estes sistemas enquanto ferramentas úteis para a administração da justiça. Antes pelo contrário. Olhando a ordem jurídica na sua “dimensão entrópica”<sup>56</sup>, em que se traduz a sua função secundária ou organizatória, consideremos o “momento de coerência e unidade sistemática”. Colocam-se aqui questões de *antinomias entre normas*, entre normas e princípios, ou mesmo entre princípios, e apontam-se critérios formais de superação das antinomias, nomeadamente o critério da hierarquia (*lex superior derogat inferiori*), o critério da especialidade (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*), e o critério da prioridade cronológica (*lex posterior derogat priori*).

Ora, não poderão os sistemas de inteligência artificial ter aqui um papel relevante enquanto simuladores de superação de antinomias normativas com base em tais critérios formais? O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os problemas da sucessão

---

<sup>54</sup> Sobre o positivismo, seus fatores determinantes, coordenadas caracterizadoras e fatores de superação, vide F.J. Bronze, *Lições*, cit., da 10.<sup>a</sup> à 12.<sup>a</sup>, bem como a bibliografia de Castanheira Neves aí referida.

<sup>55</sup> F.J. Bronze, *Breves Considerações sobre o Estado Atual da Questão Metodológica*, cit., 182.

<sup>56</sup> F.J. Bronze, *Lições*, cit., 77-92.

de leis no tempo e da concorrência de normas no espaço. Enquanto simuladores de qualificação segundo critérios formais os sistemas de inteligência formal poderão oferecer um quadro de respostas possíveis, deixando todavia em aberto ao julgador o juízo final sobre a solução mais adequada, que poderá inclusivamente não corresponder a nenhuma das soluções possíveis segundo o cálculo da máquina.

2. Também no “momento de realização orgânico-processual”, enquanto “condição adjetiva do juízo decisório”, seria possível implementar sistemas de inteligência artificial, para simular a determinação do órgão competente. Na questão da competência judiciária, poderiam os sistemas de inteligência artificial simular a determinação do tribunal competente.

De igual modo, ao nível processual, estes sistemas teriam grande valia, enquanto auxiliares de gestão processual, em termos de identificação das partes e outros intervenientes, prazos, formalidades, e outros passos do *iter* processual. Na certeza de que um processo devidamente conduzido será meio caminho para uma boa solução da controvérsia.<sup>57</sup>

3. Ainda nessa dimensão da ordem jurídica, existem momentos para os quais os sistemas de inteligência artificial já serão de pouca ou nenhuma valia. Desde logo, o “momento de desenvolvimento constitutivo”, em que está em causa a dialética “subsistência/mutação” ou estabilidade/evolução da ordem jurídica suscitada pela historicidade da *praxis* e do direito. Pense-se, por exemplo, no problema das fontes de direito, em especial

---

<sup>57</sup> A dimensão procedimental é apontada como um elemento essencial do sistema jurídico, enquanto sistema tridimensional de regras, princípios e procedimentos (ver Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995: “Prinzipien wie Regeln regeln ihre Anwendung nicht selbst. Sie stellen nur die passive Seite des Rechtssystems dar. (...) Die Regel- und die Prinzipienebene sind also durch ein Drittes zu ergänzen. Dies Drittes kann in einem am Begriff der praktischen Vernunft orientierten Rechtssystem nur eine rationalitätssichernde Prozedur sein. Auf diese Weise entsteht ein Drei-Ebenen-Modell des Rechtssystems, das als »Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell« bezeichnet werden soll.” – 228).

nos limites normativos temporais e de validade das normas legais, em que o juiz não encontra correspondência entre os princípios que animam o sistema e as normas legais hipoteticamente aplicáveis. Como poderia um sistema de inteligência artificial proceder à “preterição sincrónica” e à “superação diacrónica”<sup>58</sup> de tais normas legais?

A questão, todavia, não está apenas em saber se o sistema informático pode ser programado em termos de proceder a tais operações. Como referimos atrás, será possível desenvolver programas de computador que, por via indutiva da análise das normas legais, extraem generalizações de segundo grau, quais princípios jurídicos gerais a partir dos quais se permitiria aferir a conformidade de uma norma legal com tais princípios e proceder à sua “superação diacrónica”. Além disso, pode também supor-se um sistema de inteligência artificial que seja capaz de gerar padrões prováveis de regulamentação em função da evolução das tendências normativas e dos dados estatísticos da realidade. Padrões esses que justificariam a “preterição sincrónica” de normas legais desconformes.

Mesmo que a engenharia informática ofereça um dia tais possibilidades, não nos parece que o juiz possa delegar no computador a tarefa que lhe incumbe executar. Função essa que consiste em julgar os casos de forma ajuizada. Isto é, decidir de acordo com as normas legais e jurisprudenciais avaliadas pelos princípios fundamentais do sistema jurídico, ou na ausência daquelas, com base nestes, emitindo um juízo.

4. A decisão de acordo com os princípios fundamentais do sistema jurídico não significa todavia que o juiz não possa criar novos princípios.<sup>59</sup> Esse é aliás um outro problema em que

---

<sup>58</sup> Ver Castanheira Neves, *Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema*, Coimbra 1985 (Separata dos Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, BFD 1983); F.J. Bronze, *Lições*, cit., 683-746 (16.<sup>a</sup>).

<sup>59</sup> A. Dias Pereira, *Da equidade*, cit., 395, nota 110.

se analisa o momento de desenvolvimento constitutivo da “dimensão entrópica” da ordem jurídica e que consiste no “desenvolvimento transistemático” do *corpus iuris*. Transistemático, já que o juiz não pode contar apenas com o direito pré-constituído. Antes é ele chamado a ex-cogitar um novo fundamento do sistema, com base no qual possa dar solução ao caso *sub iudice*. Fundamento esse que encontrará na exata razão que justifica a relevância jurídica do caso.<sup>60</sup>

É possível que um sistema de inteligência artificial consiga também simular um conjunto de tópicos a tratar relativamente a um caso para o qual não prevê disciplina. Através do desenvolvimento de programas informáticos que implementam aplicações sofisticadas de raciocínio analógico (*algoritmia analógica*<sup>61</sup>) é possível que o computador diga que não tem solução para o caso, mas que serão de considerar certos fatores no seu tratamento, e eventualmente poderá até simular propostas de decisão, tendo em conta a casuística recolhida nas bases de dados e os referidos padrões prováveis de regulamentação sugeridos por poderosos algoritmos de análise de dados.<sup>62</sup>

Assim, nesta dimensão constitutiva *praeter legem*, os sistemas de inteligência artificial poderiam também auxiliar o juiz, ao nível da localização ou enquadramento sistemático do caso

---

<sup>60</sup> Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 226, 228-9.

<sup>61</sup> “A programação dos computadores tem muitas afinidades com o esquema do raciocínio cibernético: este baseia-se na descoberta de uma analogia e impõe-lhe um certo número de condições restritivas antes de a considerar como modelo para uma simulação efetiva. O *método cibernético das analogias* convida-nos a reproduzir o mais perfeitamente possível, por uma espécie de *interação do pensamento*, todos os processos que nós dominamos, simular tudo o que é possível simular.” – Abraham Moles, *Arte e Computador*, col. Elisabeth Rohmer, trad. Pedro Barbosa, Edições Afrontamento, Porto, 1990, 49.

<sup>62</sup> Sobre os conceitos de algoritmia e estruturas de dados na informática ver, por ex., José Braga de Vasconcelos / João Vidal de Carvalho, *Algoritmia e Estruturas de Dados: Programação nas linguagens C e JAVA*, 2005.

na “‘série’ aberta de problemas”<sup>63</sup>, embora não possam e/ou não devam substituí-lo na faculdade de julgar, isto é, de emitir o juízo que gera o novo princípio.

## § 9. PRINCÍPIOS E DECISÃO *CONTRA LEGEM*

1. Há porém um limite que parece inultrapassável ao sistema de inteligência artificial, mesmo enquanto mero auxiliar. Ao nível da criação de novos princípios, que poderão justificar não apenas a “preterição sincrónica” mas também a “superação diacrónica” de normas legais (ou seja, a decisão *contra legem*), o jurista intérprete<sup>64</sup> pode introduzir novos valores no espírito do

---

<sup>63</sup> F.J. Bronze, *Breves Considerações sobre o Estado Atual da Questão Metodológica*, cit., 195; T. Viehweg, *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie*, cit., 114 (“‘System’ may mean nothing but a combination that makes up a whole in a certain sense. Even a merely enumerative (e.g. alphabetical) combination of the viewpoints suitable in a certain field is a system, namely a *serial system*.”).

<sup>64</sup> Falamos de jurista intérprete, i.e. de intérprete com presumível “competência argumentativa”. Tal não impede, em termos de um impedimento dirimente, a abertura do círculo hermenêutico subjetivo a outros “falantes”, à semelhança do que defende Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997 (“no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estaduais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de atuação ampliam-se acentuadamente.” – 13, 41). Semelhante entendimento rompe com o monopólio da competência interpretativa do jurista, que parece ainda presente na hermenêutica de Emilio Betti: “solo un’intelligenza da giurisperito cui, grazie alla sua esperienza e preparazione, siano familiari gli strumenti intellettuali della dogmatica del diritto, può mettere lo storico della giurisprudenza in condizione di affrontare i problemi della genesi degli istituti e dei principi giuridici, poichè si tratta di sceverare dalla struttura degli istituti la funzione che essi hanno assunta com il trascorrere del tempo.” (Emilio Betti, *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, saggio introduttivo, scelta antologica e bibliografie a cura di Gaspare Mura, trad. Ornella Nobile Ventura, Giuliano Crifò, Gaspare Mura, Roma, Città Nuova Editrice, 1987, 105). Além disso, a tese da sociedade aberta de intérpretes constitucionais aponará tendencialmente para uma maior politização dos juízes, senão mesmo para a sua



sistema. Fala-se até na legitimidade da radical insubmissão contra o próprio sistema<sup>65</sup>, admitindo-se em todo o caso a possibilidade de interpretação como emenda dos erros do legislador e resistência contra “os desmandos e abusos do Poder”.<sup>66</sup>

Mas, podem os novos princípios ofender o espírito do sistema vigente, ou se pelo contrário terão que ser ainda por ele permitidos?<sup>67</sup>

Na segunda hipótese, o sistema de inteligência artificial poderá ainda auxiliar o juiz. Com efeito, mediante o desenvolvimento de algoritmos de análise implementados em programas de computador poderá o sistema informático simular diretrizes de solução que, apesar de porem em causa a aplicação da norma hipoteticamente aplicável, não ofendem os princípios gerais do sistema tal como logicamente induzidos da regulamentação em vigor. Ao nível da concordância formal do novo princípio com os princípios precedentes, poderia o sistema de inteligência artificial dar um contributo, com a vantagem de proteger o *corpus iuris* contra os “rábulas”.<sup>68</sup>

---

legitimação por via eleitoral – ver Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (commentary by Amy Gutmann, Gordon Wood, Laurence Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin), Princeton University Press, Princeton - New Jersey, 1998, 46 (“If the courts are free to write the Constitution anew, they will, by God, write it the way the majority wants; the appointment and confirmation process will see to that.”).

<sup>65</sup> Orlando de Carvalho, *Para um Novo Paradigma Interpretativo: o Projeto Social Global*, Boletim da Faculdade de Direito, 1997, 1-17 (referindo a atuação *systemfänglich* do PSG em casos de sabotagem interpretativa e de legítima insubmissão contra a norma pretensamente aplicanda em nome de valores postergados do PSG, e admitindo até a legítima insubmissão contra o projeto, em nome do máximo de consciência possível e da liberdade de desabrochar). Cfr. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 188s.

<sup>66</sup> Manuel de Andrade, *Ensaio*, cit., 105, em nota.

<sup>67</sup> Como pergunta Castanheira Neves (*Metodologia*, cit., 227) a propósito da ex-co-gitação de novos princípios pela jurisprudência, “não têm sido muitos desses princípios, pelas alterações normativas que importam, verdadeiras ruturas no sistema dos princípios positivamente proclamados?”

<sup>68</sup> Vicente Ferrer Neto Paiva, *Philosophia de Direito*, Tomo Primeiro: Direito Natural, 6.ª ed. aumentada e aprimorada, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1883, 44

2. Contributo esse que, todavia, parece afastado relativamente a princípios que ofendam o espírito do sistema vigente.<sup>69</sup> Aqui dificilmente poderá um sistema de inteligência artificial simular diretrizes que contrariem as coordenadas fundamentais do sistema, isto é, as definições que configuram o programa ao nível da sua implementação codificada. Exigir de um sistema informático que dê uma solução contrária às suas premissas afigura-se, no estado atual da ciência e da técnica, uma exigência absurda, que quando muito só poderia levar o sistema a entrar em colapso («crash») em virtude dos inúmeros erros («bugs») que isso causaria, senão mesmo um fatal curto-circuito no sistema eletrónico.

3. De resto, não nos parece que tal seja exigível inclusivamente ao juiz humano. A desconsideração da norma legal, quer como “superação diacrónica” quer por via de “preterição sincrónica”, admite-se nos quadros da interpretação ab-rogatória. A norma hipoteticamente aplicável é afastada em razão de não ter apoio nos princípios do espírito do sistema. Admitir que tais princípios possam surgir para afastar a norma legal não repugna na medida em que não ofendam o espírito do sistema vigente.<sup>70</sup>

---

(“Aquelles, que apenas repetem as palavras das leis, sem entrarem no seu espírito, foram chamados por Cicero *leguleios*. Aquelles, emfim, que cavillam as leis, ou abusam da jurisprudencia, são chamados *rabulas*.”).

<sup>69</sup> Ver Antunes Varela, *Do Projeto ao Código Civil*, 26, *apud* Mário Reis Marques, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2002, 231, n. 440; Oliveira Ascensão, *O Direito*, cit., 462, 464 (“o critério decisivo nesta última fase do processo da integração das lacunas (art. 10.º/3 - que “não pode significar”... “um recurso à equidade”) é a conformidade ao sistema de uma norma que o intérprete deve determinar e lhe permitirá resolver os casos individuais”). Em sentido diverso, ver Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 223-4.

