PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Thiago Aércio de Queiroz

JUSTIÇA PENAL DIGITAL: A AMEAÇA DA DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO

Belo Horizonte
2022

Thiago Aércio de Queiroz

JUSTIÇA PENAL DIGITAL: A AMEAÇA DA DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de doutor em Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Q3j

Queiroz, Thiago Aércio de
Justiça penal digital: a ameaça da desumanização do Direito / Thiago Aércio de Queiroz. Belo Horizonte, 2022.
288 f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal. 2. Julgamento (processo penal) - Aspectos constitucionais - Brasil. 3. Inteligência artificial. 4. Tecnologia e direito. 5. Informática jurídica - Brasil. 6. Estado democrático de direito. 7. Decisão judicial. 8. Relações humanas. I. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.9

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Thiago Aércio de Queiroz

JUSTIÇA PENAL DIGITAL: A AMEAÇA DA DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de doutor em Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

Área de concentração: Teoria do Direito.

_____

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – PUC Minas (Orientador)

_____

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas (Banca examinadora)

_____

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Banca examinadora)

_____

Prof. Juraciara Vieira Cardoso (Banca examinadora)

_____

Prof. Ricardo Adriano Massare Brasileiro (Banca examinadora)

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sobretudo, ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Travessoni, por tudo, desde o primeiro dia de aula, ao compartilhar seus conhecimentos e disponibilidade na elaboração deste trabalho, ainda porque, apesar das consequências da pandemia que atingiram a sociedade e outros obstáculos que me acometeram durante a presente produção, tive o incondicional apoio do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas para a conclusão.

Aos meus familiares, amigas e amigos, pelo apoio e incentivo incondicional.

Dedico à PUC Minas, em especial toda equipe do PPGD, bem como ao que me orientou inicialente, Dr Fernado Ribeiro, o douto coordenador, Marciano Seabra, Sra Erinalda, ilustres atendentes da secretaria, cada um de todos, desde quando eu aluno de disciplinas isoladas (2013), o mestrado e agora o doutorado, com o apoio de meus familiares e amigos de classe, o que dizia Milan Kundera: OBRIGADO POR EXISTIREM!

RESUMO

A marca da Pós-Modernidade tem sido o imediatismo da satisfação. A celeridade proporcionada pela virtualização afetou as relações humanas em diversas ordens, atingindo as bases afetivas em nome do apregoado progresso, que invadiu o espaço do ser que julga e do que é julgado, olvidando da racionalidade intrínseca à relação sociojurídica. Conforme evolui, as informações e leitura do mundo sofreram alterações, conforme se demonstrará a partir dos antigos povos sumérios, na Mesopotâmia, há cerca de 3.500 anos, quando os humanos começaram a se agrupar em concentração maiores, marcado por uma caracterísita: o surgimento da escrita e dos números. A utilização dos números promoveu organizações, concentrações e controle social, marcando uma revolução da época, a agrícola. Os números, então, não têm apenas o efeito denotativo das ciências exatas, mas transcendem a isso, reorganizando o agrupamento social, ao permitir cálculos grandiosamente eficientes de produção e estoque de alimentos, redesenhando a forma de sobrevivência de até então. Assim, também, o período atual social sofre mutações na linguagem, desenhando-se uma nova cultura através dos cálculos numéricos derivados dos algoritmos, que promovem as relações virtuais de várias ordens e marcam a grande revolução digital em decorrência da inteligência artificial. Como sempre, o direito, enquanto ciências sociais aplicadas, é compreendido de acordo com a leitura social atual e inevitavelmente é atingido pela cultura da inteligência artificial. Demonstrar-se-á que o sistema virtual se tornou realidade no mundo jurídico, principalmente, no Brasil, recebendo imperceptivelmente a inteligência artificial que revoluciona a justiça digital de até então, ameaçando imiscuir na racionalidade do discurso jurídico do direito penal. Na prática, parte da sociedade confunde a adoção do sistema digital, virtual e a grande novidade do momento, que é a inteligência artificial, tornando-se perigoso subjulgar a racionalidade jurídica aos cuidados do robô. É de se alertar sobre o perigo iminente do Direito Penal se corromper culposamente e se perder o objetivo da manutenção do Estado Democrático de Direito. O devido processo legal é uma das garantias democráticas e sofre com a aculturação da revolução digital. Será, pois, demonstrada a ameaça ao Direito Penal e as consequências previsíveis e já sofridas até aqui pelo uso da inteligência artificial recepcionada pela Escola Funcionalista.

Palavras-chave: Julgamento virtual. Inteligência artificial. Direito Penal. Racionalidade jurídica. Democracia.

ABSTRACT

The hallmark of Postmodernity has been the immediacy of satisfaction. The speed provided by virtualization affected human relationships in different orders, reaching the affective bases in the name of the proclaimed progress, which invaded the space of the being who judges and who is judged, forgetting the intrinsic rationality of the socio-legal relationship. As it evolves, the information and reading of the world has changed, as will be demonstrated from the ancient Sumerian peoples, in Mesopotamia, about 3,500 years ago, when humans began to group together in larger concentrations, marked by a characteristic: the emergence of writing and numbers. The use of numbers promoted organizations, concentrations and social control, marking a revolution at the time, the agricultural one. The numbers, then, not only have the denotative effect of the exact sciences, but transcend that, reorganizing the social grouping, by allowing enormously efficient calculations of food production and storage, redesigning the way of survival until then. So, too, the current social period undergoes mutations in language, designing a new culture through numerical calculations derived from algorithms, which promote virtual relationships of various orders and mark the great digital revolution as a result of artificial intelligence. As always, law, as applied social sciences, is understood according to the current social reading and is inevitably affected by the culture of artificial intelligence. It will be demonstrated that the virtual system has become a reality in the legal world, mainly in Brazil, imperceptibly receiving the artificial intelligence that revolutionizes digital justice until then, threatening to interfere in the rationality of the legal discourse of criminal law. In practice, part of society confuses the adoption of the digital, virtual system and the great news of the moment, which is artificial intelligence, making it dangerous to subjugate legal rationality to the care of the robot. It is important to warn about the imminent danger of Criminal Law becoming culpably corrupt and losing the objective of maintaining the Democratic State of Law. Due process of law is one of the democratic guarantees and suffers from the acculturation of the digital revolution. It will therefore be demonstrated the threat to Criminal Law and the foreseeable consequences and already suffered so far by the use of artificial intelligence welcomed by the Functionalist School.

Keywords: Virtual judgment. Artificial intelligence. Criminal Law. Legal Rationality.

Democracy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
ADR	Alternative Dispute Resolution systems
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COMPAS	*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*
CRT	*Civil Resolution Tribunal*
d.C.	Depois de Cristo
IA	Inteligência artificial
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
n.	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ODR	Online Dispute Resolution Systems
ONG	Organização não governamental
p.	Página
PJe	Processo Judicial eletrônico
PLN	Processamento de linguagem natural
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TFN	*Technology facilitated negotiation*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 21

2 BREVE EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO NA ANTIGUIDADE 27
2.1 A Antiguidade oriental 27
2.1.1 Egito 27
2.1.2 Mesopotâmia 30
2.1.3 Persas 34
2.2 A Antiguidade Clássica 38
2.2.1 Grécia 38
2.2.1.1 O primeiro período: Pré-Homérico *41*
2.2.1.2 O segundo período: Homérico *43*
2.2.1.3 O terceiro período: Arcaico *46*
2.2.1.4 O quarto período: Clássico *55*
2.2.1.5 O quinto período: Helenístico *57*
2.2.2 Roma 60

3 BREVE EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO NA IDADE MÉDIA 85
3.1 Direito Canônico 88
3.2 A Santa Inquisição 90
3.3 Período dos Glosadores 92
3.4 Período dos Pós-Glosadores 92
3.5 Período dos Práticos 93

4 BREVE EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO NA IDADE MODERNA 95
4.1 O Iluminismo 97
4.2 Considerações sobre o Direito Penal Liberal 101
4.3 A Escola Clássica Alemã 109
4.5 A Escola Positivista 121
4.6 A luta de escolas – Antropologia e Filosofia 134
4.7 A Escola de Lyon 135
4.7.1 Alexandre Lacassagne 136
4.7.2 Jean-Gabriel de Tarde 137
4.8 As Escolas Ecléticas 140
4.9 A Terceira Escola Positivista da Itália 141
4.9.1 Bernardino Alimena 142
4.9.2 Emanuele Carnevale 143
4.9.3 Impallomeni 143
4.10 A Escola Sociológica Alemã 144
4.10.1 Adolphe Prins 145
4.10.2 Franz Ritter von Liszt 146
4.11 A Escola da Defesa Social 149
4.11.1 Fillipo Gramática 150
4.11.2 Marc Ancel 151
4.12 A Escola Humanista 151

5 A ESCOLA FUNCIONALISTA: INÍCIO DO PÓS-MODERNISMO 153
5.1 A Escola Funcionalista: Direito Penal do Inimigo 160

6 JUSTIÇA DIGITAL – UMA INFLUÊNCIA DA ESCOLA FUNCIONALISTA 163
6.1 O surgimento da inteligência artificial e a objetivação do sistema jurídico 165
6.2 O prenúncio da virtualização jurídica: ferramentas online de difícil resolução 170
6.3 Cortes online 176
6.3.1 O problema da nova tecnologia no Brasil 186
6.3.2 Nos Estados Unidos da América 188
6.3.3 Ásia 188
6.3.4 Oceania 189
6.3.5 Europa 190
6.3.6 A reflexão sobre Cortes online 190

7 A APLICAÇÃO DE ALGORITMOS NA TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS .. 197
7.1 Definição de algoritmo 197
7.1.1 Funcionamento dos algoritmos supervisionados 199
7.1.2 Funcionamento dos algoritmos não supervisionados 200
7.2 Os riscos decorrentes de *datasets* viciados 206
7.3 A utilização de algoritmos nas decisões judiciais 211
7.4 Inteligência artificial na Justiça brasileira 216

8 DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS 227
8.1 A relação entre jurisdição egípcia e julgamento virtual 229
8.2 A relação entre a jurisdição da Mesopotâmia e Justiça virtual 231
8.3 A relação entre os persas e a Justiça virtual 233
8.4 A relação entre a Grécia Antiga e a Justiça digital 235
8.5 A relação entre a jurisdição da Roma Antiga e a atual Justiça digital 238
8.6 A relação da Idade Média com o atual julgamento virtual 242

9 A JUSTIÇA PENAL DIGITAL NA MODERNIDADE 251
9.1 Iluminismo e julgamento virtual 251
9.2 Positivismo, Moral e julgamento virtual 255
9.3 Positivismo, Utilitarismo e julgamento virtual 258
9.4 A liberdade e a constituição do *ser* 263
9.5 Inteligência artificial e julgamentos judiciais virtuais 268
9.6 Decisão judicial, ciências exatas e ciências sociais 274

10 CONCLUSÃO 277

REFERÊNCIAS 281

1 INTRODUÇÃO

A história pode ser definida como “a ciência da reconstrução do passado cultural da civilização humana para melhor compreensão do presente” (CICCO, 2010, p. 15), cujo objetivo é estabelecer a relação de causa e efeito – que é o método da ciência –, demonstrando a evolução das civilizações em suas transformações culturais.

As características resultantes do Direito, da Filosofia e da Arte integram a cultura, a qual exige compreensão das transformações históricas para o entendimento acerca da evolução da racionalidade jurídica. Sobre a evolução histórica da jurisdição, para compreensão do problema – a racionalidade jurídica na justiça digital –, importa a distinção entre lógica formal e metodologia:

> A distinção entre lógica formal e metodologia não é simples questão terminológica, mas de profunda compreensão da diferença entre raciocínio de um matemático, de um físico, de um historiador, de um juiz de Direito. Se aplicarmos o método de raciocínio errado, poderemos chegar a conclusões absurdas. O grande problema da Filosofia Moderna tem sido, em grande parte, considerar o formalismo como única forma de raciocínio aceitável. (CICCO, 2010, p. 24).

Nesse sentido, afirma, Hegel (2017, p. 32), que, “nos tempos modernos, ao contrário, o indivíduo encontra a forma abstrata pronta”, de maneira que a modernidade se preocupa com as formas e se esquece do ser, o que restará demonstrado no curso e ao final deste trabalho, que aponta o uso de algoritmos matemáticos, não mais como acessórios, mas em lugar da razão, fugindo à dialética e à racionalidade jurídica.

Para melhor demonstração do tema, vale-se de resumir a evolução histórica atinente ao direito e depois a relação deste com aquele. Segundo Harari, como a ordem dos sapiens é imaginada, elas são incapazes de preservar a informação crucial para gerenciar tal ordem simplesmente fazendo cópias de seu DNA e as transmitindo à sua prole. É necessário fazer um esforço consciente para manter vivos as leis, os costumes, os procedimentos e as formas de comportamento porque, de outro modo, a ordem social se desfaz depressa (HARARI, 2020, p. 135).

> Por exemplo, o rei Hamurábi decretou que as pessoas eram divididas em superiores, comuns e escravos. Diferentemente do sistema de classe de colmeia (de abelhas), essa não é uma divisão natural – não há indício dela

> no genoma humano. Se os babilônios não é uma divisão natural – não há indício dela no genoma humano. Se os babilônios não tivessem essa "verdade" em mente, sua sociedade deixaria de funcionar (HARARI, 2020, p. 135).

Com a origem dos impérios, foi necessário gerar grande volume de informações. Além de leis, era preciso registrar informações, impostos, de inventário de suprimentos militares e navios mercantes, de calendários de festivais e de vitórias. E por milhões de anos, as pessoas armazenaram a informação num único lugar, o cérebro humano, que não é o local apropriado para ser exclusivamente um depósito de bancos de dados, sobretudo do tamanho imperial, ante a limitação.

Porém, quando na esteira da Revolução Agrícola, cerca de 3.500 anos a. C, começaram a surgir sociedades muito mais complexas, como um tipo totalmente inovador no sistema de informação se tornou vital: os números (HARARI, 2020, p. 136). Os primatas caçadores-coletores nunca tinham sido compelidos a lidar com o grande número de informações numéricas, segundo Harari:

> Nenhum deles precisava se lembrar, por exemplo, da quantidade de frutas em cada árvore da floresta. [...] Contudo, para manter um vasto reino, os dados matemáticos eram vitais. Não bastava apenas promulgar leis e contar histórias sobre deuses guardiões. Também era preciso arrecadar impostos. Para cobrar impostos de centenas de milhares pessoas, era necessário coletar dados sobre rendas e posses [...] (HARARI, 2020, p. 137).

Até a Revolução Agrícola, as redes sociais humanas permaneceram relativamente pequenas e modestas. Foram quando os sumérios, que viviam no sul da Mesopotâmia, onde as planícies lodosas e férteis produziam safras abundantes e povos prósperos, iniciando a escrita, através de informações mediante o uso de símbolos materiais gravados em placas de argila (HARARI, 2020, p. 138), esclarecendo, Harari:

> Por outro lado, a escrita inicial dos sumérios, assim como os símbolos matemáticos modernos e as notações musicais, são sistemas de escrita parcial. Pode-se utilizar a escrita matemática para fazer cálculos, mas não para fazer poemas românticos (HARARI, 2020, p. 139).

Mas há efeitos colaterais, pois, de acordo com o mesmo historiador, Harari, à medida que mais e mais coisas eram criadas, em especial à que os arquivos administrativos atingiam enormes proporções, novos problemas surgirem (HARARI, 2020, p. 141). Nisso, o historiador conclui que:

> Claramente, o mero ato de gravar um documento na argila não basta para garantir que a informação seja processada de maneira eficaz, precisa e conveniente. Isso exige métodos de organização como catálogos, métodos de reprodução como máquinas de fotocópia e métodos de recuperação rápida e precisa como algoritmos de computador, além de bibliotecários pedantes que saibam usar tais ferramentas (HARARI, 2020, p. 143).

> E assim, como será demonstrado resumidamente nas respectivas épocas, desde a antiguidade, os arquivistas e contadores pensam de modo não humano, mas como um armário para arquivos. Não é culpa deles, porque se não pensarem assim, suas gavetas ficariam misturadas e eles não seriam capazes de prestar os serviços exigidos por seu governo, sua empresa ou sua organização. O impacto mais importante da escrita e números da história humana foi exatamente o de aos poucos modificar a forma como os seres humanos pensam e veem o mundo (HARARI, 2020, p. 146).

Assim como a escrita e números marcaram a Revolução Agrícola há cerca de 3.500 anos a. C, as características culturais, sociais e jurídicas atuais são pautadas na virada tecnológica, sobretudo, ante a inovação das informações, aadoção da inteligência artificial (IA) em todo o meio, abrangendo, inclusive, as atividades de julgar e proferir sentenças. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no mês de novembro de 2017, julgou virtualmente 280 processos em um único instante. Essa é a sequência do enredo pós-moderno, que, em nome do progresso, utiliza a máquina virtual em substituição ao humano.

Tal qual a escrita, a Inteligência Artificial também é assim, surfe como uma funcionária da consciência humana, porém está tornando cada vez mais sua chefe, esclarecendo Harari:

> Nossos computadores têm dificuldade em compreender como o Homo sapiens fala, sente e sonha. Por isso, estamos ensinando o Homo sapiens a falar, sentir e sonhar na linguagem dos números, que pode ser entendida pelos computadores (HARARI, 2020, p. 147).

Mas a história não acaba aí. O campo da inteligência artificial está procurando criar novos tipos de inteligência baseados exclusivamente na escrita binária dos computadores. Filmes de ficção científica, como Matriz e O vingador do futuro, falam de um dia em que a escrita binária domina a humanidade. Quando os humanos tentam recuperar o controle da tecnologia rebelde, ela responde tentando destruir a raça humana (HARARI, 2020, p. 147).

Está posta a ameaça, iniciada a tomada da consciência humana, por decorrência disso, a Justiça Digital se mostrando como eficiência e praticidade, todavia, é imprescindível recobrar a essência da democracia, sua razão de ser e o

pragmatismo na justiça penal, principalmente, remetendo-se aos tempos remotos, ante o histórico da jurisdição, traçando simetrias e assimetrias, a fim de avaliar o suposto progresso ou regresso fitado na democracia.

Diante do alto e crescente número de demandas nos processos judiciais, à primeira vista, o referido procedimento aparenta ser eficiente e eficaz. No entanto, omite-se da central questão das ciências humanas, que se resume no *ser* e no necessário discurso racional, pois o programa virtual se baseia na lógica efetuada por logaritmos matemáticos. Eis o nome de sua inteligência: artificial.

Pode-se afirmar que, enquanto o Direito se caracterizar como ciência social aplicada, o requisito para seu desenvolvimento é a racionalidade humana, pois o *ser* é a essência. Corroborando, tem-se a lição de Hegel, ao elucidar que “a substância viva é o ser, que na verdade é sujeito, ou – o que significa mesmo – que é na verdade efetivo, mas só na medida em que é o movimento de pôr-se-a-si-mesmo, ou a mediação consigo mesmo do tornar-se outro” (HEGEL, 2017, p. 32).

O *ser* é a relação do sujeito com o objeto, operação essa que há de existir em singular tempo e espaço. O *ser* muda a cada instante e lugar, ou seja, não se repetem, como a inteligência artificial tenta simular, sendo, portanto, impedido pela programação de repetição da inteligência artificial. Logo, dentro dessa lógica, não existem ciências humanas ou sociais aplicadas.

O Direito é história, motivo pelo qual a análise realizada neste trabalho não se restringirá às orientações da teoria normativa, que considera o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta, mas que, em cada período, operou conforme a política, cultura e tecnologia respectivas, esboçando, resumidamente, as características da evolução da jurisdição no período atual, a Pós-Modernidade.

As características culturais, sociais e jurídicas atuais são pautadas na virada tecnológica, sobretudo, a adoção da inteligência artificial (IA) em todo o meio, abrangendo, inclusive, as atividades de julgar e proferir sentenças. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no mês de novembro de 2017, julgou virtualmente 280 processos em um único instante. Essa é a sequência do enredo pós-moderno, que, em nome do progresso, utiliza a máquina virtual em substituição ao humano.

Todavia, é imprescindível recobrar a essência da democracia, sua razão de ser e o pragmatismo na justiça penal, principalmente, remetendo-se aos tempos remotos, ante o histórico da jurisdição, traçando simetrias e assimetrias, a fim de avaliar o

suposto progresso ou regresso fitado na democracia.

Diante do alto e crescente número de demandas nos processos judiciais, à primeira vista, o referido procedimento aparenta ser eficiente e eficaz. No entanto, omite-se da central questão das ciências humanas, que se resume no *ser* e no necessário discurso racional, pois o programa virtual se baseia na lógica efetuada por logaritmos matemáticos. Eis o nome de sua inteligência: artificial.

Pode-se afirmar que, enquanto o Direito se caracterizar como ciência social aplicada, o requisito para seu desenvolvimento é a racionalidade humana, pois o *ser* é a essência. Corroborando, tem-se a lição de Hegel, ao elucidar que “a substância viva é o ser, que na verdade é sujeito, ou – o que significa mesmo – que é na verdade efetivo, mas só na medida em que é o movimento de pôr-se-a-si-mesmo, ou a mediação consigo mesmo do tornar-se outro” (HEGEL, 2017, p. 32).

O *ser* é a relação do sujeito com o objeto, operação essa que há de existir em singulares tempo e espaço. O *ser* muda a cada instante e lugar, ou seja, não se repete, como a inteligência artificial tenta simular, sendo, portanto, impedido pela programação de repetição da inteligência artificial. Logo, dentro dessa lógica, não existem ciências humanas ou sociais aplicadas.

O procedimento de julgamentos virtuais realizados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi descrito da seguinte forma:

> O desembargador [...] explicou que, depois que a ferramenta separa os recursos, é montado um padrão de voto que contempla matéria já decidida pelos Tribunais Superiores, ou pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), processo que trata de um assunto abordado em inúmeros outros processos. Assim, depois que o incidente é julgado, a mesma decisão deve ser aplicada a todas as outras ações judiciais do mesmo teor (MINAS GERAIS, 2018).

A tentativa de repetição do que *foi* é vã. Trará, outra vez, como se fosse o mesmo *ser*, mas, na verdade, é algo novo, eis que, como afirma, Heráclito de Éfeso, “ninguém pode se banhar duas vezes no mesmo rio, pois nem ele e o rio são os mesmos” (CHAUÍ, 2006, p. 105). Ademais, a inteligência artificial atua com base em repetições de outros julgamentos realizados pelos tribunais superiores. Ou seja, quando os demais tribunais também admitirem a inteligência artificial, faltarão, então, as decisões de inteligência humana para fomentar o paradigma a ser usado pelo programa de computador, eis que o artificial tenta ser espectro das decisões fruto de deliberações humanas.

Ficará demonstrado, no presente estudo, que o *ser* não poderá ausentar-se das decisões humanas, sobretudo, dos discursos jurídicos, eis que esses apresentam requisitos para sua validade, conforme o magistério de Alexy:

> As regras do discurso racional se referem não só, como regras da lógica, a enunciados, mas também, além disso, ao comportamento do falante, constituindo uma tarefa de uma teoria do discurso prático racional estabelecer um tal sistema de regras e formas, fundamentá-lo e verificar sua consistência e eficiência. (ALEXY, 2014, p. 40).

As decisões proferidas por inteligência artificial denunciam outro defeito, qual seja, a ausência de deliberação argumentativa, e, indo mais além, a ausência da própria relação do *ser* para com o objeto. No desenvolvimento deste trabalho, será mais bem demonstrado o caminho tendencioso que se revela rumo à anulação do *ser*, o que é *ser*, as regras do discurso jurídico e suas distinções em relação às ciências exatas, bem como as consequências da coisificação do homem, que o distancia ainda mais da justiça.

2 BREVE EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO NA ANTIGUIDADE

Para além da orientação normativa, o estudo da cultura jurídica pressupõe e implica a questão anterior, que pergunta como, em uma sociedade, aqueles temas se constituíram em fatos ou problemas, ou seja, emergem perguntas sobre as experiências históricas que permitiram e provocaram novos temas, cujo objetivo é estabelecer a relação de causa e efeito, sendo esse o método da ciência, demonstrando a evolução das civilizações em suas transformações culturais.

> Cerca de 70 mil anos atrás, organismos pertencentes à espécie Homo sapiens começaram a formar sistemas ainda mais intricados conhecidos como culturas. O desenvolvimento posterior dessas culturas humanas é o que chamamos de história. (HARARI, 2020, p. 13).

A cultura se define como “o conjunto de bens intelectuais ou morais produzidos pelo espírito humano no campo social, político, religioso ou artístico”, (CICCO, 2010, p. 15) e, em sentido antropológico, significa as realizações do homem a partir dos dados da natureza. Compreendendo a civilização e a organização da vida humana em determinada época, em seu conjunto de usos, costumes e instituições de um povo, significa que a civilização de um povo é a aplicação do alcance cultural.

O objeto da História é o passado cultural, cuja finalidade é a compreensão do presente, pois o presente é resultado da complexidade pretérita, tornando incompleta uma história do pensamento jurídico, divorciada dos acontecimentos históricos da economia, política e cultura em geral de um povo. O Direito é um processo histórico e, por exercer forte influência na cultura ocidental, serão abordados, especialmente, os acontecimentos na Grécia e em Roma. Contudo, antes disso, mesmo que de maneira breve, convém recobrar algumas características do Egito.

2.1 A Antiguidade oriental

2.1.1 Egito

O Egito fica situado no norte africano, na região deserta, caracterizada por raras chuvas, as quais sequer existiriam, se não fosse a presença do rio Nilo, que alaga periodicamente as suas margens e, quando retorna ao seu leito normal, promove

camadas de húmus[1], permitindo um rico cultivo nas terras. Assim, às margens do referido rio, surge a civilização, que se caracteriza como uma das mais prósperas da Antiguidade (CICCO, 2010, p. 29).

Nessa civilização, havia dois povos bem distintos. Um, de raça de pele escura e cabelos crespos, enquanto o outro era de pele clara e cabelos lisos. Este se constituía na classe privilegiada, culta e dominante, enquanto aquele, na classe inferior.

A religião também se distinguia, sendo uma religião do povo comum, na qual os negros cultuavam animais, que existiam no seu meio. Do outro lado, diferentemente, a religião era elevada aos sacerdotes. “Amon-Rá não é um deus pessoal. É a coletividade das quatro forças do universo: a matéria-prima, o espírito primitivo, o espaço e o tempo” (CICCO, 2010, p. 29).

Para o panteísmo egípcio, não há criação, essa é o desenvolvimento do que se encontrava na divindade. Essa divindade era representada por um ovo, pendente nas abóbadas dos templos (WEISS, 1933[2] apud CICCO, 2010, p. 30). Na obra *Os Mistérios de ísis e Osíris*, Plutarco, retratando um pouco sobre divindades cultuadas no Egito, conta que:

> Ao povo, essas noções eram transmitidas segundo uma forma legendária ou mitológica: Osíris, esposo de Ísis e pai de Hórus, foi morto por seu irmão Seth, que jogou partes de seu corpo pelo mundo. Ísis está procurando reconstruir o deus Osíris, colhendo suas partículas espalhadas por todo o universo (PLUTARCO, 1981 apud CICCO, 2010, p. 30).

Tudo se realizava por motivos sagrados e de fé para os egípcios, cuja civilização é fortemente marcada pela religião, motivo pelo qual formou-se, o Estado teocrático, no qual os sacerdotes detinham os poderes, sob o título de divindade, gozando de privilégios, inclusive, tributários, como da posse de um terço de todo o solo egípcio (CICCO, 2010, p. 30). O cargo sacerdotal compunha uma casta privilegiada, admitida por solenidade, sendo esses quem apresentavam o rei ou o faraó como o filho de Osíris, como uma verdadeira divindade encarnada. Nesse sentido, retrata, Cicco:

> Considerado um semideus, o faraó era senhor absoluto. Sabemos, por outro lado, que interpretava o querer da casta sacerdotal, a qual de fato detinha

[1] Tipo de fertilizante natural.
[2] WEISS, Johann B. História universal. Barcelona: Tipografia La Educación, 1933.

> poderes sem limites. O regime egípcio era, pois, a monarquia com aristocracia, ou seja, o poder real era limitado pelo colégio sacerdotal (CICCO, 2010, p. 30).

Rigorosamente, a estrutura social era marcada por estratificar quatro castas ou classes sociais distintas, das quais, a primeira era a sacerdotal, a segunda, composta pelos guerreiros, a terceira formada pelos escribas, e a quarta e última, constituída pelos camponeses. De todo o Egito, um terço era propriedade do faraó, um terço, dos sacerdotes, e o restante era dos guerreiros, revelando a nítida exclusão dos camponeses, ora serviçais das classes dominantes. Segundo Weiss, citado por Cicco:

> O povo da cidade e dos campos vivia entregue às suas funções ordinárias. Agrupava-se em momos, sob a autoridade de um presidente. Podia apelar em segunda instância para a Corte de Justiça dos Sacerdotes; esta era a última apelação, porque o rei não podia alterar o direito estabelecido (WEISS, 1933 apud CICCO, 2010, p. 31).

Na mesma linha da ideia do fundamento divino que respaldava a organização do Estado e da sociedade, havia a crença segundo a qual o deus Thot seria o criador das leis do Egito. O Poder Judicial era composto por trinta juízes (sendo dez de cada uma das cidades de Heliópolis, Tebas e Mênfis) e todos os sacerdotes (CICCO, 2010, p. 31). Dentre esses, selecionavam-se o mais sábio e o vestiam um peitoral para identificá-lo como o presidente, uma autoridade maior.

Em termos de matéria criminal, o Antigo Egito se caracterizou por sua forte influência eminentemente teocrática, configurada por uma legislação penal que se baseava, principalmente, em condutas que afetavam a religião ou o faraó, cuja pena estabelecida era de morte por diversas formas, dentre as quais, tortura, forca, crucificação e decapitação. Igual sorte era conferida aos pais, filhos e irmãos do delinquente. Mutilações, exílio, escravidão, confiscação de bens e trabalhos forçados nas minas também eram adotadas como penas comuns. Crimes como falsificação eram penalizados com amputação das mãos; o estupro, com a castração; o perjúrio, com a morte; a revelação de segredos, com a amputação da língua; dentre outras penas violentes atribuídas a demais condutas (RUDÁ, 2018, p. 108).

Não obstante a essas modalidades de crime, havia os chamados crimes de lesa divindade, em cujo rol, estavam inseridos, os atentados contra os faraós, a cumplicidade a esses atentados, a desobediência às ordens reais, as ofensas dirigidas ao faraó e seus familiares, o perjúrio e o homicídio. Também eram incluídos no mesmo agrupamento os crimes cometidos contra os animais sacros, como o touro

Ápis e os crocodilos, além daqueles considerados sagrados, como o íbis, o gato e o gavião (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1958, apud RUDÁ, 2018, p. 109).

Quando o juiz presidente vestia o peitoral, abria a sessão e a finalizava com o voto dos juízes, enquanto jurados, para condenar ou absolver o réu, e a pena era previamente determinada pelas leis, que liam em oito códigos (CICCO, 2010, p. 32). A mulher ocupava posição diferente dos demais, podendo ser uma sacerdotisa ou rainha, como se observou em relação à última, Cleópatra, que ocupou o último trono. Há quem reconheça os egípcios da Antiguidade como sábios, diante dos monumentos que se revelavam muito acima do grau de civilização médio da época. Exemplo disso, são as pirâmides, como a de Quéops, demonstrando o conhecimento que detinham em Astronomia e Matemática (CICCO, 2010, p. 33). Conforme exemplificado por Moreux:

> Champollin decifrou, no ano de 1822, a pedra bilíngue de Roseta, escrita em grego e em hieróglifos. Desde então, vêm sendo encontrados surpreendentes dados sobre os conhecimentos científicos dos egípcios: conheciam a esfericidade da Terra, os movimentos do zodíaco, as relações do triângulo-retângulo, a densidade da água, etc. (CICCO, 2010, p. 32).

Outro vestígio importante da civilização egípcia são as múmias, resultado de um processo de conservação dos cadáveres, em razão de o povo acreditar na imortalidade da alma, a qual, em determinado momento, reassumiria o corpo mumificado[3].

2.1.2 Mesopotâmia

Traduzida do grego, a palavra Mesopotâmia significa *mesos* (meso) e *potamós* (rio), referindo-se à vasta região entre os rios Tigre e Eufrates, a qual era habitada por dois povos: ao norte, situavam-se os assírios, guerreiros e bárbaros, enquanto, ao sul, os caldeus, pacíficos e cultos (CICCO, 2010, p. 33). Assim, o domínio dos povos sobre regiões caracterizou a história da Mesopotâmia. Nos primeiros tempos, os assírios estavam sob o domínio caldeu. A capital do Império era a Babilônia, na qual viveu, por volta do ano 2150 a. C., o Rei Hamurabi, famoso pelo *código de leis* que guardava

[3] Segundo Cicco, a múmia era encerrada num sarcófago e colocada na pirâmide, caso se tratasse de um rei, tal como sucederia com sacerdotes ou nobres. A múmia de Ramsés II, o Grande, que viveu por volta de 1260 a. C., até hoje, conserva-se no Museu de Cairo (CICCO, 2010, p. 32).

seu nome (1726 a.C.) (CICCO, 2010, p. 34).

De acordo com Cicco (2010, p. 33), o Código de Hamurabi foi descoberto em Susa, no ano de 1902, e contém três partes. Na primeira, o legislador consigna suas glórias, a segunda contém 282 parágrafos dos textos legais, enquanto, na terceira, o rei abençoa os sucessores que seguissem as leis de seu código e amaldiçoa seus infratores. Mostra-se muito semelhante ao texto bíblico, no livro de Deuteronômio, especificamente, na passagem em que Moisés ataca os infratores dos Dez Mandamentos (e a recíproca também se observa).

Hamurabi, sexto rei da Suméria, da primeira dinastia babilônica, no século XVIII a.C., na Mesopotâmia, criou o Código (de Hamurabi, datado de 1770-1750 a.C.), um conjunto de leis. É baseado na Lei do Talião, que representa uma dura retaliação ao crime praticado e à respectiva pena, marcada pela premissa grafada no próprio texto "olho por olho, dente por dente" (CICCO, 2010, p. 34). Ou seja, consiste na compensação ou reciprocidade ao crime cometido por uma pena equivalente. Sendo assim, a título de exemplo, se um arquiteto fosse responsável pelo desabamento de uma casa que viesse a causar a morte dos moradores, seus familiares, do mesmo modo, estariam sujeitos à morte. Do mesmo modo, um assassino deveria ser punido com a retirada de sua vida. Apenas alguns poucos casos permitiam indenização em pecúnia (CICCO, 2010, p. 34).