<sup>70</sup> Claro que se se entender que a ab-rogação de um preceito legal formalmente em vigor ofende, em qualquer caso, o espírito do sistema vigente, em razão do atentado que se produz à certeza do direito, ao respeito pela lei e pela autoridade legislativa, e pelo efeito de insegurança que se gera, então claro está que o novo princípio que se arrogasse a justificação do afastamento da norma legal hipoteticamente aplicável seria liminarmente considerado como ofensivo do espírito do sistema.

Já abrir a possibilidade ao juiz de criar princípios ofensivos do espírito do sistema vigente nos parece uma solução mais arriscada. Uma tal conceção poderá levar à ruína do projeto que está na base do sistema, em virtude da excessiva porosidade dos seus alicerces. Sem nos quedarmos pela lógica binária, parecemos extremamente complexo que o mesmo sistema admita ao mesmo tempo como válidos o princípio *x* e o seu oposto.

Por exemplo, baseando-se o sistema na validade do segredo das comunicações privadas, não poderá depois aceitar a validade da publicidade dessas mesmas comunicações. Tal não significa que o princípio do segredo das comunicações privadas não possa ser sujeito a exceções justificadas por outros princípios igualmente válidos no sistema, nomeadamente a eficácia da justiça criminal. Este princípio poderia até justificar o alargamento dos meios de interceção de comunicações privadas a outros meios não previstos expressamente na lei processual penal.<sup>71</sup> Mas, não é isso que faz com que ao lado do princípio do segredo das comunicações privadas se coloque um princípio da publicidade de tais comunicações, que seria absurdo à luz do espírito do sistema vigente.<sup>72</sup>

## § 10. O «CÓDIGO-FONTE» CONSTITUCIONAL

---

<sup>71</sup> Pense-se no alargamento ao correio eletrónico das regras de interceção de correspondência e de comunicações.

<sup>72</sup> Um outro exemplo pode dar-se com o princípio da liberdade contratual. O facto de a lei prever muitos desvios a este princípio não significa que ao lado dele se erija um princípio da servidão contratual. Significa antes que, por razões de ordem pública decorrentes de princípios que integram igualmente o espírito do sistema vigente, a lei estabelece derrogações à liberdade contratual. Pense-se, nomeadamente, na legislação do arrendamento, do trabalho, do consumidor, etc. Induzir destes desvios um princípio da servidão contratual é algo que nos parece incorreto. Melhor será indagar as razões justificativas desses regimes, quais sejam de um modo geral a proteção da parte mais fraca no contrato e a procura de estabelecer por via da lei um maior equilíbrio entre as partes na relação contratual. O princípio que justifica as exceções à liberdade contratual não é contrário a esta liberdade, embora lhe exija compressão, que será tanto maior ou menor consoante as especificidades de cada domínio regulado.

1. A problemática precedente exige todavia que se atenda ao quadro normativo em vigor. Terá algum sentido, à luz da Constituição, dizer que o juiz pode afastar normas legais em nome de princípios do espírito do sistema vigente, podendo inclusivamente criar novos princípios?

A Lei Fundamental incumbe os tribunais de velarem pela conformidade constitucional das normas legais: “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados” (art. 204.º). Trata-se do expediente da fiscalização concreta da constitucionalidade, nos termos do qual o tribunal não pode aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.<sup>73</sup>

2. Aparentemente, no processo de controlo da conformidade constitucional das normas legais o juiz não poderia criar princípios. Antes pelo contrário, teria que ficar-se pelos princípios “consignados” na Constituição. À luz do preceito constitucional, mesmo as teorias da constituição aberta e material<sup>74</sup> teriam que reconhecer que a fonte dos princípios seria ainda a lei constitucional, enquanto expressão da vontade soberana do povo. Por outras palavras, os tribunais administrariam a justiça em nome do povo dentro das possibilidades definidas pela lei constitucional.

---

<sup>73</sup> Sobre este processo ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 874s.

<sup>74</sup> Sobre a compreensão material e aberta da constituição vide J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 1192s (parecendo não abrir mão todavia de que a abertura dos princípios jurídico-constitucionais permite até... *os abusos e fraudes à constituição*) e refutando a teoria da ordem de valores pré, supra e transconstitucional, em favor da “rigidez da constituição como texto normativo-positivo”, que seria “a fonte dos topoi de concretização”, mediante o *afinamento* de uma *metódica constitucional* destinada a assegurar a “autonomia” constitucional através de uma *semiótica* constitucional alicerçada numa *gramática* e num *dicionário* constitucionais e por isso numa *semântica* constitucional – Id., *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, 262, 267-8, 427s).

Por outro lado, qualquer interpretação ab-rogatória de normas legais, fundada em desconformidade da norma com um princípio fundamental, teria que começar por afirmar a natureza constitucional do princípio. Por assim dizer, a Constituição seria a fonte do espírito do sistema, enquanto expressão da vontade soberana do povo.

Neste sentido, o intérprete da lei ordinária nunca seria criador de princípios jurídicos, ao menos enquanto fundamento de desconconsideração de normas legais. A obediência à lei só poderia ser afastada em nome da obediência à Constituição. Numa palavra, em situações de interpretação ab-rogatória, a medida da razoabilidade do legislador seria ditada pelos princípios do código constitucional, ou seja, o teste da razoabilidade da norma seria aferido pelo espírito do sistema tal como contido na Constituição.

Em suma, a Constituição seria o referente último da atividade interpretativa, fornecendo o horizonte hermenêutico.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente*, cit., 277s (denunciando, aliás, a “«ídolatria dos princípios»” como forma de “introdução de uma retórica fundamentalista e ontologizante no discurso constitucional” e não acolhendo por isso a “ideia dos «princípios» como um «justo superior»; ainda no sentido de que esse seria o pensamento de Manuel de Andrade, J.J. Gomes Canotilho, *Método de interpretação de normas constitucionais. Peregrinação constitucionalista em torno de um Prefácio de Manuel de Andrade à obra Interpretação e Aplicação das Leis de Francesco Ferrara*, Boletim da Faculdade de Direito, 2001, 883s). Porém, contra a identificação da “expressão última da juridicidade... com a constitucionalidade”, por não ser o poder constituinte “titular ilimitado da axiologia transpositiva da consciência axiológico-jurídica”, Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 282 (v. tb., por ex., Id., *A redução política do pensamento metodológico-jurídico*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, II, Coimbra, 1995, 393s, tb. in Id., *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 379). Nos EUA segue a discussão entre “textualistas” e “finalistas”, afirmando-se a figura do legislador razoável quer a usar palavras (*textualists*) quer a resolver problemas (*purposivists*) como uma via de síntese superadora, e num quadro em que o Supremo Tribunal de Justiça sustenta que a letra da lei deve ceder perante o espírito (*Church of the Holy Trinity v. United States*, 1892). E.g. Jonathan T. Molot, *The Rise and Fall of Textualism*, 106 *Columbia Law Review*, 2006, 1-69; John F. Manning, *Textualism and the Equity of the Statute*, 101 *Columbia Law*

Nisso radicaria também a chamada “interpretação conforme a Constituição”.<sup>76</sup> Enquanto verdadeiros atos de fundação da *polis*, as constituições modernas seriam não apenas as primeiras mas também as mais fidedignas fontes do direito.<sup>77</sup>

3. Olhando um pouco mais ao regime da fiscalização concreta da constitucionalidade, vemos que cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (art. 280.º, 1-a). Ou seja, o juiz que não aplique uma norma legal com fundamento na sua inconstitucionalidade verá a sua decisão julgada pelo Tribunal Constitucional, que verificará se a norma em causa viola efetivamente o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. Por outras palavras, o “juízo final” caberá ao Tribunal Constitucional.<sup>78</sup>

---

Review, 2001, 10-15; William N. Eskridge, Jr., *All About Words: Early Understandings of the «Judicial Power» in Statutory Interpretation (1776-1806)*, 101 *Columbia Law Review*, 2001, 990.

<sup>76</sup> Sobre o cânone da interpretação da lei em conformidade com a constituição (e da integração de lacunas dentro do espírito constitucional), ver Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 195; Larenz, *Metodologia*, cit., 418; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., 1099; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, II, Coimbra, 1996, 263s. V.tb. por ex. Albert Bleckmann, *Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht*, *Juristen Zeitung*, 1995, 685-689; Alexandre Viala, *Les réserves d'interprétation: un outil de resserrement de la contrainte de constitutionnalité*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 4/1997, 1047-1068 ; Andreas Vosskuhle, *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte: Kritische Bestandesaufnahme und Versuch einer Neubestimmung*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2000, 177-201 ; Ramon Peralta, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994 ; Javier Jiménez Campo, *Analogía secundum constitutionem*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 13/1992, 9-30; João Zenha Martins, *Interpretação conforme com a constituição*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 5, Livraria Almedina, 2003.

<sup>77</sup> Orlando de Carvalho, *Para um Novo Paradigma Interpretativo*, cit., 15.

<sup>78</sup> Fernando Alves Correia, *Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efetiva*, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, 63s. Nos termos do art. 281.º, 3, o “Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele

4. Do que fica dito poderia encontrar-se o «código-fonte» do sistema jurídico na Constituição. Ao intérprete da lei ordinária estaria reservada a possibilidade de, quando muito, “desvendar” princípios consignados na Constituição, ainda que não explícita ou expressamente consagrados, e mesmo assim sob o controlo do Tribunal Constitucional. Com efeito, princípios consignados serão, por muito fluida que seja a palavra consignar, princípios previstos na Constituição ou que pelo menos (o que já não será assim tão pouco) não ofendam o espírito do sistema constitucional vigente.<sup>79</sup>

Em suma, a abertura constitucional permitiria ao juiz uma criatividade de princípios *positiva* (no sentido de recriação de princípios constitucionais já consagrados) e eventualmente *neutra* (no sentido de criação de princípios que não ofendem a lógica constitucional), mas já não *negativa* (no sentido de criação de princípios contrários ao espírito da Constituição, de acordo com as normas e os princípios nela consignados).

5. Esta breve referência ao quadro normativo em vigor serve para apurar das possibilidades de aplicação dos sistemas informáticos de inteligência artificial à administração da justiça. E o que se conclui é que mesmo nestes casos de fronteira, a sua prestabilidade não é nula.

Efetivamente, poderá a engenharia informática desenvolver programas de computador sofisticados que implementem algoritmos complexos de raciocínio analógico que permitam simular e processar as configurações lógicas do programa normativo constitucional. Neste sentido, até o controlo da constitucionalidade poderia ser auxiliado por sistemas informáticos de inteligência artificial.

---

julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.” Ou seja, só à terceira vez é que a norma é expurgada do sistema jurídico.

<sup>79</sup> A interpretação do texto constitucional poderia comparar-se a uma operação de descompilação de um programa de computador, de modo a encontrar a lógica, os princípios e os algoritmos do código-fonte constitucional implementado no seu texto na forma de código-objeto.

## § 11. PODER POLÍTICO TOTALITÁRIO

1. Mais uma vez, porém, tal não significa que os Tribunais e o próprio Tribunal Constitucional possam ser substituídos por um sistema informático. Embora se reconheça a “grande tentação” que uma tal solução representaria para um poder político totalitário.

O poder político totalitário serve-se do direito como instrumento de execução do seu programa de domínio e a isso o reduz. Pelas suas características de formalidade, generalidade, abstração e tendencial imutabilidade, e pelas funções que desempenha, a lei ajusta-se ao projeto político como dispositivo jurídico por excelência. A lei das leis é a Constituição, na qual se inscreve o programa de ordenação social, que será executado pelos órgãos de administração, ora por via direta através dos serviços do Estado, ora pela administração judicial em caso de “resistência” civil (ou outra). Ou seja, o código constitucional contém as especificações básicas da configuração do sistema, a partir das quais se desenvolvem as rotinas do programa normativo que implementa os algoritmos do domínio.

2. A estrutura lógica das normas legais presta-se à informatização do sistema normativo. O poder político totalitário dispensa o juízo do decisor. Basta-se com a sua fiel obediência à «cópula» lógica do «se, logo». Decidir seria executar o programa instalado, percorrendo a cadeia normativa de rotinas «se, logo» e processando as bases de dados pré-constituídas. Ao invés de correntes e contracorrentes jurisprudenciais, a decisão seria uniforme e de sentido único, resultando tão imparcial quanto impessoal: puro cumprimento da ordem legal.

O problema da porosidade e fluidez da linguagem jurídica seria facilmente resolvido através de uma nova linguagem, com os sentidos das palavras (e de outros signos relevantes) inequivocamente codificados e uma “gramática pura” construída à



imagem e semelhança das linguagens de programação informática, ao estilo de uma orweliana *Novi-Língua* jurídica.<sup>80</sup> Por seu turno, o “ruído” doutrinal das teses e contrateses seria substituído pelo trabalho ao serviço da instituição dessa nova linguagem que serviria eficientemente o programa político normativamente implementado.<sup>81</sup>

O poder político totalitário não é uma ficção. E os modelos de administração da justiça que lhe convêm também não. O modelo ideal do positivismo, extasiado numa pura Teoria do Direito e num duro Método Jurídico, é bem prestável a qualquer deriva totalitária do poder. Deriva que afirmará certamente o carácter científico do modelo. E a ciência como o derradeiro paradigma ético.

## § 12. CIÊNCIA E VALIDAÇÃO

1. Mesmo nos regimes não totalitários, a ciência desempenha cada vez mais no sistema jurídico uma função de validação: « comment peut-on rendre plausible aux yeux des masses elles-mêmes leur propre dépolitisation ? Marcuse pourrait répondre à cela : par le fait que science et technique assument aussi le rôle d’une idéologie. »<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Vide Pek van Andel / Danièle Bourcier, *Peut-on programmer la sérendipité? L’ordinateur et l’interprétation de l’inattendu*, in *Interpréter le Droit: le sens, l’interprète, la machine*, dir. Claude Thomasset et Danièle Bourcier, Bruylant, Bruxelles, 1997, 487s.

<sup>81</sup> Talvez desse modo se acabasse aliás com o problema da essência do ser. Comentando o poema *Der siebente Ring* (“Wir sind es nicht / Kein ding sei wo das wort gebricht”), de Stefan George, diz Gadamer: “Lo que el poeta se dice a sí mismo como un oráculo de la tierra es que nadie tiene el poder de comunicar su propia esencia a través de la palabra.” - Hans-Georg Gadamer, *Poema y Dialogo. Ensayos sobre los poetas alemanes más significativos del siglo XX*, Gedisa, Barcelona, 1993 (trad. do alemão *Gedicht und Gespräch*, Insel, Frankfurt am Main, 1990, por Daniel Najmías e Juan Navarro), 35.

<sup>82</sup> Jürgen Habermas, *La technique et la science comme idéologie – La fin de la métaphysique*, pref. e trad. Jean-René Ladmiral (do original *Technick und Wissenschaft als Ideologie*, 1968), Denoël Gonthier, Paris, 1973, 42-3.

Uma via é ou não seguida consoante a validade científica que apresente. É o que se passa, por exemplo, nos «casos difíceis» da medicina e da bioética, da genética e da biotecnologia, ou do ambiente e da ecologia, em que a dignidade da pessoa humana é posta à prova<sup>83</sup>, ao ponto de se sujeitar a perder o monopólio da fundamentação última do direito.

Com efeito, o que a ciência tecnologicamente aplicada torna possível desafia constantemente as convenções sobre o bem e o mal, sobre o que está certo e o que está errado, abanando (e por vezes abalando) os alicerces do edifício do sistema jurídico. Ao ponto de se gerar o entendimento de que de nada valem tais convenções, sendo melhor (o que afinal também é um juízo de valor) confiar apenas nas possibilidades da técnica tal qual a ciência as valida. A ciência surge, assim, como uma voz que vem das profundezas da “ordem natural”, com a qual é de toda a conveniência que o ser humano se deixe estar em harmonia, para não dizer em paz.

2. Negar o papel e a importância da ciência no nosso tempo seria a mesma coisa que negar que a Terra gira à volta do Sol. Se bem que tal não implicasse necessariamente reabilitar o paradigma Aristotélico(-tomista), pois poderão existir outras alternativas ao paradigma Copérnico(-galilaico), que a física quântica tenta explorar na senda da superação da física de Newton pela teoria da relatividade de Einstein. De todo o modo, negar a importância da ciência seria a mesma coisa que dizer que o mundo acaba no Bojador...

Mas uma coisa é aceitar o progresso científico, outra bem diferente é subordinar as regras da convivência humana exclusivamente a esse paradigma. Claro que situando-se o ser humano na natureza então as regras da convivência humana não poderão ser estranhas às leis da natureza. Só que levada esta lógica até às

---

<sup>83</sup> No campo da genética, João Carlos Loureiro, *Os genes do nosso (des)contentamento (dignidade humana e genética: notas de um roteiro)*, Boletim da Faculdade de Direito, 2001, 163s.

últimas consequências as regras de convivência humana não seriam sequer necessárias, bastando que o ser humano se colocasse em correspondência com as leis da natureza. Pode por isso perguntar-se se o “pecado original” não será a regra de convivência humana, nomeadamente a proibição.<sup>84</sup>

3. Pergunta esta que nos levaria, contudo, para questões metafísicas melindrosas. Importa destacar, por agora, que a ordem jurídica, enquanto artefacto cultural, se caracteriza como uma “segunda natureza”. Para além das leis da natureza a que está sujeito, cria e sujeita-se o ser humano a regras de convivência.<sup>85</sup>

Ora, será que, afinal, enquanto “segunda natureza”, a ordem jurídica é já ela própria “artificial”. Isto é, a justiça, mesmo sem programas de computador nem sistemas eletrónicos de inteligência artificial, não será já “artificial”?

Fala o nosso Poeta dos “que da lei da morte se vão libertando”. Refere-se a grandes feitos da humanidade e sobre eles escreve e neles inscreve *Os Lusíadas*. Mas existirá uma segunda natureza imperecível e imortal, à qual acedem os que realizam valentes feitos? Será a ordem jurídica um desses feitos da humanidade? Estará afinal a ordem jurídica ao serviço da conservação - senão mesmo da evolução - da espécie humana? Nessa medida, enquanto produto do instinto de sobrevivência, não será a ordem jurídica “natural”?

## § 13. CAUSALIDADE E ARBITRARIEDADE

1. Em comparação com a lei física da causalidade, a lei jurídica é duplamente “imperfeita”. Por um lado, a lei jurídica é

---

<sup>84</sup> José de Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992 (mais do que na proibição do incesto, tal como sustentado na antropologia de Lévi-Strauss, a marca distintiva da humanidade estaria desde logo no proibir; no que também o homem se assemelharia ao seu Criador, segundo o relato da Génesis, que lhe proibiu a prova dos frutos das árvores do bem e do mal e da ciência).

<sup>85</sup> F.J. Bronze, *Lições*, cit. (sobre o efeito da institucionalização).

violada, e por isso são previstas sanções. Por outro lado, nem sempre se aplicam as sanções para a violação da lei. Assim, quer ao nível da hipótese quer ao nível da estatuição, a lei jurídica não se assemelha à lei física. Vale isto por dizer que, quando comparada com a lei natural, a lei jurídica é sempre imperfeita.

A natureza é mecânica no sentido de que a determinados factos correspondem invariavelmente certos efeitos. A justiça não é bem assim. As representações mitológicas da justiça na Antiguidade (e que continuaram até aos nossos dias) remeteram-na logo para o domínio do supranatural, da não subordinação às leis da vida. Uma visão poética, porventura demasiado poética, para quem caiu sob a espada da sua lei, e não menos aterradora para quem ficava dependente da oscilação do pêndulo da sua balança. Tanto mais que nem sempre a justiça era “desvendada”, ficando famosa por ser “cega”: *dura lex, sed lex*.

2. A justiça surge por vezes associada uma ideia de arbitrariedade, aqui entendida em sentido pejorativo, como abuso, prepotência ou até iniquidade. Isto traz à evidência o carácter polissémico das palavras, que não raro é perturbador, podendo mesmo falar-se na “traição da língua”<sup>86</sup>. Vejamos.

Arbitrar significa avaliar, julgar, ajuizar, e árbitro quer dizer avaliador, julgador, soberano, juiz. Por seu turno, arbítrio é sinónimo de opinião, sentença, júzo. Como terá sido possível que de palavras como árbitro, arbitrar e arbítrio tenha derivado o termo arbitrariedade com sentido tão pejorativo? Será mesmo que na justiça vale o aforismo: *tot sunt sententiae quod capita*? E não será justamente por isso que se tenta subtrair a justiça ao livre arbítrio do julgador? Mas, ao mesmo tempo, terá sentido uma justiça sem arbítrio? Ou será que, afinal, o problema está na medida da liberdade desse arbítrio?

---

<sup>86</sup> José de Faria Costa, *Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134, 2002, 354-365, 359.

3. Os sistemas informáticos de inteligência artificial prometem uma justiça sem arbítrio. Árbitro seria apenas o programador político do sistema que implementaria tecnicamente no software o programa político de domínio e ordenação social contido no código-fonte constitucional e das leis. Juízos só os provenientes da vontade política do legislador. A máquina limitaria-se a reproduzi-los mecanicamente nos casos concretos por via de aplicação silogística.

Por outras palavras, arbitrariedade só se fosse na fonte das rotinas do sistema, já que a máquina seria incapaz de tal coisa, por ser desprovida de arbítrio. Por conseguinte, a justiça mecânica do computador seria “remédio santo” para o problema da arbitrariedade. Mas, a ser assim, por que razão tardam os sistemas de fiscalização eletrónica a ser introduzidos em domínios tão ao gosto da vontade do povo, de que é exemplo o futebol?<sup>87</sup> Será que, afinal, a vontade do povo não dispensa a arbitrariedade? Como o disse Thomas Mann, n’*A Montanha Mágica*: “À vida repugna a precisão absoluta”.

#### § 14. REVOLUÇÃO E CONSTITUIÇÃO

1. A primazia do código constitucional enquanto fonte hierárquica superior do programa normativo de ordenação social fundamenta-se no poder constituinte. Por seu turno, o poder constituinte reclama a sua legitimidade enquanto expressão de soberania, a qual radica para a tradição republicana e democrática na vontade do povo.

“O povo é quem mais ordena”, assim se anunciou, pela voz de Zeca Afonso, a Revolução de abril, que quebrou o código constitucional do Estado Novo e legitimou o poder constituinte que aprovaria a Constituição de 1976.

A revolução política gerou uma nova ordem institucional

---

<sup>87</sup> Basta ter em mente uma dimensão económica do futebol para perceber a importância deste exemplo: pensamos, concretamente, no patrocínio desportivo.

e implementou um novo programa normativo de ordenação social, sem todavia fazer “tábua rasa” do sistema prévio.<sup>88</sup> Pense-se, por exemplo, no Código Civil de 1966.

A versão originária do novo código constitucional exprime um programa normativo claramente derivado dos princípios, da lógica e da linguagem marxista.<sup>89</sup> Porém, as revisões a que o texto constitucional seria posteriormente sujeito encarregaram-se de “sanear” esse discurso, remetendo-o para a prateleira das “meta-narrativas”<sup>90</sup>, em nome da neutralidade ideológica do direito, ao ponto de se poder perguntar se o código constitucional atualmente em vigor terá ainda alguma correspondência com essa versão originária.<sup>91</sup> Com efeito, não terá ocorrido,

---

<sup>88</sup> Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito. A situação atual da crise e o sentido no atual processo revolucionário, Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, I, 51s (ex ROA, 1976).

<sup>89</sup> Estas lógicas e linguagens de programação seriam também implementadas nos códigos constitucionais das antigas províncias ultramarinas, agora tornadas nações independentes.

<sup>90</sup> Ver J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 1273, parecendo abandonar a teoria da constituição dirigente, mas reservando-lhe ainda o papel de *instrumento de mudança social* (“A lei constitucional não tem capacidade para ser uma *lei dirigente transportadora de metanarrativas* (...). O caráter dirigente de uma constituição converter-se-á paradoxalmente em *défi ce de direção* se a constituição for também uma lei com hipertrofia de normas programáticas articuladas com *políticas públicas* (da economia, do ensino, da saúde) sujeitas à *mudança política democrática* ou dependentes da *capacidade de prestação* de outros subsistemas sociais (...). Neste aspeto, pergunta-se, hoje, se o texto constitucional de 1976, poderá ainda reivindicar algumas pretensões de dirigismo social e económico concebido em termos dirigentes. As considerações acabadas de referir relativizam o caráter dirigente de um texto constitucional mas tão pouco significam que as constituições não possam e não devam ter um papel de *mudança social*.”). Não obstante, apontando uma “programática constitucional dirigente” na Constituição Europeia, J.J. Gomes Canotilho, *A Constituição Europeia entre o Programa e a Norma*, in *Diálogos Constitucionais*, org. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, 15-22.

<sup>91</sup> Embora não conste do catálogo dos limites de revisão constitucional, o preâmbulo da Constituição mantém-se ainda na sua forma originária claramente tributária da “meta-narrativa” marxista da Revolução. O que levanta a questão de saber qual o valor jurídico dos preâmbulos das constituições: meras declarações de intenções ou pseudo-

mais ou menos silenciosamente, uma contrarrevolução?

2. O que, para a tradição democrática, levaria ainda a questionar a validade desse código, em virtude de não se apoiar num poder constituinte saído de uma revolução popular. Por outras palavras, o atual código constitucional, não obstante resultar de procedimentos de revisão previstos na Constituição, teria sido programado por uma lógica e segundo uma linguagem estranhas ao código-fonte saído originariamente da Revolução. Exemplo disto é o facto de os próprios limites constitucionais à revisão constitucional terem sido revistos, gerando-se o precedente de colocar o código constitucional ilimitadamente à disposição do poder “reconstituinte”.<sup>92</sup>

Ora, não passando os limites de revisão constitucional de mero custo de transação na barganha política das forças partidárias (que são o filtro exclusivo de acesso à representatividade na AR), como será possível sustentar que o código constitucional é a fonte do espírito do sistema vigente e que consigna, ainda que tácita ou implicitamente, os princípios jurídicos fundamentais?

Mais ainda, se o código constitucional originário enquanto expressão da vontade soberana do povo emitida através

---

código que deve presidir ao programa normativo da constituição? Em certo sentido, poderia pretender-se encontrar no preâmbulo a fonte genuína de uma teoria da constituição, a qual “intervém lá onde a solução dogmático-jurídica (ou, se se quiser, teórico-científica) deixa de poder apoiar-se metódica ou metodologicamente na normatividade constitucional e passa a ter uma resposta em sede teórico-constitucional” (J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente*, cit., 80). Todavia, no entender de Hans Kelsen, o preâmbulo “ne contient généralement pas de normes précises sur la conduite humaine, il est donc dépourvu de contenu pertinent d’un point de vue juridique. Il revêt un caractère idéologique plutôt que juridique. S’il venait à disparaître, la portée réelle de la constitution ne s’en trouverait pas modifiée. » - Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l’État*, traduit de l’anglais par Béatrice Laroche, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, traduit de l’allemand par Valérie Faure, Bruylant, Bruxelles, 1997, 309.

<sup>92</sup> Como escreve Fernando Araújo, “parece claro que a identidade de um sistema depende de regras de ‘reconhecimento’ e de ‘validação’ que não podem ser violadas nem rebatidas, sob pena de colapso geral – um pouco como as normas insuscetíveis de revisão constitucional, ou, mais amplamente, as regras de interpretação e integração de normas jurídicas.” (*Lógica jurídica e informática jurídica*, cit., 70, nota 153).

de um legítimo poder constituinte foi já reconfigurado ao nível da sua raiz axiológica e da sua linguagem normativa, como buscar nesse código o espírito do sistema vigente?

3. Isto que se diz poderia ser utilizado no sentido de se afirmar que, mesmo sem computadores, a justiça é já “artificial”. Isto é, ao limitar-se a executar comandos de um programa normativo que implementa um código-fonte constitucional que já não resulta senão processual e formalmente da vontade do povo, a justiça seria um mero artifício. Estaria pura e duramente ao serviço dos titulares do poder político e dos interesses económicos dominantes, sem considerar senão formalmente a vontade soberana do povo democraticamente manifestada.<sup>93</sup>

## § 15. DOMÍNIO POPULAR E SEPARAÇÃO DE PODERES

1. Pode argumentar-se que o mandato popular tem sido tacitamente renovado, em razão de não ter ocorrido ainda nova revolução.<sup>94</sup> Nesta perspetiva, o facto revolucionário definiria o princípio e o fim dos mandatos ao poder constituinte.<sup>95</sup> Salvo facto revolucionário em contrário, a Constituição seguiria sendo o «código-fonte» do sistema normativo, não obstante as reconfigurações a que seria normal e previsivelmente sujeito em virtude das necessidades de adaptação do programa de ordenação e

---

<sup>93</sup> A versão originária do código constitucional não era alheia à dimensão económica do direito. Antes pelo contrário, a economia, enquanto conjunto das relações de produção, era a base sobre a qual assentava todo o modo de produção.