O significado de *Talião* deriva do latim, *talio*, que significa retribuição. Referida lei foi utilizada por outros povos, como os hebreus, que a inseriram no Êxodo, Levítico e Deuteronômio, livros do Antigo Testamento. Conforme se observa do livro de Levítico, por exemplo: "quem ferir mortalmente um homem será condenado à morte. Quem ferir mortalmente um animal devolverá um semelhante: vida por vida" (Lv 24, 17-18). No mesmo sentido, a previsão em Deuteronômio: "teus olhos não o pouparão: vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé" (Dt 19, 21). E há também outras referências bíblicas, como a passagem que ilustra o grande Sermão da Montanha, quando Jesus se referiu à previsão normativa para contestá-la:

> Ouviste o que foi dito: 'Olho por olho, dente por dente'. Mas eu vos digo que não resistais ao malvado. A quem te bater na face direita, apresenta também a outra. A quem quiser fazer demanda contigo para tomar a tua túnica, deixa levar também o manto. E se alguém te forçar a dar mil passos, anda com ele dois mil. (Mt 5, 28-41).

Vale ressaltar que o direito de propriedade era rigorosamente defendido, ou

seja, se um homem fosse roubado num município, e o ladrão não fosse encontrado, a vítima poderia exigir das autoridades do município a quantia em que fora lesado. Por sua vez, o Alcorão, livro sagrado do Islã, reafirma a norma, mas admite a possibilidade do perdão: “e nós lhes prescrevemos que se pague vida por vida, olho por olho, nariz por nariz, orelha por orelha, dente por dente, e, também, para as feridas, o talião. Mas quem perdoar, seu perdão será sua expiação.” (Surata 5, 45).

Embora as referências até aqui sejam de escritos mais antigos, a premissa do talião exerceu e ainda exerce grande influência, sendo relevante rever os principais tópicos de seu conteúdo:

> Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então aquele que enganou deverá ser condenado à morte.
> Se uma pessoa roubar a propriedade de um templo ou corte, ele será condenado à morte e também aquele que receber o produto do roubo deverá ser igualmente condenado à morte.
> Se uma pessoa roubar o filho menor de outra, o ladrão deverá ser condenado à morte.
> Se uma pessoa arrombar uma casa, deverá ser condenado à morte na parte da frente do local do arrombamento e ser enterrado.
> Se uma pessoa deixar entrar água, e esta alagar as plantações do vizinho, ele deverá pagar 10 gur de cereais por cada 10 gan de terra.
> Se um homem tomar uma mulher como esposa, mas não tiver relações com ela, esta mulher não será considerada esposa deste homem.
> Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho quando crescer não poderá ser reclamado por outra pessoa.
> Se alguém tiver um débito de empréstimo e uma tempestade prostrar os grãos ou a colheita for ruim, ou os grãos não crescerem por falta d’água, naquele ano a pessoa não precisa dar ao seu credor dinheiro algum. Ele deve lavar sua tábua de débito na água e não pagar aluguel naquele ano.
> Se a esposa de alguém for surpreendida em flagrante com outro homem, ambos devem ser amarrados e jogados dentro d’água, mas o marido pode perdoar a sua esposa, assim como o rei perdoa a seus escravos.
> Se um homem quiser se separar e sua esposa que lhe deu filhos, ele deve dar a ela a quantia do preço que pagou por ela e o dote que ela trouxe da casa de seu pai, e deixá-la partir.
> Se alguém der seu filho para uma ama e a criança morrer nas mãos desta ama, mas a ama, com o desconhecimento do pai e da mãe, cuidar de outra criança, então eles devem acusá-la de estar cuidando de uma outra criança sem o consentimento do pai e da mãe. O castigo desta mulher será ter os seus seios cortados. (MACEDO, 2020).

Referido código não contém as mesmas características das leis contemporâneas. A configuração que predomina atualmente apareceu somente com o Código Civil napoleônico. De acordo com especialistas, existem várias falhas no Código de Hamurabi, mas alguns estudiosos, como E. Bergmann, pesquisaram e compuseram sua estrutura de forma coerente (MACEDO, 2020):

a) leis punitivas de prováveis delitos praticados durante um processo judicial

(artigos 01 a 05);

b) leis regulatórias do direito patrimonial - artigos 06 a 126;
c) leis regulatórias do direito de família e heranças - artigos 127 a 195;
d) leis destinadas a punir lesões corporais - artigos 196 a 214;
e) leis que regulam os direitos e obrigações de classes especiais como: médicos (incisos 215 - 223), veterinários (incisos 224 - 225), barbeiros (incisos 226 - 227), pedreiros (incisos 228 - 233), barqueiros (incisos 234 - 240) - artigos 215 a 240.
f) leis regulatórias de preços e salários - artigos 241 a 277;
g) leis adicionais regulatórias da posse de escravos - artigos 278 a 282.

Diferentemente dos estudos levantados por E. Bergmann, Hugo Winker criou sua classificação (MACEDO, 2020):

a) encantamentos, juízos de Deus, falso testemunho, prevaricação dos juízes - artigos 01 a 05;
b) crime de furto e rapina, reivindicação de móveis - artigos 06 a 25;
c) direitos e deveres dos oficiais e dos gregários em geral - artigos 26 a 41;
d) locação em regime geral dos fundos rústicos, mútuos, locação de casas e doações em pagamento - artigos 42 a 65;
e) relação entre comerciantes e comissionários - artigos 100 a 107;
f) regulamento das tabernas (taberneiras prepostas, polícia, penas e tarifas) - artigos 108 a 111;
g) obrigações (contratos de transporte, mútuos), processo de execução e servidão por dívidas - artigos 112 a 119;
h) contratos de depósito - artigos 120 a 126;
i) injúria e difamação - artigo 127;
j) matrimônio e família, crimes contra a ordem da família, contribuições e doações nupciais, sucessão - artigos 128 a 184;
k) adoção, ofensa aos genitores, substituição dos recém-nascidos - artigos 185 a 195;
l) crimes e penas (lesões corporais) de talião, indenização e composição - artigos 196 a 214;
m) médicos e veterinários, arquitetos e barqueiros (mercês, honorários e responsabilidade), choque de navios - artigos 215 a 240;
n) sequestro, locações de animais, trabalhos nos campos, pastores, operários,

danos, furtos de utensílios para água, escravo (ação redibitória, responsabilidade por evicção, disciplina) - artigos 241 a 282.

Essa nova classificação é apenas uma extensão da primeira estrutura, mas permite identificar que o mencionado código não trata só da questão referente à morte e suas atribuições penais, como é de amplo conhecimento, razão pela qual sua influência se estende hodiernamente. A apontada organização auxilia na confirmação de que essa legislação possui muita importância e também fornece certos conceitos que, provavelmente, devem ter sido aplicados pelas legislações subsequentes de áreas relacionadas ao Direito.

2.1.3 Pérsia

Por volta do ano 2000 a.C., na região das atuais planícies iranianas, iniciava-se a civilização persa, cujo nascimento se deu em paralelo a outros povos, denominados medos. Enquanto os babilônios mantinham os hebreus sob duro cativeiro e profanavam os vãos do templo de Jerusalém, Daniel ameaçou Nabucodonosor com a ruína próxima (Dn II, 24-43).

Próximo do ano 550 a.C., Ciro, o Grande, um jovem persa, destacou-se como o primeiro rei persa, por conquistar o reino da Média e unificar os dois povos: medos e persas, estabelecendo um império que perdurou por cerca de 200 anos. A conquista se deu em uma determinada noite – enquanto o governador da Babilônia, Baltazar, desfrutava de um banquete –, em que Ciro tomou a cidade através do leito seco do rio Eufrates, por onde fez passarem suas tropas (Dn V, 24-28; Dn VI, 25 e 28). Ainda conquistou a região da Lídia, debelando as cidades-estado gregas situadas na atual Turquia e parte do Oriente Médio, que envolvia regiões como a Fenícia e a Síria, que foram anexadas. Fernandes pontua que:

> Em 539 a.C., Ciro libertou os judeus do cativeiro da Babilônia, ordenado por Nabucodonosor, permitindo que esse povo regressasse à sua terra de origem. Foi ainda com Ciro, que começou um dos aspectos mais acentuados dos governantes persas: uma espécie de “política ecumênica” e tolerante que se caracterizava pelo respeito às culturas dos povos conquistados, sem imposição de crenças ou de hábitos. (FERNANDES, 2022).

O sucessor de Ciro, seu filho Cambises, governou apenas entre 529 e 522 a.C., morrendo sem deixar herdeiros, e foi Dario I, com o apoio de nobres persas, que, empossado ao trono imperial, alcançou o posto entre os mais poderosos imperadores

da Antiguidade. Nessa época, inovou-se com construções de engenharia, dentre as quais, as estradas que ligavam as principais cidades do império, como Pasárgada, Susa e Persépolis, e sistemas de impostos unificados (FERNANDES, 2022). Nessa linha, “o império se desenvolveu de tal modo que o rei persa, Dario I, não podia governa-lo por si só. Dividiu-o em províncias ou satrapias, que confiou a governadores ou sátrapas, fiscalizados por funcionários chamados olhos e ouvidos do Rei Dario” (CICCO, 2010, p. 38).

A história da civilização persa é caracterizada pela relação com as cidades-estado gregas, pois foi contra os persas que os gregos travaram as famosas guerras greco-pérsicas ou guerras médicas (nome em decorrência dos povos medos).

> Desde Dario I, passando por Xerxes, até Dario III (o último rei persa), que persas e gregos enfrentavam-se. Sempre foi um desejo persa conquistar a região da Hélade (como era conhecida a Grécia Antiga). A batalha de Salamina, ocorrida em 480 a.C., foi a mais importante daquelas travadas entre gregos e persas, haja vista que a marinha ateniense, liderada por Temístocles, conseguiu o grande feito de deter o avanço do poderoso exército de Xerxes. (FERNANDES, 2022).

Dario III foi o derradeiro imperador persa, pois não foi capaz de vencer Alexandre, O Grande, ou Alexandre da Macedônia, submetendo-se, por isso, ao maior império da Antiguidade antes do Império Romano, pois Alexandre estendeu os domínios de seu império sobre toda a região do antigo Império Persa (CICCO, 2010, p. 38-39).

Quanto à religião, em algum momento, entre 1.500 a.C. e 1.000 a.C., um profeta chamado Zoroastro, ou Zaratustra, atuou, em determinado local da Ásia Central, e seu credo passou de geração a geração, até se tornar a mais importante religião dualista – o zoroastrismo. Sua essência consistia em ver o mundo como uma batalha cósmica entre o deus bom (Ahura Mazda) e o deus mau (Angra Mainyu). Os humanos, por sua vez, teriam de ajudar o primeiro (HARARI, 2020, p. 238).

Essa religião se tornou a mais importante durante o Império Persa Aquemênida (550 a.C. até 330 a.C.), tornou-se a religião oficial do Império Persa Sassânida (224-651 a.C.) e promoveu influências nas religiões e ideologias subsequentes no Oriente Médio e na Ásia Central, inspirando a ideia do dualismo, característica do maniqueísmo. Este, nos séculos III e IV, espalhou-se da China até o norte da África e perdeu o fôlego para o cristianismo romano (HARARI, 2020, p. 239).

Como se percebe, a religião caracteriza a cultura, de modo geral, o que não é

diferente no sentido jurídico, atingido pela ideologia de que o divino é a autoridade. Destarte, a grande fonte do direito era a vontade do soberano, respaldado pelo direito divino. Significava dizer que toda transgressão contra o soberano era, na verdade, contra a lei e a divindade, representava ofensa à própria divindade (ANTIGUIDADE..., 2015).

A história do Direito Penal na Pérsia é contada considerando-se dois períodos: o da Idade Antiga e o que corresponde ao Alto Medievo Ocidental. O período antigo é marcado por ter se sustentado sob a égide das ideias zoroástricas, enquanto o segundo, sob a égide das ideias maometanas. A exemplo do Direito Penal aplicado dentro de outros povos na Antiguidade, o de natureza persa destaca-se mais pela crueldade das penas aplicadas do que pela natureza dos ilícitos.

> [...] crimes de menor importância eram punidos com chibatada que podia ser, em parte, substituída pela multa pecuniária.
> Os crimes mais graves eram severamente punidos com castigos bárbaros como a marca a fogo, a mutilação, a cegueira e a própria morte. A pena de morte era aplicada em casos de homicídio, estupro, aborto, grave desrespeito à pessoa do rei e traição.
> Os rebeldes recebiam punição exemplar: “eram levados à corte real onde lhes cortavam o nariz e as orelhas; mostravam-no ao povo e em seguida eram conduzidos à capital da província em que se haviam revoltado e aí eram executados [...]”. (ANTIGUIDADE..., 2015).

Diversos e cruéis, eram os castigos punitivos, e seus meios são característica marcante dos persas, valendo destacar alguns. O primeiro deles, a cadeira de pele humana, foi realizado quando um juiz foi surpreendido aceitando suborno, cuja pena de morte aplicada pelo rei não foi suficiente, pois o homem tinha que se tornar um lembrete constante. Então, assim que foi morto, o rei ordenou que sua pele fosse retirada e usada para forrar uma cadeira, na qual se sentaram os próximos juízes (GARGIONI, 2018).

Vale pontuar, também, o afogamento nas cinzas. Havia uma torre de 23 metros preenchida somente com cinzas e um mecanismo de rodas, a cujo topo, o criminoso era levado e jogado em seu interior. A distância entre o topo da torre e as cinzas não era bastante para matar alguém, mas suficiente para quebrar alguns ossos. Então, ao lado de fora, alguns homens começavam a operar o mecanismo de rodas, que fazia com que essas girassem as cinzas até serem capazes de afogar o condenado (GARGIONI, 2018).

Havia, ainda, o ouro derretido *goela abaixo*. O imperador romano Valério foi

capturado por soldados persas e mantido como prisioneiro. Durante esse tempo, foi humilhado publicamente de diversas formas, até que Shapur, o imperador persa, decidiu lhe dar um fim e, para tanto, derramou ouro derretido pela garganta do imperador romano, após o que mandou empalhá-lo e o expôs em um templo (GARGIONI, 2018).

Aos ladrões, por sua vez, não cabia perdão, de modo que, dentre algumas existentes, uma das punições era o desmembramento. Além disso, o ladrão que fosse surpreendido roubando em uma estrada sofreria seu castigo no mesmo lugar em que cometeu o crime. E como se aplicava a pena de desmembramento? Os topos de duas árvores próximas eram puxados de forma a ficarem o mais próximo possível um do outro e eram amarrados nessa posição; em seguida, os executores prendiam cada perna do condenado ao topo de uma das árvores e cortavam a corda que as unia. O criminoso, então, era rasgado ao meio e ficava pendurado na estrada como aviso para qualquer um que pudesse pensar em roubar (GARGIONI, 2018).

Apesar desses castigos severos, convém notar que a lei não permitia que se punisse com a pena de morte alguém que houvesse cometido um único crime; nem mesmo um escravo deveria ser punido com atrocidade em razão de uma única falta: seus méritos deveriam ser levados em consideração. O rei era o supremo juiz, sobretudo, em matéria penal (GARGIONI, 2018).

Contudo, a tolerância era zero para rebeldia, razão pela qual, por vezes, havia quem se revoltasse contra o rei. Quando ocorreu com o rei Dario, esse fez questão de usar os líderes rebeldes como exemplo para quem pensasse em se revoltar novamente. Cortou narizes, orelhas, línguas e um olho de cada líder; depois, acorrentou-os aos portões da frente do castelo para todos verem. Além de toda a dor que sofriam, a população ajudou a piorar a situação, espancando-os e ridicularizando-os ao passar por eles. Foi somente após um período de tempo, que Dário autorizou as mortes (CICCO, 2010, p. 28).

Havia ainda o escafismo ou pena de botes, em que o sujeito era colocado nu dentro de um tronco ou de um bote coberto, apenas com cabeça, mãos e pés para fora. Posteriormente, era alimentado a leite e mel até ter diarreia e ficar envolto em sua própria sujeira. Ainda assim, os executores jogavam mais mel sobre o condenado, o qual era deixado preso no local para ser comido vivo pelos insetos que surgiam e consumido por doenças (GARGIONI, 2018).

Conforme a explanação acima, observa-se que muitos, eram os meios cruéis

adotados, destacando-se, a título de mais um exemplo, a morte tripla, pela qual a pessoa sofria retaliações até quase morrer, recuperava-se, era submetida a nova sequência de retaliações, posteriormente, da qual também se recuperava, até que, somente em uma terceira sessão, permitiam sua morte (GARGIONI, 2018).

A partir da ideia de que todo delito era, em verdade, praticado contra o próprio soberano, na Pérsia, insistiu-se em um modelo descentralizado de administração criminal, onde os administradores das províncias eram responsáveis, perante os particulares e o soberano, pela prática de delitos que se cometiam nas respectivas províncias. Esse modelo explica muito bem o extremismo, quando da aplicação das penas (ZAFFARONI, 2006, apud RUDÁ, 2018, p. 115).

2.2 A Antiguidade Clássica

2.2.1 Grécia

Foi na Grécia, que se iniciaram a Filosofia, a Política, o Teatro e a Poesia. Situa-se na península dos Bálcãs, estendendo sua cultura pelo mar Egeu, daí a origem das denominações Grécia Continental e Grécia Insular. De acordo com Cicco (2010, p. 40), remotamente, o território sofreu invasão de povos de origem desconhecida, além dos helenos. Os jônios, povo laborioso e pacífico, ocuparam a Hélade, onde foi fundada Atenas. Diferentemente, o povo dório, caracterizado por ser aguerrido e menos pacífico, situou-se no sul da península, no Peloponeso, onde edificaram Esparta. “Outras tribos menores, os asqueus e os eólios, ocuparam as ilhas do Mar Egeu: Lesbos, Córcira, Corfu, Chipre, etc.” (CICCO, 2010, p. 48).

Não há, até então, um alcance muito distante da história grega, em decorrência da ausência de evidências que vão além do restante de fragmentos ofuscados, reconstituídos pelos historiadores. Esses partem dos textos filosóficos do século IV a.C., pois, apesar de a história grega demonstrar ter se iniciado muito antes, não existem tantos vestígios para registro (CICCO, 2010, p. 49).

Algumas obras literárias são muito conhecidas, ao exemplo das poéticas de Homero, Hesíodo e Sólon; dos discursos dos oradores, como Lísias, Isócrates e Demóstenes; e das obras dos trágicos, como Ésquilo, Sófocles e Eurípides. Há os historiadores que registraram, como Diógenes Laécio e Plutarco, os quais compõem o que há de mais importante no histórico do direito grego (ASSIS; KÜMPEL;

SPAOLONZI, 2010, p. 16).

> [...] foram celebrados por Homero nos poemas Ilíada e Odisseia. A Ilíadatem como base a lenda da guerra entre gregos e troianos, devido ao rapto de Helena, mulher do rei de Esparta, Menelau, por Páris, filho do rei de Troia, e do longo cerco feito pelos gregos, desunidos entre si em Troia, sobretudo Agamenon, irmão de Menelau, e Aquiles, o mais valoroso dos guerreiros. A desunião dos gregos fez com que a situação do cerco se prolongasse até que Ulisses teve a grande ideia do cavalo de madeira, conhecido como “Cavalo de Troia”, que permitiu que a cidade fosse ocupada enquanto todos dormiam. Tróia era também conhecida como ílion, por isso o título do poema. (CICCO, 2010, p. 48).

Os gregos, por sua vez, construíram dezenas de *póleis*, como Atenas, Esparta, Tebas, Corinto, Éfeso, Eleia e outros, cada uma das quais com seu próprio direito, sendo a produção cultural ateniense a mais influente na cultura ocidental, que, merecidamente, será objeto da inteira análise (CICCO, 2010, p. 45).

A organização social primitiva da Grécia foi do tipo patriarcal e feudal. Ainda não existia, de fato, um Estado grego, como atualmente, mas constituía-se na forma de núcleos populacionais, dos quais cada um constituía uma cidade autônoma. A família foi a célula inicial dessas cidades, sendo agregada ao genitor, que era considerado o sumo sacerdote do culto doméstico dos lares antepassados, o pai da autoridade máxima na família, chefe do lar (CICCO, 2010, p. 45).

> Acontecia agrupamento de famílias pelo parentesco de duas ou mais, o que levou a constituição de fratria, sendo o chefe o pai de família mais antigo. A necessidade de associação levou as famílias e fratrias a relações suprafamiliares, e a se unirem numa confederação de famílias, origem próxima da cidade, que se estruturou como uma família amplificada, com seu forte ou acrópole; seu templo ou pritaneu; e sua praça de deliberações ou ágora. (CICCO, 2010, p. 45).

O desenvolvimento da complexidade social é relacionado ao aparecimento da *pólis*, ante o crescimento populacional, a multiplicação da produção e o surgimento dos mercados. Mas também se relaciona ao crescimento qualitativo, que são aquelas formações novas e diferentes das anteriores, penetrantes na totalidade da organização social e que provocaram alterações na estrutura organizacional, conforme o aparecimento de consequentes novas classes sociais, como, por exemplo, comerciantes, aristocracia fundiária, camponeses, artesãos, escravos, dentre outros; nova prática social, como comércio, escravidão, propriedade privada e família monogâmica; e novos saberes, segundo a técnica, a Arte e a Filosofia (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 19). Assim, retratam, Assis, Kümpel e Spaolonzi:

> A *pólis* é o resultado de transformações quantitativas e qualitativas, porém, o seu aparecimento imprime uma velocidade ainda maior a essas transformações. Com a *pólis,* ocorre uma expansão da produção, do mercado, da escravidão, do comércio, da população, da propriedade privada, etc. A *pólis* é, portanto, o resultado de uma ruptura no desenvolvimento da sociedade grega, que exigiu a reorganização dessa sociedade em bases totalmente novas e em um grau maior de complexidade. **A *pólis* alterou profundamente a organização social e, por conseguinte, o direito grego, daí a importância de investigar a sua formação**. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 20, grifo nosso).

Os primeiros momentos da pólis foram caracterizados pelo domínio de uma aristocracia fundiária, segundo Ferraz Júnior:

> A sociedade política (pólis) surge como uma forma hierárquica de domínio baseada em prestígio. A pólis, portanto, não nasce democrática, mas o seu nascimento implica o aparecimento do espaço público em oposição ao espaço privado. O espaço público é o espaço político e o local de encontro dos iguais (ísoi). Nesse espaço, a liberdade política aparece como status próprio daquele que é considerado cidadão. Igualdade, liberdade e cidadania assumem, assim, um papel fundamental na construção do direito que irá prevalecer na pólis. (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 54).

Destarte, quando se pesquisa e analisa o conjunto de fatores determinantes da sociedade política, observam-se suas raízes aprofundadas no passado, o que possibilita melhor compreensão acerca do presente.

Segundo a maioria dos historiadores, a histórica da cultura da Grécia se divide em cinco períodos, cuja divisão objetiva facilitar a compreensão e organizar o pensamento de forma sucinta. A história do Direito Penal grego pode ser dividida facilmente em dois períodos, sendo o primeiro chamado de legendário, e o segundo, de histórico. A principal característica do primeiro período é a forte influência da mitologia, como se verá no discorrer dos próximos tópicos, a qual influenciava, não apenas as sanções, como também as execuções de penas (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 17).

Prevalece, assim, a execução de sangue, o que conferia um caráter de crueldade e desproporcionalidade ao que chamavam de justiça. A exemplo de outros povos, o caráter teocrático era o que proporcionava tom nas questões criminais. O considerado culpado não deveria temer quem executava as penas, pois o espírito da vingança era o verdadeiro responsável pela punição ao delinquente. Muito comum, inclusive, era a aplicação de castigos coletivos, uma vez que atingiam também a família do condenado (RUDÁ, 2018, p. 115).

Além disso, não há como estudar o Direito grego sem levar em conta o grau de independência de suas principais cidades-estado, como Atenas, Esparta, Tebas, Catania e Grotyna, sem prejuízo das demais, o que configura um aspecto positivo acerca das legislações gregas. Contudo, infelizmente, tem-se disponível hoje quase nada do que foi escrito (RUDÁ, 2018, p. 116).

2.2.1.1 O primeiro período: Pré-Homérico

Cronologicamente, este período remonta anterior ao século XII a.C., conhecido também como civilização micênica, em que predominava o sistema palatino, organizando a vida política e social em torno do rei como divindade, concentrando nesse todo o poder. Destaca-se que referido período foi à ruína em razão das invasões pelas tribos dóricas (VERNANT, 1990, p. 250).

No período pré-Homérico da civilização grega, a vida política e social organizava-se em torno do palácio, cujo personagem central era o rei divino (*ánax*), que concentrava, em sua pessoa, todos os elementos do poder, todos os aspectos da soberania. O poder, nessa estrutura social, era um instrumento de exercício de império e soberania, uma capacidade de produzir obediência ligada a um rol de competências. Por intermédio de escribas e inspetores reais, organizados hierarquicamente, o rei regulamentava e controlava todos os setores da vida econômica e todos os domínios da atividade social. Assim, em torno do rei, estavam os personagens mais importantes, cujos títulos destacavam as altas funções administrativas, mas que exerciam também comandos militares (VERNANT, 1990, p. 251).

O rei, ou *ánax*, atuava por meio da aristocracia, promovida por guerras bem formadas, com carros, autoridade e hierarquia, cujos militares gozavam de privilégios e estatuto particular, muito embora todos estivessem sujeitos à autoridade do *ánax* (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 22). Por sua vez, o sistema palaciano era organizado com apoio no setor administrativo, que detinha técnicas de contabilidade e controle para gerir e restringir a vida social e econômica, cujos trabalhos eram escritos e arquivados.

Entretanto, a competência monarca não se limitava às guerras e à economia, mas estendia-se, sobretudo, à vida religiosa, abrangendo qualquer ato ritualístico, como sacrifícios e oferendas exigidas de cada súdito, de acordo com a classe social

em que se situava. O poder soberano era associado a uma classe sacerdotal de grande número e por demais influente (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 22). Logo, resta claro que o sistema palaciano era a cúpula do poder, em seu mais alto grau, permitindo controle social rigoroso sobre vasto território, convergindo as riquezas em favor do palácio e alimentando cada vez mais o poderio.

O rigor marcava, principalmente, as leis. A observância de sua elaboração e cumprimento era confiada a um corpo de servidores competentes do palácio, munidos de poderes policiais, que não retiravam do rei os poderes militares; ao contrário, o rei arrogava para si o direito de castigar com multas, prisão, flagelação e até mesmo a morte aqueles entendidos como insurgentes. Contudo, mesmo concentrando o poder em sua pessoa, o soberano dependia, de certa forma, do apoio de classes superiores, como os escribas, sacerdotes e a aristocracia guerreira (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 22).

Além da burocracia palaciana, havia um grupo na área rural formado por famílias, organizado em aldeias, originalmente *dêmos*, o qual detinha vida própria e autonomia concernente ao poder central. As relações de vizinhança que se problematizavam eram solucionadas por decisões conforme tradições e hierarquias locais, situação que originou o *basiléus*, uma autoridade distinta do rei palaciano, pessoa simples, proprietário rural na aldeia e também vassalo do *ánax* (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 23). Assim, para Assis, Kümpel e Spaolonzi:

> Esse vínculo de vassalagem, num sistema de economia em que tudo era contabilizado, adquiriu a forma de uma responsabilidade administrativa. Vale dizer, o *basiléus* fiscalizava as atividades aldeãs, especialmente a distribuição para o ánax. Ao lado do *basiléus* existia um Conselho de Anciãos (gerousía), que confirmava a relativa autonomia da comunidade aldeã no tocante ao poder central. Tomava assento na assembleia os chefes das famílias mais influentes. Os simples aldeões, homens de famílias pobres, formavam o grupo dos espectadores, escutavam em silêncio os qualificados para falar e não expressavam seus sentimentos, senão por um rumor de aprovação ou descontentamento. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 23).

A partir do século XII a.C., inicia-se a queda do sistema palaciano pela invasão das tribos dóricas, principalmente, após tomarem a cidade principal, Micenas, provocando diáspora e fazendo desaparecer todo o sistema econômico e demais organizações antes instituídas de palaciana. Até mesmo a escrita desapareceu e retornou apenas no século IX a.C., não somente para os arquivos do rei, mas para publicidade em geral. Esse contexto levou os gregos ao isolamento, e, uma vez

isolado, o Estado rompe vínculos com o Oriente, transformando o mar, que ora era uma passagem, numa barreira, e a economia grega retorna ao sistema agrícola em totalidade, cujo senhor (basileus) era a autoridade local (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 24).

Exaurido o *ánax*, ora rei divino, subsistiu, o senhor aldeão (*dêmos*), e, como os conflitos eram resolvidos em discussões entre famílias, as mais poderosas formavam uma aristocracia. Mas a busca de um acordo, de um discurso, provocará, em pouco tempo, as reflexões morais e especulações políticas que presidirão a formação da pólis, originando o pensamento racional (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 24-25).

2.2.1.2 O segundo período: Homérico

Compreendido pelo período entre os séculos XII e IX a.C., corresponde exatamente aos 400 anos narrados por Homero em *Ilíada*, da obra *A Odisseia*, uma das principais literaturas antigas, um verdadeiro poema épico. Após os dórios conquistarem a região, finalizando-se o período Pré-Homérico, em que ruiu, o sistema palaciano, inicia-se o período Homérico com o sistema patriarcal e pastoril (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 28).

As comunidades aldeãs (*dêmos*) se fortalecem, uma vez que o sistema palaciano faliu, permitindo a criação também de outras comunidades, as quais começaram a se agrupar, denominando-se gentílica (*génos*). Com isso, iniciou-se a prática de economia comunitária, e, na sequência, o poder das comunidades (*genos*) passa a se concentrar nas mãos de algumas famílias, as mais ricas, assim como ocorria no contexto que abrigava apenas comunidades aldeãs (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, 2010, p. 29).

Também era característica, a prevalência da economia doméstica e agrícola. Quanto ao direito, os patriarcas (ou *basileús*) das famílias mais ricas eram quem estabeleciam as regras do direito privado, das quais muitas perpetuaram no Direito grego (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 29). E acerca da comunidade gentílica:

> Consiste em uma forma de associação em que os membros que a compõe estão unidos pelo vínculo do parentesco ou da descendência efetiva e real ou simplesmente presumida e fictícia, interiormente caracterizado por uma

estreita solidariedade dos membros entre si. (VANNI, 1916, p. 112).

Em virtude da solidariedade na comunidade gentílica, a estrutura social é composta por esse vínculo, ficando, seus membros, obrigados a se ajudarem e protegerem mutuamente. “Parentesco e solidariedade estavam, portanto, conjugados na produção para manter a vida material da comunidade gentílica” (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 23).

Assim, a complexidade do *génos* aumentou, aliada à multiplicação populacional, de forma que a organização gentílica se fracionou em várias famílias menores, do original *oikós,* e, gradativamente, essa sociedade retomava o estilo de antes, quando das comunidades aldeãs, que é o da união de famílias, uma mais influente que outra (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 29).

Nos próprios poemas de Homero, fazem-se presentes, relatos da existência do sistema de propriedade seletiva, paralelo ao sistema de propriedade individual. É provável, que as pessoas expulsas da família por delinquência ou crime (filhos mais jovens numa família grande, ou homens livres) tenham migrado para o limite do território cultivado e se apossado das terras menos férteis, fazendo dessas, sua propriedade e de sua família (ROSTOVTZEFF, 1986, p. 61).

Foi a partir da racionalidade, que se instituía o princípio da solidariedade, que representava uma espécie de mútuo de paz e da defesa, ou seja, os gentílicos garantiam entre si, interna e externamente, a defesa e a paz, razão pela qual pertencia ao *génos*, o direito de perseguir o suposto delituoso. “Tal reação coletiva se inspirava na noção de que os membros do grupo garantiam solidariamente e o infrator devia ser posto fora da comunidade.” (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 29).

Isso acabou, de certa forma, instituindo-se indiretamente, pois, a partir dessa estrutura, certos comportamentos e maneiras de agir, por constantemente se repetirem, tornaram-se regras gerais de conduta (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 30). Pertencer, no grupo social, era o mesmo que seguir conforme as regras estabelecidas pelo mesmo. “O direito do grupo é sentido como o único direito possível, até porque o indivíduo não possui nenhum acesso independente de sua parentela ao desencadeamento de outras possibilidades.” (LUHMANN, 1983, p. 59).

Para os gentios, o direito consistia, portanto, num conjunto de normas consuetudinárias, de caráter genérico, normas, essas, homogêneas e que se confundiam inicialmente para, depois, diferenciarem-se nas espécies religiosa,

jurídica, moral, entre outras (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 30). O processo histórico aponta que a evolução do grupo familiar consiste numa redução constante do círculo de pessoas que o compõem, e, com isso, também se reduz o círculo de abrangência do princípio de parentesco e do princípio da solidariedade, em razão do exposto por Coulanges:

> No decorrer do período homérico, algumas famílias passaram a deter grandes extensões de terras férteis e, por isso, tornaram-se mais ricas e influentes. Instaurou-se na organização gentílica uma desigualdade, a tal ponto que algumas famílias tornaram-se clientes, arrendatários ou escravos de outras. A clientela, segundo Fustel de Coulanges, é uma instituição do direito grego antigo e já existia antes do aparecimento das cidades. (COULANGES, 2003, p. 104).

A família patriarcal (*oîkos*) aparece como uma instituição contrária ao *génose*, ao *dêmos*, motivo pelo qual o significado dessas expressões se modificou com o passar do tempo. No período Homérico, *dêmos* significava comunidade aldeã, ou seja, a população e o território de uma aldeia. Com o advento da cidade, passou a significar a população de uma região formada por muitas aldeias e organizada de forma político-administrativa. Posteriormente, passou a significar politicamente *povo,* em oposição à nobreza aristocrática:

> Daí **a origem e o significado da palavra democracia como o governo do povo**. Com o surgimento da pólis aparece uma dicotomia no direito grego que vai permanecer ao longo de toda a sua história: **a contraposição entre espaço público (pólis), onde ocorre atividade política e espaço privado (oîkos), onde ocorre a atividade produtiva**. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 31, grifo nosso).

Inicialmente, a palavra *génos* significava *grande família*, cujos membros eram conectados por parentesco, como supraexplanado. Posteriormente, passou a denotar grupo social com descendência comum, e cujos laços parentais não eram tão próximos como em época mais remota. Mais tarde ainda, aparece, uma terceira nomenclatura, o *gênero*, classificado como o todo, agrupamento do geral que contém as espécies.

Verifica-se, portanto, que toda a história grega cultural e jurídica do período Arcaico está inexoravelmente conectada à construção e aplicação dos princípios da represália, da reciprocidade, de talião, da solidariedade e da isonomia. Desse ponto, evoluirá para noções de cidadania, virtude, liberdade, justiça e verdade, temas esses

revisitados no período Clássico com sofisticação pelos poetas, legisladores e filósofos.

2.2.1.3 O terceiro período: Arcaico

Os séculos VIII a VI a.C. compreenderam esse período, marcado pelos agrupamentos que, então, passam a construir cidades ou fortalezas ao seu redor para sua defesa, como as cidades dos governos das comunidades. O período Arcaico também sofreu crises políticas e econômicas intensas, de forma a modificar o sistema jurídico, principalmente, no setor de propriedade fundiária, no sentido de retomar a boa relação comercial com o Oriente, favorecendo o crescimento urbano e comercial de forma geral (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 18).