<sup>94</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 1994, 61 (“The ordinary citizen manifests his acceptance largely by acquiescence.”).

<sup>95</sup> Semelhante raciocínio poderá aplicar-se, aliás, ao problema da constitucionalidade das normas: até decisão em contrário do órgão competente a norma presume-se constitucional – *in dubio, pro lex*. Esta presunção de constitucionalidade corresponderá à “função de descarga” de que fala Robert Alexy (*Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, revista e introd. à edição brasileira de Cláudia Toledo, 2.<sup>a</sup> ed., Landy Editora, São Paulo, 2005, 260-1).



do quadro institucional às exigências de cada momento histórico, e ainda que tal resultasse contrário ao espírito do código originário.

2. De todo o modo, a reconfiguração do código constitucional seria monopólio do poder legislativo, constituindo ainda expressão do domínio popular. Só o domínio popular, ou seja, a vontade soberana do povo teria legitimidade para consignar princípios na Constituição. Os tribunais atuariam na medida da legalidade (leia-se constitucionalidade) e em estrita obediência ao princípio da separação de poderes.

O código constitucional seria, por conseguinte, a viva *vox iuris*, a fonte da qual irradiaria todo o programa normativo de ordenação social, ainda que baseado num “minimalismo moral”: “The Constitution’s moral legitimacy, like that of the constitutions of most nations, arises from the facts that it exists, that it is accepted as law, that it is reasonably (rather than completely) just, and that agreement to a better constitution would be difficult if not impossible to achieve. Because the Constitution is only minimally morally legitimate, it leaves room for argument that officials (including judges) might be morally justified in breaking the law in extraordinary cases. In other words, the minimal moral legitimacy of the Constitution does not guarantee the minimal moral legitimacy of every law passed or official action taken under the Constitution.”<sup>96</sup>

## § 16. NÓS E OS OUTROS POVOS

1. A referência aos princípios consignados na Constituição, enquanto bitola da elasticidade interpretativa do juiz, leva a considerar um aspeto do código constitucional, que se pode designar como o dispositivo de interoperabilidade ou compatibili-

---

<sup>96</sup> Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, Harvard Law Review, 2005, 1792.

dade externa do sistema jurídico português (ou interface constitucional). Este aspeto é importante, já que nos vai fornecer mais elementos para responder ao problema da interpretação da própria Constituição, em conformidade com a qual se devem interpretar as leis e resolver os casos omissos<sup>97</sup>, e contrariando a aparente clausura do sistema.

---

<sup>97</sup> Com efeito, o cânone da interpretação conforme com a Constituição não responde ao problema da interpretação da própria Constituição, já que esta não é livre de interpretação. Sobre a interpretação da constituição como problema e o problema da interpretação da constituição, ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., 1069 ss; v. tb. Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes), Sérgio António Fabris Editor, São Paulo, 1997; Ivo Dantas, *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1995; Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997; Paulo Arminio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição* (apres. Marçal Justen Filho; pref. Luís Roberto Barroso), Renovar, Rio de Janeiro / São Paulo, 1999; Cristina Queiroz, *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000; Ney de Barros Bello Filho, *Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6.<sup>a</sup> ed. revista atualizada e ampliada, Editora Saraiva, São Paulo, 2004. Em outras línguas, ver, por ex., Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema*, Revista de Estudios Políticos, 86/1994, 9-37; Manuel Atienza, *Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos*, Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 6/1997, 7-30; Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza, revision y nota introdutoria de Juan Igartua Salaverría, Editorial Civitas, Madrid, 1988; Giorgio Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, 3.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 1994; Walter F. Murphy / James E. Flemming / Sotirios A. Barber, *La interpretación de la constitución*, 2. ed., The Foundation Press, Westbury, 1995; Giorgio Pino, *Il diritto all'identità personale: interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003; Laurence H. Tribe / Michael C. Dorf, *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991; Denis J. Brion, *The pragmatic genesis of constitutional meaning*, International Journal for the Semiotics of Law, 29/1997, 159-190; Harry H. Wellington, *Interpreting the Constitution: the Supreme Court and the process of adjudication*, Yale University Press, New York, 1990; Joseph Goldstein, *The Intelligible Constitution*, Oxford University Press, New

Trata-se do art. 8.º, 1, da Constituição, relativo ao direito internacional, nos termos do qual “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”. Este preceito, que consagra uma cláusula geral de receção automática<sup>98</sup>, visa garantir a conformidade do direito português com o direito internacional geral ou comum e a sua receção na ordem jurídica interna. Enquanto membro da comunidade internacional, o Estado português reconhece e recebe a normalização jurídica internacional geral ou comum. Por outras palavras, o direito português estará de acordo com o espírito do direito internacional geral ou comum, constitucionalizando-o.<sup>99</sup>

2. Este preceito causa uma perplexidade. Remete para os princípios do direito internacional geral ou comum e integra-os no direito português. Parece assim legítimo concluir que os princípios consignados na Constituição - segundo a fórmula do art. 204.<sup>o</sup><sup>100</sup> -, serão também os princípios do direito internacional

---

York/Oxford, 1992; John H. Garvey / T. Alexander Aleinikoff, *Modern Constitutional Theory: A Reader*, 3th ed., West Publishing, St. Paul (Minn.), 1994; Jack N. Rakove, *Original meanings: politics and ideas in the making of the constitution*, Alfred A. Knopf, New York, 1996; David Strauss, *Constitutions, Written and Otherwise*, Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy, 2000, 451-449; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1998; Id., *A matter of principle*, Clarendon Press, Oxford, 2001; Martin Voicke, *Verfassungssinterpretation und Normbegründung: grundlegung zu einer prozeduralen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1995; Heinrich Amadeus Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000; Kent Greenawalt, *Constitutional and Statutory Interpretation*, in Jules Coleman / Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, New York, 2002, 268-310.

<sup>98</sup> Francisco Ferreira de Almeida, *Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 70.

<sup>99</sup> André Gonçalves Pereira / Fausto Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, 387-9.

<sup>100</sup> “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infringam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados” (art. 204.º CRP).

geral ou comum. Enquanto *ius cogens* que se impõe aos membros da comunidade internacional, o direito internacional geral ou comum teria inclusivamente prevalência sobre os princípios internos do código constitucional, trazendo para primeiro plano o problema das «normas constitucionais inconstitucionais».

A referência a este dispositivo de interoperabilidade do sistema jurídico português com o direito internacional geral ou comum tem ainda uma projeção no domínio do fundamento do poder constituinte. A vontade soberana do povo é limitada a um território. Se esse povo quiser ser reconhecido e participar na comunidade internacional tem que se sujeitar ao direito internacional geral ou comum.

Se este direito internacional geral ou comum se limitasse a definir as regras de convivência entre os Estados e entidades afins, então os princípios dele decorrentes para o código constitucional teriam pouca relevância para a atividade interpretativa e decisória do juiz nacional. Tratar-se-ia de direito meramente protocolar nas relações entre Estados, de natureza marcadamente costumeira.

3. Não é esse, todavia, o entendimento prevalecente sobre a natureza do direito internacional geral ou comum. Antes pelo contrário, entende-se que os princípios deste direito são princípios tendencialmente universais, que valem não apenas para as relações entre Estados mas também e sobretudo para as relações entre os Estados e os seus cidadãos (e outras pessoas sujeitos à sua soberania) e entre os próprios cidadãos, estando em causa direitos fundamentais.

O *ius gentium* é, precisamente, o direito dos povos, surgindo à cabeça a democracia e os direitos humanos como os valores fundamentais.<sup>101</sup> Valores que para muitos justificariam a

---

<sup>101</sup> Mas outros valores se afirmam, em especial a ética ambiental global. Um domínio verdadeiramente sensível nesta perspetiva é o dos direitos fundamentais, por isso a Constituição estabelece no art. 16.º não apenas que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional (1), mas também que os preceitos constitucionais e

criação de uma ordem jurídica global, no sentido de a comunidade internacional não reconhecer Estados que não respeitem os padrões normativos internacionais ou de neles intervir para aí estabelecer um sistema jurídico programado segundo o código normativo global.

## § 17. CÓDIGO-FONTE ABERTO E TURBULÊNCIA NORMATIVA

1. O problema do código global está na ordem do dia. Entre nós foi já sustentada, tendo em conta os desafios da globalização e os novos meios de comunicação, a criação de um “*nomos* mundial. Para um espaço sem território. Para um tempo sem tempo.”<sup>102</sup> E efetivamente a chamada “nova ordem mundial” poderá ser justamente a primeira expressão desse novo “*nomos* mundial”.

O que se revela da maior importância para saber quem está a programar o sistema normativo através do desenvolvimento de um código global, bem como quais são as especificações básicas desse código. O ponto é relevante, tanto mais que o código fonte do sistema jurídico português é aberto, já que o espírito do código constitucional, no sentido de princípios consignados na Constituição, integra os princípios do dinâmico direito internacional geral ou comum.

Isto significa que a informatização da justiça através do desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial capazes de simular uma decisão em conformidade com os padrões gerais ou comuns da normalização internacional teria que basear-se num código-fonte aberto que incorporasse nas rotinas de programação os princípios do dinâmico direito internacional geral ou

---

legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (2).

<sup>102</sup> José de Faria Costa, *Em redor do nomos ou a procura de um novo nomos para o nosso tempo*, in *Diálogos Constitucionais*, org. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, 77-88.

comum. Por via disso, os sistemas de inteligência artificial poderiam auxiliar o juiz na realização de uma justiça consonante com as exigências do direito internacional.

2. Todavia, mesmo que tal solução seja um dia tecnologicamente viável – não existindo à partida nenhum obstáculo que o impeça<sup>103</sup> –, a abertura do código constitucional aos princípios gerais do direito internacional comum suscita outras questões. A primeira delas prende-se com o problema acima referido de os limites da interpretação serem definidos pelo código constitucional. Está em causa, mais uma vez, um problema de hierarquia. Saber se os princípios gerais do direito internacional comum podem prevalecer sobre as normas e os princípios consignados na Constituição, ou se apenas podem ser atendíveis na medida em que nela estejam consignados ou, quando muito, se não os ofenderem.

Num tempo de grandes mudanças na ordem internacional, o direito internacional geral ou comum é suscetível de apresentar um nível de “turbulência” considerável. A ordem internacional resultante da segunda guerra mundial está a ser abanada (senão mesmo abalada) pelos ventos da globalização. De repente, a Humanidade deu-se conta de que o planeta Terra (outros lhe chamam Mar) é o seu único refúgio. As “missões” espaciais tardam em dar “novos mundos ao mundo.” Entretanto, qual térmita insaciável, o ser humano parece determinado em exercer os seus poderes não apenas de *utendi* e *fruendi*, mas também de *abutendi* deste globo afinal tão pequeno.

3. O único valor que parece afirmar-se consensual na cena internacional é o livre comércio e a “sacralização” do mercado. Ao ponto de se afirmar: “Já não é o Direito que regula o mercado mas o mercado que regula o Direito.”<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Antes pelo contrário, os sistemas informáticos ligados em rede parecem-se cada vez mais com um “cérebro global”.

<sup>104</sup> Miguel Poiares Maduro, *A Crise Existencial do Constitucionalismo Europeu*, in *Coletânea de Estudos em Memória de Francisco Lucas Pires*, Separata, UAL, Lisboa,

O direito internacional geral ou comum é cada vez mais uma expressão da globalização mercantil, ao serviço dos “interesses vitais” dos Estados (e dos seus contribuintes). Neste cenário, corre-se o risco de os valores tradicionais da democracia e dos direitos humanos surgirem como meros custos de transação, senão mesmo como luxos civilizacionais ou excentricidades do Ocidente, a juntar à ecologia e à proteção da natureza e dos animais. Por seu turno, as ordens jurídicas nacionais parecem ser remetidas ao estatuto de portagens de acesso aos mercados locais.<sup>105</sup>

Dir-se-á que tudo isto não é mais do que a “ladainha” antiglobalização. Que a mão invisível do mercado encarregar-se-á de estabelecer os equilíbrios naturais. Que no fundo, o mercado é o piloto da humanidade, pois levará às civilizações mais pobres boa parte do bem estar que hoje já está ao alcance das civilizações mais ricas. No fundo, o mercado seria socialista, gerando-se, à escala global, uma confucionista “economia socialista de mercado”.

De todo o modo, como diz Cabral de Moncada: “Um Estado que declaradamente confessasse só prestar culto a interesses materiais, qual simples sociedade comercial, sem um mínimo de preocupação com outros valores mais altos, mesmo que menos sinceramente proclamados, segundo as conveniências de qualquer ideologia, seria tão difícil de conceber como uma religião que declarasse professar o ateísmo ou uma arte que declarasse estar só ao serviço de puros interesses comerciais do público.”<sup>106</sup>

---

211.

<sup>105</sup> Mas existem sinais preocupantes de que poderão ser as ordens jurídicas nacionais a ter que prestar tributo (flexibilização dos padrões normativos, apoios financeiros, benefícios fiscais, etc.) aos grupos económicos, se quiserem crescimento económico, progresso, emprego, desenvolvimento e bem-estar nos seus territórios.

<sup>106</sup> Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, II. *Doutrina e Crítica*, Atlântida Editora, Coimbra, 1966, 307.

## § 18. O JUIZ CIDADÃO GLOBAL?

1. Em vista da “turbulência” da situação internacional, e tendo em conta o dever constitucional de respeito pelos princípios gerais do direito internacional comum, pergunta-se o que será de esperar de um juiz ao nível do “desvendamento” de tais princípios tal como consignados no código constitucional ou ao menos em termos de não ofenderem o espírito do sistema vigente, para com base neles julgar a conformidade constitucional das normas legais.

O juiz não deverá desconsiderar esta problemática, nem limitar-se a solicitar um catálogo de princípios já consagrados e retirar deles o seu juízo. Antes pelo contrário deverá participar ativamente na constituição do direito, emitindo um juízo de conformidade ou não conformidade da norma com base no espírito pré-existente mas nele não esgotando a sua judicatura sempre em busca da solução justa para o caso presente a juízo. Numa palavra, ao abrir a ordem jurídica portuguesa aos princípios do direito internacional geral ou comum, o código constitucional incumbe o juiz de assumir a sua “cidadania global”.

2. Isto pode parecer *surrealismo jurídico*. Dir-se-á que a carga burocrática e processual é de tal ordem que, quando chega ao momento de finalmente ajuizar, o melhor mesmo seria “cruzar os dedos” e fazer fé no acerto da solução do legislador, que aliás se autoproclama presumivelmente razoável.

Se o código constitucional consigna princípios ocultos e ainda por cima remete para o espírito do *ius gentium*, pois deveria o legislador cumprir o seu dever de bem legislar, esclarecendo-os, ao invés de deixar o problema ao arbítrio dos juízes, expondo-os assim à crítica da arbitrariedade. Ou então que se desenvolvam sistemas de inteligência artificial que permitam um processamento mais célere e eficaz de toda a informação processual e a simulação da decisão, deixando ao juiz mais



tempo para ajuizar a decisão de acordo com o espírito do sistema. Numa palavra, que se dê ao juiz um auxílio que execute o trabalho mecânico e o liberte para o labor espiritual da justiça.

3. A ciência e a tecnologia escrevem uma página da história da humanidade que não é estranha ao direito. As descobertas, as invenções e as criações do espírito humano conferiram à humanidade um poder notável não apenas sobre a natureza mas também sobre o próprio ser humano. Pense-se na descoberta do fogo, da eletricidade e dos genes, na invenção da roda e do rádio, do telefone e da televisão, da imprensa e da Internet ou na criação de linguagens, de mapas cartográficos e de programas de computador. Mas não menos notável é o poder do engenho humano ao nível da criação de sistemas políticos de ordenação da convivência social, aspeto que todavia nem sempre é devidamente reconhecido.

Historicamente, as civilizações mais desenvolvidas (ou pelo menos as dominantes ou mais poderosas) foram sempre as que tiveram ao seu dispor os meios técnicos e científicos mais avançados - pelo menos enquanto instrumentos de domínio -, ao mesmo tempo que dispunham de eficazes sistemas ordenadores de controlo social.

## § 19. DIREITO E SOCIEDADE DE RISCO

1. A “crença” no progresso técnico-científico tem sido abalada por certas utilizações que o ser humano tem dado às suas invenções tecnológicas. Ao ponto de se perguntar se o “feiticeiro não se virou já contra o feiticeiro”. Mais recentemente, o progresso técnico-científico desembocou, *inter alia*, na problemática da “sociedade de risco”, sendo o direito mais uma vez chamado a desempenhar aqui um papel regulador de modo a controlar um *status quo* de irresponsabilidade coletiva.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Ulrich Beck, *Risikogesellschaft – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt am Main, 1998.

*Ubi societas ibi ius*, onde há sociedade sempre há direito. Mas, qual será o papel do direito na sociedade de risco? Que exigências específicas coloca esta última àquele primeiro e que respostas podem ser dadas? Disporá o arsenal jurídico de um *instrumentarium* capaz de lidar adequadamente com a sociedade de risco? Ou estará condenado à obsolescência?

O problema do papel do direito na sociedade de risco é, de facto, um tema muito amplo e complexo, tendo em conta os elementos que o compõem. Diríamos mesmo que é um tema... de risco.

2. Para começar, poderá questionar-se a validade da utilização do signo *direito* num sentido unitário. A natureza fragmentária do *corpus iuris* não estilhaçará a pretensão de compreender «holisticamente» o direito? Ou será que essa natureza fragmentária do *corpus iuris* não obsta a que se afirme, ao mesmo tempo, a natureza unitária do direito? Por outras palavras, será possível identificar o cosmos do direito no caos da «juridicidade»?

Temos para nós que a resposta é afirmativa.<sup>108</sup> Mas não pretendemos com esta afirmação de princípio dar por encerrado o debate com as perspetivas que apontam noutra direção. Antes pelo contrário, é nosso objetivo centrar a discussão no problema nevrálgico do ser do direito. A sociedade de risco surge, assim, como o “a propósito” deste debate. No fundo, recorreremos à sociedade de risco como o elemento “perturbador” e estimulante da nossa reflexão. Sendo certo que a escolha deste elemento não é isenta de críticas. Com efeito, também é questionável a validade da expressão sociedade de risco. Fará sentido falar, com propriedade, em sociedade de risco? A sociedade de risco é? E sendo, o que é?

Também quanto a este segundo elemento do problema

---

<sup>108</sup> Ver Castanheira Neves, *A unidade do sistema jurídico: seu problema e seu sentido (Diálogo com Kelsen)*, in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, II, 109.

poderíamos sustentar que faz sentido falar em sociedade de risco. E não apenas de um ponto de vista teórico mas também de uma perspectiva prática, pois que o debate sobre o papel do direito na sociedade de risco seria, porventura, o debate que o pensamento jurídico deveria travar neste seu tempo em prol de um direito “ao serviço da vida”. Porque a sociedade de risco não apenas colocaria novas questões ao direito: a sociedade de risco interrogaria o direito no seu ser, ou seja, na sua razão de ser.

3. Assim, no tratamento do problema do direito na sociedade de risco somos confrontados, desde logo, com os problemas do ser do direito e da sociedade de risco. Mas perguntar pelo ser do direito e da sociedade de risco não será perguntar, radicalmente, pelo *ser*? “Ser ou não ser, eis a questão”, diria Shakespeare. Mas, é, afinal, a pergunta originária que anima esta problemática. Razão mais do que suficiente para não seguirmos o método da mera definição aditiva dos termos do problema, por via do silogismo se o direito é  $k$  e sociedade de risco é  $y$ , logo o direito na sociedade de risco é  $w(k+y)$ . Porque não poderíamos excluir liminarmente a hipótese de o resultado ser...  $y$ , ou seja,  $w-k$ .

Mas será verdadeiramente a sociedade de risco que interroga o direito? Se repousássemos no brocardo *ubi societas, ibi ius* afirmaríamos que a sociedade de risco seria sociedade e daí retiraríamos que se há sociedade (de risco) há direito. Mas este silogismo pode ser falacioso. O direito será, afinal, uma nota essencial da sociedade? Pois que poderíamos reverter as premissas, e dizer que só há sociedade onde há direito. Em suma, o direito seria uma “condição de possibilidade” da sociedade.

4. Este “jogo de linguagem” encerra algo mais do que um mero exercício lúdico. Nele se contém algo sobre o ser do direito e da sociedade. Digamo-lo sem rodeios: decorre da máxima latina que só faz sentido falar em sociedade de risco se nessa sociedade houver direito, porque se retirarmos o direito, retiramos também a sociedade, e com isso fica apenas o risco. Assim, pela

mediação do aparentemente tranquilizante brocardo *ubi societas ibi ius* excluímos a hipótese de haver uma sociedade do risco sem direito.

De todo o modo, o que verdadeiramente interroga o direito não é a sociedade de risco mas sim o próprio risco. Pois que a sociedade de risco pressupõe já a mediação do direito. É ainda de dizer que a sociedade de risco, em vez de ser a determinante do seu direito, será ela configurada pelo modo como o direito responder ao risco. De resto, consideramos mais adequada a categoria do direito do risco do que do direito da ou na sociedade de risco.<sup>109</sup> Até porque, sociedades há muitas, tudo dependendo do enfoque.

Por outro lado, o risco de que se trata é um risco de origem humana, resultante das aplicações tecnológicas da ciência, e que se projetam na energia nuclear, na engenharia genética, na biotecnologia do admirável mundo novo de Huxley ou até no poder normalizador dos media ao nível da instituição de uma *Novi-Lingua* ficcionada por Orwell.<sup>110</sup> Ponto este que nos parece importante, no sentido de a intervenção do direito ser dirigida ao controlo do risco de origem humana ou controlável pelo ser humano.

O risco de que se trata não é portanto aquele de o “Céu nos cair em cima da cabeça”, que tanto temia, “por Toutatis” o Chefe da aldeia gaulesa de Asterix, essa imortal personagem de Goscinny e Uderzo. De resto, segundo os Físicos: “Nunca haverá um futuro isento de todos os riscos. (...) Também não se pode excluir a possibilidade de a Terra vir a ser atingida por um

---

<sup>109</sup> À semelhança de “direito da informação”, que entendemos preferível a “direito da sociedade da informação”. O mesmo vale para direito do consumo, em vez de direito da “sociedade de consumo”.

<sup>110</sup> Ver o nosso *O Fim da Torre de Babel? A Linguagem de Mercado da Sociedade de Consumo na Era da Comunicação*, in *Via Latina – Ad Libitum*, 2/2005, 211-7 (este texto corresponde a um estudo que escrevemos por ocasião do Congresso Internacional sobre *Comunicação e Defesa do Consumidor*, organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

gigantesco meteoro e, assim, ser arrasada por uma catástrofe das proporções de uma guerra atómica.”<sup>111</sup>

## § 20. COMPUTADOR E RISCO

1. A pergunta que se segue é saber se justamente a sociedade de risco – ou apenas o risco – não exige uma conceção do direito *sub specie machina*. Ou seja, *voilà*: se os sistemas de inteligência artificial não são justamente a resposta adequada para a extrema complexidade dos problemas postos pelo risco ao direito.

Há muito que o ser humano se rendeu à “prótese” calculadora. Porque o poder de cálculo da máquina, em termos de certeza e rapidez, é extraordinário. E a sua validade é universal.

Por isso mesmo são desenvolvidos potentes algoritmos de cálculo de probabilidade de ocorrência de certos factos, incluindo os resultados do totoloto.<sup>112</sup> Não se trata apenas de tentar adivinhar o futuro, mas verdadeiramente de o prever, numa base abductiva. Por exemplo, implementando o “*software darwiniano*”<sup>113</sup> através de códigos de cálculo de adequação de meios à evolução das espécies, seria possível desenvolver um programa normativo de medidas eficazes de eugenia social, por via, nomeadamente, da eliminação dos “genes degenerativos”.

De todo o modo, ficaria ainda por saber qual o sentido da evolução. Terá a evolução da espécie humana sido consciente e intencional? Isto é, há milhões de anos atrás o ser humano decidiu ser como é atualmente? Ou o processo evolutivo foi determinado por fatores alheios à sua vontade? No sentido de que tanto podia ser como é agora, como ter ficado, em família, no

---

<sup>111</sup> M. Eigen / R. Winkler, *O Jogo. As leis naturais que regulam o acaso*, cit., 315.

<sup>112</sup> Não é por acaso que certas regulamentações do jogo em casinos proibem a entrada a pessoas formadas em matemática e afins...

<sup>113</sup> Ana Leonor Pereira, *Darwin em Portugal: Filosofia, História, Engenharia Social (1965-1914)*, Almedina, Coimbra, 2001.

“paraíso”, ou ter evoluído com uma qualquer outra configuração biológica: “a cartografia do genoma revelou que os padrões de ADN do ser humano e do chimpanzé são em mais de 98% iguais (...). E algures nesse pouco mais de 1% de diferença surgem Shakespeare, naves espaciais que vão à Lua, a engenharia genética e a IA – pelo menos no sentido de auxiliar.”<sup>114</sup>

Mas, no campo do direito, não seria tal perspetiva uma insistência no “erro da perspetiva normativística (...) de supor que é possível dominar o histórico mediante um sistema enunciado *a priori* e, assim, de querer impor à história (à vida social-histórica) uma linha de evolução previamente traçada?”<sup>115</sup>

2. Perguntar-se-á: o que é que tem a evolução das espécies a ver com o risco ou com a sociedade de risco? E, afinal de contas, o que tem isso a ver com a informatização da justiça?

Se a teoria da evolução das espécies não engana<sup>116</sup>, o risco tem sido ao longo dos tempos o “fósforo” da evolução. A evolução do ser humano confunde-se com a capacidade de dominar o risco e de, por essa via, sobreviver. Com efeito, na vida é a “dimensão de risco que a faz exaltante: a eliminação da inquietude que assim se menciona embaciá-la-ia sem remédio, desumanizá-la-ia em absoluto, numa palavra, ... desvitalizá-la-ia”.<sup>117</sup>

O domínio do risco seria assim a base da “luta pela vida” e da “vontade de poder”. Aliás, isto está na base do pensamento político do liberalismo pragmático e utilitarista, que enjeita valorações morais que transcendam o biologicamente verosímil. Podemos perguntar, porém, se terá sido a vontade de poder ou

---

<sup>114</sup> Paul Levinson, *A Arma Suave. História Natural e Futuro da Revolução da Informação*, trad. J. Freitas e Silva (do original *The Soft Edge*, 1997), Bizâncio, Lisboa, 1998, 257.

<sup>115</sup> Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 223.

<sup>116</sup> E nem todos dela estão convencidos (para não dizer... a ela “convertidos”), basta pensar no que sucede em alguns Estados norte-americanos.

<sup>117</sup> Fernando José Bronze, *Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado?*, Boletim da Faculdade de Direito, 2000, 32.

antes a vontade de saber que levou o ser humano à descoberta do meio envolvente. Isto é, perguntar se a intenção inicial – supondo que a houve – foi de domínio ou de curiosidade.<sup>118</sup>

Tal como se pode questionar se a “intenção regulativa”<sup>119</sup> do direito se funda nesse propósito evolucionário da descendência com modificações.

## § 22. ABERTURA CONSTITUCIONAL E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

1. A resposta a essa questão poderia auxiliar na compreensão da “intenção regulativa” que preside ao direito, desde logo no problema da interpretação, que pressupõe e “culmina numa filosofia.”<sup>120</sup> Ora, “a *Philosophia do Direito*... não só serve para demonstrar a justiça, ou injustiça das leis positivas, que sem ella poderiam ser as mais arbitrarías, tyrannicas e absurdas, sem que se podesse com razão censura-las de injustas; senão também é d’alta monta para a interpretação d’ellas...”<sup>121</sup>

Nesta ordem de ideias, quem se propõe tratar o problema da interpretação jurídica<sup>122</sup> depressa é confrontado com o cânone

---

<sup>118</sup> Ou até de “entrega às feras”, se bem que a menos que estas ficassem com o apetite saciado ou desenvolvessem um qualquer sentido de misericórdia com o ser humano, dificilmente teria restado alguém para contar a história...