Foi nesse período, que Hesíodo escreveu a obra titulada *Os trabalhos e os dias*, estabelecendo o direito como fundamento de toda a vida social. Também nesse mesmo momento histórico, foi que os urbanos e artífices (oligarquia urbana) se fortaleceram como uma classe social e passaram disputar o poder político contra a aristocracia fundiária instalada, promovendo mudanças no Direito ateniense a partir da reforma de Sólon (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 18).

No período Homérico, os gregos entendiam que as leis mais antigas tinham sido reveladas pelos deuses aos antepassados, os quais as transmitiram para gerações posteriores. A manutenção das leis e costumes apresentava um aspecto religioso e divino, mesmo após o advento da pólis, pois se baseava no não esquecimento da verdade revelada pelos deuses no passado, pelos mestres da verdade (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 29).

Os chefes das famílias aristocratas, que também detinham as funções de sacerdotes e árbitros, ou juízes, com fundamento na ideia de que seriam descendentes dos deuses, tomaram para si o monopólio de dizer e interpretar o direito e a religião. Esse direito, assentado em fórmulas sagradas e não escritas, conhecido apenas pelos chefes das famílias aristocratas, permanecerá durante muito tempo entre os gregos (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 34).

O juramento perante os deuses aparece como uma maneira singular de se produzir e estabelecer a verdade jurídica. E esse estabelecimento não passa pela palavra laica da testemunha que presencia os fatos. A eficácia da prova testemunhal aparece com o aumento da complexidade social, que impõe a laicização do direito, e o deslocamento da palavra eficaz (a dos mestres da verdade) para a palavra

persuasiva (a dos oradores) (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 34).

Diferentemente da palavra dos mestres da verdade, a dos guerreiros se caracterizava por ser compartilhada, pública e leiga. Acerca da mesma, retrata, Chauí:

> Não é uma palavra mágico-religiosa que coincide com a ação instituída por ela num mundo de forças e potências. Pelo contrário, é uma palavra que precede e sucede a ação humana [...]; diz respeito diretamente aos negócios do grupo e ao que interessa nas relações de cada um com outros. Instrumento de diálogo, esse tipo de palavra não tira mais sua eficácia de um jogo de forças religiosas que transcendem os homens. Funda-se essencialmente no acordo do grupo social que se manifesta pela aprovação ou pela desaprovação [...]. É na assembleia dos guerreiros que se preparam o futuro estatuto da palavra jurídica e filosófica, isto é, da palavra que se submete à publicidade e que tira a sua força do assentimento de um grupo social (CHAUÍ, 1998, p. 38).

Antes do combate, os guerreiros se reuniam, formavam uma assembleia para propor e discutir táticas e estratégias, emitiam opiniões e tomavam o partido do que a maioria acreditava como mais adequado a ser adotado. Após as batalhas, também se reuniam para discutir a partilha do espólio, onde cada um tinha sua oportunidade de falar, de ser ouvido e praticar o que chamavam de isegoria, ou seja, possibilidade de emitir opiniões acerca dos temas em condições de igualdade (CHAUÍ, 1998, p. 38). Os discursos eram norteados por normas racionais, sempre assentados no direito de emitir opiniões, porque consideravam todos os participantes como iguais, esclarecendo, Assis, Kümpel e Spaolonzi, que:

> O discurso do guerreiro aproximava-se mais da *dóxa* (opinião) do que de *aléthea* (verdade). Mas os gregos entendiam que, quando a persuasão era sincera, era *pheithó* (convincente) e se relacionava com *diké* (justiça) e *pístis* (confiança) e, nesse sentido, aproximava-se de *alétheia* (verdade); porém, quando a persuasão era enganosa, era *apáte* (sedução mentirosa) e se relacionava com *hýbris* (injustiça) e *pseudés* (desconfiança) e, nesse caso, afasta-se de *alétheia* (verdade). (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 66).

A pólis veio a se constituir e se inspirar, não na prática dos mestres da verdade, mas da assembleia dos guerreiros, donde deriva, o discurso jurídico e político, que estabelece o diálogo plural, no espaço público da palavra e da ação. Esse espaço de debate normatizado foi a principal causa do desenvolvimento da argumentação retórica e de suas técnicas de persuasão. Foi nele que também se desenvolveu a dialética, a arte de trabalhar com opiniões contrárias, relacionando-se, o discurso jurídico, à retórica e à dialética.

> O discurso jurídico e político é aquele que estabelece o diálogo no plural. Esse discurso consolida-se na pólis, o espaço público da palavra e da ação. Esse espaço foi a principal causa do desenvolvimento da argumentação retórica e de suas técnicas de persuasão. Foi também nesse espaço que desenvolveu a dialética, a arte de trabalhar com opiniões contrárias. Assim, o discurso jurídico, desde a sua gênese, esteve ligado à retórica e à dialética. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 66).

O discurso jurídico e político tomava força, na medida em que foi se separando do discurso dos mestres da verdade, reforçando e acentuando outra cisão que estava ocorrendo no mundo grego, qual seja, a separação entre pólis (espaço público) e *oîkos* (espaço privado), que estabeleceu limites ao poder dos senhores aristocráticos, os *basiléus* (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 66).

Hesíodo era considerado o profeta do direito, o primeiro dos poetas gregos, um *mestre da verdade*, o qual anunciou de forma persuasiva aquilo que estava por vir, o novo direito, mediante discurso público, levantando o tema da justiça. Hesíodo não era de família aristocrática, mas um simples homem do povo, um pequeno agricultor da Beócia, que empreendeu, por meio de sua crença na proteção do direito pelos deuses, uma luta contra seu próprio meio. É com fundamento na justiça e no trabalho, que elaborou uma nova concepção do direito, mas sem abandonar as inflexões religiosas, revelando uma fé inabalável na justiça, que, vinda dos deuses, poderia estabelecer a igualdade e pôr fim à violência, à impiedade e à desmedida dos homens.

Por meio de Hesíodo, aparece a primeira exigência de ordem justa e igualitária, mas com crença na participação direta da divindade para tanto. Por isso, dizia que as mazelas que as cidades sofriam eram punições divinas por alguma injustiça urbana, de modo que compõe o poema *O trabalho e os dias,* em que adverte quanto aos perigos das desmedidas e às consequências desastrosas para o infrator e toda comunidade, porque, segundo essa crença, o bem não deixará o mal o sobrepor.

Nesse sentido: “agora que então nem eu próprio seja um justo entre os homens, nem o meu filho, pois que é mal se um homem justo se o que é mais injusto tem mais justiça. Mas eu ainda não creio que Zeus de sábios conselhos há de permitir isso” (BARROS, 1999, p. 42), “pois o filho do Cronos estabeleceu lei para os homens: os peixes, as feras, as aves aladas, que se devorem uns aos outros, pois não justiça no meio deles; aos homens, porém, deu a justiça, que é muito melhor.” (BARROS, 1999, p. 50).

Os versos de Hesíodo expressam que onde não há justiça, os homens vivem

como feras, uns devorando os outros, e somente a justiça seria capaz de propiciar uma vida melhor, apontando o direito como necessário a uma sociedade melhor. Já no século VII a.C., o rei, basileus, que antes era chefe da administração política, preservava apenas suas funções religiosas. O basileus, então, passou apenas a integrar o grupo de magistrados (nove), cujo mandato, que era permanente, passou a eletivo (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 68).

Inicialmente, os magistrados, arcontes, eram eleitos por dez anos. Após isso, passaram a ocupar o cargo durante apenas um ano. Ao término do mandato, os ex-arcontes tornavam-se membros vitalícios de um conselho, inicialmente, denominado Boulé, e depois, Areópago. O Areópago reunia-se esporadicamente na Colina de Ares para discutir assuntos políticos, religiosos e jurídicos e para eleger arcontes. Assim, o direito de participar das magistraturas, bem como de eleger os magistrados, era monopólio de um grupo de aristocratas que se intitulavam eupátridas (filhos de bons pais). Os arcontes, ainda que eleitos, eram todos de classe aristocrática, e lhes cabia administrar a Justiça conforme as inacessíveis fórmulas não escritas, que constituíam monopólio dessa aristocracia (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 66). De acordo com Vernant:

> O sistema de eleições, mesmo conservando ou transpondo certos traços de um processo religioso, implicava uma concepção nova do poder. A arkhé (comando) era delegada todos os anos, por uma decisão humana, por uma escolha que exigia confronto e discussão. Essa delimitação mais estrita do poder político, que tomava forma de magistratura, estabeleceu uma contrapartida: a *basileia* viu-se relegada a um setor especificamente religioso. O *basileús* não era mais o personagem cujo poder se manifestava em todos os planos, seu encargo limitava-se doravante ao exercício de certas funções sacerdotais (VERNANT, 1977, p. 28).

Foi a partir da segunda metade do século VII a.C., que o sistema político e jurídico, sustentado pelo arcontado, sofrera duras críticas e questionamentos, entrando em crise, a qual foi agravada pela expansão do sistema comercial marítimo e uso da moeda, que abalava os antigos padrões. O novo padrão social criava a nova classe social, ou os novos ricos da época, homens não pertencentes à aristocracia, que, por isso, não poderiam servir à magistratura; tratava-se de uma nova classe de emergentes (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 70).

Ainda vigorava em Atenas, até então, a Constituição, permitindo participação política apenas dos descendentes de famílias aristocratas, excluindo os demais, ainda que ricos da nova classe. Também vigorava a lei que permitia submeter o devedor insolvente ao trabalho escravo ou vendê-lo como tal em regiões distantes, pois a

legislação relativa às dívidas era dura, e aplicá-la era função dos eupátridas, as mesmas pessoas que tinham capital para emprestar dinheiro e cobrar dívidas dos devedores (julgados como escravos, caso não solvessem seus débitos) (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 70).

O descontentamento das classes baixas cresceu gradualmente e assumiu uma forma aguda. Elas procuravam homens, tiranos, para dirigi-las e organizá-las na luta contra a classe dominante. Seus brados de guerra solicitavam uma nova divisão da terra e a abolição das dívidas (ROSTOVTZEFF, 1986, p. 101-102). Acerca da economia monetária e seu reflexo nas relações entre credor e devedor:

> A economia monetária favoreceu a concentração da riqueza ao introduzir a compra e venda de mercadorias por dinheiro, os empréstimos, os juros e a usura. A generalização do uso da moeda abalou os antigos padrões de troca. Tudo isso refletiu no direito, tanto que nenhuma legislação anterior ou posterior submeteu, de maneira tão dura e irreversível, o devedor ao credor como as leis de Atenas daquele período. O pequeno proprietário, cada vez mais endividado, tornou-se arrendatário, meeiro, escravo ou marginalizado no centro urbano (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 87).

A revolução decorrente do trânsito marítimo e contato com novas culturas, sobretudo, do Oriente, despertou sedução pelo luxo e opulência, e o crescimento econômico decisivamente abalou a organização social existente até então, de maneira que começou a concentrar riquezas em poucos e, assim, promover conflitos sociais ante a desigualdade que se revelava.

Os distúrbios sociais tornaram-se comuns entre os séculos VII e VI a.C. na Grécia, fazendo surgirem tiranos e legisladores com a propaganda de abrandar conflitos, introduzindo reformas políticas e jurídicas, mediante leis escritas. Nesse contexto e em consonância com as propostas, desenvolveu-se a positivação jurídica, com caráter igualitário, frente à manifesta desigualdade que jazia, impondo a noção de *dever-ser* (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 71).

Marcou essa época, o legislador Drácon, em Atenas, justamente por reduzir o direito consuetudinário em positivado, escrito, atendendo a reinvindicações das classes excluídas das magistraturas, constituindo um marco de rompimento com o antigo direito. A respeito dessa figura e seu papel:

> Drácon era eupátrida, possuía os sentimentos da aristocracia e conhecia o direito dos antepassados, fundado nas tradições religiosas, motivo pelo qual os historiadores entendem que a sua legislação representou uma resposta dos eupátridas, no sentido de apaziguar os descontentes e, com isso, evitar

> os enfrentamentos que poderiam resultar da implantação de uma tirania Drácon, portanto, não teria escrito uma nova legislação; teria apenas codificado os velhos costumes. As proverbiais leis draconianas teriam sido mais uma consolidação das relações das leis recebidas do que um rompimento da tradição (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 89).

Mesmo que a legislação draconiana tenha sido uma consolidação das leis antigas, o fato de ter sido reduzida à escrita implicou em mudanças profundas. O direito escrito significou uma mudança radical, deixando de ser um canto sagrado e misterioso que se entoava com piedoso respeito, o qual somente os sacerdotes compunham, e apenas os homens das famílias aristocráticas podiam conhecer (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 71).

Com as leis escritas, o direito se libertou dos rituais, perdeu o mistério religioso e foi codificado em uma língua que todos podiam falar e ler. Outra mudança importante advinda desse implemento é observada no aspecto da natureza da lei e seu fundamento, que não são iguais aos do período anterior. Antes, a lei era um decreto da religião, que passava por uma revelação feita pelos deuses aos ancestrais, aos mestres da verdade, magistrados ou sacerdotes. Doravante, a lei tem por princípio o interesse dos cidadãos e da cidade, deixando de ser um patrimônio da família aristocrática e passando a ser propriedade comum de todos os cidadãos (COULANGES, 2003, p. 283).

De um modo ou de outro, importa que a legislação draconiana reproduzia o direito antigo, apesar da formalidade escrita inovadora, decorrente de um novo quadro social por maior igualdade. Fato é que mantinha a rigidez da velha lei não escrita, predominando, o princípio da represália de matriz religiosa, sob o aspecto da espada, pois a maioria dos delitos era punida com pena capital. Sobre as transformações trazidas pelo direito escrito:

> **Com Drácon há, efetivamente, mudança na medida em que o direito se desliga das fórmulas inacessíveis, controladas pela nobreza aristocrática, e começa a se pautar pelas determinações das leis escritas estabelecidas pelo governo central. A velha e poderosa aristocracia, que se arrogava o privilégio de dizer e fazer o direito com base em fórmulas sacramentais, perdeu uma parcela do se poder com o advento do direito escrito**. As leis draconianas, contudo, não foram suficientes para apaziguar os cidadãos. Estes continuaram a reivindicar maior participação do poder político, que estava concentrado na aristocracia de sanfue, e os mais pobres reclamavam o perdão das dívidas e uma nova repartição das terras. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 91, grifo nosso).

Apesar da lei escrita, os conflitos sociais perduraram, havendo tentativa sem sucesso de reinstaurar uma tirania institucionalizada. Em 594 a.C., Sólon foi eleito arconte com poderes para reformar a legislação e, com isso, apaziguar os conflitos entre as classes, evitando a implantação de tirania. Algumas de suas reformas fundamentaram-se num ideário igualitário, podendo até dizer que estabeleceu as diretrizes do futuro governo democrático de Atenas, apesar daquele presente. Sólon não teve a pretensão de acolher a igualdade de todos cidadãos, mas deu grande passo para que se implementasse num futuro próximo (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 92).

A exigência de um direito igualitário, para além da esfera dos direitos reais, impulsionou novas elaborações que imprimiram ao conceito de *diké* uma multiplicidade de sentidos, que serviram de palavra de ordem nas lutas políticas, como: a) igualdade dos que não tinham direitos iguais, perante o juiz ou perante a lei; b) igualdade de participação ativa de todos na administração da justiça; c) igualdade constitucional dos votos de todos os indivíduos nos assuntos da cidade; d) igualdade de todos os cidadãos nos postos diretivos (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 94).

Sólon insistia em proclamar a impossibilidade de passar por cima do direito, porque este acaba sempre por triunfar, de maneira que, quando os homens ultrapassam os limites da justiça, sobrevêm, cedo ou tarde, o castigo e a necessária compensação. Outra ideia para ser anotada é o fato de que a legislação não apenas regula as relações humanas, mas também a formação do caráter, e, nesse sentido, Sólon colocou em evidência a pedagogia, o caráter educador da lei, e inovou a legislação de Atenas (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 93).

Plutarco acentua que Sólon também atuou como reformador da Constituição, com poderes extraordinários, reorganizando a participação inclusiva de novas classes sociais, normas relativas ao Areópago, ao Conselho dos Quatrocentos, à Assembleia de Cidadãos e à Helieia (BARROS, 1999, p. 93).

A Assembleia do Povo era um órgão do qual participavam todos os cidadãos, inclusive *thêtes*, razão pela qual é considerada pelos historiadores como a principal inovação da Constituição de Sólon, pois deliberavam assuntos encaminhados pelo Conselho dos Quatrocentos, um órgão também criado por Sólon, composto por quatrocentos cidadãos, na proporção de cem por cada tribo, que deliberavam assuntos públicos antes do povo fazê-lo. O Tribunal de Helieia, ou Popular, era uma

espécie de Tribunal de Apelação, que começava a aceitar o caráter humano dos julgadores, ainda que pairasse na crença o sentimento de divindade, pois o humano é passível de erro e, por isso, carente de correção. Alguns entendem que o sistema de governo dessa época era hibrido, mesclando oligarquia e democracia (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 94).

A legislação era gravada em tábuas de madeira, *áxones*, depois transcritas em encaixes de pedras, *kýrbeis*. No que tange ao conteúdo material de leis, para Sólon, a desmedida pervertia os homens nas suas relações recíprocas, motivo pelo qual suas reformas procuraram traçar, em contraste com a desmedida do rico, o ideal de temperança, proporção, justa medida e justo meio. Nenhum excesso passou a preencher normas jurídicas, tendo como exemplo a vedação à exaltação da riqueza mediante luxo (como o manifesto em vestimentas e funeral) (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 103).

Medidas legislativas foram tomadas para conter a igualdade, valendo citar a Lei Elisangelía, que autorizava os cidadãos a denunciarem no Areópago eventuais conluios contra a Constituição, apelando para a solidariedade cívica, a evitar o caos que coloca em perigo a vida comunitária. Por outro lado, a Lei da Neutralidade Política penalizava com a perda dos direitos políticos o cidadão que se mantivesse politicamente neutro, em caso de dissensão civil (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 104).

A Lei da Legitimidade e do Interesse de Agir, a seu turno, autorizava qualquer cidadão a mover ação no interesse de outrem, ou seja, permitia a qualquer cidadão reclamar justiça para a vítima, apresentar queixa contra o culpado e persegui-lo, de modo que a repressão ao crime não ficava mais na dependência exclusiva dos parentes da vítima, permitindo a tarefa, não apenas à cidade, mas ao cidadão, de cuidar para que o crime não permanecesse impune (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 110).

Enfim, os estudos das leis de Sólon conduzem ao reconhecimento dos momentos finais de uma estrutura social que se manteve durante muito tempo assentada num direito, cujas fórmulas eram monopólio de uma determinada classe social que também exercia o monopólio das magistraturas (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 111).

Porém, a despeito das reformas de Sólon, é provável que, por sua causa, as famílias mais poderosas lutavam acirradamente pelo controle do poder político. Os

chefes dessas famílias lideravam três facções: a) os mercadores e comerciantes da costa; b) os proprietários rurais dos distritos ricos; e c) pequenos proprietários rurais dos distritos pobres e montanhosos (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 115). Acerca da tirania observada:

> A tirania foi considerada pelos filósofos gregos como uma forma de governo que suprimia a liberdade política e a justiça. Com efeito, no século V, o pensamento grego sobre política, especificamente no que diz respeito à tipologia das formas de governo, já se encontrava em um notável grau de desenvolvimento. [...] Otane, defensor da democracia, aponta a desmedida como o principal defeito do tirano. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 118).

A obra de Sófocles (495-406 a.C.) ajuda a compreender a história grega, sendo que, dentre algumas de suas tragédias, destacam-se *Antígona* e *Édipo Rei*, escritas durante o período conhecido como o Século de Péricles, de 461 e 429 a.C. Sófocles era amigo pessoal de Péricles, foi nomeado ministro e depois magistrado, e suas obras demonstram inclusive preocupação com a tirania.

Em Antígona, a personagem desafia a proibição do soberano Creonte e é condenada à morte, de maneira que, após ser emparedada viva em uma caverna, enforca-se. O seu noivo, Hémon, filho de Creonte, ao ver o cadáver da noiva, suicida-se, e Eurídice, esposa de Creonte, ao saber da morte do filho, também se mata.

A tragédia se desenvolve contrapondo, de um lado, Antígona, que quer dar sepultura ao seu irmão, com fundamento no dever sagrado da piedade, estampado “nas leis não escritas e imutáveis dos deuses” e, de outro lado, Creonte, o tirano, que exige “obediência total às normas do seu decreto, sejam elas justas ou não”. É que, na cultura grega, o enterro é um dever sagrado, uma vez que a tradição religiosa entendia que, sem sepultura, a alma do morto estaria condenada a vagar sem descanso, não podendo alcançar o reino dos mortos (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 125).

Essa época da pólis é caracterizada pelo espaço público de homens livres que se governam, motivo pelo qual o governo pertence a todos, e pólis significa o local de muitos governantes. Acerca desse espaço público, afirmam, Assis, Kümpel e Spaolonzi:

> Na Pólis desenvolveu-se a atividade denominada ação, que possui as seguintes características: a) limitada: agir é iniciar continuamente relações; b) é imprevisível: não é possível determinar antecipadamente suas

> consequências. A ação é livre, por um lado, de motivos e, por outro lado, do fim intencionado como um efeito previsível. Assim a ação é livre na medida em que é capaz de transcender o motivo e a finalidade. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 126).

A pólis não é propriamente um limite físico e normativo, mas um conjunto fugaz de ações, e para que possa surgir como teia de relações, é necessária, a legislação. Esse trabalho do legislador, ao contrário da ação, é uma atividade humana dominada pela relação de meio e de fim, com termo previsível, portanto, não se confunde com o direito como resultado da ação. Há uma diferença entre *lex* e *jus,* na proporção da diferença entre trabalho e ação. Desse modo, o que condiciona o *jus* é a *lex*, mas o que confere estabilidade ao *jus* é algo imanente à ação, a virtude que se define como justiça ou prudência (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 126).

A ação é uma atividade compartilhada entre os iguais e, além disso, é dominada pela palavra, pelo discurso, motivo pelo qual Arendt (1988, p. 49) observa que os gregos, na pólis, conduzem seus negócios por meio do discurso, pela persuasão da palavra, e não pela violência e coerção muda. Isso permite distinguir os gregos dos bárbaros, e o homem livre do escravo. Consequentemente, quando os homens livres obedecem a seu governo ou às leis da pólis, segundo a autora, essa obediência é chamada de *peitharkhía*, uma palavra utilizada para indicar que a obediência é obtida pela persuasão, e não pela força (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 91).

Uma das características da pólis é discutir o que for de interesse geral, a ser resolvido pela conclusão de um debate, de uma espécie de discurso com suas regras em nome da igualdade. Nesse universo, os cidadãos passam a se definir como semelhantes e, depois, de maneira mais abstrata, como iguais. Essa imagem de mundo encontra sua expressão rigorosa no conceito de isonomia: igual participação de todos os cidadãos no destino da cidade, no exercício do poder. Esse conceito se liga a outro, igualmente decisivo para o governo democrático, o de isegoria: o direito do cidadão de expor e discutir publicamente sua opinião sobre o destino da cidade (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 127).

2.2.1.4 O quarto período: Clássico

Havido entre os séculos V e IV a.C., o período Clássico é marcado pela consolidação da democracia em Atenas, que se tornou a cidade mais importante da

Grécia (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 18), principalmente, pelas reformas de Clístenes e o governo de Péricles. Também caracterizou, esse período, o apogeu da vida urbana, intelectual e artística, corroboradas por intensas guerras entre cidades gregas, dando início à decadência da civilização grega. Clístenes era oriundo da poderosa e ambiciosa família aristocrata Alcmeônidas, que, com o apoio de Esparta, liderou a ação que derrubou a tirania em Atenas.

> No que diz respeito à constituição ateniense, Clístenes manteve o Arcontado e o Areópago exatamente como antes, porém: a) criou o Conselho dos Quinhentos, 'Boulé'; b) ampliou de forma acentuada as competências da Assembleia do Povo, 'Eclésia'; c) introduziu mudanças na escolha dos membros do Tribunal Popular (Helieia), aplicando o mesmo princípio e o mesmo método de eleição e escolha dos membros do Conselho dos Quinhentos.
> A Assembleia do Povo se reunia quando era convocada pelo Conselho dos Quinhentos, por volta do século V. Além de decidir sobre as políticas a serem seguidas pela pólis, a Eclésia também fazia leis, mas, após o ano de 403, a função de aprovar as leis gerais foi delegada a um órgão menos de legisladores. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 132).

As questões a serem votadas na Assembleia do Povo tinham de, previamente, serem consideradas pelo Conselho dos Quinhentos, que servia como comitê diretivo da Eclésia. Essa deliberação prévia determinava se a questão seria ou não colocada na agenda da Eclésia, e, acerca dela:

> [...] É importante observar que cinco mil pessoas formavam, na época, uma reunião de massa e a tarefa de falar diante dela exigia qualidade de bom orador. Não por outro motivo, a retórica, e suas técnicas de oratória e eloquência, foi desenvolvida nesse período. Por essas razões, é compreensível que, normalmente, o ateniense comum não respondesse quando o arauto perguntava "Quem quer falar?". (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 135).

Pode-se concluir que todo o sistema da pólis, no período Clássico, encontra sua expressão rigorosa no conceito de isonomia: igual participação de todos os cidadãos no exercício do poder. Nos idos de Clístenes, o termo *democracia* ainda não havia sido criado, utilizando-se a terminologia *isonomia*.

Por sua vez, Sócrates (470-399 a.C.) e os sofistas viveram o período de glória e apogeu do governo democrático de Atenas. A propósito, Sócrates, por sorteio, presidiu a Assembleia do Povo no julgamento de seis generais (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 141). A derrota na guerra do Peloponeso e a subsequente decadência política não provocaram a imediata decadência do pensamento político-

filosófico ateniense. A filosofia resistiu, e, mesmo no período de exaustão e decadência, grandes filósofos, como Platão (427-347 a.C.) e Aristóteles (384-321 a.C.), produziram obras que influenciam o pensamento jurídico até hoje (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 142).

2.2.1.5 O quinto período: Helenístico

Marcado pelo período dos séculos IV a III a.C., inicia-se quando a Grécia passa para o domínio da Macedônia e, posteriormente, para o domínio romano, tornando-se integrante de um mercado mundial, colonizada por um império universal (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 18). Em 322, a democracia ateniense é definitivamente destruída, e a influência macedônica predomina até o ano 200, quando os romanos libertaram os gregos do julgo macedônico, mas não para torna-los independentes. Então, nesse período, o horizonte democrático e a reflexão sobre as formas de governo já haviam se deslocado da pólis ateniense para a *civitas* romana.

A ideia de um direito natural liga-se à reflexão dos filósofos, no sentido de construir uma compreensão universal para o fenômeno jurídico. Os filósofos gregos se envolveram na discussão sobre a existência de uma lei comum que se estenderia *erga omnes* e que, por isso, transcenderia a lei particular de uma determinada comunidade. No período Clássico, Platão e, depois, Aristóteles refletiram sobre essa questão, porém foram os filósofos do período Helenístico, especificamente, os estoicos, que trataram do assunto de forma mais ampliada (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 144).

A ideia de um direito natural está associada e submetida ao valor da pessoa humana, como valor-fonte da ordem da vida em sociedade (LAFER, 1988[4] apud ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 144). O valor atribuído à pessoa humana encontra sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem, cujo pensamento pertence a uma tradição que rompe com o fenômeno totalitário. É a influência da filosofia estoica nesse período, que contribuiu com a construção do Direito romano, sobretudo, com a ideia de direito natural e direitos humanos.

Caracteriza, ainda, a filosofia estoica, o fato de a física constituir fundamento

[4] LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

do direito natural, e a base da física estoica é a afirmação da existência de uma razão universal que produz e governa o mundo. A respeito da ordem do universo e da razão universal:

> A ordem do universo é garantida por uma lei que implica a concatenação de todas as coisas, formando uma cadeia de causalidade que não deve ser rompida. A razão universal é a garantidora dessa ordem, por isso ela é tida como a natureza intrínseca, presente e operante em todas as coisas, de modo que não há uma relação estanque ou incomunicável entre os seres e as coisas do universo. Os objetos não têm fronteiras definidas, eles se entrelaçam em relações complexas, formando uma totalidade, o cosmo. Não há separação entre natureza (criador) e ser humano (criatura). O ser humano deve interagir com a natureza, e essa interação significa compreendê-la pela aceitação de suas leis. (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 147).

De acordo com o estoicismo, as tendências ou inclinações naturais são claras e evidentes por natureza e imprimem-se no indivíduo de modo imediato e espontâneo. Destarte, é possível ao indivíduo dar-lhes assentimento, sem necessidade da dialética que orienta a escolha. Podem-se apontar como evidentes, as inclinações naturais de autoconservação e de sociabilidade, as quais são inclinações inatas ou centelhas de logos, postas no homem pela natureza. Desde o momento em que a pessoa nasce, já é portadora das tendências naturais (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 91).

Todas as regras da conduta moral dos deveres e as leis da cidade devem ser deduzidas desses princípios: viver em sociedade com outros homens e respeitar a vida. Vale dizer, o conteúdo do direito natural se constrói a partir das inclinações naturais. Assim, a inclinação natural de conservar a vida implica o direito natural de proteção à vida. Acerca do logos, aduz, Laércio:

> Como dito, desde o nascimento todos os seres vivos estão propensos a seu fim, que é a própria conservação. Nesse ponto não há diferença entre os seres vivos. Os animais distinguem-se, contudo, dos vegetais porque são dotados de instinto, por meio do qual eles se dirigem a seus próprios fins, e daí decorre que a sua disposição natural é seguir apenas o impulso, instinto. O homem se distingue dos outros animais porque possui razão, que o dirige a uma conduta mais perfeita. O homem é portador do logos, portanto busca seus fins conscientemente (LAÉRCIO, 1977, p. 201).

Laércio (1977, p. 201) conclui que é o exercício dialético que permite aperfeiçoar as tendências naturais. Desse modo, o amor que o sujeito tem por si mesmo deve ser ampliado em amor pela família, depois, pela pátria e, por fim, pela humanidade. Nisso, consiste a moral dos deveres, que há de pautar as relações humanas.

Os cinco períodos históricos retratados foram os inspiradores para construção do direito na polis, sobretudo, o terceiro e o quarto, respectivamente, Arcaico (séc. VIII-VI a.C.) e Clássico (séc. V-VI a.C.), época da formação e apogeu da *pólis*, termo referente à cidade, cuja construção da jurisdição se remete ao discurso do que é justiça, igualdade, liberdade, publicidade e cidadania. Esse discurso, inclusive, mantém-se na cultura ocidental até o presente (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010, p. 19).

Na Grécia, a mitologia ou narração da origem do cosmos, dos deuses e do homem foi substituída pela indagação mais racional: qual a substância primeira de todos os seres? Os filósofos anteriores a Sócrates (469-399 a.C.) opinavam no sentido de que, antes do surgimento de todas as coisas, havia a água (Tales de Mileto), o ar (Anaxímenes), algo indeterminado (Anaximandro) ou o fogo (Heráclito) (CICCO, 2010, p. 47).

Heráclito dizia que tudo se move, mas há uma harmonia que permanece (a ideia de *logos* divino); na própria diversidade das leis, vê-se a necessidade de uma lei eterna. Outro importante filósofo, Pitágoras, identificava a justiça como a relação numérica de igualdade entre uma ofensa e sua reparação (CICCO, 2010, p. 48), e todo esse discurso político, filosófico e, sobretudo, jurídico exerceu forte influência em toda a cultura ocidental.

A análise do direito grego não se restringirá às orientações da teoria normativa, a qual considera o direito um conjunto de normas ou regras de conduta, ressaltando que, sobre a teoria normativa grega, a experiência jurídica é, em si, a experiência normativa. Destarte, o estudo da referida cultura, sob o ponto de vista da teoria normativa, traduz-se na pesquisa das ações obrigatórias, permitidas e proibidas na referida sociedade.

Os gregos não se dedicaram à construção de jurisprudência, ao contrário dos romanos, não havendo algum saber jurídico essencial, muito embora, filosoficamente tenham se ocupado da criação de teorias sobre a justiça, como a ética e a política. Pode-se resumir que são essas teorias que guardam o direito, não como o Digesto e as Institutas romanas, mas as obras filosóficas edificaram a histórica jurídica grega (CICCO, 2010, p. 49).

Com o advento da era Clássica grega, a diversidade de modelo administrativo ficou mais patente, mas a ausência de um Estado centralizado corroborou para a existência de uma legislação penal também diversificada, pois cada Estado buscava

atender às suas próprias necessidades, também em matéria penal. Observe-se o exemplo de Atenas, onde havia uma legislação mais branda, em comparação às demais cidades-estado. Esparta, por exemplo, em razão de sua natureza eminentemente militar, tinha uma legislação penal mais severa, o que atendia às suas necessidades (RUDÁ, 2018, p. 118).

Um dos julgamentos mais célebres da história grega, em todos os tempos, é o de Sócrates, que foi acusado por três cidadãos, a saber, Melito, Anito e Licón, conforme aduz, Platão, em sua *Apologia*. Segundo a acusação, Sócrates "agiu contra as leis, sem acreditar no deus do Estado e ainda tem introduzido coisas novas e demoníacas; tem agido também contra as leis corrompendo a juventude." (RUDÁ, 2018, p. 118).

Portanto, é importante aclarar que a democracia grega iniciada por Sólon alcançou seu apogeu em Péricles, quando o povo pode participar, de forma mais efetiva, da vida política, tendo como guia o pensamento humano, representado nas pessoas de seus principais filósofos, como Sócrates, Platão e Aristóteles, a tríade da racionalidade humana. As ideias, principalmente deste, contribuíram para a mudança de toda a base do pensamento político e filosófico, bem como do direito do mundo ocidental (RUDÁ, 2018, p. 119).

Assim, na sequência de tópicos, explanar-se-á sobre o direito romano, o qual muito se distingue do grego, uma vez que construiu apenas uma pólis, Roma, vigendo apenas um direito para todos os cidadãos romanos, o qual se denomina *ius civile*.

2.2.2 Roma

Igualmente à de outros povos, a legislação penal romana parte de um primitivismo arcaico, onde prevalecia a vingança de sangue, sob as fundamentações sacros, situação que só vem a mudar com o advento da Lei das XII Tábuas (como será aqui visto), composta pelo talião e pela composição, quando se observa uma relativa laicização do Direito Penal (RUDÁ, 2018, p. 120). O primeiro ponto importante desse fenômeno é a instituição da diferença entre *delicta publica* ou *crimina publica* e os *delicta privata*. Estes eram cometidos pelos particulares em seus próprios interesses, e sua prática não afetava a ordem pública ou quaisquer de suas propriedades, enquanto aqueles eram praticados pelo Estado por meio de seus representantes, no interesse do próprio Estado – a partir da ideia dos delitos de

perduellio e de *parricidium*, sendo a primeira composta de diversos crimes contra o Estado, e a segunda, de homicídio contra o homem livre (ASSIS; KÜMPEL, 2009, p. 25).