<sup>119</sup> F.J. Bronze, *Breves Considerações sobre o Estado Atual da Questão Metodológica*, cit., 180; Id., *Lições*, cit., 460s (13ª).

<sup>120</sup> Castanheira Neves, *Método Jurídico*, Polis, 4, 284.

<sup>121</sup> Vicente Ferrer Neto Paiva, *Philosophia de Direito*, Tomo Primeiro: Direito Natural, 6.ª ed. aumentada e aprimorada, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1883, § 51.

<sup>122</sup> Sobre este problema ver desde logo a obra de Castanheira Neves (e.g. *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, bem como os seus diversos estudos, nomeadamente, *O Atual Problema Metodológico da Realização do Direito*, *Fontes do Direito*, *Método Jurídico*, *Interpretação Jurídica*, *Escola da Exegese*, *Escola do Direito Livre*, *Escola Histórica do Direito*, *Jurisprudência dos Interesses*, compilados agora em *Digesta - Escritos acerca do Direito*, *do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, II, Coimbra Editora,

da interpretação conforme aos princípios e, em especial, da interpretação conforme à constituição. No sentido de que, como vimos, mesmo que se reconheça a natureza aberta do sistema à criação de novos princípios, sempre teriam estes que ser plasmados na constituição ou, pelo menos, por eles não rejeitados. Neste sentido, quem se propõe tratar o problema da interpretação

---

Coimbra, 1995); ver também F.J. Bronze, *Lições*, cit., 809s (19.<sup>a</sup> e 20.<sup>a</sup> Lições). É vastíssima a bibliografia sobre o tema, e.g. Aulis Aarnio, *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Dartmouth, Aldershot, 1997; Emilio Betti, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, saggio introduttivo, scelta antologica e bibliografie a cura di Gaspare Mura, trad. Ornella Nobile Ventura, Giuliano Crifò, Gaspare Mura, Città Nuova Editrice, Roma, 1987; Paul Ricoeur, *Interpretazione e/o argomentazione*, Ars Interpretandi: Annuario di Ermeneutica Giuridica, 1996, 77-94; Giuseppe Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova, 1990; Jacques Derrida / Gianni Vattimo (a cura di); *Diritto, giustizia e interpretazione*, coordinamento di Mauro Bussani, Roma-Bari, Laterza, 1998; Friedrich Müller / Rainer Wimmer (Hrsg.), *Neue Studien zur Rechtslinguistik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001; Jules Coleman / Scott Shapiro (ed.); Kenneth Einar Himma (ass. ed.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, 2002; Rolf Wank, *Die Auslegung von Gesetzen: eine Einführung*, Carl Heymanns Verlag, München, 1997; Dietrich Vollmer, *Auslegung und Auslegungsregeln*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990; Andrei Marmor, *Interpretation and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992; Christian Seiler, *Auslegung als Normkonkretisierung*, Müller Verlag, Heidelberg, 2000; Tecla Mazzaresse, *La interpretación jurídica como traducción: esclarecimientos provenientes de una analogía común*, Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 9/1998, 73-102; Rodolfo Arango, *Hay respuestas correctas en el derecho?*, Siglo del Hombre Editores, Santa Fé de Bogotá, 1999; Franz Bydlinki, *Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1995; Vittorio Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, 2. ed., Giuffrè, Milano, 1995; Katja Langenbucher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Beck, München, 1996; Ryszard Sarkowicz, *Levels of interpretation of a legal text*, Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 1995, 104-112; Raimo Siltala, *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*, Hart, Oxford, 2000; Robert Cover, *Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, ed. Christian Courtis, Gedisa, Barcelona, 2002; Theodore M. Benditt, *Modest judicial restraint*, Law and Philosophy, 1999, 243-279; Richard Dagger, *Philosophical anarchism and its fallacies: a review essay*, Law and Philosophy, 2000, 391-406; J.S. Russel, *Trial by slogan: natural law and lex iniusta non est lex*, Law and Philosophy, 2000, 433-449; Giovanni Sartor, *Legal validity as doxastic obligation: from definition to normativity*, Law and Philosophy, 2000, 585-625; F. Bennion, *Statutory Interpretation*, 2<sup>nd</sup> ed., Butterworths, London, 1992.



tem que saber desde logo o que é isso de constituição e se e de que modo esta contém a “intenção regulativa” do direito.

Tanto mais que este é o tempo do constitucionalismo, afirmando-se mesmo que o Código Civil é a Constituição.<sup>123</sup> Com efeito, a constituição passou de definidor formal das regras do xadrez político a estatuto político em sentido amplo. Mas, será a constituição o *definens* da “intenção regulativa” do direito e projetar-se-á essa intenção fundamentalmente numa vontade de domínio do risco, de modo a garantir a sobrevivência da espécie?

2. Antes de mais, o código constitucional revela-se incapaz de estabelecer um programa normativo completo, que preveja todas as situações juridicamente relevantes. Ou seja, há vida fora da Constituição.

Está em causa, para começar, o desenvolvimento *praeter legem*, que decorre, desde logo, de uma abertura de primeiro grau, resultante da porosidade da linguagem jurídica. Por outras palavras, a linguagem jurídica não é “pura” no sentido de que não dispõe de um código linguístico inequívoco. Além disso, qualquer código “científico” que tente construir revelar-se-á facilmente corruptível (informático *sensu*), em virtude da sua exposição ao uso comum da linguagem.

As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados utilizados pela lei, desde logo na Constituição, revelam um segundo grau de abertura. Poderá pretender-se preenchê-las ou determiná-los por referência à “intenção regulativa” que anima o código constitucional. Por exemplo, a noção de ordem pública parece exigir uma resposta de concretização à “intenção regulativa” constitucional, uma vez que a constituição estabelece as especificações básicas do programa normativo que ordena a comunidade. Fala-se aqui, com propriedade, de uma “metódica de

---

<sup>123</sup> Segundo Zenati, “*notre Constitution c'est le code civil*”, apud J.J. Gomes Canotilho, *O Provedor de Justiça e o efeito horizontal dos direitos, liberdades e garantias*, in Idem, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 86.

concretização” constitucional. Uma das linhas básicas desta metódica é o entendimento de que “a interpretação-concretização de uma *hard law* e não de uma da *soft law*: as regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples «diretivas práticas»”.<sup>124</sup>

Mas, não será de excluir a existência de valores que, não obstante desprovidos de expressão constitucional, integrem a lista de candidatos à noção de ordem pública. Por exemplo, a entender-se que a lei criminal exprime a “medula” da ordem pública, então dificilmente se poderá sustentar que a “intenção regulativa” constitucional dá sentido à qualificação de certos tipos legais de crime, como sucede relativamente ao furto e ao dano de coisas alheias que se encontrem em cemitérios e sejam afetas ao culto religioso ou à veneração da memória dos mortos.<sup>125</sup> Pelo que, sendo a intervenção criminal justificada apenas como “ultima ratio”, então dificilmente fornecerá o código constitucional especificações bastantes a toda a programação da punição criminal.

Claro que se pode seguir a via inversa e sustentar a inconstitucionalidade da tipologia criminal que tutele bens jurídicos desprovidos de arrimo constitucional. Contudo, esta via de argumentação tende a “enquistar” a Constituição, revelando-se contrária às correntes modernas que defendem a natureza aberta e material do código constitucional.

Além disso, depara com uma outra dificuldade que resulta da abertura de terceiro grau da legalidade. Aqui o código constitucional ainda fornece princípios de decisão, por via da inferência das suas especificações básicas a partir do seu programa normativo. Fala-se em lacunas, no sentido de referir casos para os quais a lei não contém solução direta ou indiretamente aplicável, tendo o intérprete que lançar mão do espírito do sistema

---

<sup>124</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 1073.

<sup>125</sup> Ver José de Faria Costa, *O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo*, Porto, 1993.

para integrar a lacuna (formal). Não se trata apenas de analogia *legis*, uma vez que não existe sequer um critério legal cujas razões justificativas valham igualmente para o caso omissivo. A questão é mais funda e chama para primeiro plano as “nervuras” do sistema tocadas pelo caso. São situações de analogia *iuris*, mas ainda *secundum legem*.<sup>126</sup>

3. O problema é saber, todavia, se a “intenção regulativa” do direito termina nos limites da legalidade, entendida em sentido amplo para abranger a Constituição (sendo esta fundamento e critério daquela, segundo a pirâmide hierárquica das normas). Por outras palavras, o espírito do sistema termina onde acaba a abertura do texto constitucional, ainda que nas situações de remissão para princípios do direito internacional geral ou comum?

Recusa-se o «pan-constitucionalismo»<sup>127</sup> e aceita-se a legislação *praeter constitutionem*, ainda que nos limites da neutralidade. Isto é, aceita-se a legislação estranha ao sistema, na medida da não contradição com o código constitucional pré-estabelecido.

O mesmo parece valer para a atividade jurisprudencial. Admite-se a decisão *praeter legem* mas não que viole do espírito do sistema. Falamos aqui em abertura de quarto grau. Assim como na prática surgem novos problemas, também no direito podem emergir novos princípios jurídicos, na medida em que não ofendam o código constitucional.

4. Até aqui, a atividade jurisprudencial poderia causar quanto muito um “abcesso constitucional”, no sentido de que introduziria elementos estranhos ao programa normativo mas não

---

<sup>126</sup> A “racionalizada realização judicativa do direito” processar-se-ia, segundo Fernando José Bronze, sem a “mediação” de “critérios pré-objetivados”, mas “nele objetiváveis atentas as justiciavelmente vigentes projeções práticas de princípios normativos já explorados, nesse mesmo horizonte, embora noutras direções” (*Breves Considerações sobre o Estado Atual da Questão Metodológica*, cit., 197).

<sup>127</sup> Recusando “a constituição como o único «tema» a desenvolver pelo legislador ou que se vise uma «panconstitucionalização» da vida da comunidade”, José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, cit., 467.

obstante assimiláveis pelo *corpus iuris* através dos seus agentes imunitários. Por outras palavras, o “estranho” seria “neutralizado” pelo “positivo”, e por isso não seria mais do que “neutro”.

Mas levantam-se questões delicadas. Como conciliar a abertura do código normativo com os domínios de reserva de lei, de legalidade taxativa (incluindo a legalidade criminal), de tipicidade fechada ou *numerus clausus*? Não será, desde logo, *contra legem* estender um regime legal fechado a situações nele não previstas, ainda que não o aplicando sequer indiretamente mas apenas a partir dos seus princípios cardinais? Em domínios em que o código constitucional exige a mediação legislativa concretizadora como requisito de possibilidade de implementação do programa normativo que pode o juiz fazer senão proferir um juízo de *non liquet*? O contrário não será justamente decidir *contra legem*?

5. Esta questão prende-se também com o problema do sentido e dos limites do “desenvolvimento transsistemático do direito”. O que é e como opera este desenvolvimento do direito?

Para Fernando José Bronze, “neste âmbito, do que se trata é de instituir reflexivamente uma correspondência (e, portanto, uma analogia) entre as regulativamente intencionadas e concretamente mobilizáveis exigências pressupontes, primeiro, da pré-compreensão do caso como normativamente relevante e, depois, orientadoras da *inventio* da norma que o há de vir a assimilar, em termos judicativamente adequados, ao seio do *corpus iuris*, e as nervuras estruturantes da significação jurídica da controvertida experiência de que circunstancialmente se trate – pelo que permanecem, *mutatis mutandis*, os mesmos *prius* e o *tertium* oportunamente identificados”.<sup>128</sup> Ou seja, não se resolvendo a questão *ex nihilo*, parece ainda apelar-se para os princípios do espírito do sistema vigente, isto é, para as nervuras (ou “campanhas”) tocadas pelo caso concreto.

---

<sup>128</sup> F.J. Bronze, *Breves Considerações sobre o Estado Atual da Questão Metodológica*, cit., 197.

Numa palavra, o “desenvolvimento transsistemático do direito” seria ainda, afinal, intrassistemático<sup>129</sup>, isto é, apoiado no seio do código constitucional fonte do programa normativo. Nesse sentido, tratar-se-ia de uma “«fuga para os princípios»”<sup>130</sup> ainda admissível.

Mas que dizer disto numa situação de reserva de lei em que ainda não exista lei? Poderá o juiz proferir uma injunção, com efeitos *inter partes*? A resposta afirmativa não repugna totalmente, na medida em que o preceito constitucional goze de efeito direto, que poderá ser inclusivamente horizontal, em termos de atribuir já direitos subjetivos ou impor deveres: “A *força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada (...) no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador.*”<sup>131</sup>

## § 22. A REGRA DE RAZÃO DA BALANÇA

---

<sup>129</sup> Como refere Castanheira Neves a propósito da integração de lacunas intrassistemática, “possa embora a lacuna determinar-se pela pressuposição de intenções jurídicas transsistemáticas e enquanto estas exigem para um certo caso concreto um regime jurídico que o ordenamento positivo não prevê, sempre, porém terão elas, com as lacunas a que dão lugar, de pensar-se como integrações de um prévio sentido sistemático que incondicionalmente respeitem e que só desenvolvam ou completem” (*Metodologia*, cit., 223).

<sup>130</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente*, cit., 278 (“A «fuga para os princípios» tem subjacente a «ideia de direito», cuja lógica é a do direito como instância absoluta, subtraída ao poder de disposição dos homens.”).

<sup>131</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente*, cit., 371. Cfr. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 157; Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 75. Sobre a situação no direito alemão, Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto (*Grundrechte und Privatrecht*), Almedina, Coimbra, 2003; v.tb. Jörg Neuner, *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, org. Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, 245.

1. A consideração do regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias, que se aplica expressamente aos direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17.º), permite compreender melhor o que se pretende dizer.<sup>132</sup> Nos termos do art. 18.º, “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (1).

Parece claro que o código constitucional pretende subtrair ao legislador ordinário o poder de limitar a eficácia destes direitos, quer nas relações entre os cidadãos e as entidades públicas, quer nas relações estritamente entre privados. Segundo a teoria dos direitos naturais, os direitos, liberdades e garantias integram aquele mínimo ético em que se analisa a dignidade da pessoa humana e à qual a própria vontade soberana do povo deve respeito.

Por isso, o n.º 2 do preceito acrescenta que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Por outras palavras, estabelece-se um princípio de *reserva de constituição*, no sentido de que a lei só pode restringir tais direitos nas situações previstas na Constituição, ainda que implicitamente<sup>133</sup>, e na medida em que tal seja necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (o teste da necessidade, adequação proporcionalidade, como expressão do princípio da proibição do excesso). Além disso, o n.º 3 acrescenta que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir

---

<sup>132</sup> A referência aos direitos fundamentais de “natureza análoga” evidencia como o juízo equitativo é chamado a operar dentro da própria sistemática constitucional.

<sup>133</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, 331.

a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (doutrina da salvaguarda do conteúdo mínimo).

Servindo-nos da metáfora da balança, diríamos que num prato estão os direitos, liberdades e garantias, e no outro prato só podem ser colocados outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.<sup>134</sup> O pêndulo oscila de acordo com as exigências de ponderação e de concordância prática, proibindo-se o excesso e exigindo-se a salvaguarda do núcleo mínimo de cada direito sacrificado.<sup>135</sup>

2. Em situações de concorrência ou colisão de direitos fundamentais, exige-se uma maior maleabilidade deste método, mesmo que não se adira à teoria dos limites imanentes, já que a proteção legal de um direito fundamental poderá representar uma restrição de um outro direito fundamental.

De todo o modo, se não existe lei (incluindo a própria Constituição), como pode um tribunal impor sacrifícios a terceiros, ainda que como vertente negativa da atribuição de benefícios a quem requer a injunção? A resposta seria negativa, estando em causa direitos, liberdades e garantias ou direitos fundamentais de natureza análoga.

Para casos omissos, pergunta-se se será possível aplicar indiretamente um regime restritivo ou então decidir segundo os princípios que informam um tal regime. A via estritamente lógica arguirá a natureza excecional desse regime, no sentido de proibir a sua aplicação, ainda que indiretamente ou apenas em espírito, a casos omissos. Pense-se, nomeadamente, no regime das chamadas exceções aos direitos de autor. Integrando estes direitos a propriedade privada e sendo esta um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, dir-se-ia que os limites aos direitos de autor se regem pelo princípio

---

<sup>134</sup> Por todos, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2004, 390.

<sup>135</sup> Ver J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 1141s.

da tipicidade taxativa, revestindo natureza excecional. Pelo que a sua licitude seria aferida pela medida da legalidade estrita.

A questão seria importante por exemplo em matéria de procedimentos cautelares, quando um utilizador legítimo de um programa de computador requeresse ao tribunal uma ordem dirigida à empresa do software no sentido de esta desbloquear o acesso ao código-fonte do programa ou então comunicar ao utilizador esse mesmo programa, de modo a habilitá-lo a escrever um programa independente ainda que concorrente mas capaz de funcionar conjuntamente com o programa codificado. *Prima facie*, o código constitucional colocaria reservas a essa medida restritiva do direito de propriedade sobre o software, em virtude de não existir lei que obrigasse o titular de direitos a desbloquear o programa ou a divulgar o código-fonte ao utilizador.

3. Assim, a liberdade de criação judicial seria limitada pela lei, desde logo a nível constitucional. Quando muito, só a criação *praeter legem* seria possível e na estrita medida em que não violasse a reserva de lei e a tipicidade taxativa. Por outras palavras, o juiz poderia apenas implementar o código-fonte do programa normativo constitucional em domínios não reservados à legislação nem de tipicidade taxativa.

Fora de causa estaria, em qualquer situação, a possibilidade de o juiz criar princípios que ofendessem o espírito do sistema vigente. Juízos contra *legem* só seriam permitidos na estrita medida da exigência de conformidade das leis com a constituição e no quadro do procedimento de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Referimos ainda uma outra possibilidade, que consiste em juízos contra *legem*, mas constitucionalmente neutros. Aqui o juiz cria princípios não rejeitados pela constituição, mas que também não brotam da fonte a partir da qual se implementa o programa normativo do código constitucional. Chamamos-lhe juízos constitucionalmente neutros (ou não desconformes), a



afirmar a existência de um *tertium genus*, que não implica qualquer tipo de pensamento jurídico “místico”.<sup>136</sup>

## § 23. PRÓTESES BIOTECNOLÓGICAS E JUSTIÇA ARTIFICIAL

1. Aqui chegados interessa perguntar, todavia, se o esquema descrito poderá ser simulado por um sistema de inteligência artificial. A abertura que apontámos ao sistema jurídico dificilmente se coaduna com a substituição da faculdade de julgar do juiz por uma prótese biotecnológica.

Essa seria a via apontada por quem não aceitasse o referido *tertium genus* de neutralidade constitucional, a valer não apenas como fonte de princípios de decisão para casos omissos, mas também como fundamento de desconsideração de normas ofensivas do espírito emergente. Essa seria a via que reduz o direito à lógica binária e por via disso a limitação do juiz à função de repetidor indiferente e reproduzidor mecânico dos comandos legais, mais ou menos diretamente consoante a previsão das situações na geometria codificada do programa normativo. Numa palavra, essa será a via de quem pretenda subtrair o juízo... ao juiz, lobotomizando-o e substituindo-lhe o córtex pré-frontal por uma prótese biotecnológica!<sup>137</sup>

2. Antes de avançar é urgente questionar, todavia, se o pensamento jurídico já identificou o *modus operandi* do logos

---

<sup>136</sup> Scott Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard Law Review, 1996, 933-4.

<sup>137</sup> “O córtex cerebral do ‘Homo sapiens’, muito maior do que o de qualquer outra espécie, acrescentou tudo o que é distintamente humano. O córtex cerebral é a sede do pensamento: contém os centros que reúnem e compreendem o que os sentidos percebem. Acrescenta a um sentimento o que pensamos dele – e permite-nos ter sentimentos sobre ideias, arte, símbolos, imagens. / (...) A vantagem para a sobrevivência deve-se ao dom do córtex em criar estratégias, planear a longo prazo ou outras operações mentais. Além disso, os triunfos da arte, civilização e cultura são todos fruto do córtex.” D. Goleman, *Inteligência Emocional, Objetiva*, 1995, 25.

jurídico. Aponta-se a “radical matriz analógica do discurso jurídico”<sup>138</sup>. Significa isso que os sistemas de inteligência artificial terão que munir-se de computadores analógicos? Só que estes computadores estão já largamente ultrapassados pelos sistemas eletrônicos, em especial os computadores digitais (ou numéricos). Será a analogia um operador ainda prestável para o discurso jurídico, ou pelo contrário carecerá de atualização? Além do mais, se não houver um consenso sobre o *modus operandi* do *logos* jurídico, como configurar a lógica de programação de um tal sistema?

Ou será que afinal não é a informática que coloca já à disposição do direito um arsenal metódico que lhe garantirá mais rigor e certeza? Isto é, a informatização da justiça não significará também a assimilação pelo direito da linguagem e do *modus operandi* da informática?<sup>139</sup>

Esta é, porventura, a questão mais delicada. Como recusar o *input* da informática, quando é certo que o Pensamento Jurídico parece correr sempre atrás das novas correntes filosóficas e metodológicas para estar atualizado? Não foi isso que se passou com o positivismo legalista? Não foi isso que sucedeu também com a hermenêutica, a tópica, a filosofia da linguagem e da comunicação, as teorias da argumentação, a análise econômica e o pensamento sociológico? Poder-se-ia quase dizer que o direito se “transmuta” discursivamente consoante o terreno que pisa.

3. Poderá sustentar-se que o direito assimilou ou incorporou os novos códigos filosóficos e metódicos na estrita medida em que se mostraram adequados à sua “intenção regula-

---

<sup>138</sup> Manuel de Andrade, *Ensaio*, cit., 99-100 (reconhecendo “valor primacial” à analogia); Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 244 (apoiando-se em Arthur Kaufmann, *Analogie und «Natur der Sache»*); F.J. Bronze, *A Metodonomologia*, cit., *passim*.

<sup>139</sup> Referindo criticamente a “genuína terapêutica” da lógica informática no raciocínio jurídico, Fernando Araújo, *Lógica jurídica e informática jurídica*, cit., 22.

tiva”. Mas mesmo que assim seja – o que não nos merece objeções -, por que então não deverá assimilar agora os códigos informáticos na estrita medida em que sejam adequados também à sua “intenção regulativa”? Em que radica algum “pavor” do jurídico em relação à informatização da justiça? Receará perder o seu modo de ser, ou pura e simplesmente o seu ser?

## § 24. *REQUIEM* A UMA MORTE ANUNCIADA DO DIREITO... OU ADVENTO DO DIREITO CIBERNÉTICO?

1. Se os computadores fazem mais e melhor, com menos tempo e dinheiro, e sem erros nem desobediências, para quê investir os recursos do erário público nos agentes tradicionais? Aliás, para quê continuar a despender recursos do erário público com políticos e burocratas de modelos administrativos obsoletos e ultrapassados? Por que não substituir todas essas instituições da máquina do Estado por uma moderna e tecnológica máquina informática, substituindo os políticos, juízes e magistrados por operadores de sistemas informáticos?

O tema não é novo.<sup>140</sup> Trata-se da alternativa tecnológica ao direito. Que vem associada a promessas de regresso ao “jardim do paraíso”. O fim do Estado e do Direito é uma “utopia” de longa data. Dos anarquistas aos liberais, passando pelos comunistas, todos os “pseudo-códigos” ou “meta-narrativas” de projetos de programas revolucionários “sonham” com a abolição da “tirania” do Estado e do seu poder exercido através do direito. Mas, curiosamente, já ninguém quer dispensar a Justiça. Resta saber que justiça seria essa, sem Estado nem Direito.

Por outro lado, teorias recentes das ciências económicas apontam as ineficiências burocráticas – de que a justiça seria campo de eleição – não apenas como geradoras de custos de

---

<sup>140</sup> Ver Castanheira Neves, *Entre o «Legislador», a «Sociedade» e o «Juiz» ou entre «Sistema», «Função» e «Problema» - os Modelos Atualmente Alternativos da Realização Jurisdiccional do Direito*, Boletim da Faculdade de Direito, 1998, 1-44.

transação contrários ao correto funcionamento do mercado, mas também como verdadeiras fontes de poluição ambiental, a reclamar uma “terapêutica tecnológica” de reciclagem senão pura e simplesmente de eliminação de tais ineficiências.

3. Da nossa parte, não julgamos que nas nossas sociedades complexas, em última análise, possa existir Justiça sem Direito nem Estado. Além disso, podemos perguntar se o processo evolutivo dos sistemas de inteligência artificial não tem sido estimulado e moldado por problemas cada vez mais próximos dos problemas jurídicos. Isto é, será que afinal não são os computadores que estão a ficar cada vez mais parecidos com as diferentes formas do pensamento humano, incluindo o *logos* jurídico?

Claro que o processo não é uma via de sentido único, antes são possíveis múltiplas interações entre os dois fenómenos, no sentido de o pensamento informático se ter humanizado e o pensamento humano se ter informatizado, fundindo-se ambos numa simbiose reciprocamente satisfatória pela presumida aptidão de um para satisfazer a necessidade do outro.

Afirmar que o direito e a informática não se podem cruzar intimamente só será estranho a quem entender que a “intenção regulativa” do primeiro é incompatível com a genética da segunda. Quando muito, poderia dar azo a especulações teóricas, mas sem fertilidade prática. Por outras palavras, os códigos jurídicos e os códigos informáticos não teriam interoperabilidade. *Quod erat demonstrandum*, acrescentamos nós.<sup>141</sup>

4. Temos defendido ao longo deste trabalho que os sistemas de inteligência artificial podem auxiliar a tarefa judicial enquanto simuladores. Acrescentamos que o *logos* informático

---

<sup>141</sup> Hiroshi Saito, *Neue Medien und Geistiges Eigentum – Insbesondere Urheberrechte im nahenden Zeitalter*, in *Das Recht vor der Herausforderung eines neuen Jahrhunderts*. org. Zentarō Kitagawa / Junichi Murakami / Knut Wolfgang Nörr / Thomas Oppermann / Hiroshi Shiono, Deutsch-japanisches Symposium in Tübingen vom 25. bis 27. Juli 1996, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, 58 (“Wir sollten Recht und Technologie also nicht getrennt sehen, sondern synthetisch erkennen.”).

pode ser assimilado pelo direito na medida em que sirva a “intenção regulativa” deste último. Isto não significa, claro está, defender a justiça como mera simulação, nem a implantação de próteses biotecnológicas nos juízes de forma a, por razões de eficiente gestão dos recursos do erário público, eliminar tais fatores de “poluição” econômica.

O juízo do juiz é não apenas desejável mas também insubstituível. Esse juízo não se reduz a uma lógica «se, logo; salvo se, então», nem a um mero cálculo de probabilidades, incluindo a elaboração de normas de segundo grau mediante inferências normativas. O que está em causa, numa palavra, não é o «legislador provável», mas antes o «legislador razoável».

E isto remete-nos para uma dimensão que mesmo que os computadores atinjam não desejamos que dela se apoderem<sup>142</sup>: a dimensão espiritual do direito. “E ci ricordiamo l’imperitura verità enunciata da Goethe: solo l’umanità nel suo insième può propriamente conoscere a fondo un’opera dell’uomo.”<sup>143</sup>

## § 25. A VERTENTE LÚDICA DO DIREITO

1. Com isto, tomamos partido por algo a que poderíamos chamar o “natural” em detrimento do “artificial”. Tomar partido é sempre correr um risco de errar, o que envolve sem dúvida uma dimensão lúdica. Não se retire daqui qualquer ideia de reduzir o direito a uma brincadeira ou a um divertimento infantil<sup>144</sup>, ou

---

<sup>142</sup> Poderíamos ser acusados de excluirmos o computador, enquanto *persona non grata*, da lista de participantes no “auditório jurídico”. Só que a tal acusação respondemos que o computador não é... pessoa. Reconhecemos todavia que esta afirmação nos expõe ao risco de não reconhecimento recíproco...

<sup>143</sup> Emilio Betti, *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, cit., 107.

<sup>144</sup> Costuma dizer-se que “rir é o melhor remédio”, mas logo se remata: “muito riso pouco siso”. Será isto sinal de que o siso é um sintoma de doença, ou antes que remédio em excesso também faz mal? Da nossa parte, inclinamo-nos para a segunda resposta, afirmando o caráter sisudo do direito. De resto, a matriz analógica do discurso jurídico sujeita o jurista a uma exigência acrescida de seriedade. Como o disse Goethe:

sequer a uma simples lógica de jogo ou aposta. Não é com esse sentido que assumimos a dimensão lúdica do direito, senão naquele que o remete para a fantasia.