Importante se destacar que, além desses delitos públicos, outros foram somando-se, como falso testemunho, incêndio doloso, furto flagrante, dentre outros. Destaca-se que crimes como o falso testemunho, o incêndio doloso e a corrupção dos magistrados eram modalidades criminais punidas publicamente. Destarte, no Direito Penal romano, era formada a estrutura básica inicial dos delitos que dariam sustentação a muitas denominações que se têm hoje (RUDÁ, 2018, p. 123).

O direito romano influencia diretamente no direito ocidental, sendo referência para os juristas, desde os glosadores da Idade Média, como Arcúsio e Bartolo, passando pelos do século XIX, como Savigny e Ihering, até chegar aos contemporâneos, e suas técnicas ainda são modelos de inspiração para os tribunais. As origens de Roma são lendárias, mesmo os reis Rômulo, Numa Pompílio, Tulio Hostílio, Anco Márcio Tarquínio (o Prisco) e Tarquínio (o Soberbo) não sendo personagens históricas. Porém, em toda lenda, há sempre um fundo de verdade. O fato de os três últimos serem de origem etrusca demonstra a existência de uma fase nos primórdios de Roma, na qual essa foi subjugada pelos etruscos, misterioso povo localizado ao norte de Roma, e sobre o qual, muito pouco se sabe, perfazendo-se em um enigma. Certo, porém, é que exerceram demasiada influência sobre os primitivos romanos (ALVES, 2003, p. 7).

Há autores que chegam a afirmar serem os etruscos os fundadores de Roma. Os povos do antigo Lácio, para melhor resistir a seus inimigos, agrupavam-se em ligas, das quais a mais importante foi Albana. Entre as demais, figurava a Setimonial, formada por sete núcleos de população instalados nos montes Palatino, Esquilino e Célio. Em meados do século VIII a.C., a liga Setimonial foi derrotada pelos etruscos, que, posteriormente, fundaram a cidade de Roma em duas etapas. Na primeira, criaram-na materialmente, secando os pântanos entre as colinas e propiciando-lhe condições de vida; e, na segunda, deram-lhe organização política (ALVES, 2003, p. 7).

A opinião dominante, contudo, é a de que Roma não foi fundada pelos etruscos, mas pelas próprias populações do Lácio, respaldada pelo fato de que as mais antigas instituições romanas têm denominações de origem latina, como, por exemplo, *rex, tribos, magister, cúria.* Roma, portanto, já existiria quando os etruscos a subjugaram

(ALVES, 2003, p. 8).

Por outro lado, a existência da realeza em Roma é incontestável, pois são encontradas, na república, as figuras do *rex sacrorum*, quem ocupava formalmente a posição mais elevada entre os sacerdotes. Também se encontra a figura do *interrex*, que só se explica com a existência do período real. Tal qual se comprova pelo rito do *regifugium,* que era um sacrifício expiatório em dias de 24 de fevereiro, e o registro no calendário, nos fins da república, quando era lícito aos reis convocar comícios (*rex comitiauui fas*) (ALVES, 2003, p. 8).

Em três termos, resume-se a constituição real romana, quais sejam, o rei, o senado e os comícios, acerca dos quais, pela história, o que se tem são poucos vestígios, mas o suficiente para se afirmar o rei como magistrado único, vitalício e irresponsável. A sua sucessão não era pela hereditariedade ou eleição, mas, se não fosse escolhido pelo antecessor, era alguém designado pelo senador que governava na vacância de cinco dias, sucedendo a outro senador por igual período.

O chefe do Estado, que era o rei, tinha o comando supremo do exército, o poder de polícia, as funções de juiz e de sacerdote e amplos poderes administrativos, podendo declarar guerra e celebrar tratados de paz (ALVES, 2003, p. 8). Eram seus auxiliares, de acordo com Alves (2003, p. 9):

a) nas funções políticas:
   - 1º - *o tribunus celerum* (comandante da cavalaria);
   - 2º - *o tribunus militum* (comandante da infantaria); e
   - 3º - *o praefectus urbis* (encarregado da custódia da cidade durante a ausência do rei).
b) nas funções judiciárias:
   - 1º - *os duouiri perduellionis* (juízes nos casos de crime de traição ao Estado); e
   - 2º - *os quaestores parricidii* (juízes nas hipóteses de assassínio voluntário de um *pater*, isto é, do chefe de uma família).
c) nas funções religiosas:
   - 1º - os membros do colégio de pontífices, áugures e feciais;
   - 2º - havia o senado, que era o conselho do rei, composto por membros escolhidos, possivelmente, pelo próprio rei, entre as mais diversas gentes, denominados *senatores* ou *patres*, cujo número, de 100, passou para 300.

O senado era subordinado ao rei e convocado por este, competindo-lhe a

consulta nos casos mais importantes, muito embora não estivesse obrigado a seguir, assim como os comícios da era confirmatória. Ou seja, para que a deliberação do rei fosse válida, deveria se confirmar pelo senado, cuja validade se chamava *patrum auctoritas* (ALVES, 2003, p. 9).

O povo romano se dizia dividido em tribos e cúrias. Inicialmente, eram três tribos: Ramnes, Tities e Luceres. No tempo de Sérvio Túlio, eram quatro: Palatina, Suburana, Esquilina e Colina, e se compunham de dez cúrias, que eram, na verdade, divisões locais constituídas de certo número de gentes, que ali tinham domicílio. Além disso, três, eram os elementos que compunham a população de Roma, quais sejam:

> a) A gens[5]
> Sobre a organização social anteriormente à fundação de Roma como cidade-Estado, há grande controvérsia.
> Vico (do qual a tese – denominada teoria patriarcal – foi retomada por Summer Maine) entende que, originariamente, existia a família patriarcal; depois surgiu a gens (agrupamento de várias famílias); e, finalmente, a cidade- Estado (conjunto de várias gentes).
>
> Meyer defende a tese de que o organismo primitivo era a tribi; assim, a gens e a família decorreram do feacionamento daquela durante sua evolução.
> Bonfante é de opinião (teoria gentilíca, muito seguida pelos romanistas italianos) de que a gens - que era organismo de natureza política dada sua finalidade de manutenção da orden e da proteção contra os inimigos externos – preexistiu à cidade- Estado.
>
> Dessas diferentes teses, a que melhor resiste às críticas é a de Bonfante, pela qual a gens era um agrupamento de famílias com caráter político, situada num território (pagus), tendo chefe (pater ou magister gentis), instituições e costumes próprios, assembleia (concio) e regras de coduta (decreta gentis). Esses membros se denominavam gentiles, e julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável, do qual recebiam o nome gentilíco, que, portanto, era comum a tosos os gentiles. E era esse nome comum, e não necessariamente o parentesco consanguíneo, que os vinculava.
> Os gentiles das diversas gentes, quando surgiu o Estado Romano (ciuitas), formaram o patriarcado. E, na realeza, somente os patrícios gozavam de todos os direitos civis e políticos.
> b) A clientela
> Era uma espécie de vassalagem – de existência antiquíssima – na qual incidiam indivíduos ou famílias que eram reduzidos, ou se sujeitavam espontaneamente, à dependência de uma gens, desta recebendo proteção. (ALVES, 2003, p. 10).

A clientela era formada por clientes, súditos, protegidos dos *gentiles*. Para as obrigações devidas aos *gentiles,* compunha-se o direito de exigir destes a proteção e

[5] "Palavra latina que designa um conjunto de pessoas que usam um mesmo nome (nomen gentilicium) e que descendem de um antepassado comum, sendo os varões os principais descendentes. Desde os tempos de Roma (na Grécia também existia uma palavra equivalente, geno) que gens se utilizava para distinguir os patrícios dos plebeus, uma vez que só os primeiros tinham o direito a gens, isto é, a pertencer a uma de várias famílias cujo tronco era comum e que se submetiam a uma autoridade única, o pater gentis, ou seja, o descendente principal da gens." (GENS, 2022).

assistência, e se faltassem com as obrigações, poderiam ser, por isso, mortos, declarando-se *sacer*. A clientela era integrada por estrangeiros emigrados vencidos na guerra e submetidos voluntários à proteção de uma *gens,* e os escravos libertados mediante o sistema denominado *manumissio* (ALVES, 2003, p. 10).

E por terceiro, a plebe estava ao lado dos patrícios e clientes. Tratava-se de uma espécie de turma mal organizada, apartada no solo de Roma, sem integrar propriamente a cidade. Os plebeus tinham domicílio, mas não pátria, por isso, não possuíam direitos políticos e civis. Sua origem é obscura, além da história romana antiga em geral, acreditando, os historiadores, que a plebe era constituída pelos vencidos que ficavam sob a proteção do Estado, dos clientes de famílias patrícias que se extinguiram e dos estrangeiros protegidos pelo Estado, eis que geralmente se assevera que, à plebe, aplicava-se o instituto da *gens*, porém, denominado *stirps* (ALVES, 2003, p. 11).

Havia os comícios por cúrias, que eram uma assembleia convocada pelo rei, pelo *interrex* ou pelo *tribununs celerum*. Reuniam-se geralmente no *comitium*, ao pé do Capitólio, e não se sabe ao certo como a vontade do povo era apurada nesses comícios. Conjecturam, alguns autores, que os patrícios votavam de forma individual nas cúrias, apurando-se, logo em seguida, a maioria em cada cúria, e dependendo, o resultado definitivo, do maior número de cúrias em favor ou contra a proposta em votação (ALVES, 2003, p. 12).

Os comícios por cúrias não deliberavam, apenas rejeitavam ou aprovavam proposta que lhes presidia, e se denominava *civitas*, o ato de modificação dos casos concretos levados para alteração legal mediante aprovação ou rejeição. As alterações relativas ao quadro de família se chamavam ad-rogações, na sucessão, era o testamento *calatis comitiis*, na dispensa da pena em favor do condenado, era a *provocatio ad populum,* e também decidiam na declaração de guerra ou no rompimento de tratado.

Quanto às questões religiosas, o povo não era ouvido, mas apenas convocado para tomar conhecimento de comunicações que lhes interessavam, cujas assembleias se denominavam *comitia calata* (ALVES, 2003, p. 11). A fonte do direito era, inicialmente, o costume. Todos os povos primitivos começaram a reger-se pelo costume, por ser fruto de uma espontaneidade, independentemente de elaboração por algum órgão. O *mos maiorum*, ou o costume, foi a fonte de direito na realeza.

A tradição noticia também a existência de leis régias - como se fossem

propostas pelo rei, votadas pelos comícios por cúrias e compiladas -, nos fins da realeza ou no início da república, por Sexto Papírio, motivo da denominação *ius civile papiranum* (ALVES, 2003, p. 12).

A jurisprudência, que significa ciência do direito, era monopolizada pelos pontífices. Esse monopólio, por ocasião do rigoroso formalismo que caracterizava o direito arcaico, consistia no fato de os pontífices deterem o conhecimento, não só dos dias em que era permitido comparecer em juízo, contrapondo aos nefastos, em que era proibido, mas também das fórmulas com que se celebravam os contratos ou com que se intentavam as ações judiciais, sendo o único nome que resta, o de Papírio, a quem a tradição atribui a compilação das leis régias.

A realeza sofreu queda em detrimento da república. Segundo a tradição, a realeza terminou de modo abrupto: uma revolução baniu Tarquínio, o Soberbo, de Roma, em 510 a.C. Ao rei, sucedem, dois magistrados eleitos anualmente, e que se denominam, em princípio, *iudices* (juízes), em tempo de paz, e *praetores* (os que vão à frente), quando em guerra. Excetuadas as funções religiosas que passaram para o *rex sacrorum* e para o *pontifex maximus*, esses magistrados detêm o *imperium* real (ALVES, 2003, p. 13).

A magistratura tomou força e se desdobrou em dois cônsules, que são os magistrados únicos, com atribuições militares administrativas judiciárias. Desta feita, comandam o exército, valem pela segurança pública, procedem ao recenseamento da população, tomam medidas várias com vistas ao bem público, gerem o erário, administram a justiça criminal e exercem a jurisdição voluntária e contenciosa (ALVES, 2003, p. 14). Gradativamente, surgem outras magistraturas com atribuições extraídas do consulado, não só por causa do desenvolvimento do Estado Romano, mas pela luta da plebe para igualmente ingressar na magistratura, o que era permitido somente para patrícios.

Em 509 a.C., por razão da Lei Valéria, a gestão financeira começou a ser feita por dois *quaestores*, chegando ao número de quarenta nos idos de César, todos nomeados pelos cônsules e, pouco tempo após a Lei das XII Tábuas, foram então eleitos pelo povo (CICCO, 2010, p. 53-55). No mesmo ano, a instrução e o julgamento dos casos sujeitos ao apelo dos condenados à morte, contra a sentença dos magistrados, foram atribuídos a agentes subalternos, que eram designados pelos cônsules (ALVES, 2003, p. 14).

Em 501 a.C., impõe-se a ditadura, pela qual o patriarcado, por deliberação do

senado, poderia se restabelecer em Roma pelo prazo máximo de seis meses (ALVES, 2003, p. 14). Todavia, a plebe não tinha acesso à magistratura e, revoltada pelo arbítrio dos magistrados patrícios, sai de Roma, em 494 a.C., e se dirige ao Monte Sagrado, com o objetivo de fundar ali uma nova cidade. Os patrícios, diante disso, resolvem transigir, e a plebe retornar, após obter a criação de suas magistraturas, que eram: o tribunato e a edilidade da plebe. Mais tarde, tornaram-se mais que dois (ALVES, 2003, p. 14-15).

Assim, a plebe continuou a lutar e, dessa vez, utilizou da lei escrita para eliminar a incerteza e insegurança jurídica, obtendo êxito com a criação da Lei das XII Tábuas, entre os anos de 450 e 449 a.C. (ALVES, 2003, p. 14). Nos anos seguintes a 445 a.C., intensificou os esforços à magistratura, enquanto os patrícios criaram o tribunato consular, para continuar com a prerrogativa do consulado, que era constituído de vários tribunos consulares e que, de fato, existiu intermitentemente entre 444 e 367 a.C., admitindo que os plebeus pudessem se eleger enquanto tribunos consulares (ALVES, 2003, p. 15). Em 443 a.C., surgem os censores, em número de dois, com a atribuição de recensear a população, de distribuí-la pelas tribos territoriais e avaliar a riqueza dos *pater familias*, dispondo, ainda, de competência em matéria financeira.

Quase um século depois, em 367 a.C., a plebe alcança um de seus maiores anseios: pela Lei *Licinia de Magistratibus*, o plebeu pode se tornar cônsul. Mas os patrícios, ou em vista do acúmulo de atribuições que ainda pesavam sobre os cônsules (e diluídas entre os tribunos consulares, que, nesse ano de 367, deixam de existir), ou para enfraquecer o consulado a ser compartilhado com a plebe, provocaram a criação de mais duas magistraturas de acesso reservado a si: a *pretura* e a *edilidade curul* (ALVES, 2003, p. 15).

Inicialmente, existia apenas um pretor encarregado da administração da Justiça, surgindo outro somente em 241 a.C., o pretor peregrino, a partir do que, o primeiro passou a se denominar pretor urbano, para dirimir conflitos entre romanos e estrangeiros ou apenas entre estrangeiros. Ao final da república, esses pretores chegaram ao número de dezesseis. Os *edis curuis* eram dois e foram os encarregados da polícia dos mercados e das ações penais correlatas, sobretudo, da jurisdição civil contenciosa nas questões ali ocorridas (ALVES, 2003, p. 15).

A plebe não parou por aí. Insistindo em acessar o consulado, mantinha-se no movimento em favor da total equiparação política com os patrícios e, sucessivamente, obteve acesso às restantes magistraturas: em 364 a.C., a edilidade curul; em 365 a.C.,

a ditadura e censura; e, derradeiramente, em 337 a.C., a pretura. Assim como em quase todas as dignidades sacerdotais, a exemplo de, em 300 a. C, quando a Lei Ogúlnia abriu aos plebeus os colégios dos pontífices e dos áugures. Somente algumas dignidades sacerdotais sem importância política permaneceram inacessíveis aos plebeus (ALVES, 2003, p. 16).

Assim, a luta das classes, que se arrastou por séculos, terminou na terceira centúria a.C., com a plebe vitoriosa, que conseguiu, portanto, a admissão em todas as magistraturas e funções sacerdotais, ao passo que o patriciado jamais obteve ingresso nas magistraturas plebeias, que eram o tribunato e a edilidade da plebe.

> Com a igualdade política entre patrícios e plebeus, desaparece a distinção social entre as duas classes, e surge, então, uma nova aristocracia, a nobilitas, a quem pertencem todas as famílias que contam, entre seus antepassados, com um ou mais membros que ocuparam magistratura curul. (ALVES, 2003, p. 15).

A magistratura apresentava algumas marcantes características, como a temporariedade, a colegialidade, a gratuidade e a irresponsabilidade do magistrado, mas poderiam prestar contas perante o povo ao término do mandato, e os magistrados eram eleitos anualmente. Os censores, todavia, eram eleitos de cinco em cinco anos.

Os poderes dos magistrados se resumiam na *potestas* e no *imperium*. A primeira é a competência do magistrado de expressar por sua própria vontade, a do Estado, gerando-lhe direitos e obrigações. A segunda é a personificação, no magistrado, da supremacia do Estado, que exige a obediência de todo cidadão ou súdito, mas que está limitada pelos direitos essenciais do cidadão ou pelas garantias individuais concedidas por *lex publica*. O *imperium* compreende o poder de levantar tropas e comandá-las, o direito de apresentar pospostas aos comícios, a faculdade de deter e punir os cidadãos culpados e a administração da justiça nos assuntos privados (ALVES, 2003, p. 16).

Todos os magistrados têm a *potestas*, mas nem todos detêm o *imperium*. Daí, as magistraturas se classificarem em *cum imperium* e *sine imperium*. A primeira classe abrange a pretura, a ditadura, o tribunato militar e consular *potestate*. *Sine imperium* envolve as demais (ALVES, 2003, p. 17).

O verdadeiro centro do governo republicano era o senado, eis que os magistrados tinham interesse em consultá-lo para seguir o conselho, antes de qualquer deliberação mais importante, tendo em vista que o senado era órgão

permanente. Seus membros ficavam resguardados de possíveis incriminações quando retornassem à qualidade de simples cidadãos.

O senado tinha ingerência na formação de leis, seja declarando nulas aquelas cuja votação não obedecesse às formalidades legais, ou exercendo controle sobre a atuação dos comícios, pela *patrum auctoritas*, isto é, pela confirmação das leis, depois de ter verificado se iriam ou não contra os costumes, e, em caso afirmativo, se a revogação destes seria justificada. Todavia, desde a Lei Publilia, de 339 a.C., passou, o senado, a dar, antes da votação comicial, a *auctoritas patrum*, que se tornou, assim, mera formalidade (ALVES, 2003, p. 17).

Sobre sua constituição, era formado, no início da república, por 300 senadores, quantidade essa que foi elevada, por Sila, a 600 e, por César e o segundo *triunvirato* (Otaviano, Marco Antônio e Lépido), primeiramente, a 900 e, posteriormente, a mais de 1.000. Até a Lei Ogúlnia (aproximadamente 312 a.C.), os senadores eram designados pelos cônsules, e, a partir de então, essa atribuição passou para os censores, que podiam escolher os senadores dentre os que tinham ocupado magistraturas, sem distinção entre patrício e plebeu. Os componentes do segundo *triunvirato* usurparam dos censores essa faculdade (ALVES, 2003, p. 17).

Os comícios por cúrias e os por centúrias continuaram a existir, de acordo com Alves (2003, p. 17): “segundo a tradição, esses comícios surgiram da divisão do povo feita pelo rei Sérvio Túlio, pela qual os que pagavam impostos e prestavam serviço militar se agrupavam em cinco classes, de acordo com seu patrimônio.”.

Durante a república romana, o Direito Penal foi fruto de exercício simultâneo, pelo povo, da função de juiz e legislador, o que contribuiu para dotá-lo de aspecto altamente político, ao menos em relação às práticas penais (RUDÁ, 2018, p. 121-123). O direito possuía três fontes na república: o costume, a lei e os editos dos magistrados. O costume foi a fonte preponderante do Direito Privado, graças às atividades dos jurisconsultos, que disciplinaram as novas relações sociais pela adaptação das normas primitivas que a tradição transmitira de geração a geração, mas cuja origem se perdera nas brumas de um passado remoto.

Os juristas não formularam doutrina sobre o costume como fonte do direito, o que somente foi realizado pelos jurisconsultos do Principado. Mas, em Cícero, observam-se os primeiros passos dessa construção, em virtude da influência da filosofia grega: “consuetudine autem ius esse putatur id, quod uoluntate omnium sine lege vetustas comprobavit”, ou seja, “denomina-se direito baseado no costume o que

o tempo consagrou, sem intervenção da lei, com a aprovação geral" (ALVES, 2003, p. 22).

A lei, em Roma, era apresentada em suas modalidades: *lex rogata* (a proposta de um magistrado aprovada pelos comícios, ou a de um tributo da plebe votada pelos *concilia plebis*, desde quando os plebiscitos se equipararam às leis) e *lex data* (lei emanada de um magistrado em decorrência de poderes concedidos pelos comícios para tanto) (ALVES, 2003, p. 22).

Na *lex rogata*, distinguem-se, quatro partes: primeiramente, o index, onde se consignavam, o nome gentílico do proponente e a indicação sumária do seu objeto; a segunda, *praescriptio*, em que constavam as indicações do nome e títulos ou centúria que votou em primeiro lugar; a terceira, *rogatio*, é a parte principal da *lex rogata*, por constar a declaração de seu conteúdo; e, por fim, a quarta, *sanctio*, a sanção ou pena perpetrada para a hipótese de infringência da lei. A *leges rogatae* possui grande importância, nesse período, para o Direito Privado, assim como a Lei *Aebutia*, de meados do século II a.C., que introduziu o processo formulário. Contudo, a mais importante lei da república é uma *lex data*: Lei das XII Tábuas, o primeiro monumento legislativo dos romanos (ALVES, 2003, p. 22).

O edito dos magistrados era a terceira fonte do direito. Os romanos tinham a faculdade de promulgar *ius edicendi*, que são os editos, entre os quais, os mais importantes para a formação do direito foram os dos magistrados com função judiciária: em Roma, os pretores urbanos e peregrinos e os *edis curuis*; nas províncias, os governadores e os questores. O do pretor urbano, porém, sobressai-se, em importância, a todos os demais (ALVES, 2003, p. 22-23). Acerca dos editos, esclarece, Alves:

> O edito, a princípio, era a proclamação oral de uma espécie de programa do magistrado (o daqueles com função judiciária é um verdadeiro inventário de todos os meios de que o particular pode valer-se para obter a tutela de seu direito), no início do ano em que desempenharia a magistratura. Posteriormente, de oral, passou ele a ser escrito nums tábua pintada de branco, e, por isso denominada *álbum.* Com o tempo, essa designação, álbum, foi dada ao próprio edito. (ALVES, 2003, p. 23).

O *edictum* era *perpetuum* ou *repentinum*. O primeiro, que significa permanente, era aquele divulgado no início de cada ano e destinado a perdurar durante esse período de tempo. Já o *repentinum* era aquele promulgado pelo magistrado e, então, divulgado pela assembleia popular para regular situações não previstas no *perpetuum*

ou permanente. A Lei Cornelia, de 67 a.C., proibiu a promulgação do edito *repentinum*.

No edito dos magistrados judiciários, estes não se limitavam a relacionar as ações meios de proteção aos direitos decorrentes na república, integrados pelos costumes e leis (*ius civile*). Desde tempos remotos, esses magistrados, com base no seu *imperium*, ou seja, poder que lhes autorizava dar ordens a que todos deviam obedecer, concediam medidas judiciais que visavam a corrigir, suprir ou afastar a aplicação do *ius civile*, quando lhes parecesse iníquo (ALVES, 2003, p. 23).

Com o advento da Lei *Aebutia*, a qual introduziu, na metade do século II a.C., o processo formulário, essa interferência aumenta, porquanto os magistrados que passaram a redigir documento (a fórmula), onde se fixava a demanda a ser julgada (em geral, pelo juiz popular), arrogaram, pouco a pouco, o direito de denegar, quando lhes parecesse justo, ações que tutelavam direitos decorrentes do *ius civile*. Os magistrados judiciários não podiam atribuir direito a alguém, mas apenas conceder ou negar ações, o que equivale à criação de direitos. Por isso, o *ius honorarium* ou *praetorium*, como acentua, Ferrini, era um sistema de ações, e não de direitos (ALVES, 2003, p. 23).

Os delitos privados de natureza leve ficavam sob a responsabilidade das partes envolvidas. A evolução da Justiça romana no período Republicano, no tocante ao Direito Penal, dá-se em partes ou períodos, sendo que, num primeiro momento, tem-se a Justiça exercida pela assembleia formada por cidadãos romanos, denominada *comitium* (RUDÁ, 2018, p. 123).

Em segundo momento, tem-se a Justiça criminal, exercida por delegação do povo romano, por tribunais penais denominados *quaestiones perpetuae*, que eram uma espécie de tribunal permanente. Sendo um dos pais dos atuais tribunais do júri, representaram, de certa forma, um ganho democrático aos acusados de algum crime, uma vez que as provas utilizadas pelos magistrados eram submetidas ao povo, que deveria considerá-las suficientes ou não. Com o tempo, esses tribunais foram aumentando seu campo de atuação e, após o advento de novas leis, como a *Lex* Valeria, em 500 a.C., passaram a ganhar significativa importância, vedado qualquer retrocesso (RUDÁ, 2018, p. 123).

Há que se destacar que a penalização aplicada aos delinquentes era fundamentada a partir de argumentos que muito distam das anteriores justificações teocráticas e caro-religiosas, mas trouxe uma grande carga político-ideológica. Assim, segundo os romanos, a penalização se dava por “exigência da majestade do povo

romano” e da “saúde da coisa pública”. Esse cenário distingue religião e Estado, introduzindo o laicismo em Roma, já em 509 a.C. (RUDÁ, 2018, p. 124).

O surgimento da Lei das XII Tábuas é resultado da luta entre plebe e patrícios, pois a pretensão daquela classe era acabar com a incerteza e insegurança jurídica, por meio de elaborado código que impedisse o arbítrio judicial que lhe agredia (ALVES, 2003, p. 23). Acerca dessa influência dos plebeus na criação do código, continua, Alves:

> Em 462 a.C., o tribuno da plebe Terentílio Arsa propôs que se criassem os quinqueuiri-magistratura formada por cinco membros – com o encargo de elaborarem um código para a plebe. Mas, os patrícios perceberam que, com isso, haveria a completa separação entre a plebe – que já tinha dirigentes (os tribunos) e assembleia própria (os concilia plebis) – e o patriciado, formando-se em Estado dentro do outro. Daí, terem eles concordado, não com tal proposta, mas com a criação da magistratura constituída de dez membros (os decemuiri legibus scribundis), a qual elaboraria um código aplicável a todos os romanos, quer patrícios, quer plebeus. (ALVES, 2003, p. 24).
>
> Em 454 a.C., segue para a Grécia uma embaixada, composta de três membros, para estudar a legislação de Sólon. Quando de seu retorno, em 452 a.C., são eleitos os decênviros, que, durante o ano de 451 a.C., elaboraram um código em 10 tábuas. Mas, como o trabalho estava incompleto, elege-se novo decenvirato (do qual faziam parte alguns membros do primeiro, e – o que era inovação – alguns plebeus), que, em 450 a.C., redige mais duas tábuas, perfazendo, assim, o total de 12 (por isso: Lei das XII Tábuas). (ALVES, 2003, p. 24).

Se, na república, observou-se a separação entre Estado e religião, no Império, observa-se uma maior solidificação de avanços, como a afirmação do caráter público do Direito Penal, mesmo com a diferença entre delitos públicos e privados, o que se verificou por meio do procedimento extraordinário constituído pelos tribunais que atuavam sob delegação do imperador. Salvo em casos de grande notoriedade, o imperador não participava dos julgamentos, mas, quando o fazia, sua jurisdição se localizava sobre as leis. Esse cenário faz entender que o império avançou em matéria de legislação penal.

Até hoje, não se tem o texto completo da Lei das XII Tábuas, apenas alguns fragmentos transcritos por literatos e jurisconsultos, havendo, inclusive, alguns fragmentos que não se sabe a quais tábuas pertencem, pois os autores não esclareceram. Não obstante, os romanistas têm procurado reconstruir a sistemática da referida lei com aquilo que restou. Gaio escreveu uma obra a respeito em seis livros, deduzindo-se que, em cada um, há duas tábuas, pois revela um total de doze e, com base nisso, estabelece-se a tábua a que deve pertencer cada um dos

fragmentos conhecidos (ALVES, 2003, p. 25).

> Embora os autores antigos deem a entender que a Lei das XII Tábuas abarcava todo o direito público e privado, com efeito, exceto as normas relativas a direito penal, são escassos os dispositivos que tratam do direito público, não havendo quaisquer regras sobre os institutos fundamentais do direito constitucional e do direito administrativo. Quanto ao direito privado, é ele tratado com mais largueza, embora, ainda aí, as lacunas sejam consideráveis. Apenas com referência ao processo, é que se encontram dispositivos mais numerosos e que obedecem a uma sistemática.
> Portanto, a Lei das XII Tábuas não era um código como os modernos, que se ocupam de determinado ramo do direito (por exemplo: código civil, código comercial, código penal), mas lei geral que continha dispositivos sobre direito público e direito privado. (ALVES, 2003, p. 25).

Ainda no final do período republicano, o direito romano deixou importantes leis que terminaram por construir o núcleo do Direito Penal Clássico, quais sejam: *Leges Corneliae*, promulgadas entre 82 e 80 a.C., por Cornelio Sila; e *Leges Juliae*, de Cesar e Augusto. Ambas tiveram sua importância para o conjunto de legislação penal romana, mas algumas leis merecem destaque especial, como as seguintes (ALVES, 2003, p. 25-26):

> *LEGES CORNELIAE*
> a) *Sicariis er Venificiis* – Estabeleceu punição para os assaltos nas estradas, latrocínios, envenenamentos, incriminação da tentativa como crime consumado;
> b) *Lex Cornelia de maiestatis* – Estabeleceu punição para os crimes contra o Estado, a traição e o perduellio;
> c) *Lex Cornelia de Injuriis* – Estabeleceu punição para os delitos de injúria real e a violação de domicílio.
> *LEGES JULIAE*
> a) *Lex de Repetundis* (59 a.C) - Estabeleceu a proibição de recebimento de presentes por parte dos funcionários públicos e magistrados;
> b) *Lex Juliae de maiestatis* (18.C) - Estabeleceu a punição para os crimes contra o Estado, a traição e o *perduellio*, da mesma sorte que a *Lex Cornelia*;
> c) *Lex Julia de Ambitu* (18 a. C) - Estabeleceu proibição e punição para corrupção eleitoral;
> d) *Lex Julia Adulteriis* (18 a.C) - Estabeleceu proibição e punição para o adultério;
> e) *Lex Juliae de vi* – Estabeleceu criminalização para a violência pública, o constrangimento a magistrados e senadores (*vis publica*), sequestro, estupro, constrangimento ilegal, exercício arbitrário das próprias razões, dentre outros;
> f) *Lex Pompeia de Parricidi* – Submeteu à pena pública a morte dada a parentes próximos. (RUDÁ, 2018, p. 127).

As mudanças mostradas acima abriram as portas para uma nova forma de se pensar o Direito Penal no período imperial. Chamada de época Clássica, o período *das Leges Corneliae das Leges Juliae* terminou por representar o ápice do Direito

Penal, que, desde a época primitiva, vinha numa constante evolução, no sentido de trazer às pessoas uma legislação penal de natureza mais democrática, conforme se pode verificar com a constante influência do Estado, chamando para si a responsabilidade sobre diversas leis, de forma a privilegiar os crimes públicos em detrimento dos delitos privados, aumentando assim, a responsabilidade estatal na administração do Direito Penal. Essa postura estatal trouxe diversos benefícios aos cidadãos romanos, como:

a) redução dos crimes privados;
b) extinção (natural e gradual) da vingança privada;
c) mitigação gradual das penas, com especial destaque à pena de morte; que foi quase extinta nessa época;
d) prevalência de um Direito Penal democrático com a dominação do princípio da reserva legal nas questões penais (RUDÁ, 2018, p. 126).

> Não obstante o grande avanço do Direito Penal de espírito democrático, pese outras denominações, não demorou para que o Estado começasse a implementar uma polícia penal regressiva, no que diz respeito à administração das legislações penais. A partir de 27 a.C., o sistema das *Quaestiones perpetuae* começa a sofrer mudanças importantes, tendo em vista uma adequação ao novo espírito da época. O primeiro passo para o que se pode chamar de degradação do Direito Penal democrático foi a instituição do *cognitio extraordinem* ou condição extraordinária (do delinquente). (RUDÁ, 2018, p. 126-127).

Por esse instrumento, os órgãos do Estado, como o senado, sob a presidência do cônsul, dispensavam a acusação formal, o que abriu espaço para o estabelecimento de privilégios sem fim, corroborando, assim, para a derrocada daquele modelo de Direito Penal. É possível constatar-se, ainda, um agravamento da situação quando, depois do período Diocleciano, 284-300 d.C., funcionários imperiais passaram a contar com grande liberdade, para, da mesma forma, julgar delitos e impor penas (RUDÁ, 2018, p. 127).

Importante registrar ainda o surgimento dos crimes extraordinários, como (RUDÁ, 2018, p. 127):

a) furto e suas modalidades, como o abigeato, que era o furto de gado; furto *balnearii*, os praticados nos balneários; *atrociores fures o expilatores*, assalto a mão armada nas estradas; *effractores*, furto noturno; crime *expillatae bereditatis*, furto de cota alheia na herança comum;
b) receptadores, composto pelos crimes de receptação e o favorecimento;

c) *stelionattus*, estelionato;
d) *concussio*, concussão;
e) *raptus*, rapto;
f) *abactus partus*, aborto;
g) *expositium infantium*;
h) crimes contra a religião, sendo os mais importantes, provenientes da influência dos cristãos, como blasfêmia, heresia, perturbação de culto, bruxaria, entre outros.

Até mesmo a pena de morte, que era aplicada somente aos parricidas, passou novamente a ser aplicada aos crimes extraordinários mais graves, por meio de espada, fogo, forca, em substituição à crucificação, desde Constantino, por *dammatio ad bestias*, que era a condenação às feras.

É possível verificar o retrocesso demográfico na legislação penal romana, o qual somente se transforma no Iluminismo. Além disso, não se fala em Direito Penal romano sem abordar aspectos significativos do *Corpus Juris Civilis*, do imperador Justiniano, considerado a base do moderno direito ocidental e uma das principais fontes do Direito Penal, segundo o Digesto de 533 e seus livros XLVII, XLVIII, conhecido como *libris terriblis* (RUDÁ, 2018, p. 128).

A importância do *Corpus Juris Civilis Romani* é tamanha, que não se pode seguir adiante sem mencionar algumas das principais características. Primeiramente, o livro XLVII é composto por XXIII títulos, sendo que o título I dispõe que os herdeiros ou sucessores não estão submetidos à ação criminal, mas que esta pode ser exercida pelos sucessores da vítima, distinguindo, nitidamente, a ação civil da criminal (RUDÁ, 2018, p. 128).

O título II trata dos furtos em suas diversas modalidades; os artigos III e IV trazem questões de caráter civil alheias ao furto; o título VI faculta aos donos de escravos que cometerem furto entregarem o escravo ou seu valor; o título VII trata do dano consistente na costa de árvores furtivamente; o título VIII se ocupa dos bens arrebatados violentamente; o título IX, do incêndio, da ruina e do naufrágio; o título X, das injúrias e libelos infamantes; o título XI trata dos delitos extraordinários, apenando os adúlteros, estupradores, corruptores, monopolizadores guardadores, armazenadores, entre outros. O título XII trata da violação de sepulcro; e o XIII, das ações públicas (RUDÁ, 2018, p. 128).

Por sua vez, os títulos I, II e III do livro XLVIII tratam das questões processuais.

O título IV contém a Lei *Juliae*, apenando crimes contra *majestatis*, como traição, rebelião, sedição e conspiração para assassinar dignitários. Expressa claramente que "o delito que se diz de majestade é próximo ao sacrilégio", inclusive, os infames, os escravos e as mulheres, coisa que não acontece com os delitos restantes (RUDÁ, 2018, p. 129). Detalhando essa composição em livros e títulos:

> O título V contém a lei Julia de adultério. O VI se ocupa da violência pública e o título VII da privada; o título VIII se ocupa dos assassinos e dos mandantes; o título IX dos parricídios; o título X se ocupa das falsidades, enquanto o XI das concessões; o título XII se ocupa dos delitos contra as provisões públicas; o título XIII dos peculatos e dos sacrilégios; o título XIV da pretensão de cargos por entrega ou suborno; o título XV se ocupa dos plagiários; o título XVI se ocupa dos caluniadores e tergiversadores; o título XVII das condenações ausentes, enquanto o título XVIII se ocupa dos condenados; o título XXI dos bens dos que antes da sentença se procuraram a morte que corromperam ao acusador; o título XXII dos interditados, relegados ou deportados; o título XXIII se ocupa dos que sofreram condenações e o título XXIV dos cadáveres dos apenados.
> Não obstante todas as menções acima, tem-se que aduzir também que em outros livros dos libris terriblis existem outras abordagens a ilicitudes, como o livro III, em seu título VI, que trata dos caluniadores, assim como o título XVI do livro XLVIII; o livro IX, título II, trata de um comentário à Aquilia, no que, entre outras coisas, se diz que "a razão natural permite defender-se contra um perigo". O livro XLIII, título XVI, trata da força e da força armada. Enfim, tem-se o livro VI, título II, que trata dos furtos e da corrupção de escravos (ZAFFARONI, 2006, apud RUDÁ, 2018, p. 129).

Ainda existem textos penais nas Novelas, como na XII, que trata das núpcias incestuosas e nefastas; a XIV, dos alcahuetes (encobridores de fatos); a LXXVII, que trata da blasfêmia e das *práticas contra a natureza*; a CXLI, contra as indecências; a CXLII, sobre castrações; a CL, que trata das mulheres raptadas que se casam com raptores; a CLI, que trata dos que não comparecem em juízo (RUDÁ, 2018, p. 129).

Na época do direito clássico, os romanos definiam a jurisprudência como "iuris prudentia est diuinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia" - a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto, como afirma, Alves (2003, p. 26).

Pelo escriba Gneo Flávio e Ápio Cláudio Cego, nos fins do século IV a.C., inicia-se a secularização da jurisprudência romana e também o ensino público do direito, que funcionava, inicialmente, apenas com explicação de casos práticos, contando, posteriormente, com aulas, de teóricas a práticas, criando uma verdadeira escola de direito.

Muitos jurisconsultos e juristas desfrutam de muito prestígio e exercem influência sobre o desenvolvimento do direito romano, destacando-se em três

aspectos: *cauere, agere* e *respondere*. *Cauere* é expressão técnica indicada para a atuação jurídica no formular e redigir os negócios jurídicos; *agere* é a atividade concernente ao processo; e *respondere* refere-se aos pareceres dos jurisconsultos sobre questões de direito controvertidas (ALVES, 2003, p. 27).

Todavia, tudo levava a crer, desde o início do século I a.C., que a república não subsistiria por muito tempo, e César agia como se fosse rei, ao ponto de Cícero denominar o período de *dominatus*, que quer dizer dominato ou monarquia absoluta. De entre 48 e 44 a.C., data o assassinato de César, a partir do qual se inicia uma série de agitações, da qual decorre o segundo triunvirato, formado por Otaviano, sobrinho adotivo de César, Marco Antônio e Lépido (ASSIS; KÜMPEL, 2009, p. 27).

Gradativamente, Lépido é posto de lado, e o triunvirato se transforma num duunvirato. Otaviano e Marco Antônio, então, dividem entre si o poder, sendo para Otaviano, o Ocidente, e para Marco Antônio, o Oriente (CICCO, 2010, p. 61). No dia dois de setembro do ano 31 a.C., Otaviano derrota, na batalha do Ácio, Marco Antônio, e se torna detentor único do poder, confirmando, pouco tempo depois, o título de imperador, que lhe dava posição de herdeiro de César, e, em 28 a.C., atribui o título de *princeps senatus* (ASSIS; KÜMPEL, 2009, p. 27).

No ano 27 a.C., surge o principado, o qual apresenta dupla faceta: em Roma, é monarquia mitigada, pois o príncipe é apenas o primeiro cidadão, que respeita as instituições políticas da república; mas, nas províncias imperiais, é verdadeira monarquia absoluta, pois o *princeps* tem, no local, poderes discricionários. O principado, na verdade, é o regime de transição da república à monarquia absoluta, que vai, paulatinamente, ao absolutismo. Por isso, no principado, subsistiram, as instituições políticas da república com atribuições cada vez menores (ASSIS; KÜMPEL, 2009, p. 28).

Os juristas clássicos não incluem o costume na relação das fontes do direito, talvez, por considerarem o costume como um fato. Certo, porém, é que sua importância, nesse período, é menor do que nos anteriores, até porque, quando começava a se formar um costume, o pretor podia acolhê-lo em seu edito, dando-lhe o caráter de norma *ius honorarium* (ALVES, 2003, p. 34).

> Um fragmento atribuído a Juliano – que tem dado margem a grande controvérsia sobre si foi, ou não, reelaborado do dominato, mas que, possivelmente, conserva o pensamento de Juliano – dá, como fundamento do costume, o consentimento tácito do povo, em contraposição à lei, em que esse consentimento se manifesta explicitamente.

> Por outro lado, nos textos jurídicos desse período, verifica-se que, para a existência do costume, era necessário que a prática fosse observada por longo tempo, embora não se estabelecesse um período mínimo. (ALVES, 2003, p. 34-35).

O costume *praeter legem* – que é o que preenche lacuna da lei – era obrigatório. Sobre o costume *contra legem* – contrário à lei –, distingue-se do desuso, ou *desuetudo* – aquele é o comportamento positivo contrário à lei, enquanto este é o comportamento negativo de não observância da lei, sem ser acompanhado de comportamento positivo contrário a ela (ALVES, 2003, p. 35).

Na época de Augusto, os comícios votaram uma série de leis propostas por ele, com base em sua *potestas tribunícia*, dentre as quais, as *Leges luliae ludiciare* e a *Lex lulia de Martitandis Ordinibus*. Após Augusto, entretanto, a legislação comicial entra em declínio sob Tibério e Cláudio, sendo ainda encontradas algumas leis votadas pelos comícios. É bem verdade que o poder legislativo dos comícios não foi abolido expressamente, mas desapareceu, por ter deixado de ser exercitado pelos comícios (ALVES, 2003, p. 35).

Até mesmo o imperador Adriano, o pretor, não perdeu indiretamente o poder de criar direitos por elaboração de seus editos - o que, no principado, era uma fonte importantíssima do direito. Na prática, limitava-se a copiar os editos dos antecessores, o que certamente, por posição subalterna ficou reduzida.

Destarte, o edito se consolidara, de fato, pela ausência de modificações introduzidas pelos pretores que se sucediam. E essa situação se converteu em situação de direito na época de Adriano, imperador que ordenou ao jurisconsulto Salvio Juliano a fixação definitiva do texto dos editos. A esse trabalho, foi dada a denominação *Edctum Perpetuum* (Edito Perpétuo) pela imutabilidade de seu texto. A partir de então, o pretor somente pode criar novos meios processuais por solicitação dos *princeps* ou do senado (ALVES, 2003, p. 36). Esse sistema dominou não somente o edito pretor urbano, mas também os editos *curuis*, anexando ao primeiro como apêndice. Parece que foram, igualmente, sistematizados, de modo definitivo, o edito do pretor peregrino e um protótipo de edito provincial.

Muito embora antes comentado por outro prisma, o senado, por sua vez, influenciava a república por meio dos magistrados, na formação do direito em suas deliberações, ora *senatus-consultos* - o que não era fonte de direito, valendo aqui destacar. Quando muito, nos fins da república, o senado arrogou para si a faculdade

de, sem ratificação dos comícios, dispensar cidadãos da observância de certas leis, denominadas *legem aliguem soluere* (ALVES, 2003, p. 36).

No momento inicial do principado, todavia, os *senatus-consultos* passam a ser fonte de direito, não só em virtude do exaurimento do poder legislativo dos comícios, como também pela circunstância de que, não estando ainda os tempos devidamente amadurecidos para que o *princeps*, abertamente, usurpasse o poder legislativo, propunha as medidas que lhe pareciam necessárias, e o senado deliberava sobre. Com o tempo e graças à autoridade do príncipe, a proposta passa a ter valor maior do que a deliberação do senado, uma vez que este se manifesta sempre pela aprovação. Então, ao contrário de se falar em *senatusconsultum*, diz-se *oratio* (proposta do príncipe), e, no tempo de Severos, essa prática está consagrada (ALVES, 2003, p. 36).

No principado, são encontrados vários senatus-consultos de elevado nome para o Direito Privado, como Tertuliano, a respeito da sucessão hereditária, por exemplo (ALVES, 2003, p. 36). Jamais foi atribuída, ao menos expressamente, a faculdade de legislar aos *princeps*, em decorrência dos poderes que absorveram das magistraturas republicanas e da *auctorias* que lhes era reconhecida. Ele, desde a origem do principado, interferiu na criação do direito com as *constitutiones* (Constituições imperiais), que não indicavam um ato formal do *princeps* quando continham novo preceito jurídico.

> As constituições imperiais se apresentam, principalmente, sob um dos quatro seguintes tipos:
> 1º, edicta (editos) - normas gerais que, em virtude do ius edicendi do príncipe, dele emanavam, e se assemelhavam, na forma, às oriundas dos magistrados republicanos;
> 2º, *mandata* (mandatos) - instruções que o príncipe transmitia aos funcionários imperiais, principalmente aos governadores e funcionários das províncias (a partir do século V d.C., desaparecendo totalmente);
> 3º, *rescripta* (restritos) - respostas que, sobre questões jurídicas, o imperador dava a particulares, ou a magistrados e a juízes; no primeiro caso, diziam-se subscriptiones, porque eram escritas abaixo da pergunta, para que a resposta desta não se separasse; no segundo, epistulae, pois eram redigidas em carta; e 4º, *decreta* (decretos) – eram sentenças prolatadas pelo príncipe em litígios e a eles submetidos em primeira instância ou em grau de recurso.
> As constituições imperiais mais importantes para o direito privado se apresentavam sob o tipo de *decreta* ou de *rescripta*. (ALVES, 2003, p. 37).

Antecedente a Augusto, os jurisconsultos, na qualidade de particulares, respondiam a consultas das partes litigantes, dos magistrados ou dos juízes (ALVES, 2003, p. 37). Augusto, todavia, introduziu o *ius respondendi ex auctoritate principis*,

por meio do qual, o príncipe concedia a alguns juristas uma espécie de patente – o *ius publice respondendi* –, que atribuía às suas respostas uma maior autoridade que a dos juristas, os quais não detinham o *ius respondendi*.

Os imperadores que sucederam a Augusto continuaram a observar essa prática. Sob o governo de Adriano, os *responsa prudentium* (resposta dos jurisconsultos) abrangem, não apenas os pareceres dados sobre casos concretos (como na época de Augusto), mas também as opiniões em geral dos jurisconsultos com *ius respondendi*, manifestadas sobre casos concretos ou em obras doutrinárias. Os *responsa prudentium* eram, então, fonte de direito – portanto, vinculariam o juiz, se constituíssem *opinio communis* (opinião comum). Em caso de divergência de opiniões, o juiz julgava segundo a que lhe parecesse mais convincente (ALVES, 2003, p. 37).

Importa, aqui também, esclarecer acerca da jurisprudência clássica, havida no início do principado, onde jurisconsultos romanos se dividiam em duas escolas: a dos *Proculeianos* e a dos *Sabinianos* (ALVES, 2003, p. 38).

> Os juristas clássicos escreveram, além de monografias, várias obras que seguiam, principalmente, um dos seguintes tipos: *institutiones, regulae, enchiridia* e *definitiones* (livros destinados ao ensino); *sententiae* e *opiniones* (obras também elementares, mas que visavam mais à prática do que o ensino); (*responsa*) livros de consultas e respostas sobre casos concretos; *quaestiones edisputationes* (repositório de controvérsia jurídica); *libri ad, libri ex* e *notae ad* (comentários ou notas de um jurista à obra de um antecessor, cujo nome – ou denominação de seu trabalho – se seguia a essas expressões latinas); *libri ad adctum* (obras que obedeciam ao plano do *Edctum Perpetuum*, e se ocupavam do ius honorarium); e *digesta* (espécie de enciclopédias sobre o *ius siuile* e o *ius honorarium*) (ALVES, 2003, p. 39).

De todas essas obras, apenas três chegaram até o presente, quais sejam, as Institutas de Gaio, século V ou VI d.C., as Regras de Ulpiano e as Sentenças de Paulo (ALVES, 2003, p. 39-40).

Continuando, como dito, o principado foi o regime de transição entre república e monarquia absoluta, de modo que, em Roma, o príncipe era apenas o primeiro cidadão, enquanto nas províncias, era monarca. Paulatinamente, os imperadores romanos vão firmando o absolutismo, o que ocorreu com o principado, que se prenunciou no fim da república, e o mesmo se sucedeu ao *dominato*: Pompeu, na república, foi o precursor de Augusto; Sétimo Severo, no principado, foi o precursor

de Diocleciano e Constantino, os instauradores do *dominato*.

Após a morte de Alexandre Severo, século III d.C., em crises constantes pelas sucessões de imperadores (dos quais, quem se manteve por maior período de tempo, o fez por seis anos), Diocleciano julgou conveniente resolver essas questões por meio da divisão de fato, embora continuasse juridicamente uno, do Império Romano em *pars Orientis* e *pars Occidents*. Em cada uma dessas, haveria um *augustus* e, em seu lugar-tenente, um *caesar*, que deveria sucedê-lo no trono.

Reservando a *pars Orientis* para si, Diocleciano, que havia designado seu companheiro de armas, Maximiliano, para *augustus* da *pars Occidentis*, não dividiu propriamente o poder com esse, pois, na realidade, estava situado em posição superior à de Maximiliano. E uma vez que têm dois augustos e dois césares, essa organização se denomina tetrarquia, a qual persistiu até a morte de Teodósio I, quando se verificou a divisão definitiva do Império Romano: Arcádio, com o Oriente, e Honório, com o Ocidente (ALVES, 2003, p. 43).

O *dominato*, quanto às instituições políticas, caracteriza-se por uma ampla burocratização administrativa, com o imperador no topo da hierarquia, o qual, à época, era considerado como o senhor absoluto, concebido, segundo as ideias orientais, como Deus e *dominus,* abaixo do qual, há vários e diferentes funcionários que governam submetidos à rígida hierarquia em escalões. Das magistraturas originárias da República, persistem, no *dominato,* o consulado, com funções somente honoríficas; a pretura urbana, sem jurisdição e com ônus de, às suas expensas, dar jogos públicos; o *tribunato* e a plebe (essa, com existência apenas nominal, desaparece no século V) (ALVES, 2003, p. 43).

No principado, por ser período de transição, encontra-se o maior número de fontes do Direito que Roma conheceu sob determinado regime. No *dominato*, ora monarquia absoluta, há apenas uma fonte atuante de criação organizada do direito, que é a Constituição imperial, então denominada *lex*. A seu lado, persiste, o costume como fonte espontânea, mas limitado a preencher as lacunas das Constituições imperiais, sendo pequena sua importância para o Direito Privado. No entanto, continuam em vigor, as normas decorrentes das fontes de períodos anteriores, desde que não revogadas (ALVES, 2003, p. 43).

Como no início do *dominato*, é muito acentuada, a decadência da jurisprudência, inclusive, há uma escassez de juristas, mas que conta com muitos práticos. Conhecem-se as normas, não pelo estudo da própria fonte, mas

indiretamente, por intermédio da obra dos jurisconsultos clássicos. Por isso, ao lado das Constituições imperiais, *leges*, vigora, também, o direito contido nessas obras, que, naquele tempo, denominara-se *iura* (ALVES, 2003, p. 43).

A invocação de normas jurídicas constantes das obras de juristas antigos acarretou um grande inconveniente: advogados habilidosos induziam em erro os juízes com citações capciosas ou falsas, que eram atribuídas àqueles jurisconsultos. Em face disso – do que decorria, a incerteza do direito -, os imperadores procuraram, de início, combater o abuso por meio de constituições imperiais que restringiam a invocação da *iura* (ALVES, 2003, p. 44).

Assim, em 321 d.C., Constantino declarou sem eficácia as notas que Paulo e Ulpiano haviam feito à obra de Papiniano; mas o mesmo imperador, pouco depois, confirmou a autoridade das demais obras de Paulo, sobretudo, das sentenças. Pouco mais de um século depois, Teodósio II e Valentiniano III tomaram providência mais radical, na Constituição que os autores modernos denominam leis das citações. Essa Constituição imperial criou um verdadeiro tribunal de mortos, pois estabeleceu que somente poderiam ser invocados em juízo, os escritos de cinco jurisconsultos, quais sejam, Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino, bem como as opiniões por autores citados por qualquer um desses, desde que o original fosse trazido a juízo (ALVES, 2003, p. 44).

No caso de divergência de opiniões, prevalecia a da maioria; se houvesse empate, preponderaria, a opinião de Papiniano; e, caso este, em última hipótese, não houvesse se manifestado, o juiz seguiria a orientação que lhe parecesse melhor. Ressalta-se que as notas de Paulo e Ulpiano às obras de Papiniano continuaram sem validade.

Essas providências, no entanto, não resolviam o problema, numa época de decadência, do conhecimento das opiniões daqueles cinco jurisconsultos, nem da dificuldade, em face do número elevado de Constituições imperiais que se sucediam, de saber quais estavam em vigor. Para atenuar esses obstáculos, compuseram-se, no *dominato*, algumas compilações que se denominaram pré-justinianéias, para distinguir das elaboradas por ordem do imperador Justiniano.

As compilações pré-justinianéias se classificam em dois grupos: o primeiro, que contém somente *leges*, e o segundo, que contém *leges* e *iura*. Somente abrangem *leges,* os Códigos Gregorianos, Hermogeniano e Teodosiano. Em maior número, são as compilações de *leges* e *iura*. Algumas são obras de particulares; outras, oficiais

(ALVES, 2003, p. 45).

No século V d.C., no *dominato*, não resta algum grande jurisconsulto, sendo todos esquecidos, e a jurisprudência dessa época, decadente, mas há o ressurgimento do estudo do Direito graças às escolas do Império Romano do Oriente, dentre as quais se destacam a de Constantinopla e, principalmente, a de Berito. Alguns dos mestres desse tempo ficaram célebres, como Cirilo, Eudóssio e Patrício (ALVES, 2003, p. 45).

Muito embora esse ressurgimento, não se verifica, durante todo o *dominato*, obra verdadeiramente criadora. Os professores dessas escolas de Direito, em geral, dedicaram-se ao estudo das obras dos juristas clássicos para adaptá-las, por via de reelaboração, às necessidades sociais de sua época. Porém, graças a essas escolas, Justiniano encontrou juristas e material para a elaboração do *Corpus Iuris Civilis* (ALVES, 2003, p. 46).

Em 527 d.C., sobe ao trono, em Constantinopla, Justiniano, que inicia ampla obra militar e legislativa e, no ano seguinte, nomeou a comissão de dez membros para compilar as Constituições imperiais vigentes. Em 529 d.C., a compilação estava pronta, que foi intitulada *Nouus Iustinianus Cod*ex. Realizada a compilação das *leges*, era necessário resolver um problema com relação aos *iura*: havia entre os jurisconsultos antigos, uma série de controvérsias a solucionar. Para isso, Justiniano expediu 50 Constituições. É provável que durante sua elaboração, surgisse a ideia da compilação da *iura* (ALVES, 2003, p. 46).

Já nos fins dos anos de 530 d.C., Justiniano encarrega Triboniano de organizar comissão destinada a compilar os *iura*. Para o término desse projeto grandioso, previu, Justiniano, o mínimo de dez anos. No entanto, a comissão de 16 membros, entre professores de Direito e advogados, sob a presidência de Triboniano, depois de compulsar quase dois mil livros, concluiu o trabalho em apenas três anos. Era o Digesto, também denominado *Pandectas* (ALVES, 2003, p. 46).

Terminada a elaboração do Digesto, mas antes de sua promulgação, Justiniano escolheu três compiladores – Triboniano, Diriteu e Teófilo – para a organização de um manual escolar que servisse aos estudantes como introdução ao direito compendiado no Digesto. Seguindo as Institutas de Gaio, essa comissão elaborou as Institutas, e ambos, Institutas e Digesto, entraram em vigor na mesma data, 30 de dezembro de 533 d.C. (ALVES, 2003, p. 47).

Porém, com a elaboração do Digesto, surgiu novo problema: entre o *Nouus*

Iustinianuns Codex e as *Pandectas,* havia contradições que necessitavam ser sanadas. Por isso, Justiniano nomeou uma comissão de cinco membros para atualizar o *Codex*, cuja nova edição foi promulgada em 29 de dezembro de 534 d.C. Como a primeira, elaborada em 528, foi revogada pela de 534 d.C., deixou de ser utilizada, e poucos de seus fragmentos foram encontrados no Egito recentemente (ALVES, 2003, p. 47).

As Institutas, o Digesto e o Código foram as compilações feitas por ordem de Justiniano. No entanto, depois de elaboradas, Justiniano introduziu algumas modificações na legislação mediante Constituições imperiais – a que se denominou *Nouellae constitutiones*, que pretendia reunir num corpo único. Sua morte, porém, impediu o intento, o que foi realizado posteriormente por particulares.

Para que os *iura* e as *leges* constantes nos *Corpus Iuris Civilis* pudessem ter aplicação na prática, foi preciso, muitas vezes, que os compiladores fizessem substituições, supressões ou acréscimos nos fragmentos dos jurisconsultos clássicos ou nas Constituições imperiais antigas. Essas alterações denominam-se interpolações ou tribonianismos. Dentre as interpolações, distinguem-se os glosemas, denominação dada, em geral, aos erros dos copistas ou às alterações introduzidas, antes da época de Justiniano, nas obras de juristas clássicos, por particulares ou comissões legislativas, como a que organizou o Código Teodosiano.

Sobre o modo de citação do *Corpus Iuris Civilis*, faz-se necessário explicar brevemente a estrutura. As Institutas estão divididas em quatro livros, subdivididos em títulos, e esses, por sua vez, em uma parte inicial e parágrafos. O Digesto se compõe de 50 livros, divididos em títulos, exceto os livros n. XXX, XXXI, XXXII, subdivididos em leis ou fragmentos, os quais são precedidos de nome do jurisconsulto romano e da obra de onde foram retirados, e esses, em uma parte inicial e em parágrafos. O Código é constituído de 12 livros, divididos em títulos, subdivididos em leis, e essas, em uma parte inicial e parágrafos. Por derradeiro, as Novelas são integradas por Constituições imperais, que apresentam prefácio, capítulo e epílogo. A abreviatura das Institutas é I ou Inst.; do Digesto, D ou Dig; do Código, C.; das Novelas, N. ou Nov. (ALVES, 2003, p. 48).

Há várias maneiras de se citarem as partes do *Corpus Iuris Civilis*, e limitar-se-á à mais comum. Os romanistas antigos não usavam números em suas citações, mas apenas as palavras iniciais do fragmento ou da constituição, do parágrafo e do título. Modernamente, utilizam-se números nas citações, e uma maneira muito recorrente

atualmente é a indicação de abreviatura de uma das quatro partes do *Corpus Iuris Civilis*, seguindo-se a informação sobre se tratar do Digesto ou do Código – dos números correspondentes ao livro, fragmento ou constituição, e ao parágrafo. Com relação às Institutas, a abreviatura *Inst.* é acompanhada das indicações numéricas do livro, título e parágrafo. Quanto às Novelas, à sigla *N.*, seguem-se os números relativos, sendo numeradas, em capítulo e parágrafo. Por fim, é comum também, para se evitarem enganos, fazer seguir, ao número referente ao título, a abreviação de sua rubrica (ALVES, 2003, p. 48-49).

O cristianismo passa a ser problema e influência no direito romano a partir do *dominato*, pois o imperador Constantino torna a religião cristã a oficial do império, mas determinar os limites dessa influência é por demais complexo. Os autores medievais nunca duvidaram do fato de o cristianismo ter influenciado o direito romano, tanto que o *dominato*, em vez de se lhes afigurar como época de decadência do Direito, apresentava-se lhes como esplendor, por suas ideias cristãs. O contexto da Idade Média era muito propenso a essa convicção (ALVES, 2003, p. 49).

3 BREVE EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO NA IDADE MÉDIA

Na Idade Média, o poder estatal dos povos germânicos se fortaleceu graças à combinação de três fatores: a) a existência do direito da estirpe e populares, que se fundamentaram em três leis, quais sejam, *lex Salica*, *lex Bajuvariorum* e *lex Ribuaria*; b) consubstanciação do poder real com a implementação de leis de caráter eminentemente centralizadores, denominadas *capitularias* ou legislação real, por volta do século VI; c) existência do direito da Igreja, que se fortalecia rapidamente, em virtude da maior estruturação do cristianismo (RUDÁ, 2018, p. 144).

Cada uma dessas forças defendia o que melhor representasse seus interesses. Os direitos populares, por exemplo, tinham por objetivo limitar o direito, substituindo-o por composição, que seria uma regulamentação obrigatória da expiação. Como consequência, houve uma natural substituição da pena privada pela pública, o que corroboraria com o fortalecimento do poder estatal, ao lado de outros fatores também – e não somente os enfretamentos ideológicos –, como os constantes ataques sofridos em virtude das invasões bárbaras, que culminaram na queda do Império Romano e no nascimento de um novo período da história, denominado Idade Média (RUDÁ, 2018, p. 144).

Assim sendo, com a chegada dos francos, torna-se crescente, o poder estatal, pelo estabelecimento da monarquia e, consequentemente, a implantação, mesmo que gradativa, de diversas mudanças, como a limitação e posterior eliminação da vingança de sangue. O fortalecimento do poder estatal está intimamente ligado ao fato de os direitos populares sucumbirem aos demais, nos enfrentamentos ideológicos, como leciona, Liszt:

> No Direito oficial (Amtsrecht) aparecem numerosas sanções penais novas, junto ao Direito Popular, não já para a proteção da Igreja e o claustro, de viúvas, órfãos e pobres, senão também para a garantia da paz pública contra os atos de violência, de diversos modos. (LISZT, 1914, p. 162).

Importante lembrar que, nessa época, a polarização do Direito Penal, ocorrida em virtude do avanço da pena pública, em detrimento da privada, abriu caminho para o poder estatal se fortalecer, sobretudo, com a sedimentação da composição como primeira medida desse novo poder. Nesse contexto, há incremento e destaque de algumas penas, como a continuidade da privação da paz e da pena de morte, bem

como o exílio, a mutilação, arremesso ao fogo, as penas infantes e as incipientes privativas de liberdade (RUDÁ, 2018, p. 145).

Como mecanismo de afirmação do novo poder, observa-se o surgimento de diversas leis, que passam a vigorar de modo inclusivo, ou seja, retiram do Direito Penal, que, até então, era baseado nos costumes, normas que passam a valer como regras de conduta dos sujeitos, são as chamadas leis bárbaras. Dentre as principais, destacam-se:

a) *Lex Salica* (por volta de 500 d.C.) – considerada uma das mais antigas leis bárbaras, vigorou plenamente ao tempo da dinastia merovíngia (481-751 d.C.);
b) *Lex Rupiaria* (século VI d.C.) – denominação decorrente do fato de tratar dos direitos dos rupiaros;
c) *O pactus* (século VII d. C) – referente ao direito dos alemães, editada na primeira metade do século VII;
d) *Lex Alamannorum* (século VIII d.C.) – denominação decorrente do fato de se referir ao direito dos bávaros. Outro conjunto de leis igualmente importantes é da época carolíngia, composto por: *Lex Frisionum* - Lei dos Frisões, teve sua elaboração provavelmente na época de Carlos, o Grande; *Lex Saxonum* (século IX), editada no *Reichstag* de *Aquisgrán*; *Lex Angoliorum*, *Lex Werinorum* e *Ewa Chamavorum* (século IX) (MEZGER, 1946, p. 43).

Referidas leis criadas em território germano não foram as únicas a vigorarem na Alemanha medieval, havendo que mencionar a existência de outras, como as oriundas do território romano. Portanto, é importante destacar o direito dos povos e o direito do rei.

Conforme demonstrado, o direito erigido dos referidos enfrentamentos é o fundado no poder estatal, ao supedâneo de leis que paulatinamente fortalecem o poder dominante, até porque, tratava-se de uma confluência de várias forças, inclusive, do direito, que surgiam das entranhas da Igreja, denominando-se direito unitário. Nesse contexto, o Direito Penal germânico teve destaque também por sua natureza eminentemente objetiva, consistindo num contraponto ao Direito Penal romano e ao canônico. Enquanto, no germânico, valoriza-se somente o aspecto objetivo, não importando os subjetivos, razão pela qual não se reconhecia a tentativa como fato punível, por exemplo; no romano e canônico, houve um progressivo reconhecimento dos aspectos subjetivos das práticas delituosas (RUDÁ, 2018, p. 147).

Todavia, num sentido geral, o avanço da pena pública, não fez mudar a forma de se entender o delito, que continuou vinculada às tradições primitivas. Assim, para haver castigo a um determinado delito, era necessário que houvesse um resultado. Não obstante, houve um relativo crescimento da tentativa, que era tratada como delito autônomo, como o ato de desembainhar a faca e a imersão em água, como *delicta sui generis*. Também, a participação e a autoria passam a serem consideradas delitos independentes, o que resulta no fato de os coautores serem sempre considerados responsáveis, enquanto os partícipes cometem crimes especiais, como assassinato e furto (RUDÁ, 2018, p. 147).

A grande verdade é que o Direito Penal germânico da Idade Média trouxe muitas influências da era primitiva e antiga, como a vingança de sangue, entre outros. A rigor, chama a atenção, o fato de que a composição vai se consubstanciar num dos principais instrumentos para o avanço do Direito Penal. Rudá cita Soler, nos seguintes termos:

> O sistema composicional está insertado nessas instituições como uma evolução ulterior. Consistia num sistema de pagamento pelo qual se satisfazia não somente o dano, mas também se pagava um plus de caráter retributivo. Se distinguem nesses pagamentos o Wergeld, soma paga para subtrair-se à vingança e que era uma satisfação à parte lesionada ou aos herdeiros; o Frindesgelde ou fredum, preço da paz, pelo qual o delinquente fazia composição com o Estado sobre a Fridensiosigkeit, recuperando assim, a proteção. A composição paga pelos delitos menos graves era a Busse. (SOLER, 1992 apud RUDÁ, 2018, p. 146).

Em que pese tão importantes desenvolvimentos obtidos pelo Direito Penal germânico, não tardou para que determinados fatores fizessem o Poder Público começar a tomar rumo danoso para a sociedade. Nesse sentido, algumas classes de cidadãos germânicos passaram a gozar de distinto tratamento em matéria penal, como os cristãos, os judeus, as mulheres e homens. A desconstrução do Direito Penal germânico vai acontecer de forma gradual e efetiva, de maneira a não se permitir qualquer avanço substancial por séculos. Foi um período estéril para a disciplina, de uma legislação marcada apenas pelo resultado, uma legislação prática, sem algum aprofundamento em questões como a da culpabilidade, por exemplo (RUDÁ, 2018, p. 147).

Uma jurisprudência débil e arbitrária, reflexo e fruto da instabilidade jurídica compensada apenas pelas figuras típicas oferecidas pelo Direito consuetudinário, que não resolvia o fato, por exemplo, das autoridades judiciais julgarem conforme a

vontade do monarca, o que serve para desmoronar ainda mais a claudicante segurança jurídica, a qual foi duramente golpeada pela extensão do Direito de asilo[6].

Apenas no século XIII, ou seja, após a fase de obscuridade jurídica da nefasta Idade Média, onde a legislação penal ocidental foi marcada por um Direito Penal eunuco, é que a situação da legislação penal germânica vai mudar novamente, quando se observará o dinamismo nas questões penais, sobretudo, relacionadas às suas fontes (RUDÁ, 2018, p. 148).

Pertence a essa época, o surgimento dos primeiros livros do Direito Penal, em forma de exposições privadas sobre a legislação penal e processual. O mais remoto é *O Espelho da Saxônia*, de 1230, do cavalheiro saxão Eike von Repgow, que veio a ser considerada a lei imperial, em razão da influência exercida na jurisprudência. Outras obras também conseguiram alcançar o mesmo prestígio, como o *Espelho de Suábia*, de 1274 (RUDÁ, 2018, p. 148).

3.1 Direito Canônico

A terminologia *canônico* faz referência ao conjunto de leis que servem para regular a organização interna da Igreja Católica, que foi fundada pelos cristãos, nas entranhas do Império Romano, cuja sede principal ficou conhecida como a casa de Pedro, o primeiro papa (RUDÁ, 2018, p. 151).

É necessário, nesse ponto, observar os modelos de tipicidade existentes na época, de modo que há falar em crimes comuns e delitos religiosos ou espirituais. Destes, ocupava-se a Igreja; daqueles, o Estado. Entretanto, de certa forma, a Igreja Católica patrocinava a fusão entre os dois Direitos, Canônico e Romano. O momento que pode ser chamado de marco inicial, oficial, se dá quando o Estado se envolve com a Igreja e inicia o Clodoveo, em 496 d.C., aproximando-se do cristianismo e permitindo a penetração da Igreja, bem como da sua jurisdição no reino franco.