Mas esclareça-se esta natureza fantasiosa do direito, já que a língua portuguesa é de facto “muito traiçoeira”. Fantasia no sentido de “imaginação criadora”, é isso que pretendemos dizer, no sentido do “caráter poiético – e, *hoc sensu*, criador – das decisões judicativas.”<sup>145</sup>

O que também não significa que o juiz possa ludibriar os propósitos da lei com a sua caprichosa imaginação, estando fora de causa a “liberdade sem limites de *sofismar* as leis por parte dos juizes.”<sup>146</sup> Pelo contrário, do que se trata é de responsabilizar o juiz como autor do direito que crie no caso concreto. Não para assim o atemorizar, remetendo-o para sua segurança à estrita aplicação das leis, mas antes para o reconhecer como pessoa no exercício do seu nobre ofício.<sup>147</sup>

Ajuizar não implica a renúncia à natureza hominídea do juiz, nem o afivelar da máscara do autómato. Com efeito, quando se conhecerem os processos elementares de armazenamento de informação e sobre a sua localização e manifestação na rede das células nervosas e sinapses, “mesmo então continuará a ser impossível substituir por uma máquina o poder criativo do nosso cérebro.”<sup>148</sup>

---

“Estas parábolas são agradáveis e divertidas. Quem é que não gosta de brincar com analogias?” (*As Afinidades Eletivas*, apud Eigen/Winkler, *O Jogo*, 121).

<sup>145</sup> F.J. Bronze, *Breves Considerações sobre o Estado Atual da Questão Metodológica*, cit., 183.

<sup>146</sup> Manuel de Andrade, *Ensaio*, cit., 62.

<sup>147</sup> Sobre a responsabilidade do juiz enquanto elemento ético do juízo que o protege contra a “prótese mecânica”, F. J. Bronze, *O Jurista: Pessoa ou Androide*, cit., 122.

<sup>148</sup> Eigen/Winkler, *O Jogo. As leis naturais que regulam o acaso*. Calcula-se que o cérebro humano seja composto por um bilião de células, com 100 mil milhões de neurónios, podendo cada neurónio realizar até 5000 sinapses. De todo o modo, vale para o cérebro humano à máxima segundo a qual “o todo é maior do que a soma das partes”. Se inicialmente os estudos procuraram compreender o cérebro através de uma visão *patchwork*, i.e. de localização das funções nas diversas partes do cérebro, agora

2. Poderia dizer-se que, ao invés de colocar a máscara do autómato, o juiz trocaria a sua natureza hominídea por um estatuto sobre-humano, em termos de ficar numa situação “para além do bem e do mal”. Mas, a natureza hominídea não é justamente a “natureza” pura do ser humano, no sentido de o compreender ainda sem a mediação de juízos de bem e de mal? Por outras palavras, o sobre-humano de que falava Nietzsche não é afinal o reencontro do ser humano com a sua natureza hominídea, segundo a máxima “devemos tornar-nos naquilo que somos”<sup>149</sup>?

O filósofo alemão terá levado a teoria da evolução das espécies às últimas consequências no plano do discurso ético e filosófico. De repente, o sobre-humano deixa de ser referido a uma instância transcendental e divina para ser inserido no contexto histórico da transformação biológica da natureza. Note-se todavia que a teoria da descendência com modificações limita-se a exprimir o carácter analógico da própria vida, no sentido de o homem não ser uma mera repetição do Criador, mas antes uma derivação, “à imagem e semelhança”, com modificações.

3. Uma das principais modificações que se aponta ao ser humano é o seu livre arbítrio, pelo qual foi levado a provar o fruto da árvore do bem e do mal, com a consequência da sua expulsão do paraíso. Por causa do livre arbítrio, o ser humano quebrou o código do Criador e modificou a ordem da descendência.

O relato da Criação dá a ideia, porém, de que o fruto do bem e do mal estava já na árvore à disposição do Homem. Ou

---

segue-se a perspetiva da função *network* ou rede funcional, tendo em conta a função vicariante (ou de suplência), que significa que as células lesadas são funcionalmente substituídas por outras (“a mecânica cerebral não tem a fixidez nem a rigidez de uma máquina” - Egas Moniz). Embora se atribua (Broca) ao hemisfério direito a esfera do pensamento concreto (i.e. a “razão prática”) e ao hemisfério esquerdo a esfera do pensamento abstrato (i.e. a “razão teórica”), afirma-se a unidade funcional do cérebro exigida pela linguagem, pensamento, amor, afetividade (António Damásio).

<sup>149</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Para um Novo Paradigma Interpretativo*, cit., 9.

seja, o bem e o mal precederiam o ser humano e este apenas seria livre, por causa do seu arbítrio, de provar esse fruto. Esta é, aliás, a base de todo o Direito Natural clássico. Existiria uma ordem de valores pré-definida, com base na qual se chegaria às noções de justo e de injusto. Por isso, o jardim do paraíso seria o reino da inconsciência. Uma vez consciente do bem e do mal, o ser humano foi expulso do paraíso.

A teoria da evolução da espécie humana não recusa o episódio da expulsão do paraíso. Terá sido este porventura o marco distintivo do ser humano em relação às demais espécies. Marco esse que se pode dizer radicado no juízo: mais do que a palavra, o pecado original foi o primeiro juízo do ser humano.

4. Em todo o caso, a ideia de um juiz sobre-humano, situado para além do bem e do mal, seria pretender devolver o juiz ao jardim do paraíso, isto é, ao reino da inconsciência. Em termos tais que o juiz seria inimputável. Obedeceria ao comando de não provar o fruto da ciência do bem e do mal, resistindo à tentação fatal para Adão.

Se todavia indagarmos por que razão terá o ser humano ajuizado, talvez sejamos levados a pensar que o juízo foi a resposta encontrada para solucionar problemas relativos à sobrevivência e à evolução da espécie. E por isso terá quebrado o código genético do Criador, multiplicando a espécie para além das fronteiras do jardim do paraíso.

## § 26. MULTIPLICAÇÃO E ÉTICA EQUITATIVA

1. Contudo, a multiplicação da espécie coloca, atualmente, um dos maiores desafios à sua própria sobrevivência, ao ponto de parecer tornar inexigível o cumprimento literal do comando inicial da criação (“crescei e multiplicai-vos”). Pergunta-se se não seria útil um computador que calculasse o número de seres humanos admissíveis. Mas qual seria o critério da admis-



sibilidade? Um critério de tipo *first come first served*, à semelhança da política chinesa do filho único?<sup>150</sup>

O último século testemunha o crescimento hiperbólico da população, que se concentra em regiões menos desenvolvidas e afetadas por elevadas taxas de mortalidade infantil. “Se a população continuar a aumentar à taxa atual, daqui a quinhentos anos ou seiscentos anos cada pessoa só terá um m<sup>2</sup> à sua disposição. (...) A história da humanidade mostra que todas as armas disponíveis acabam, mais tarde ou mais cedo, por ser utilizadas. (...) No reino animal, o território é defendido até à morte.”<sup>151</sup>

2. Neste cenário, a procura do Bem, no sentido daquilo que, tal como já destacado por Descartes n’*As paixões da Alma*, é útil ao homem por via de “avaliação seletiva”<sup>152</sup>, parece conduzir inevitavelmente à relativização de uma ética global, enquanto fonte de princípios gerais de direito internacional comum. No sentido de a humanidade se organizar em grupos e de lutar pela sua sobrevivência a partir desses grupos.

Por outro lado, “a tecnologia não é só aquilo que nos permite fazer artefactos, mas também aquilo que tem vindo a transformar o homem naquilo que neste momento é”.<sup>153</sup> Ora, a revolução científico-tecnológica munuiu o homem do *poder de auto-destruição enquanto espécie*. E é a consciência da “*stillste Stunde* [...] [sua] *furchtbaren Herrin*”<sup>154</sup>, que o faz assumir-se, hoje, como *homo dolens*.<sup>155</sup>

Ora, a revisibilidade científica não impede a irreversibi-

---

<sup>150</sup> Que tem sido interpretado literalmente, em favor dos filhos masculinos.

<sup>151</sup> Eigen/Winkler, *O Jogo*, cit., 280-1.

<sup>152</sup> Eigen/Winkler, *O Jogo*, cit., 383 (“A avaliação seletiva elimina não apenas aquilo que já foi verificado (\* as hipóteses falsificadas), mas também tudo o resto que, em comparação, não é claramente vantajoso.”).

<sup>153</sup> Brian Stableford, *Revolução Genética*, 1991, 234.

<sup>154</sup> Friedrich Nietzsche, *Also sprach Zarathustra (1883-1885)*, 1976, 162.

<sup>155</sup> Faria Costa, *O Perigo*, cit., 358; Pedro Laín Entralgo, *El Cuerpo Humano: Teoría actual*, 1989, 299s.

lidade tecnológica, no sentido de que, embora seja possível «falsificar» a teoria da relatividade, já não é possível «desinventar» a bomba atômica. Esta situação de não retorno tecnológico compromete, por seu turno, uma ética que se destine a garantir a sobrevivência da humanidade<sup>156</sup> através dos grupos mais fortes, exigindo antes uma ética equitativa de comunhão ou de inclusão global. “The same law of nature which forces beasts to struggle for physical survival forces men to identify their interests with the interests of the other members of society in order to attain their societal as well as physical goals. (...) Where the choice is both reasonable and compassionate, the result is equity. (...) Equity creates just law, and just law is the touchstone of social evolution.”<sup>157</sup>

## § 27. PROBLEMAS SEM RESPOSTA

Para estes problemas o computador não tem resposta. E não obstante são problemas que animam o direito internacional comum, que o juiz deve ter no seu horizonte quando ajuíza os casos que lhe cumpre decidir. O dispositivo de interoperabilidade internacional do sistema jurídico, consagrado na Constituição, a isso o obriga.

Os sistemas eletrônicos de inteligência artificial poderão

---

<sup>156</sup> No sentido de que “a nossa ética deve refletir as necessidades da humanidade. Tem de garantir a sobrevivência da humanidade”, Eigen/Winkler, *O Jogo*, cit., 318.

<sup>157</sup> R. Neil Snyder, *Natural Law and Equity*, in Ralph Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems*, Brussels 1973, 38, 43. A procura da justiça como equidade é um elemento civilizacional, constituinte da própria humanidade, testemunhado, desde a antiga Babilónia, pelo Código de Hammurabi (c. 1750 A.C.), e o Código Assírio (c. 1450-1250 A.C.), até ao «ngana» do Zambeze como teoria da justiça enquanto a expressão da generosa natureza da própria amabilidade humana. Como escreve Ralph A. Newman na Introdução à citada obra *Equity in the World's Legal Systems*: “It is in the sense of human brotherhood that equity is born”. Para desenvolvimentos sobre a relação entre direito e equidade, com mais indicações, ver Santos Justo, *Introdução*, 73, Dias Pereira, *Da equidade*, cit., 347s.

ser um auxílio útil na boa administração da justiça. Mas não podem substituir o prudente arbítrio do juiz. Ajuizar não é apenas nem sobretudo calcular. Os valores éticos do direito escapam à métrica da calculadora.

Quanto vale uma vida? Quanto vale a vida? E a liberdade? E a dignidade da pessoa humana? Por muitas tabelas que se façam e que sem dúvida serão úteis para controlar o risco, em especial com o auxílio de programas de computador, tais problemas continuarão sem resposta.

Poderá sustentar-se que a correção das respostas deriva da observância das regras de procedimento argumentativo-decisório. Essa é a tese da teoria da argumentação jurídica, segundo a qual “com estas formas (de argumentos) pode-se justificar qualquer proposição normativa e qualquer regra”<sup>158</sup>. Tese essa que não nos parece inteiramente satisfatória. Com efeito: “Die moralische Urteilskraft ist wesentlich auf die Phronesis, die Klugheit, gegründet und nicht so sehr auf formale Rationalität.”<sup>159</sup> Por essa razão, o próprio imperativo categórico é posto em causa enquanto mera regra de procedimento.<sup>160</sup>

Além disso, também no campo do direito parece válida a máxima segundo a qual “a experiência é a mãe de toda a sabedoria”, podendo afirmar-se, com Oliver Wendell Holmes, que “the life of the law has not been logic, it has been experience”.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*, cit., 203.

<sup>159</sup> Arthur Kaufmann, *Die Aufgaben heutiger Rechtsphilosophie*, cit., 506 (acrescentando categoricamente: “*unsere gegenwärtige Situation is nicht normal. (...) Atomtechnik, Biotechnologie, Gentechnologie (...) Wer die ethischen Probleme von heute meistern will, findet in der Verantwortungsethik von Hans Jonas, und schon in der Gegenseitigkeitsethik von Jean Piaget und Paul Ricoeur allemal mehr als bei den Diskurs- und Meta-Ethikern, allerdings findet er dort keine »Letztbegründung« (...) Und er fordert (...) einen Paradigmenwechsel des moralischen Bewußtseins: Das 21. Jahrhundert müsse das der Umwelt sein, in dem der Natuer und nicht nur dem Menschen Rechte zukommen.*” - 507).

<sup>160</sup> Arthur Kaufmann, *Die Aufgaben heutiger Rechtsphilosophie*, cit., 504 (“kein inhaltlicher ethischer Grundsatz, sondern eine Verfahrensregel ist.”).

<sup>161</sup> Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881, *apud* Ethan Katsch,

Donde, em certo sentido, há de reconhecer-se uma dimensão de “*justitia mediatrix*” que dá sentido ao direito.<sup>162</sup>

De todo o modo, sublinhe-se, para terminar, que a máquina poderá apenas ser utilizada enquanto auxílio e já não como substituto da tarefa decisória, que deverá ser humana e estar ao serviço da Humanidade.<sup>163</sup>

---

*Law in a Digital World*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1995, 9.

<sup>162</sup> Vide Gunther Teubner, *O direito como sistema autopoietico*, trad. e pref. de José Engrácia Antunes (do original alemão *Recht als autopoietisches System*, 1989), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 242-4.

<sup>163</sup> Vide António Castanheira Neves, *Questão de Facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. I, *A Crise*, Coimbra, 1967, *Justiça e Direito*, *Digesta*, *Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, I, 241s, *A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia (Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.