O seguinte passo da Igreja foi incluir no seu ofício o combate a crimes de natureza mista, primeiramente, e, depois, outros crimes, como consequência natural da fusão de códigos penais, tendo como instrumento o caráter espiritual de alguns

---

[6] O Direito de Asilo trata de um ramo de Direito Internacional, pois pode gozá-lo, qualquer pessoa que, em virtude de perseguição política em seu país, venha a pedir asilo em outro país. O pedido de asilo também pode ser motivado por questões humanitárias provenientes de desastre ambiental ou algo do gênero.

delitos, alcançando assim, as pessoas que não tinham ligação com a Igreja, bastando, para tal, que houvessem praticado delitos com conteúdo ou caráter espiritual. Importa destacar que, antes do Clodoveo, houve ligações perigosas entre Igreja e Estado, as quais proporcionaram a existência de um Direito Canônico, tão importante para o Direito Penal, em diversos aspectos, que chega mesmo a se confundir com esse (RUDÁ, 2018, p. 151).

O primeiro fato ocorreu em 313 d.C., quando o imperador Constantino proclamou a liberdade de culto, e o segundo diz respeito à aproximação entre Igreja e Estado, datada de 325 d.C., no Concílio de Niceia, quando houve o reconhecimento da Igreja, ainda sob os auspícios de Constantino. Demais importante também como marco foi a promulgação do cristianismo como a única religião do Estado, feita sob o turno mandamental do imperador Teodósio I, em 379 d.C., mas, indubitavelmente, o que muito marcou foi a conversão do imperador Clodoveo ao cristianismo, em 496 d.C. (RUDÁ, 2018, p. 151).

Concretizado o acesso, o que apenas se observa a partir de então é uma simbiose eclesiástica-penal, extremamente benéfica para o papado e sua Igreja. Verifica-se, ademais, que o poder penal do Estado, que, há pouco, havia se concretizado, começou a declinar, sendo os espaços paulatinamente absorvidos pela Igreja, e, concomitantemente, as sentenças eclesiásticas passaram a ser homologadas, ou seja, garantidas pelo Estado.

A pretensão da Igreja era de se impor como detentora do poder temporal, mas como representante divina, o que lhe possibilitaria impor ao povo leis, principalmente, penais. Isso, em parte, sob o poder punitivo, protegia seus interesses de dominação, tendo como legislador e juiz o próprio o papa, que resultava de um poder que, ao mesmo tempo em que era punitivo, também protegia os interesses de dominação da Igreja. Incipiente e faminto de domínios, o poder canônico teve como sustentação legal um sólido corpo de leis, como o *Corpus Juris Canocini*, representado pelo *Decretum Gratiani*, por volta de 1140, sendo seguido pelos decretos dos romanos pontífices, desde o fim do século XII e princípios do XIII; em 1234, por Gregório IX; em seguida, por Bonifácio VIII, chamado *liber sextus*, de 1208; e Clemente V, chamado de Clementine, de 1313 (RUDÁ, 2018, p. 152).

Houve grande afirmação do direito da Igreja no processo inquisitivo canônico. Destacam-se, nisso, as sentenças de ofício provenientes de uma série de intervenções, como a que privilegiava os métodos de obtenção de verdade objetiva,

que foi o supedâneo do IV Concílio Laterano de 1215. A Igreja combatia assim, não somente delitos espirituais, mas os que eram considerados mistos (RUDÁ, 2018, p. 153).

A simbiose eclesiástica-penal referida acima provocou, como não poderia deixar de ser, diversas consequências para o Direito Penal. Num primeiro momento, é notório observar que fundir o Direito Penal romano ao Direito Canônico é o mesmo que jungir conceito de delito e de pecado, unificando as duas ciências, Direito Penal e Teologia.

3.2 A Santa Inquisição

O que marca o Direito Canônico é a chamada *Santa Inquisição*, uma instituição criada dentro da hierarquia da Igreja Católica destinada a julgar católicos que atentassem contra a fé. Era um tribunal onde as pessoas denunciadas podiam confessar seus crimes, confundidos com pecado, para serem contempladas pelo perdão, normalmente mediante alguma penitência para reparação dos erros. Em último caso, os católicos “delinquentes” podiam serem entregues para as autoridades estatais, que definiam a sentença do culpado, podendo ou não aplicar a pena capital (GIULLIANO, 2021).

Foi instituída em 1215 por Inocêncio III e evoluiu de tal maneira, que, no ano de 1300, seu processo era tido como regular, inclusive, nos tribunais *laicos* italianos. A pena ou penitência imputada ao delinquente ou pecador possuía caráter de expiação, razão da qual pagá-la também significava se ver livre, purificado. Isso levou a Igreja a instituir a penitenciária, local onde o delinquente ou pecador pagaria sua penitência. Assim, o enorme avanço da Igreja por toda a Europa colocou em voga o Direito Canônico também (RUDÁ, 2018, p. 154).

Outra característica importante do Direito Penal canônico, dado seu caráter eminentemente tutelar, foi o fato de reivindicar para si, todos os aspectos subjetivos do delito, os quais, com o direito germânico, não tinham tanta importância e, ademais, deixavam-no em posição secundária. Prova disso, é o fato de quão danosa foi a eleição, pela Igreja e seu direito, dos aspectos subjetivos como prioritários para toda a obscura história da inquisição. Por fim, vale observar que o Direito Penal canônico manifestou grande interesse em limitar a pena a somente o homem individual, descartando, assim, a pena a animais – restringindo-se apenas a maldições desses

últimos (RUDÁ, 2018, p. 156). Segundo Rudá:

> Entretanto, há que se registrar ainda a existência de outras características negativas deste Direito, como desconhecimento, a exemplo do Direito Romano, do princípio da reserva legal: *nullum crimen, nulla poena sine lege poenale*, o que implicava um descontrole e grave inseguridade jurídica. Outro é o fato de, ao considerar crimes alguns ilícitos que lesionavam a Igreja, fazia confundir, praticamente, o imoral com o ilícito. Por tudo, em todo o contexto do Direito Penal Canônico que, resumidamente acabamos de ver, vale mencionar as palavras inteligentes de Balestra, para quem o Direito Penal Canônico manteve a natureza pública do Direito Penal Romano e que constituiu o laço de união e via de sobrevivência deste no Direito Penal moderno. Nesse contexto, a notável ascensão do Direito Penal Canônico somente vai entrar em declínio como fortalecimento do poder temporal, ou seja, com o fortalecimento do poder estatal, o que vai ocorrer no final da Idade Média, por volta do século XV e XVI. (RUDÁ, 2018, p. 156).

Muitas torturas eram praticadas na Idade Média, denominando-se *ordálias*, prática comum na época no Direito Penal germânico e romano, sobretudo, por estar sob os auspícios da *Santa Inquisição*, consistindo num meio de obtenção de confissão do acusado de algum crime.

> [...] Os meios mais citados por diferentes autores da história do Direito Penal, sem prejuízo para outros, são:
> Caldeirão de azeite, onde eram colocados os pés e as mãos do acusado, com a presença do fogo que o queimava lentamente. O que acontecia era quando a vítima não morria, era porque Deus a considerava inocente, mas quando morria era porque era culpada da acusação, o que “lavava” a consciência dos inquisidores, dando-lhes a satisfação pela realização da justiça divina;
> a) Outra modalidade era a “coroa”, uma espécie de aro de ferro que se colocava na cabeça do acusado e apertava-se aos poucos, até que houvesse uma confissão, o que não era muito difícil de acontecer, mas o problema é que às vezes, tão justificada era a acusação, que o acusado não tinha o que confessar.
> b) Bastante comum era o fogo em brasa, cujo o objetivo era o mesmo, a obtenção de uma confissão que muitas vezes não vinha. (RUDÁ, 2018, p. 158).

Sobre essas práticas horríveis de investigação, muitas vezes, vão se levantar críticas, na era Moderna, mas a mais significativa será a de Cesar de Beccaria, através da impactante obra *Dos Delitos e das Penas*. Após esse período, a história do Direito Penal recebe os glosadores, os pós-glosadores e os práticos, no contexto alemão e italiano, entre os séculos XI a XIV (RUDÁ, 2018, p. 158-159).

Este período da história do Direito Penal é marcado pelo renascimento do Direito Romano. Notoriamente, trata-se da fusão ocorrida ao longo de toda a Idade Média, entre a produção legislativa germânica e canônica, a partir do direito romano, daí muitos escritores utilizarem a expressão *recepção*. É assim, o início de um

fenômeno que vai alterar profundamente a concepção de Direito Penal para os povos envolvidos e, por conseguinte, para tantos outros, principalmente, do ponto de vista da legislação alemã. Referido movimento encontra seu ápice por volta do século XI e fim do princípio do século XVII, que, para fins didáticos, foram divididos em três: Glosadores, Pós-Glosadores e Práticos (RUDÁ, 2018, p. 159).

3.3 Período dos Glosadores

O período dos Glosadores foi compreendido entre os anos 1100 a 1250 e diz respeito às pessoas que se ocupavam de interpretar escritos jurídico-penais, com o objetivo de trabalho do *Corpus Juris de Justiniano*. Após referido período, inicia-se o período dos Pós-Glosadores (RUDÁ, 2018, p. 159-160). Segundo Rudá:

> Esta escola foi inaugurada em 1100 por Irneiro, mas em relação ao Direito penal foram destaques: Azo (autor de Summa Codicis), Arcusio, Godofredo, Juan de Blanosco e Guilerno de Durantis. O primeiro trabalho dedicado exclusivamente ao Direito Penal foi elaborado por Ronaldino de Romanciis, cujo título da obra era “De Ordine Maleficiorum”, que não se conservou, conforme se verifica em Mezger. (RUDÁ, 2018, p. 160).

3.4 Período dos Pós-Glosadores

Os comentaristas ou pós-glosadores trabalharam de 1250 a 1450, tendo como objetivo de estudo os trabalhos realizados pelos glosadores, mas com uma pequena diferença: ao contrário desses, seus estudos não se baseiam exclusivamente no Direito Romano, mas também tem como objeto o direito de seu tempo, como a *generalis consuetudo*, sob a base do *ius utrunque* (RUDÁ, 2018, p. 160). Nesse sentido:

> Como exemplo de fonte podemos citar o Direito alemão, representado pelo Direito dos longobardos e o Direito Romano, como do “Direito das cidades italianas”, bem como os usos e costumes dos Tribunais de Justiça. Segundo Engelmann, são cientistas, professores e práticos do Direito Italiano comum, então vigente, que trabalham com a prática e para a prática. (RUDÁ, 2018, p. 160).

Importante mencionar que a fusão do Direito Romano com o Canônico, feita pelos pós-glosadores, foi o meio de entrada desse direito no Direito Penal alemão. Dessa feita, um dos principais pós-glosadores foi Albert Gandino, que, segundo

Engelman, foi o criminalista de maior fama e influência, juiz em Bolônia, em Florência e em outras cidades, tendo atuado por volta do ano de 1300. Consta que ele foi responsável pelo primeiro sistema penal relevante, denominado *Tractatus diversi super maleficiis* (RUDÁ, 2018, p. 160-161).

3.5 Período dos Práticos

Acerca de nomes de destaque desse período, dispõe, Rudá:

> Seguindo os passos de Gandino, vamos encontrar primeiramente Cino de Pistoia (1270-1335); seu discípulo Bartolo (1314-1357) e o discípulo deste, Baldo de Ubaldis (1328-1400). No entanto, o mais importante sistema penal dessa época se deve a outro postglosador, professor e juiz Angel Arentino, morto em 1450. Também dessa época temos Julio Claro (1515-1575). Também poderia citar outros, tão importantes como os demais, Prospero Farinnaccio (1544-1616), Benedict Carpzov (1595 -1666); Juan Gutierrez (1530-1618). O alemão Bohemer e o francês Moyart de Vougglant são considerados os últimos práticos, não obstante o fato de ter atuado, já no século XVIII. (RUDÁ, 2018, p. 161).

Na Espanha também houve alguém de grande envergadura que representasse os práticos, que foi Diego Covarrubias e Leiva (1512-1577). As obras desse autor adquirem maior importância, à medida que se dedica a problemas do Direito Penal sob enfoque notadamente dogmático, como a culpabilidade, legítima defesa, injúria e falsidade, dentre outros (RUDÁ, 2018, p. 161).

Ainda sobre os práticos, importa dizer que exercem forte influência no cenário dogmático do Direito Penal. Se fosse para apontar o momento da gênese dos estudos dogmáticos de Direito Penal, com certeza, seria a partir dos práticos. São os majestosos trabalhos dos primeiros dogmáticos do direito (esses, os práticos), na recepção, determinantes da metodologia que rompeu muitos séculos depois.

Nessa linha, saindo do período da Idade Média, adentra-se na análise do acolhimento do Direito Penal pelo humanismo da Idade Moderna, fruto da consciência de alguns notáveis seres humanos questionadores de tantos dissabores e atrocidades praticadas em nome do Direito (RUDÁ, 2018, p. 162).

4 BREVE EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO NA IDADE MODERNA

Como demonstrado, a recepção do Direito Penal na Europa, nos idos da Idade Moderna, é caracterizada pela legislação romana, canônica e bárbaro-germânico, multiplicidade que não permite segurança jurídica (RUDÁ, 2018, p. 179).

A história da legislação penal na Europa marca sua nova era com Carolina de Carlos V, cujo sistema legislativo toma proporção mundial em sistema penal. A Carolina é o código de leis composto por 219 artigos, e, concomitantemente, é legislação de regimento interno dos tribunais. Essa lei surgiu pela necessidade de os alemães terem suas próprias leis, seja no âmbito civil, administrativo ou penal, pois o que se tinha era uma séria de leis esparsas oriundas do sistema romano (RUDÁ, 2018, p. 179). Sobre Carolina, aduz, Rudá:

> É aceitável a ideia de discutir-se sobre a importância da Carolina para o Direito Penal, se foi um Código de leis ou se serviu apenas como parâmetro para o Direito Penal Alemão, mas não se pode questionar, obviamente, se foi ou não importante. Nesse sentido, a maioria dos autores, como Liszt, Mezger e outros, não a tem como um Código Penal, propriamente dito, senão como afirma Liszt, como um livro de Direito análogo aos “espelhos” do século XIII. Não obstante, é inegável sua importância como um dos fundamentos do que se viria a ter em matéria de Direito Penal nos tempos futuros. Isto ocorreu em virtude de avanços como a determinação de delitos de uma forma mais precisa, juridicamente falando. Trouxe também inovações em relação a conceitos de uma forma feral, como os pertencentes ao fato, a exemplo da tentativa, a legítima defesa, a imprudência temerária e outros, como já haviam feito os italianos. Trata-se, portanto, de apresentar um estudo mais profundo, sob a égide da dogmática, de temas hoje por demais complexo no Direito Penal. (RUDÁ, 2018, p. 180).

Anteriormente à Carolina, houve outra lei na Alemanha, muito passageira, como a *Bambergensis* (*Constitutio Criminalis Bambergensis*), uma ordenação feita por Juan de Schwarzemberg sob encomenda do bispado de Bamberg. Referida obra vai se constituir base para diversas outras, ainda que previamente. Mas é a Carolina quem inaugura uma época marcante para os juristas alemães, tendo em vista que previa que, em caso de dúvida, os juízes e os legisladores deveriam recorrer a eles para saná-las. Assim, em casos em que não se tinha a previsão de pena, por exemplo, os juízes deveriam aplicá-las segundo o uso alemão ou conforme a decisão dos juristas (RUDÁ, 2018, p. 181).

> Ainda que não se fale de explícita submissão do judiciário na maioria dos livros consultados, a grande verdade é que era uma submissão sim, pois em

> grande medida, a questão era atender aos interesses alemães, portanto, as decisões judiciais tinham que atender aos usos e costumes alemães ou, de outro modo, tinham que respeitar a decisão de *experts* juristas pátrios. De outra sorte, não se pode fechar os olhos para outros importantes fatores, como para a ideia que surge desta "normalização do Direito", pois com esta noção de garantia de Direito, mesmo que por meio de um controle e submissão de dois importantes poderes, como o judiciário e o legislativo, é possível observar-se um embrião de garantias penais que no século XX ganhariam vida própria e seriam exploradas à exaustão pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. (RUDÁ, 2018, p. 181).

Todavia, a referida submissão tinha uma razão de ser e se baseava no fato de que os responsáveis por ditar as sentenças eram pessoas, muitas vezes, desprovidas de adequada formação e preparação intelectual.

A legislação Carolina também marcou pelo seu artigo 104, que rezava que "não pode ser castigada uma ação com pena aflitiva (peinliche Strafe), como a morte ou pena corporal mutilante" (RUDÁ, 2018, p. 182). O que se denota, nesse caso, é uma espécie de embrião do que mais tarde, Feuerbach concebeu como o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, e que mudaria para sempre o Direito Penal. Não se pode deixar de registrar, ainda, que Carolina possuía ampla regulamentação sobre indícios e torturas, prevendo formas de legítima defesa, permitindo interpretação analógica e contendo alto teor dogmático (RUDÁ, 2018, p. 182).

A partir de todo o exposto, tem-se a noção da importância da analisada legislação, enquanto conjunto normativo complexo e de vanguarda para o seu tempo, posicionando-se, cronológica e historicamente, no final da Idade Média e começo da Idade Moderna, pela qual se permite compreender o Direito Penal atual. Destarte, muito embora conte com um corpo de leis penais, indubitavelmente, destacando-se no Direito Penal material, seu principal objeto de regulamentação era o Direito Processual Penal, tratando desse, exclusivamente, entre os artigos 104 ao 208, e caracterizando-se, ainda, por permitir a aplicação da relativização regional, de acordo com o costume de cada região (RUDÁ, 2018, p. 183).

A Cláusula Salvatória é outro fato importante na Carolina, que foi a inclusão que preconizava que o direito territorial prevalece sobre o direito do Império. Essa formal limitação, a ampla decadência do poder imperial e o crescimento da autoridade interna, somados à unidade jurisprudencial fundada em seu corpo, é que vai impulsionar a supremacia da Carolina por quase três séculos, como sendo a base homogênea e a fonte de desenvolvimento do Direito Penal na Alemanha (RUDÁ,

2018, p. 183).

As ordenanças de polícia eram constituídas por normas administrativas, uma espécie de novo Direito Penal, trazendo ainda algumas disposições administrativas e uma série de novas figuras delituosas, que, na década de 1530, foram anexadas à Carolina e, junto a essa, serviram de base para uma relevante evolução do Direito Penal alemão (RUDÁ, 2018, p. 183-184).

A marca do século XVIII, em matéria penal, tem sido, de certa forma, a crueldade com que ainda se aplicavam as penas, principalmente, pelos resquícios da nefasta inquisição, patrocinada pela Igreja, que, para obter a “rainha das provas”, submetia o acusado a verdadeiros massacres corporais (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1956, apud RUDÁ, 2018, p. 184)

4.1 O Iluminismo

Inicialmente, importa ressaltar que as legislações penais a partir do século XVIII são frutos do espírito libertador da época das trevas, que foi a Idade Média. Nenhuma outra legislação representou tão bem essa divisão de período quanto a Carolina, a qual, por três séculos, foi referência principal da legislação alemã e influenciou, em grande medida, a legislação de muitos povos desde sua existência. Entrementes, o símbolo do período libertador das trevas não fora a Carolina, mas a festejada obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, cujo teor é marcado por um transcendentalismo sem tamanho (RUDÁ, 2018, p. 184).

A obra de Beccaria ilustra muito bem o que foi aquele período, época de transição e amadurecimento do Direito Penal como objeto de tutela estatal, contra toda crueldade que marcou o século XVIII, na Europa, dominada, até então, pelo absolutismo, marcado pelas arbitrariedades, atrocidades, desigualdades e exagerada crueldade na execução penal. Nesse sentido, segundo Rudá:

> Neste cenário de crueldade e extremismo era que se situava o Direito Penal, em crise, necessitando, então, de medidas mais humanas e menos degradantes. Estavam, pois, abertas as portas para um novo tempo, um tempo de luzes para a humanidade (o Iluminismo) e, consequentemente, um tempo de humanização dos castigos, mas, para isto ocorrer seria necessário enfrentar, dentre outras coisas, as estruturas estatais da época, o que não seria coisa simples. (RUDÁ, 2018, p. 185).

Por isso, o Iluminismo, tido como uma das maravilhas produzidas no século

XVIII, per si, em que pese a nova posição a que logrou elevar a sociedade, não pode ser totalmente considerado sem que se levem em conta as importantes contribuições de alguns penalistas do século XVII, como Grocio, na Holanda, que, em 1625, publica *De jure ac pacis*, ocasião em que desenvolve a primeira, independente do Direito Penal, bem como outros nomes também importantes que surgiram no cenário dos estudos penais, como Puffendorff, Thomasius e Wolff (RUDÁ, 2018, p. 186).

Grocio contribuiu com a ideia contratual do Direito Penal, afirmando que quem cometer um delito, o delinquente, obriga-se a sofrer uma pena, que é a consequência desse delito, e isso provocou outras ideias que mudariam o rumo do Direito Penal, elevando-o a um lugar de grande destaque.

De forma geral, as legislações penais do século XVIII são importantes, dada a particularidade de marcar a transição histórica do Direito Penal, como da Idade das Trevas para a Idade das Luzes, como o período em que o Direito Penal deixou de ser tutelado pela Teologia e passou a sê-lo pela Filosofia. A Idade das Luzes é um período determinante da entrada do Direito Penal em um campo mais científico, com produções científicas, sendo recebido pela Ciência Penal como porta de entrada à Filosofia. Para Maurach (1962, p. 54), “o Direito Penal adquire o caráter de Direito de polícia, rigorosamente disciplinador”.

O momento político em que ocorreram essas transformações nas legislações penais é composto de insensibilidade social e desprovimento de espírito humanitário, haja vista se tratarem de monarquias absolutistas e déspotas. Neste diapasão, os avanços em matéria penal, por meio de leis mais brandas, adquirem importância fundamental para o desenvolvimento do Direito Penal no campo dos Direitos Humanos.

É válido tecer alguns comentários sobre algumas legislações reformadoras alemãs, dada a inovação filosófica marcante. Antes de qualquer coisa, deve-se considerar a situação político-geográfica alemã, que, de todo, não se tratava de uma unicidade ideológica e cultural em todos os sentidos. Na verdade, tratava-se de um conjunto de Estados independentes, absolutos e muito fragmentados. Inexistia, portanto, um único Estado alemão, mas diversos, e essa situação político-geográfica favorecia a utilização de legislações penais distintas e, consequentemente, de métodos diferentes de aplicação das sanções (RUDÁ, 2018, p. 187).

De um ponto de vista tão somente político-social, isso contribuiu para o descrédito da Carolina e para o aumento da crise do Direito Penal, pois sua utilização

não era feita integralmente pelos Estados, mesmo que sua vigência tenha se estendido por três longos séculos. Nesse sentido, pontua, Rudá:

> O descrédito da Carolina se deu via jurídico-material e ideológica, visto que o exercício da atividade legislativa passou ao controle do Império sob os auspícios dos senhores territoriais. Com o advento de novas obras legais, sob uma ideologia estatizada e orientada pela extinta Idade Média, os velhos códigos perderam em importância e naturalmente foram suplantados por uma época onde o Direito Penal se regionalizava acentuadamente. No caso da Alemanha, embora tenha havido algumas tentativas de reforma, como a Ordenação Criminal Prussiana, de 1717, substituída pelo código reformado de Federico Guilhermo I, de 1721, o certo é que a reforma de maior destaque, baseada filosoficamente no pensamento de Voltaire e Montesquieu, foi levada a cabo por Federico, o Grande, que, fazendo uso de sua qualidade de máxima autoridade e, consequentemente, máximo juiz, determinou que todas as sentenças passassem por seu gabinete, onde eram reformadas com a inserção de caracteres mais humanísticos. Com a firme ideia de proporcionalidade entre o delito e a pena, houve uma diminuição considerável da pena de morte e um aumento também considerável da ideia de somente corrigir os mais jovens. (RUDÁ, 2018, p. 188).

Há ainda outra característica da Ordenação de Federico, que foi a proteção dada às prostitutas, fato inédito em matéria de Direito Penal. Isso se deu em razão do fato de que Federico estava convencido de que a origem do crime se achava nas paixões, entendendo a prevenção como o principal objetivo da pena. Assim, protegendo as prostitutas, entendia que estava no correto caminho de prevenir o crime. O ano de 1740 é especialmente importante para a história dos Direitos Humanos na Alemanha, pois, nessa data, Federico, o Grande, faz suprimir a pena de morte em seu país, abrindo caminho para outras mudanças igualmente importantes (RUDÁ, 2018, p. 188).

Em 05 de fevereiro de 1794, Federico II sancionou a *Legislação geral para os Estados Prussianos*, como resultado de todas as legislações da época de Federico I, ficando, a parte penal, a cargo de Ernst Ferdinand Flein (1744-1810), um dos pioneiros da adoção do sistema binário de consequências penais do delito. O Código de Federico II inaugurou a exposição de um problema, pois, à medida que diminuía a pena de morte, aumentava a pena privativa de liberdade, o que passou a preocupar a Ciência Penal, bem como a política criminal nos séculos seguintes (RUDÁ, 2018, p. 188).

Já na Itália, as transformações ocorridas no Direito Penal foram influenciadas fortemente pelo Iluminismo e, principalmente, por Beccaria. A maior prova disso é que, além de suprimir a pena de morte, passou a reconhecer o direito de defesa. A

importância das reformas processadas na Itália fica evidenciada pela natureza humanista, destacada por diversos autores, como Pasquale del Giúdice, em *Storia del Diritto italiano*, que aduz que “se trata de uma ampla reforma orgânica criminal, na qual, rechaçando a tradição do Direito anterior, se põe os germes de um novo Direito” (ZAFFARONI, 2006, p. 358).

Na França, tal qual noutros países, ocupou-se em editar leis penais déspotas na segunda metade do século XVIII, mas com uma grande diferença, pois, no caso francês, deve-se dividir esse período em dois, sendo este o primeiro. O segundo foi caracterizado por certo aspecto revolucionário e os auspícios da Revolução Francesa. Assim sendo, em 24 de agosto de 1780, Luíz XVI editou a abolição parcial da tortura, a qual ainda era possível no instituto denominado *questão preparatória*, ocasião em que se punia um indivíduo, para que seus cúmplices tivessem conhecimento (ZAFFARONI, 2006, p. 358).

Pouco tempo depois, o próprio Luís XIV suprimiu essa prerrogativa por outro edito, o primeiro, em 1791, e o segundo, em 1795. O primeiro tem conteúdo fortemente marcado pelas ideias de 1789, além da influência de Josefina, haja vista a consagração do princípio da legalidade, *nullum crimen nulla poena sine lege*. A mesma contém inspiração portuguesa, adotando e consagrando o sistema português de penas fixas cinco anos antes. Outra característica é a decisão de julgamento por jurados, instituída anteriormente na Inglaterra (RUDÁ, 2018, p. 188).

Contudo, em que pese ter outros aspectos positivos, como a instituição de visitas ao cárcere e acompanhamento da execução de penas, bem como a instituição do regime progressivo, esse código não prosperou muito, por ter surgido em um conturbado momento político. Em pouco tempo, passou a se destacarem os aspectos mais negativos em detrimento dos positivos. Por esse motivo, as penas, por exemplo, foram divididas em duas modalidades: as aflitivas e infamantes, e aquelas simplesmente infamantes. Acerca das penas, segundo Enrico Pessina, citado por Zaffaroni, Slokar e Alagia:

> Na primeira categoria se puseram a morte, os ferros, a reclusão em casa de força, a detenção, a deportação; na segunda categoria se colocaram a degradação cívica e a picota (exposição pública da cabeça dos delinquentes). As penas de arca e de confinamento foram abolidas. A execução da pena de morte se reduziua simples privação da vida. Foi abolida a perpetuidade da pena e a segunda pena em ordem de gravidade era a de trabalho forçado por vinte e quatro anos. Por fim, rechaçava a latitude da pena entre máximo e mínimo, para conter absolutamente o poder do juiz, determinou-se para cada

> delito uma pena invariável, absolutamente determinada. (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2006, p. 364-365).

Em 1795, surgiu o segundo Código Penal, sob a égide do terror estabelecido pelos *tribunais revolucionários,* que, dentre outras tarefas, infundiu ainda mais a pena de morte, suspendendo por tempo indeterminado sua supressão. Nessa época, ganha força uma das mais flagrantes e repugnantes ideias inerentes ao Direito Penal, que é a noção de inimigo do Estado. Portanto, a ideia do julgamento feito por jurados, em tribunais populares – como necessária para a garantia de liberdade e direito inviolável do acusado – não se aplicada aos considerados *inimigos da pátria,* os quais nem deveriam ter as garantias do direito comum (RUDÁ, 2018, p. 222).

Vale ressaltar que, em Portugal, a mais importante legislação em forma de projeto de código foi levada a cabo por José de Mello Freire, no reinado de Maria I, e sua maior característica era a forte inspiração no Iluminismo, sustentada nas ideias de autores como Montesquieu, Beccaria, Locke, Rousseau, Servant, e Voltaire, em clara oposição à lei de até então, que era a filipina, oriunda de Felipe II (RUDÁ, 2018, p. 189).

Não obstante, é marcante o fato de que, apesar de haver grande avanço em matéria penal e processual penal, este, em virtude da quase erradicação da tortura como meio obtenção de prova, o Código Criminal português ainda conservou um caráter leigo, conforme se denota de sua parte especial, ao manter os delitos contra a religião (RUDÁ, 2018, p. 223).

4.2 Considerações sobre o Direito Penal Liberal

O Iluminismo marcou o século XVIII como o Século das Luzes, em razão da grande quantidade de trabalhos filosóficos objetivando romper com as amarras da época das Trevas, que foi a Idade Média. O incipiente século XVIII herdou as influências do empirismo e do ceticismo, bem como os grandes avanços científicos de investigadores como Nicolau Copérnico (1473-1543), com sua teoria do heliocentrismo, Galileu Galilei (1564-1642), filósofo e defensor do heliocentrismo, e Isaac Newton (1643-1727), o fundador da mecânica clássica, dentre outros, que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento das ciências e do pensamento humano. Nesse contexto, tem-se a prevalência da racionalidade, em detrimento de um sistema eminentemente teocêntrico em todos os sentidos, abrindo as portas para

o antropocentrismo (RUDÁ, 2018, p. 223).

Esse fenômeno foi verificado em todos os ramos da ciência, mas principalmente na Filosofia, onde os pensadores italianos e franceses vão sedimentar o pensamento humano em outro nível da história. Essa nova realidade e o nível do pensamento é que vão preparar o terreno para os avanços das ciências humanas, entre as quais, a ciência do Direito Penal, com profundos e importantes estudos sobre as condições humanas frente ao tratamento dado pelo Estado a algumas práticas criminosas.

A obra de Hugo Grotius (1583-1645), *De iure belli ac pacis*, publicada em Paris, 1625, consagra Grotius como um dos pais do Direito Internacional, e, com essa obra, a pena adquire um caráter racional (RUDÁ, 2018, p. 224). Nessa época, o que imperava era um total controle estatal das legislações, cujas penas eram aplicadas pautadas em fortíssimas influências políticas, o que a referida obra fez com que passasse a ser questionado. Nessa esteira, destacaram-se autores como Puffendorff (1632-1694), considerado por muitos como precursor de Rousseau, principalmente, porque defendia, entre outras ideias, que a vontade do Estado não era nada mais que a soma das vontades individuais (RUDÁ, 2018, p. 224). De acordo com Fragoso:

> Hobbes (1588-1679), por sua vez, com sua obra Leviatã, Spinoza (1632-1677) e Locke (1632-1704), tinham em comum o fato de não acreditar na ideia de uma justiça absoluta e pregar a manutenção da obediência dos súditos, como fim primeiro da pena, o que poderia proporcionar uma seguridade comum, visando impedir a prática de outros crimes pelo culpado e pelos demais cidadãos (FRAGOSO, 1994, p. 34).

O cenário francês se completa com a presença dos enciclopedistas Diderot (1713-1784) e d'Alembert (1717-1783), que organizaram e publicaram diversos artigos de filósofos importantes, como Voltaire (1694-1778), Montesquieu (1689-1755), Rousseau (1712-1778), Buffon (1707-1788), dentre outros. O crédito pelas ideias básicas e subversivas para a Revolução Francesa deve ser dado a esses homens e suas grandiosas ideias, visto que cada um, à sua maneira, contribuiu para a maturação e estruturação das ideias que mudaram o Direito Penal da época e possibilitaram os avanços dessa matéria. Com Montesquieu, por exemplo, surgiu a ilustre obra *De l'esprit des lois,* em 1748, na qual defendia uma substancial reforma do Poder Judiciário e do Direito Penal e suas penas (RUDÁ, 2018, p. 225).

A partir de Rousseau, houve reivindicações de liberdade política e igualdade

entre todos os cidadãos. Para o autor, o Poder Executivo é dependente da assembleia soberana, ou também chamado de corpo político soberano. Essa ideia vai se contrapor à de Hobbes, que acreditava que o soberano estava fora das partes contratantes e acima dessas, para seu governo e reto cumprimento do contrato. Assim como Voltaire, reclamava por renovação no sistema judicial dos tribunais franceses. Sua contribuição ficou consubstanciada na histórica defesa que fez de Jean Calas (1698-1762), que, em razão de professar a fé protestante, sofreu preconceito e intolerância religiosa, condenado, em seguida, à morte de roda, ocasião em que teve seu corpo quebrado e jogado na fogueira, apenas sendo considerado inocente posteriormente a tudo, e a brilhante e infrutífera defesa de Voltaire o inspirou a escrever o *Tratado sobre a intolerância*, publicado em 1793 (RUDÁ, 2018, p. 225).

Resumidamente, em matéria de Direito Penal, o Iluminismo foi uma reivindicação por mais humanidade e racionalidade, buscando penas revestidas de proporcionalidade em relação ao delito praticado, bem como com a devida necessidade de sua aplicação. Foi também um movimento por melhores condições dos cárceres e o fim do processo penal tão rigoroso e inquisitorial, além do fim da tortura e de qualquer outro meio de obtenção de provas que não estivesse de acordo com princípios humanitários, ou seja, com a consideração pela pessoa humana e a igualdade social. Nesse sentido:

> As ideias iluministas proporcionaram diversas modificações nas legislações da época, provocando mudanças que teriam que estar de acordo com as novas ideias humanitárias, mesmo que feitas, em muitos casos, por governos despóticos. Como exemplo temos a Rússia de Catarina II, quando em 1767, por meio de suas instruções destinadas à comissão elaborada do novo Código Penal, não tardou a absorver as principais diretrizes das novas ideias que surgiram a partir da Itália. Da mesma sorte também essas ideias se manifestaram em outros Estados, como na Toscana, por meio de Leopoldo II, na Prússia por meio de Federico, o Grande, na Áustria, por meio de José II, em 1787 e 1803. Não obstante, a influência mais significativa não foi outra senão a exercida na Revolução Francesa, pois dessa, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como o Código de 1791 e posteriormente o de 1810 e que serviram de modelo e inspiração para diversos outros códigos em todo o mundo. (RUDÁ, 2018, p. 226).

A publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão é fruto do maior movimento revolucionário de que se tem notícia na história da humanidade, denominado Revolução Francesa, de 1789. O principal legado desse documento e da própria revolução foi, sem dúvida, a elevação do ser humano a uma condição especial ante às leis, pois representou também a quarta declaração a fazer parte dos direitos humanos da primeira geração. Nesse sentido, os delitos e suas

penas tomaram outro rumo, assim como a própria sociedade ocidental, e proporcionaram ao Direito Penal um substancial avanço.

Concomitantemente aos pensadores revolucionários franceses, outros ajudaram a escrever contra o absolutismo que imperava na Europa. Os penalistas tratavam de destruir filosoficamente as bases do sistema penal, através de severas críticas a seu modelo e apresentação das bases de um modelo mais digno e humanitário. Os percussores desse movimento foram o italiano Beccaria, o inglês Howard e o francês Marat. Nas palavras de Asúa, “mais que edificar um Direito Penal e carcerário novo, eles procuraram destruir o já caduco. Por isso são revolucionários” (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1958, p. 38).

Cesar de Beccaria (1728-1794) publicou sua obra, *Dei delitti e delle pene*, em 1764, e, até o presente momento, a autoria é questionada, mas isso não é relevante para a presente discussão. Importa é que sua obra inspirou movimentos humanitários, como o fim da tortura e da pena de morte na Itália e na maioria dos países do Ocidente, assim como ajudou a promover ideias revolucionárias, como as que levaram à independência das 13 colônias americanas e à própria Revolução Francesa (RUDÁ, 2018, p. 242).

Dentre as diversas defesas que Beccaria fez, uma é sobre a figura do legislador, que aduz que deva ser o único responsável por decretar leis, em detrimento de atitudes singulares dos monarcas de então, bem como dos papas, que como aqueles se comportavam.

O autor John Howard (1726-1790), por sua vez, foi uma voz ferrenha contra as péssimas condições carcerárias, tanto na Inglaterra, quanto nos demais países europeus. Teve ativa participação no campo legislativo, influenciando, em grande medida, as diversas decisões que objetivavam diminuir o assombroso quadro da geografia da dor – maneira como se referem a essas condições, alguns autores, como Bernaldo de Quirós (RUDÁ, 2018, p. 243).

A grande contribuição ao Direito Penal é a obra *State of prisions*, de 1777, onde faz suas denúncias, a qual ocupou lugar de grande destaque na história do Direito Penal, pois, desde sua publicação, as prisões, principalmente inglesas, não foram mais as mesmas, passando por melhorias (RUDÁ, 2018, p. 243).

O terceiro autor supramencionado é o médico e ativista político Jean Marat, o qual recebeu grande notoriedade por sua efervescência política, principalmente, em suas venenosas e temidas cartas, onde, em primeiro lugar, atacava o absolutismo que

imperava na França antes da Grande Revolução e, depois, aqueles que considerava inimigos da Revolução. Com esse artifício, mandou muitos inimigos para a guilhotina (RUDÁ, 2018, p. 243).

A sua contribuição principal se fez presente nos momentos mais críticos do movimento revolucionário, denominada *Plano de legislação criminal*, em 1777, obtendo grande reconhecimento. Nessa obra, disparou severas críticas contra as práticas penais de sua época, na França, alegando, ademais, que todas as leis existentes eram ilegítimas e de nada serviriam. Encerra seu trabalho deixando um recado ao povo: “que eles se preparassem para a reconquista de seus Direitos” (RUDÁ, 2018, p. 244).

Na Itália, aproveitando-se das ideias iluministas, alguns pensadores entenderam ser possível fundir ideias propugnadas na França revolucionária, e não demoraram a implementá-las no Direito Penal, sob duas vertentes filosóficas. A primeira se inspirou no movimento iluminista, cujos nortes eram as necessidades sociais, tendo, à frente, autores como Filangieri, Romagnosi e Carmignani. A segunda, sob a égide de uma metafísica jusnaturalista, foi levada a cabo por Pellegrino Rossi, Carrara e Pessina, sobre os quais, comentar-se-á brevemente (RUDÁ, 2018, p. 244).

Filangieri foi autor da clássica obra *Scienza della legislazione*, onde, baseado nas ideias de Rousseau, defendia a pena de morte em casos extremos, fundando-se no pensamento de que a sociedade tem recebido dos indivíduos o direito de sua legítima defesa. Sua obra é relevante também por ter tido a felicidade de manejar grandemente todo um arsenal técnico-jurídico, o que lhe permitiu extrair consequências do contratualismo, mas em sentido jurídico.

Já Romagnosi, em que pese ter escrito outras obras, o italiano de Salsomaggiore Terme destacou-se verdadeiramente por sua *Genesi del Dirrito Penale*. A essência desta é construída desde uma posição contrária às leis propugnadas no contrato social de Rousseau e aproveitadas por Beccaria e Filangieri, ou seja, uma posição contrária ao contratualismo (RUDÁ, 2018, p. 243). Nesse sentido:

> Segundo Romagnosi, ao firmar o contrato social o homem não perdeu e tampouco restringiu sua liberdade como o Direito, ao contrário, é o único marco em que ele a adquire. Importante recordar também que Romagnosi propugna a ideia de três defesas no âmbito do Direito Penal: defesa do homem feita de forma natural, por ele mesmo; defesa do homem feita pela sociedade, e defesa feita pela sociedade como fruto da agregação humana.

(RUDÁ, 2018, p. 268).

Também é flagrante, na obra de Romagnosi, a diferença que imprime à ideia de defesa do indivíduo e da sociedade, alegando que são muito distintas, pois a do indivíduo não vai além do presente, enquanto a da sociedade existe mesmo que a agressão já se haja consumado. Assim, para o autor, somente a sociedade é que detém o direito de defesa passada, o indivíduo, não. Pelo exposto, é possível concluir que defende a vingança e, assim, estaria defendendo também, de certa forma, um regresso ao passado obscuro do Direito Penal, o que não pode ser assim (ROMAGNOSI, 1956, p. 101).

A justificativa de Romagnosi é que o direito de defesa que a sociedade exerce observa o futuro e, por isso, não se trata de vingança. Segundo o autor, vingança era a causação de um mal a um indivíduo, tendo como motivo unicamente uma agressão passada. Logo, se o Direito Penal compete à sociedade, será unicamente em virtude das relações do futuro. E é baseado nessa ideia, que Romagnosi justifica o título de sua obra (ROMAGNOSI, 1956, p. 102).

Já sobre Carmignani, sua obra principal é intitulada *Jurisprudentiae criminalis*, cujo nome foi alterado, mais tarde, para *Elementa juris criminalis*. Também é de sua autoria, a obra *Teoría dele leggi dela sicurezza sociale*, conhecida como sua obra mais importante, na qual o autor se filia à corrente de Romagnosi e adota uma postura nada contratualista, mas contrária, inclusive. Da mesma sorte, adota também uma postura dogmática baseada no idealismo eclético, como Rosse. Nas ideias desse autor, apesar de apresentar cunho contratualista, também se percebem aspectos jusnaturalistas, o que já assinalava o alvorecer de uma nova época no Direito Penal.

Apesar de ter nascido na Itália, em 13 de julho de 1787, Pelegrino Rossi, ou Conde Rossi, apenas viveu em seu país até 1806, após seu doutorado em Bolonha, quando foi forçado a deixá-lo, refugiando-se na Suíça por razões políticas, pois era liberal e amigo dos franceses. Na Suíça, teve importante passagem, pois, além de ter sido agraciado com títulos, inclusive, o de cidadão e cargos públicos, teve efetiva participação na elaboração de várias leis, além de ensinar o Direito Romano em Genebra. Todavia, sua obra jurídica de peso foi publicada na França, em 1829, sob o título *Traité de Droit Pénal*, culminando na sua transferência para Paris em 1832, onde passou a gozar da fama que lhe deu, referida publicação, tendo sido, dentre outras funções, catedrático e, mais tarde, decano da Universidade de Paris, membro da

Academia de Ciências Morais e Políticas e Par do Reino, onde desenvolveu importantes trabalhos legislativos (RUDÁ, 2018, p. 260).

Em 1845, retorna a Roma como embaixador francês, onde permaneceu até 1848, quando, com o advento da Revolução, perde todos os cargos e prerrogativas obtidas até então. Nesse mesmo ano, tendo sido encarregado por Pio IX da chefatura do governo, foi assassinado igual a César, com punhaladas, durante uma sessão da assembleia, no dia 15 de novembro. Outras duas obras publicadas por Rossi foram o *Tratado de Direito Constitucional Francês* e o *Curso de Economia Política* (ZAFFARONI, 2006, p. 122). Rudá aprofunda sobre a obra de Rossi:

> Por tudo, os pontos mais relevantes da obra de Rossi [...]:
> a) Sustenta que a ordem política e moral se acham numa mera relação meio e fim, ou seja, defendida que a ordem social não era mais que u meio para desenvolver e manter no mundo da ordem moral;
> b) Expõe o papel do legislador ante as massas a quem representa. Segundo o autor, o legislador joga ao mesmo tempo o papel de preceptor e atua, assim, poderosamente sobre as opiniões e os costumes das massas;
> c) Essa metodologia utilizada pelo legislador não é benéfica ao Direito Penal, pois, segundo ele, quando a justiça de uma sociedade não serve à ordem social, em lugar de ser simultaneamente um meio de ordem e de instrução, pode tornar-se uma escola de erro, um instrumento de servidão;
> d) Rossi tem fé no que Zaffaroni chama de desenvolvimento moral do homem e, para tanto, aduz que é necessário resolver às vezes os problemas morais e políticos, a fim de agarrar todos os elementos do Direito Penal positivo. Esse Direito, segundo Rossi, “se compõe dos princípios eternos e imutáveis do justo e do injusto e das aplicações referidas à sensibilidade moral do homem e ao estado particular do corpo político: isto é, de verdades de todos os tempos, de todos os lugares, que são independentes de fatos exteriores, e que não podem não ser; de verdades locais, temporárias, que existem com os fatos a que se referem, que mudam, se modificam e desaparecem com eles, e de verdades que são às vezes gerais e locais, que se referem à natureza do homem e quem entretanto se modificam pelas circunstâncias em que ele esteja localizado;
> e) Até Rossi, a pena era entendida, desde Beccaria e Bentham, como uma função utilitária, ou seja, era desprovida de qualquer outro atributivo significativo. O que Rossi fez foi assinalar uma função ética e moral e, ao fazê-lo, vai de encontro ao pensamento Beccariano. (RUDÁ, 2018, p. 262-263).

Outro pensador italiano de destaque é Francesco Carrara (1805-1888), cujo nome merece grande reverência na história do Direito Penal. Nascido na cidade de Lucca, foi aluno de Direito Penal de Gaetano Pieri, completando seus estudos em Florença, em 1827, e, em 1931, inicia carreira na advocacia. Em 1848, é nomeado professor em Lucca e, em 1859, na Cátedra de Pisa, onde substituiu Morí na Cátedra que antes havia sido de Cermigani. A obra de maior relevância é a intitulada *Programma del Corso di Diritto Criminale Dettato nella R. Università di Pisa* (RUDÁ,

2018, p. 263).

Carrara se torna referência no mundo dos penalistas em razão da referida obra, havendo outras também importantes, como *Opuscoli di Diritto Criminale*, em sete volumes (1859-1874), e *Reminiscenze di Cattedra e Foro* e *Lineamenti Di Pratica Legislativa Penale*. Segundo Rudá (2018, p. 264), a contribuição de Carrara ao Direito Penal não tem precedente na história da dogmática penal e de qualquer outro estudo feito a partir de aspirações jurídicas. Carrara partiu de uma concepção questionável em termos de originalidade e concebeu grandes avanços em todo o cenário do Direito Penal (RUDÁ, 2018, p. 264).

Ele não economizou esforços para tratar de todos os assuntos inerentes ao Direito Penal, criando uma concepção particular do delito, segundo a qual o crime era um ente de fato, mas jurídico, e esse mesmo crime não era uma ação, era uma infração. Para o autor, o crime é um ente jurídico, porque sua essência deve se consistir necessariamente na violação de um direito (CARRARA, 1897 apud RUDÁ, 2018, p. 265). A partir dessa concepção, Carrara estruturou e sistematizou todo o seu programa, delineando seu perfil jurídico, o qual repercute em todo o mundo. Para Zaffaroni, Carrara tem forte influência aristotélica:

> Em Carrara, o idealismo alemão não faz tanto impacto como em Rossi, mas a tendência à síntese e o afã sistemático alcançam sua máxima expressão. Há nele um retorno aristotélico acentuado, que chega ao equilíbrio consistente em reafirmar a condição social do homem, mas sem converter esta posição em garante de nenhum sistema político particular e menos absolutista. Pode dizer-se que Carrara retoma o caminho do Jusnaturalismo de origem aristotélico, mas sem considerar a sociedade civil como uma limitação do estado de natureza, senão uma simples criação humana. (ZAFFARONI, 2006, p. 133).

Segundo Carrara não é possível encontrar o fundamento da punição somente no princípio da justiça, sem levar em conta a necessidade de defesa. Justiça e defesa são institutos antagônicos. A fórmula que traçou para fundamentar o Direito Penal, em que pese ser facilmente relacionada às ideias aristotélicas em um jusnaturalismo exacerbado, confunde-se com uma justificação divina, resultando num misto filosófico (nesse ponto, original). Em relação a essa fundamentação jurídica em princípios divinos e aristotélicos, é que vão surgir os positivistas, por meio de Lombroso.

Outro pensador escritor influente que deve ser mencionado é Enrico Pessina, nascido em Nápoles (1828-1916), o qual contribuiu para o Direito Penal, publicando, em 1882, sua grande obra, *Elementi di Diritto Penale*, e também *Doutrina do Delito e*

da Pena. Suas obras apresentam forte influência hegeliana, sobretudo, ao proporem que o delito é a negação do direito (PESSINA, 2006, p. 9-11). Os estudos do referido autor se situam entre o jusnaturalismo clássico e o positivismo, chegando a defender, por exemplo, que, em virtude de o Estado Nacional operar como órgão do direito, é mister que a consciência nacional de conteúdo de direito se formule direito positivo.

4.3 A Escola Clássica Alemã

Assim como na Itália, o Direito Penal se moveu na Alemanha, afastando-se do obscurantismo da Idade Média, e seus estudiosos deram novos contornos à referida área, havendo insurgência contra todo o absolutismo penal. Todavia, o caminho seguido pelos alemães não foi exatamente o mesmo dos italianos, embora com algumas semelhanças quanto à dedicação ao Direito Penal e às razões filosóficas (RUDÁ, 2018, p. 274). A Escola Clássica Alemã distingue-se pela profundidade e originalidade no desenvolvimento dos estudos, desde o século XIX até a presente data. Sobre o dogmatismo alemão, afirma, Rudá:

> O dogmatismo sustentado pelos alemães e seus estudos, oriundo de uma natural tendência à investigação filosófica, feita na maioria das vezes com tanta meticulosidade e rigor, foram os guias que proporcionaram a grande metamorfose no pensamento jurídico penal por séculos. O período da pujança doutrinária alemã pode ser hoje facilmente dividido em quatro partes, sendo a primeira marcada pelo surgimento dos excepcionais pensadores, Kant e Hegel, após a implantação do modelo dogmático proposto e inaugurado por Feuerbach. Sob os auspícios da sublime filosofia emanada desses homens de pensamento moderno, o Direito Penal jamais foi o mesmo. O segundo período é marcado pelos seguidores de Kant, denominado de neokantismo, que oportunamente foi substituído pelo terceiro período, que é o da Filosofia dos Valores, principalmente a desenvolvida por Hartmann. O quarto período da pujança dogmática penal alemã surge na segunda metade do século XX, já representada por uma nova geração de pensadores (Roxin e Jakobs), mas ainda sob os auspícios do pensamento kantiano, o que deixa claro a grandeza da influência do pensamento dos filósofos clássicos sobre a modernidade. (RUDÁ, 2018, p. 275).

Houve também outros nomes importantes, que, embora não tenham conseguido o mesmo grau de relevância na história do Direito Penal, destacaram-se na Alemanha e influenciam o mundo, de certa maneira, como Kant, Hegel e Feuerbach (RUDÁ, 2018, p. 275).

Immanuel Kant nasceu no dia 22 de abril de 1724, em Königsberg, falecendo aos 80 anos de idade, na mesma cidade alemã. É considerado um dos pensadores

mais influentes dos todos os tempos e, seguramente, o mais influente do início da era Moderna. Somente floresceu para o mundo científico-filosófico internacional após seus 40 anos de idade, quando, em 1770 (ano em que nascia, seu compatriota, Hegel), ingressou na Universidade de Königsberg, cidade da qual nunca saiu (RUDÁ, 2018, p. 276).

Também em 1770, publicou sua primeira obra, *Dissertação sobre a forma e os princípios do mundo sensível e inteligível*, que, naturalmente, não apresentou tanta relevância. Não obstante, após 11 anos, publicou o que seria sua grande e festejada obra, *Crítica da razão pura*. Essa obra o colocou numa posição de grande relevância na comunidade local e, em pouco tempo, em todo o mundo (RUDÁ, 2018, p. 276).

Kant nunca ocupou cargos públicos e jamais teve envolvimento de qualquer natureza com outras questões, senão seus próprios trabalhos como professor e escritor, dedicando-se de tal maneira que o fez esquecer de si mesmo. Ao longo de sua vida simples e, até certo ponto, tranquila, publicou outras obras, como *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1784), *Crítica da razão prática* (1788), *Doutrina do Direito* (1786) e *Metafísica dos costumes* (1797). Faleceu aos 80 anos de idade, deixando como legado uma vida inteira dedicada ao pensamento mais profundo de questões da humanidade, uma vasta e muito rica bibliografia que, hoje, faz-se presente em todas as bibliotecas universitárias ao redor do mundo (RUDÁ, 2018, p. 277).

A base do conhecimento jurídico-penal atual está ancorada no pensamento kantiano, depois do qual foram poucos, os que conseguiram propor uma sistematização da razão diferenciada. As principais contribuições oferecidas pelo autor podem assim serem resumidas:

a) foi responsável por uma transposição do sentido ético do seu sistema para o Direito Penal, o que pode ser observado em sua obra *Metafísica dos costumes* (RUDÁ, 2018, p. 277).
b) trouxe ao cenário do Direito Penal o racionalismo penal que, segundo Zaffaroni, é o movimento que tem lugar por parte dos penalistas que fundam seus sistemas em conteúdos filosóficos assentados sobre uma fé no progresso da razão humana, e que desemboca ou culmina com a investigação kantiana sobre a razão (RUDÁ, 2018, p. 277);
c) com a implantação do racionalismo penal, Kant claramente se opõe ao iluminismo, bem como ao utilitarismo de Bentham e, em certa medida, ao de

Beccaria (RUDÁ, 2018, p. 278);

d) proclamou a liberdade de querer do homem e situou, diante dessa, a pena como um imperativo categórico, mas a subordina à conduta humana, que deve ser, antes de tudo, moral. Kant defende que “todo ato humano responde à consciência e a um imperativo categórico da mesma. Tudo o que fazemos o fazemos porque decidimos em razão de considerá-lo um saber” (ZAFFARONI, 2006, p. 145);

e) a medida da pena em Kant é o talião, que deve ser igual e contrária. Essa concepção começa a se fundamentar em seu conceito de delito, que defende ocorrer quando o sujeito viola o imperativo categórico, ou seja, quando emprega o outro como meio, e não o considera como fim em si mesmo. Dessa forma, enquanto medida, uma vez que o mal imerecido que o malfeitor causa a outro também o causa a si mesmo, estará dado, por ele, o talião, que deve ser aplicado por um tribunal que Kant gradua segundo a qualidade do autor, para que sinta a mesma quantidade de dor. Assim, o talionismo kantiano satisfaz os requerimentos de segurança exigidos pelo liberalismo, como consequência da anterior arbitrariedade das penas (ZAFFARONI, 2006, p. 146);

f) a pena traz outra importância fundamental, pois se trata de uma retribuição necessária, que obedece a uma imposição da razão prática e que, em relação ao Estado, adquire o caráter de dever absoluto, razão pela qual não deve ser considerada como simples meio para o fim de obter outro bem para o próprio culpado ou para a sociedade civil (ZAFFARONI, 2006, p. 146).

g) a concepção talional kantiana é tão categoricamente forte, que defende que:

> Ainda quando a sociedade se dissolvesse com o consenso de todos os seus membros, o último assassino que se encontre em prisão deveria sofrer a pena inteira, a fim de que cada um suporte a pena da sua conduta e o sangue não ficaria sobre o povo que reclamou a sua punição. (ZAFFARONI, 2006, p. 145).

Posteriormente às suas concepções sobre liberdade e medida de pena em um sistema talional, importa comentar sobre as ideias acerca do direito que norteiam todas as construções de seus seguidores no período pós-kantiano. Segundo referido autor, toda a construção kantiana sobre o direito se estrutura no fato de que o considera um princípio universal:

> Toda ação é justa quando, em si mesma, ou na da qual provém, é tal que a liberdade da vontade de cada um pode coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal.
> Então, se minha ação ou minha condição pode coexistir, em geral, com a liberdade de todo o mundo, de acordo com uma lei universal, qualquer um que não me permita realizar esta ação, ou manter essa condição, prejudica-me. Porque tal impedimento ou obstrução não pode coexistir com a liberdade de acordo com as leis universais. (RUDÁ, 2018, p. 279).

Não obstante, após concluir que não se pode exigir, como questão de direito, que o princípio universal de todas as máximas seja adotado como a máxima de si próprio, Kant extrai de referido princípio sua essência, aduzindo que “a lei universal do Direito pode então ser expressa da seguinte maneira: aja externamente de tal maneira que o livre exercício de tua vontade possa coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal” (RUDÁ, 2018, p. 280).

Outro marcante pensador é Georg Wilhelm Friedrich Hegel, nascido em 1770, na cidade alemã de Wüttemberg, em Stuttgart. Filho de mãe instruída e pai muito humilde, disciplinado e muito conservador, Hegel aprendeu latim com sua mãe, o que foi muito útil em sua carreira futura. Perdeu sua genitora com apenas 13 anos e, com quase 30, seu pai. Aos 23 anos, recebeu seu diploma de doutor e de teologia, onde fizeram constar seu destaque como aluno muito aplicado, entretanto, deficiente em Filosofia. Realmente, Hegel não se interessava pela disciplina, porém, seus estudos em Política e Religião acabaram por levá-lo à Filosofia, de certa forma, tornando-o cada vez mais envolvido em ciências filosóficas (RUDÁ, 2018, p. 280).

Hegel somente logrou publicar seu primeiro livro importante, *Fenomenologia do espírito*, quando já contava com 37 anos de idade, livro esse que alimentará capítulo derradeiro desta tese. De 1812 a 1816, deu um grande salto em sua vida quando publicou uma grande obra filosófica, dividida em três volumes, intitulada *A ciência da lógica*, o que lhe rendeu grande reconhecimento no meio acadêmico e convite de três universidades para ser professor, tendo optado pela de Heidelberg.

Todavia, não permaneceu ali por muito tempo, foi transferido, dois anos depois, para a Universidade de Berlim, onde se destacou como grande conferencista e, mais tarde, viu sua fama transcender da Filosofia para outros seguimentos acadêmicos e sociais (RUDÁ, 2018, p. 281).

Em 1831, no auge de sua fala e importância, publicou a obra *Filosofia do Direito,* que era um apanhado de uma série de conferências que ministra em suas

aulas. Na noite de domingo de 14 de novembro de 1831, o filósofo morreu, vítima de cólera, deixando um rico legado que transcendeu seu tempo e influenciou o pensamento de muitos seguidores filósofos alemães, bem como pensadores em todo o mundo. O método hegeliano compreende três momentos (RUDÁ, 2018, p. 281):

a) o abstrato racional, que é constituído por sua simples afirmação, ao que Hegel chama de tese;
b) o dialético ou negativo racional, que é constituído da negação, ou seja, da antítese; e
c) o especulativo ou positivo racional, que é constituído pela negação da negação e que chama de síntese.

Esses três momentos representam assim, em essência, aquilo que é ideia abstrata, uma ideia exteriorizada e uma ideia concreta respectivamente. Filosofar é, então, conhecer esse processo de desenvolvimento, que, em Hegel, tem-se, na segunda parte de seu sistema, que é composto pelo saber absoluto, o qual, por sua vez, tem uma parte composta pela fenomenologia, que expõe os graus de consciência, desde a intuição sensível até o saber absoluto (RUDÁ, 2018, p. 281).

A fenomenologia hegeliana, a seu turno, é composta por três elementos: a lógica, que é a ciência da ideia em si, a Filosofia da Natureza, que também pode ser a ciência da ideia em sua existência exterior à mesma; e a Filosofia do Espírito, que também pode ser chamada de ciência da ideia, a qual, depois de se haver exteriorizado, voltar a se recolher em si mesma (RUDÁ, 2018, p. 282).

Em que pese a filosofia de Hegel ser apontada como uma das mais complexas e de difícil compreensão, motivo pelo qual é tida como altamente especulativa, é possível tratar de seu método com alto grau de originalidade. Segundo o filósofo, o objeto da ciência filosófica do Direto é a ideia de direito, isto é, seu conceito junto à realização desse, de modo que a ciência do direito é um segmento da Filosofia. Como consequência, continua, Hegel, sua tarefa é desenvolver a ideia, que se constitui em fator racional de qualquer objeto de estudo a partir do conceito ou da consideração de seu desenvolvimento imanente (RUDÁ, 2018, p. 280). Sobre o campo e o sistema do direito, Hegel leciona:

> O campo do Direito é, em geral, a espiritualidade e seu próximo lugar e ponto de partida é a vontade, que é livre, de sorte que a liberdade constitui sua subsistência e sua determinação; e o sistema do direito é o reino da liberdade realizada, o mundo do Espírito, expressado de si mesmo, domo numa segunda natureza. (RUDÁ, 2018, p. 280).

Entretanto, não é possível apontar com clareza quais são as bases do pensamento hegeliano utilizadas no Direito Penal, especificamente, segundo Rudá:

> Hegel entende por espírito uma força, uma dinâmica. É ela a continuação da totalidade do real, sendo dividida em três fases:
> a) A fase subjetiva (fase do espírito subjetivo), que se faz presente no homem quando ele surge, emerge da natureza. Esse emergir do homem da natureza é, por demais, o ápice desta etapa e significa alcançar também a própria liberdade individual;
> b) A fase objetiva (fase do espírito objetivo) se concretiza com o rompimento da fase subjetiva individual, o que culmina com a entrada do homem na fase coletiva. Ao ocorrer este rompimento, começam as relações coletivas, onde se observa o surgimento da necessidade de relacionamento do indivíduo com outros indivíduos, da auto-consciência individual com outras autoconsciências individuais. Desses relacionamentos surgem, consequentemente, diversos institutos sociais, como o Direito, a ética, a moral e a história. O surgimento desses institutos representa o cume da fase do espírito objetivo;
> c) A fase absoluta (espírito absoluto) é marcada pela elevação do espírito sobre o mundo, o que fica manifestado na arte, religião e na filosofia, por exemplo (ZAFFARONI, 2006, p. 166).

Segundo Zaffaroni (2006, p. 168), como o direito pertence à segunda dessas fases – isto é, ao espírito objetivo –, a qual começa com a recém-liberdade quando alcança seu máximo, que é a fase do espírito subjetivo, a conclusão é de que o homem não pode atuar de modo juridicamente significativo, se carece de liberdade. Mas se o homem não alcançou a fase de liberdade (autoconsciência), não pode pretender entrar na relação com outra autoconsciência e, portanto, não pode entrar em relações que correspondem ao espírito objetivo. Ou seja, em relação ao Direito Penal, Zaffaroni aduz:

> De tudo isso, pode-se deduzir duas importantes consequências jurídicos-penais:
> a) A primeira é que se deve indagar quando se acha frente a uma aparência de delito, ou seja, é a capacidade psíquica do sujeito para ser livre. O inimputável, o que atua com liberdade, não pode atuar antijuridicamente, mas tampouco juridicamente. Destarte, a liberdade não será um pressuposto da culpabilidade, mas da antijuricidade; e
> b) O homem que pertence a uma cultura diferente, que ainda não alcançou como cultura a culminação da etapa do espírito subjetivo, tampouco pode entrar em relações que fazem ao espírito objetivo, ficando fora da comunidade jurídica. Por esta via, Hegel consagra um etnocentrismo que o faria merecedor de ser considerado um ideólogo de qualquer conquista (ZAFFARONI, 2006, p. 168).

Pode-se afirmar que a filosofia hegeliana influenciou vários penalistas em todo

o mundo, sobretudo, na Alemanha e na Itália. Na Alemanha, surgiram nomes como o de Karl Georg von Waechter (1797-1880), que trouxe um conceito formal de culpabilidade, exigindo a consciência da antijuricidade como comportamento do dolo. A quantificação da pena, por sua vez, não atendia a qualquer característica pessoal do autor, mas somente à quantificação concreta do fato em sua magnitude. Referido autor, à medida que necessitava sustentar um esquema estrutural firme, encontrou na concepção idealista hegeliana a ideia de que o delito era concebido como negação do direito, e a pena, entendida como negação do delito (ZAFFARONI, 2006, p. 172).

Outro importante e grande adepto do hegelianismo foi Albert Friedrich Berner (1818-1907), que defendeu que a pena encontra seu fundamento na retribuição e na justiça que finca, mas sem esquecer que o Estado está somente para a conservação da ordem jurídica, de cuja ideia, deduz-se uma segunda base do Direito Penal, da qual emergem os fins de intimidação e correção como complementários da justiça, posto que sempre serão perseguidos dentro dos limites que esta impõe (ZAFFARONI, 2006, p. 175). Derradeiramente, é válido citar Hugo Hälschner (1817-1889), quem, apesar de conformar seu pensamento a outros hegelianos, acreditando e defendendo que a pena deveria servir para anular o delito, aduzia que a imediata realização da correção não poderia ser o fim da pena.

Portanto, para os autores adeptos à filosofia de Hegel, a ação ou conduta se situa no centro básico da teoria do delito. Ela guarda o fundamento da imputação e, logo, deveria ser o ponto central do sistema jurídico-penal.

Em outra vertente, fugindo ao pensamento hegeliano, expoente autor para o Direito Penal é Paul Johann Anselm Feuerbach, nascido em Hainichen (Jena), no dia 15 de novembro de 1774, e falecido em 29 de maio de 1833. Em 1792, matriculou-se na Universidade de Jena, onde ficaria até 1802, primeiramente como aluno e, depois, como professor doutor. Em 1794, publicou seu primeiro artigo, *Sobre o estudo da natureza*. Grande admirador e seguidor das ideias de Kant, logo encontraria seu próprio rumo na ciência penal, por influência de seu pai, que o forçava aos estudos penais (MEZGER, 1946, p. 56).

No ano de 1795, publicou mais dois artigos, onde começa a ficar clara, sua tendência à desvinculação da filosofia absoluta e talional kantiana. O primeiro é *Ensaio sobre o conceito do Direito,* e o segundo, *Sobre a impossibilidade de um primeiro princípio absoluto da filosofia*. Ainda em 1795, obtém seu grau de doutor em Filosofia, quando também vem à baila, seu primeiro livro, intitulado *Sobre a única*

demonstração possível sobre a existência e validez dos Direitos naturais. Em 1796, publica a obra *Crítica do Direito Natural como propedêutica para uma ciência do Direito Natural*. Quatro anos depois do doutorado em Filosofia, obtém, na mesma universidade, o grau de doutor em Direito, com o que vem sua obra mais importante, *Revisão dos princípios e conceitos fundamentais do Direito Penal positivo*. Também se destaca, a obra *Tratado do Direito Penal comum vigente na Alemanha*, publicada em 1801 (MEZGER, 1946, p. 56-57).

As obras publicadas fizeram com que Feuerbach fosse convidado a ocupar diversos cargos oficiais, levando-o a se envolver na publicação de diversas leis bávaras, até que, em 1813, é convidado a escrever seu projeto de Código Penal para o Reino da Baviera e, mais tarde, em 1824, a realizar uma revisão desse código. Além de pensador e legislador, o autor também foi juiz, mais tarde, prestando grande colaboração a seu país. Faleceu por problemas advindos de uma enfermidade circulatória em 1833 (ZAFFARONI, 2006, p. 150).

Muitos são os títulos que fazem de Feuerbach o fundador do moderno Direito Penal, da moderna ciência penal, tudo em virtude de sua teoria da pena, denominada *Teoria da Coação Psicológica*. Apresenta um lado pouco estudado, que é em relação ao tema antropológico e seus embates com Kant, foi um kantiano sem originalidade, combateu e emprestou ideias inéditas para Hobbes, por meio de sua obra *Anti-Hobbes*, e para Kant, sem muito esforço, nessa mesma obra.

Embora seu conteúdo antropológico tenha sido muito pouco estudado ao longo dos tempos, segundo Zaffaroni, pode ser situado historicamente entre duas diferentes correntes de pensamentos: o Iluminismo e o Positivismo. Não por menos, é considerado o *homem da cruz*, justamente por se situar sobre uma crítica filosófica e o incipiente positivismo jurídico da época. Conjuga ambos, ao ponto de os *Prolegómenos* de seu *Lehrbuch* ser considerado como a primeira estruturação de uma parte geral do Direito Penal em sentido moderno (ZAFFARONI, 2006, p. 152). Seguem abaixo, alguns aspectos de seu pensamento antropocêntrico (ZAFFARONI, 2006, p. 152):

a) mostra-se contrário ao absolutismo hobbesiano, já em seu primeiro trabalho, onde evidencia oposição ao conceito de natureza dado pelo autor francês;
b) na encruzilhada entre criticismo e pensamento revolucionário francês, empreende a defesa dos direitos do homem da Revolução Francesa;
c) seu principal aporte é, pois, uma derivação crítica do direito – ou dos direitos –

distinta, precedente e independente da kantiana. Para Kant, o direito se reconhecia pelo dever, ou seja, o dever do respeito erigido em imperativo categórico deduz os direitos; do dever moral, surge o direito de cada um a ser considerado e tratado como fim em si mesmo, e a conseguinte proibição para os outros de mediatizá-lo (limitar sua liberdade de ação). Logo, para Kant, o direito se deriva ou se reconhece a partir da moral, daí que a pena não pode ser mais que retribuição pela violação do dever moral (do imperativo categórico), e que a legítima defesa não pode ser a causa de justificação. O autor deriva o direito (subjetivo) do dever moral (imperativo categórico) do outro, o que o leva também a negar toda possibilidade de direito de resistência, porque, sem a garantia do dever, o direito desaparece. Feuerbach, em lugar, encontra os direitos na razão prática do titular, e não na do obrigado. Ao objetivismo katiano, opõe um subjetivismo. Ao derivar os direitos da razão prática do titular, individualiza-os da moral (do imperativo categórico), com o que reconhece, dentro da razão prática, mas independentemente do campo da moral, a função de reconhecer direitos. Consequentemente, para Feuerbach, a razão prática não somente impõe deveres, mas também cumpre a função de reconhecer direitos. A essa segunda função da razão prática, desconhecida no pensamento kantiano, referido autor chama de *razão prática jurídica*;

d) finalmente, e sem prejuízo de sua vasta produção, segundo Zaffaroni (2006, p. 156), sua visão subjetivista dos direitos, fundada na razão e com metodologia criticista, foi o maior aporte que deu à teoria jurídica. Do pensamento jurídico de Feuerbach, sustentam-se, até hoje, consequências que a cultura jurídica atual pode escrever sem titubeios, dentre as quais, o fato de que a ordem surge para que o homem possa se realizar, e, por outro lado, a ideia de que os direitos não são permissões morais nem ações moralmente indiferentes: direitos existem tanto para a ação moral como para a ação imoral. O dever jurídico não surge para permitir a ação do outro, senão também para permitir a ação imoral alheia, sempre que esta não consista na coisificação de um ser humano.

Segundo Zaffaroni (2006, p. 357), a segunda parte de sua obra é a mais conhecida, a *Teoria da Coação Psicológica*, consistindo basicamente na ideia de prevenção do delito, por meio da coação exercida pela lei, pelo direito positivo. O autor defendia que, sobre a coletividade como um todo, deveria atuar, uma coação que desestimulasse a prática delituosa, de modo que essa força coercitiva abstrata

exerceria o papel de força preventiva, por um influxo motivador e inibitório (MEZGER, 1946, p. 56). Com essa citação, pode-se dizer que a teoria de Feuerbach apresenta alguns pontos-chave, que são:

> a) O fundamento jurídico da ameaça é a necessidade de segurança do Direito;
> b) A execução da pena é somente a realização prática da ameaça que é também o que lhe dá seriedade, demonstrando a todos que não se trata de ameaça vã;
> c) O fim da pena é, no que diz respeito à ameaça, a intimidação de todos os cidadãos como possíveis infratores do Direito e, no mesmo sentido, o fundamento da ameaça é a necessidade de assegurar os Direitos de todos. Nesse contexto, o fundamento jurídico da imposição da pena é a 'ameaça precedente contida na lei'.
> d) Por meio dessa ameaça e da coação psicológica que dela resulta, cumpre o Estado a sua função de manter a convivência social;
> e) Ainda ao contrário de Kant, nega a liberdade do querer, que é um dogma kantiano, de que aquele excessivo conteúdo ético da pena é uma consequência. (RUDÁ, 2018, p. 290-291).

Por fim, um dos mais importantes legados do analisado autor para o Direito Penal é a admissão do princípio da absoluta legalidade dos crimes e das penas, dando-lhes a expressão da fórmula latina, que depois ficaria mundialmente conhecida como *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Expressão que, mais tarde, tornar-se-ia o mais importante princípio do Direito Penal, presente em quase todos os códigos das sociedades modernas e, em alguns países, como o Brasil, presente até mesmo na Carta Magna.

Essa fórmula foi a maior colaboradora para colocar Feuerbach num lugar de grande relevância para a história das ciências penais, principalmente, porque, desde sua gênese, foi uma expressão que representou o enfrentamento das forças ditas do bem contra o mal, representadas, por exemplo, pelas atrozes arbitrariedades dos juízes frente aos cidadãos em geral. Essa opinião é compartilhada por muitos autores. Mezger aduz que "o mérito maior de Feuerbach foi seu esforço, penalmente vitorioso, de retirar o livre arbítrio dos juízes mediante o estabelecimento de conceitos e tipos preciosos e claros, em cuja formulação era insuperável mestre" (MEZGER, 1946, p. 57).

Fato é que esses pensadores revolucionários do Direito, consequentemente fundadores do Direito Penal moderno, formam pessoas que, à sua maneira, abriram as portas para tantos outros penalistas em todo o mundo, razão pela qual se deve conservar seu espírito desbravador, como meio de fazer crescer o Direito Penal, sem

perder de vista os princípios básicos e universais das pessoas e das sociedades.

4.4 As Escolas Penais Positivistas – a nova gênese da moralidade

Surgem, então, as escolas penais positivistas, ocupando-se, este tópico, da Escola Cartográfica, ou Estatística Moral, época conhecida como da nova gênese da moralidade. A origem da Estatística Criminal está umbilicalmente conectada à origem da Sociologia Criminal, surgida em 1830, e que se deve, em parte, ao renascimento das ciências sociais desse período, e também à introdução da Estatística Criminal, ou seja, são frutos do mesmo galho. Vale mencionar também que os primeiros passos da Sociologia Criminal tiveram como fundo alguns importantes eventos sociais, como ideais ilustrados, a Revolução Francesa e todos os acontecimentos consequentes à sua existência, ao lado dos trabalhos de Auguste Comte e do positivismo. Nesse contexto, tem-se a chamada Escola Cartográfica (BONGER, 1963, p. 99-100).

A denominação do período surgiu em virtude da existência de um grupo de cientistas que passou a tratar os diversos números sociais, dentre os quais, os do índice de criminalidade, como fontes de importantes informações para solucionarem sérios problemas sociais, num período em que se faziam incipientes, diversas ciências, dentre as quais, a Sociologia. É também o período em que ocorre o surgimento da Criminologia como ciência, coincidindo com outros fatos, como os estudos de Darwin, que vão envolver o Direito Penal, fazendo-o se reinventar e surgir com uma nova face científica, como a do positivismo comtiano (BONGER, 1963, p.100).

É o método que, ao contrário do estático, passa a considerar dados provenientes de períodos de perturbações sociais, como de crises econômicas e políticas, o que possibilitou o surgimento de informações mais confiáveis do cenário criminológico das cidades. O astrônomo, matemático, sociólogo, demógrafo e estatístico Lambert Adolphe Jacques Quelet (1796-1874) foi fundador da Estatística Prática na Bélgica e também organizador dos congressos estatísticos internacionais, formulador de leis térmicas e defensor do método estatístico como único adequado para a investigação de fenômenos criminais. É considerado o fundador da Estatística Moral, em virtude de suas várias obras publicadas ao longo dos anos de atividade, cujos trabalhos e pesquisas foram naturalmente o conduzindo a tratar de assuntos criminais, como o abordado em sua obra mais comentada, *Physique Sociale*, onde

aduz o seguinte:

> Existe um pressuposto que se sufraga com aterradora regularidade pelas prisões, que se deve reduzir, por cima de tudo, à custa de maiores esforços, e este pressuposto é o destinado aos presídios e os tablados da pena de morte. E cada ano as cifras parecem confirmar até tal grau do que prognostiquei, que para ser exato, poder-se-ia dizer que: a contribuição que o homem paga ao delito é mais regular que aquelas que deve pagar à natureza ou ao fisco. Triste condição da humanidade! Podemos predizer quantas pessoas mancharão suas mãos com o sangue de seus semelhantes, quantas serão falsificadoras e quantas serão envenenadoras, quase com a mesma segurança que somos capazes de dizer com antecipação os nascimentos e as disfunções que irão ocorrer. A sociedade contém em si mesma os gérmenes de todos os delitos futuros. Se prepara em certo grau para eles e o criminoso é tão somente o instrumento que os realiza. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 417).

García-Pablos de Molina (2009, p. 417) conclui que:

a) o crime é um fenômeno social;
b) o crime é de uma magnitude assombrosamente regular e constante;
c) o crime é um fenômeno normal e, sendo assim, é inevitável, necessário e constante;
d) o único método adequado para a investigação do crime como fenômeno social de massas é o estatístico.

Há também outros representantes, como Edward Ducpétiaux (1804-1868), autor da obra *Le Paupérismedans les Flondres*, L.M. Moreau-Christophe (1791-1888), autor de *Du problema de la misère et de la solution chez les peuples anciens et moderns*, de 1851, A. von Oettingen (1827-1905), autor de *Die Moral-Statistik in ihrer Bedeutung für eine Sozialethik*, de 1868, e G. von Mayr (1841-1925), autor de *Statisk der gerischtlichen Polizei im Königreiche Bayern und in einigen andern Ländern*, de 1867 (RUDÁ, 2018, p. 320).

O principal ponto do tema é o conjunto de conclusões a que chegaram os primeiros experts da Escola Cartográfica, segundo os quais, o delito era um fenômeno inerente à sociedade, ou seja, um fato social. Relevantes também, são o fato de a referida escola fazer os primeiros mapas da criminalidade na Europa - o que serviu de base para muitos trabalhos voltados para a Criminologia -, bem como a noção de movimento do fenômeno da criminalidade, o que proporcionou se fazer uma relação entre tais movimentos e os acontecimentos sociais, como as crises, principalmente, econômicas.

O sucesso das ciências sociais e seu método causal era patente naquelas

áreas e não demoraria a se aportar nas ciências penais, tão carente de novas teorias explicativas. A essas tarefas, dedicaram-se, primeiramente, os estudiosos da Escola Cartográfica, como visto, mas a grande verdade é que o mundo moderno teria que praticamente se reinventar, conceber novas teses e teorias, inclusive, acerca do Estado. Assim, o século XIX foi um período que pode ser chamado de segundo Século das Luzes, ou segundo Iluminismo, dada a grandeza e agudeza das novidades surgidas e aplicadas à época, não restando dúvidas, então, de seu caráter transcendental (RUDÁ, 2018, p. 321).

No campo penal, o grupo de cientistas que se dedicou a absorver as novas concepções filosóficas, principalmente, o positivismo comtiano, e aplicá-las às ciências penais foi autodenominado de positivista. Por esse motivo, é que se passou a chamar de Positiva a escola formada por esses cientistas do Direito Penal e seus principais representantes (RUDÁ, 2018, p. 322).

4.5 A Escola Positivista

Conforme discussão iniciada no tópico anterior, Escola Positivista é o nome dado ao grupo de cientistas que se dedicou a pesquisar soluções para a problemática criminal, desde ideias embasadas na Filosofia Positiva, representada e levada a cabo, principalmente, por Auguste Isidore Auguste Marie François Xavier Comte (como exposto anteriormente), nascido em Montpellier, em 19 de janeiro de 1798, e falecido em 05 de dezembro de 1857, em Paris (RUDÁ, 2018, p. 325). Antes mesmo de influenciar no Direito Penal, as ideias de Comte já eram presentes em diversos ramos do Direito, Física, Matemática, Química, entre outras áreas do conhecimento.

O impulso por concepções filosóficas com a ciência, objetivando criar uma identidade única, pode-se dizer que é uma das marcas registradas do positivismo. Entretanto, no afã de rechaçar a Metafísica, essa própria ideia também é metafísica, a exemplo de outras concepções positivistas. A espinha dorsal do positivismo comtiano era, por meio da eliminação das barreiras criadas pelo homem, a tentativa de romper as fronteiras do conhecimento científico, que se daria pela observação empírica, não havendo, assim, limites para o avanço científico em todas as áreas do conhecimento. A crença nessa ideologia foi tamanha que se fundou uma religião científica, em substituição à própria religião, que também não ficou incólume (RUDÁ, 2018, p. 325).

Nesse cenário, o Direito Penal também não poderia passar incólume, principalmente, em razão dos postulados propugnados por Darwin e tão prontamente absorvidos pelos positivistas criminológicos, como Ferri e outros. Nesse sentido, ressaltam-se algumas observações acerca do positivismo:

> a) Em princípio, o positivismo tem características absolutamente conservadoras, pois é um culto ao fato. Esse culto ao fato é exposto por este autor quando aduz que "o culto ao que é não predispõe a tratar de mudar o que é". "Não podemos menos que estremeceremos, pensando na tenebrosa organização social deliberada por Comte."
> b) No segundo momento, "o positivismo tem demonstrado sempre uma clara tendência a depreciar todo o pensamento precedente e rotulá-lo pejorativamente (platonismo) sob uma comum etiqueta, mas ele mesmo não configura uma unidade nem muito menos"
> c) Por fim, o autor mostra que o positivismo apresentou duas faces, sendo uma conservadora e outra vanguardista. Pode ser rotulado de vanguardista em virtude de seu método, rigoroso, rigoroso que seja, mas capaz de tentar eliminar do campo científico uma quantidade de prejuízos obscurantistas (ZAFFARONI, 2006, p. 188, 189).

Destarte, segundo Zaffaroni (2006, p. 189), "é inquestionável que a ortodoxia positivista contribuiu ao avanço das ciências, porque trouxe consigo a tendência a delimitar problemas, como as exigências metodológicas que isto leva consigo". A rigor, a percepção que se deve ter é de que o surgimento de uma corrente de pensamento contrária à que impera em determinada época sempre vem sustentada por uma onda de insatisfação da sociedade e, principalmente, dos experts envolvidos diretamente. No caso do Direito Penal, precisamente no tocante à Criminologia, não tem sido diferente. Assim sendo, o que justificou o surgimento dos penalistas rotulados de clássicos foi a límpida necessidade de mudança das leis penais.

Da mesma sorte, a Escola Positivista surgiu como produto do descontentamento social, ante os principais aspectos do Direito Penal, que já se mostravam estéreis, como afirma, Baratta:

> A reação contra o conceito abstrato de indivíduo conduz a Escola Positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se detenha por meio de ato de livre vontade, senão que se dirija a encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que a vida do indivíduo se inserta (BARATTA, 2004, p. 32).

Complementa o pensamento, a clara ideia de Nuñez sobre a Escola Positivista:

> O triunfo do pensamento naturalista no século 19 gerou a Escola Positiva de Direito Penal. Se para a escola toscana (alemã), o delito é um ente jurídico,

> para a Escola Positiva, é um ente de fato. Seu método já não é a dedução, mas a indução experimental.
> O positivismo proclama que a pura consideração do delito como “ente jurídico” resulta ineficaz para escolher os meios mais convenientes para lutar contra as causas dos delitos e as formas mais graves da delinquência, porque o mundo da delinquência não está regido pelo princípio da responsabilidade pessoal frente ao Direito, fundado no livre arbítrio, mas plo da causalidade. O fator causal reside no próprio modo de ser do delinquente e na influência do meio ambiente. (NUÑEZ, 2007, p. 48).

De igual modo, Montt:

> A criminologia partiu estudando por que existem delinquentes e suas modalidades, com estudos biológicos e antropológicos que aspiravam a determinar as características do homem criminal e seu perfil psicológico, para estabelecer as razões que o induziam a delinquir no caso concreto. A criminologia começou tendo o sujeito como fonte principal de sua preocupação, no século passado e no início do presente (Lombroso, Garofalo, Ferri). Se perseguia determinar as causas que o levavam a delinquir para suprimi-las ou torna-lo inofensivo, o que, por sua vez, eliminaria a criminalidade. Foi a tendência do positivismo italiano que pensou no desaparecimento do Direito Penal e sua substituição por esta disciplina. (RUDÁ, 2018, p. 328).

O grande problema do Direito Penal sempre foi a ausência de uma política ou regime positivo eficaz. Em meados do século XIX, já ficava claro que correntes como a retribucionista estavam ultrapassadas e já não ofereciam respostas, ante os problemas que pareciam brotar com o crescimento populacional nos países que se desenvolviam a passos largos. Cada vez mais, o Direito Penal era usado como instrumento de controle social das grandes massas, o que acentuava ainda mais a decadência das ideias clássicas como a de um regime punitivo retribucionista.

Como efeito inversamente proporcional, avançava, o prestígio das ciências da natureza, grande parte em virtude da aplicação do método positivo, em que tudo se explicava cientificamente. Assim, o crime passava a ser explicado, também pelo método científico, primeiramente, por um antropocentrismo natural, representado por Lombroso, período que ficou conhecido como fase antropológica naturalista. Num segundo momento, representado principalmente por Ferri, o crime passou a ser estudado como fenômeno social, fase conhecida como positivista sociológica (RUDÁ, 2018, p. 329).

Por fim, o fenômeno passou a ser analisado sob a égide puramente jurídica, deslocando-se dos aspectos naturalistas e sociológicos, fase que ficou conhecida como positivista jurídica e representada principalmente por Garofalo. Esses foram, pois, os principais representantes da Escola Positivista, ao menos do positivismo

fático, também denominado positivismo evolucionista materialista, conforme será demonstrado nos próximos tópicos, começando por estudar o inglês Bentham e seu utilitarismo fático, fundamental para as concepções positivistas criminológicas (RUDÁ, 2018, p. 329).

Jeremy Bentham, nascido em Londres, em quatro de fevereiro de 1748, faleceu em seis de junho de 1832, tendo dedicado toda sua vida aos estudos das ciências penais, esforçando-se para uma reforma legislativa em seu país de origem. Todavia, foi um prodígio e pouco aproveitou de sua infância, em meio aos livros sobre os quais se debruçava ainda em tenra idade. Aos meros sete anos de idade, aprendeu latim e francês, o que lhe foi muito útil futuramente. Aos quinze anos, formou-se em Oxford, quando se volta aos estudos de Direito na Lincoln's Inn e, a partir dessa idade, envolve-se em questões penais, principalmente, Direito Processual e Legislativo. Em 1789, ano revolucionário, publica a obra *Introdução aos princípios da moral e da legislação*. Não obstante, muito tempo antes, já havia publicado *Um fragmento sobre o governo*, que lhe rendeu reconhecimentos, mas não como autor, pois publicou em anonimato (RUDÁ, 2018, p. 330).

Referido autor sempre teve o grande objetivo de promover a reforma legislativa inglesa, a fim de beneficiar o maior número de pessoas possível, e, imbuído desse espírito, publicou outras obras, como *Teoria das penas e das recompensas*, *Rationale of judicial evidence*: *specially applied to English practice*, *Defesa da Usura*, dentre outras. A rigor, Bentham também ficaria conhecido na posteridade como autor do *Panóptico*, uma obra que apresentava um modelo de prisão circular com celas dispostas em torno de um vão central, onde os condenados estavam sempre sob vigilância sem seu conhecimento, num modelo muito próximo do que se poderia chamar de controle social, mesmo que carcerário (TEDESCO, 2007, p. 164).

A filosofia benthamiana é utilitarista em todos os seus aspectos. Em sua obra *Introdução aos princípios da moral e da legislação*, Bentham se empenha para dizer que a natureza criou a espécie humana sob a égide de dois senhores soberanos, a dor e o prazer, somente a esses, cabendo apontar o que e como se deve agir. Esse trono, por sua vez, conserva dois institutos importantes presos a si, que são o padrão do certo e do errado, assim como a cadeia de causas e efeitos (RUDÁ, 2018, p. 331). Nesse sentido, Morris aprofunda:

> Esses dois institutos são os responsáveis pela gerência de tudo o que

> fazemos e dizemos, até sobre tudo o que pensamos. Essas são as bases do princípio da utilidade, mas o que é o princípio da utilidade? Primeiro, é importante mencionar o que Bentham entende por utilidade. Segundo ele, por utilidade, entende-se a propriedade de qualquer objeto, pelo qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade ou impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse possa estar sendo considerado. De outra sorte, por princípio de utilidade, Bentham entende ser o que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse possa estar em questão. (RUDÁ, 2018, p. 331).

Os trabalhos dos autos no campo da pena são notórios. Bentham pede que não se faça confusão e estabelece que se tenha a palavra *pena* como castigo. Assim, enquanto castigo, aduz que, “no sentido mais vulgar”, trata-se de “impor um mal a uma pessoa com intenção direta relativamente ao mal, em razão direta de alguma ação, que parece que se fez, ou que se deixou fazer” (BENTHAM, 2007, p. 15). Essa ideia aponta, naturalmente, a necessidade de se entender a distinção entre pena simples ou simples castigo da pena legal.

Ainda sobre o castigo, Bentham justifica sua necessidade, aduzindo que o delinquente é o inimigo público (BENTHAM, 2007, p. 15). Entretanto, a grande questão que paira é: se são inimigos públicos, inclusive do Estado, o que se deve fazer com eles? Como se deve tratá-los, para que deixem o mundo ou estado de natureza (ou selvageria) e passem a fazer parte de um convívio civilizado, afastando-se do cometimento do mal? Bentham responde com as seguintes palavras:

> No estado selvagem, ou no estado de natureza, o poder de castigar se situa em cada um dos indivíduos muito a sabor de seu alívio, ou de suas forças pessoais. Portanto, à medida que os povos vão civilizando-se, vão deixando nas mãos do governo uma parte do exercício deste poder. Assim como o passo com que as nações caminham para seu atraso e anarquia, é logo assinalado pelo esforço que vai fazendo o povo para apoderar-se deste Direito. (BENTHAM, 2007, p. 17-18).

Noutro sentido, a relação utilitarista entre pena e delito pode ser extraída dos estudos do autor, quando aponta a diferença entre ambos. Afirma que a diferença entre as penas e os delitos não reside em sua natureza (que é e pode ser a mesma), mas no fato de que, enquanto os delitos são ilegítimos e proibidos, as penas emanam da lei.

Parte importante de sua obra vai tratar da recompensa, considerada por Bentham como matéria do bem, concedida para um serviço, e sua noção compreende, necessariamente, a noção de serviço, que, por sua vez, trata-se de algum bem, real

ou fictício, fato para a parte que reputa tê-lo recebido. Além disso, o fundamento da recompensa é composto por quatro institutos: matéria da riqueza, honra, autoridade e exceções, institutos esses que, após conceituar cada um, o autor utiliza-os para construir sua tese sobre as recompensas no Direito Penal (BENTHAM, 2007, p. 9-10 e 41).

Outro influente pensador na fase antropológica naturalista do positivismo, como já mencionado, é Cesare Lombroso, nascido em Verona, no dia seis de novembro de 1835, o qual terminou sua vida em Turim, no dia 19 de outubro de 1909. Filho de família hebreia, estudou em Pádua, Pavia e Viena, onde teve contato com o pensamento positivista. Concluiu seus estudos em Gênova, onde se doutorou em Medicina, no ano de 1858. No exército, começou a estudar o mal da pelagra (RUDÁ, 2018, p. 333).

> Como oficial-médico do exército, fez publicar uma importante obra sobre os ferimentos das armas de fogo, com a qual alcançou bom reconhecimento. De regresso a Pavia, começa a dar aulas de psiquiatria, ocasião em que se volta para os estudos de antropologia, sob a influência de Moleschott, filósofo holandês. Seus estudos sobre a psiquiatria lhe deram grande conhecimento e preparo, até que, em 1876, publica a primeira edição de “O homem delinquente”. Mais tarde, tendo a companhia de Guglielmo Ferrero, Lombroso, foi um cientista, mas, sobretudo, um homem genial e de uma grande inquietude intelectual. (ZAFFARONI, 2006, p. 200).

Com sua concepção antropológico-criminal, fundada no estudo orgânico e sociológico do delinquente, Lombroso sustentou a existência do delinquente nato (NUÑEZ, 1999, 49). E em razão de suas ideias e maneira dinâmica de ser, colheu bons frutos, mas também maus, e seu legado transcendeu as fronteiras da Itália e da França, sendo paradigmático para as ciências penais. Uma das grandes lições de seus estudos é a mudança de foco que realiza, pela qual seus olhos deixam o crime para se concentrarem enfaticamente no criminoso, como objeto de estudo. Ao longo de seus 64 anos de vida, produziu uma vasta obra científica, o que lhe proporcionou conquistar um lugar especial na história do Direito Penal.

> Dois temas intrigantes acompanham a obra de Lombroso: é o primeiro ligado à originalidade de algumas ideias e o segundo ao pioneirismo de seus estudos. Dois nomes se encontram bem próximos de Lombroso. O primeiro é o alemão Franz Josef Gall, nascido em 1751, médico anatomista e cientista do cérebro que, desde seus estudos, concluiu dentre outras coisas que o crânio somente se derivava de sua afirmação de que este recobria cuidadosamente as partes do cérebro, adaptando-se a suas formas, pelo que, mediante seu estudo se podia detectar que partes do cérebro estavam mais

> ou menos desenvolvidas no indivíduo. O segundo foi Ernst Heckel, nascido em 1834, zoólogo da Universidade de Jena que, sob uma ótica monista materialista, pretendeu explicar o dever ser cósmica como um ininterrupto desenvolvimento, desde as formas de existência mais baixas e embrionárias às mais altas e complexas. Pode-se dizer que seus estudos hoje em dia, como antes, são desprovidos de qualquer amparo científico, mas lhe serviu de contraponto às ideias de Darwin, fazendo uma aplicação metafísica do princípio darwiniano da seleção natural e com base nisto, pretendeu fundamentar a evolução cósmica. (RUDÁ, 2018, p. 334).

A produção intelectual de Lombroso pode ser facilmente dividida em três fases. A primeira é aquela em que o autor lança ao mundo a obra *O homem delinquente*, onde defende a existência de um delinquente nato, como a causa da criminalidade, ideia essa, como se percebe, genuinamente naturalista, e que vai caracterizar todo o trabalho do autor nessa fase. Apesar de todas as críticas que recebeu, logrou êxito em mostrar a necessidade de se encarar a questão da criminalidade sob o foco científico, aproveitando o ensejo da sistematização anunciada pela Escola Cartográfica e seus primeiros censos. Ainda, o fato de ser médico corroborou muito para o sucesso de seus estudos.

A ideia de uma ciência antropológica criminal não é restrita a Lombroso, mas seu mérito se deve à realização de uma sistematização mais bem acabada e seu maior aprofundamento científico (FERRI, 1996, p. 60). Apesar da excelência dos seus estudos e pesquisas, não se pode olvidar que, antes do autor, houve quem se dedicasse à ideia de um modelo peculiar de espécie humana, detentora de características físicas que indubitavelmente convertiam-no num tipo predefinido de delinquente.

Segundo Rudá (2018, p. 335-336), dentre os estudiosos dessa vertente, pode-se citar, como antecessores mais remotos de Lombroso, Platão e Hipócrates, e os mais recentes, Lauvergue e Despine, na França, Marel, na Bélgica, Prichard, Nicholson e Thomson. À época, o próprio autor chega a citar os que lhe são contemporâneos e que também buscavam uma compreensão antropológica sobre a questão criminal, como Virghow, na Alemanha, Broga, na França, e Davis, na Inglaterra (RUDÁ, 2018, p. 335-336).

> O delinquente é, de acordo com esta concepção, uma especial variedade, um genuíno tipo antropológico do homem, uma peculiar *species generis humani*. Esta índole específica reconhecível exterior e corporalmente, faz de seu portador, com necessidade natural indeclinável, um delinquente, ainda que não manifesto. A natureza cria o delinquente, mas somente a sociedade lhe fornece as condições necessárias para cometer delitos (MEZGER, 1950, p.

20).

A concepção de Lombroso sobre o delinquente nato pode ser melhor notada ao tratar da exposição da fisionomia do delinquente comum, baseando-se na fisionomia de criminosos famosos. Nesse sentido:

> A fisionomia dos famosos delinquentes reproduzia quase todos os caracteres do homem criminoso: mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, ausência de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo fácil baixo. Em nossas tabelas fotolitográficas do álbum germânico observa-se-á que 4 entre 6 dos dementes morais têm verdadeiro tipo criminal. Menores são talvez as anomalias no crânio e na fisionomia dos idiotas, em confronto com os criminosos, o que se explicaria pelo maior número de dementes morais, ao menos no manicômio, surgidas na idade tardia, motivada pelo tipo, etc. Para estes, a fisionomia não teve tempo para tomar característica sinistramente, como nos réus natos. Eles frequentemente acompanham essas deformidades que são próprias nas paradas de desenvolvimento, ou da degeneração: e tais eram exatamente as loucuras cuidadas por Salemi-Pace e Bonvecchiato. (LOMBROSO, 2007, p. 197).

A segunda fase do referido autor é marcada por sua mudança de postura em relação a seus estudos, em virtude da quantidade de críticas que recebeu em tão pouco tempo. Surge, assim, a ideia de homem atávico como o principal causador da criminalidade. O fundamento de seus estudos foi a elaborada sistematização que fez nas anomalias anatômicas e psicológicas. A ideia de crime foi alçada ao mesmo nível de formas primárias da humanidade, ou seja, a um período pré-humano, totalmente desprovido de racionalidade. Nesse grupo de seres humanos, Lombroso coloca os epilépticos, mas sempre procurando justificar suas conclusões ante as críticas que surgiam (ZAFFARONI, 2006, p. 199).

A terceira e última fase de seu pensamento é marcada pelo reconhecimento da existência do delinquente ocasional, ao qual vai chamar de louco moral. Essa ideia, longe de ser original, foi importada dos trabalhos de Pritchard ligados ao conceito de personalidade psicopática. Desde a admissão dessa caracterização do delinquente de ímpeto, Lombroso vai elaborar um grande número de classificações de delinquentes, que serão, em grande medida, o pontapé para as tipologias criminais modernas (ZAFFARONI, 2006, p. 199).

Em que pese o grande número de críticas que recebeu sobre seu ultrapassado determinismo biológico, o autor ainda se dedicou, ao lado de Guglielmo Ferrero[7], ao

[7] Historiador, jornalista e romancista italiano, casado com Gina, filha de Lombroso, que se dedicou, dentre outras coisas, a escrever sobre o liberalismo (RUDÁ, 2018, p. 336).

estudo, nas mesmas proporções, da problemática da delinquência feminina, onde concluiu aberrações como a de que a mulher, tanto física como intelectualmente, é inferior ao homem, e que a prostituição seria um equivalente do delito na mulher (ZAFFARONI, 2006, p. 199-200).

A concepção de tipo antropológico de Lombroso foi rebatida e também aceita em diversos meios acadêmicos, mas o número maior é de descontentes e intransigentes críticos.

> Se os modernos estudos de endocrinologia e biotipologia vieram confirmar a existência de certa correlação entre físico e psíquico, entre certas tendências e extravios do comportamento e determinadas condições morfológicas, demonstraram ao mesmo tempo a complexidade do fenômeno e a impossibilidade de atingir-se uma fórmula semelhante à pretendida por Lombroso. (ZAFFARONI, 2006, p. 200).

Já para o segundo, em que pese as deficiências apresentadas nas primeiras edições da obra de Lombroso (*O homem delinquente*), o exclusivismo antropológico da primeira foi superado, com a consideração de outras condições criminológicas, razão pela qual, segundo ele, é o livro mais orgânico e completo de Sociologia Criminal (ZAFFARONI, 2006, p. 200). Segundo Rudá:

> Essa superação a que se referiram os autores acima pode ser verificada também nas críticas de Ferri, onde é possível notar-se clara tendência de observações dos aspectos sociais como causa da criminalidade e consequente formação do delinquente. Assim, não é exagero afirmar que Lombroso, ao passo que atualizava sua obra, O homem delinquente, também incorporava resultados de suas ponderações advindas das críticas, como a de que dava lugar à influência dos fatores sociais e ambientais em dita formação do homem delinquente. Entretanto, esses aspectos já fazem parte da espinha dorsal da obra de Ferri. (RUDÁ, 2018, p. 338).

Enrico Ferri, nascido na província de Mantua, em 25 de fevereiro de 1856, oriundo de Bnetto-PO, logo foi influenciado pelo filosofo positivista italiano Roberto Ardigò (1828-1920), que foi seu mestre positivista, muito embora tenha também recebido influência da Escola Clássica, por meio de aulas do professor Pietro Ellero (1833-1933). Ferri foi político e jurista italiano, vindo da Universidade de Bolonha, seus estudos superiores, mas também estudou junto a Carrara, um expoente da Escola Clássica (RUDÁ, 2018, p. 339).

Contudo, de todos os influenciadores, o mais forte foi, sem dúvidas, Lombroso, depois de publicar sua tese de doutorado, em 1877, sob o título *Teoria dell'imputabilità*

e negazione del libero albedrío. Nessa obra, já se verifica a grande influência positivista recebida por Ferri, que o faz se incorporar ao grupo formado por Lombroso-Garofalo, formando, assim, a famosa tríade positivista. Destacou-se como o mais preparado orador e defensor do positivismo, tendo se notabilizado pela eloquência de seus discursos e qualidade de sua oratória (ZAFFARONI, 2006, p. 210).

Suas relações interpessoais, assim como de seus companheiros de escola, Lombroso e Garofalo, não foram as melhores, bastando recordar que, não raramente, ridicularizavam Lombroso e suas pretensões e atitudes de medir crânios para sustentar sua teoria positivista criminal, mas viriam a fazer o mesmo poucos anos depois. A par desses enfrentamentos ideológicos, Ferri fez publicar uma revisão à obra de Lombroso, intitulada *Studi Critici su L'uomo delinquente del professore C. Lombroso* (RUDÁ, 2018, p. 337).

O ano de 1882 foi um ano muito interessante para Ferri, pois, além de aceitar uma cátedra na Universidade de Siena, percebe-se que se conecta com pensamentos de matiz eminentemente social, quando chega à conclusão de que o *jus puniendi* é uma função social, ocasião em que escreve *A Escola Positiva de Direito Penal, propriedade coletiva e luta de classes, Socialismo e criminalidade*, dentre outras obras. Além disto, suas principais obras foram *Sociologia Criminal* e *Princípios de Direito Criminal*, de que se podem extrair importantes contribuições às ciências penais (ZAFFARONI, 2006, p. 208).

Importante para Ferri e para a Escola Positiva foi também o ano de 1885, quando logrou proferir uma conferência, no dia nove de março de 1885, onde, dentre outras ideias, defendeu, de forma ímpar, a Escola Positiva, inclusive, frente à Escola Clássica, pelo que obteve reconhecimento, mas não economizava críticas. Após uma vida repleta de dinamismo invejável, faleceu em 12 de abril de 1929, deixando um legado significativo em matéria de Sociologia Criminal e Criminologia (RUDÁ, 2018, p. 339).

Eugenio Florian, discípulo e amigo de Ferri, após a morte deste, dedicou-lhe as seguintes palavras:

> Enrico Ferri desapareceu de repente. O desastre nos mergulhou em luto, dilacerando nossos corações de amigos e discípulos. A revista, da qual Ele era a mais radiante autoridade e ornamento, lamenta a sua perda, e com profunda devoção e afeto inextinguível me lembra uma saudação reverente, que não é adeus, mas de nova e perene comunhão espiritual. A luz, que irradiava dele na vida, continuará a iluminar nosso caminho, excitação e

> orientação. (FLORIAN, 1941, p. 49).

Desde seus primeiros trabalhos, Ferri tratou de receber as influências deixadas pelos pensadores do positivismo, ou melhor, por Auguste Comte, mas de uma maneira diferente dos demais, principalmente, Lombroso. Apesar de não ter incorporado a totalidade da filosofia positivista, interpretou-a e a utilizou juridicamente. O que o fez diferente, além de retirar, da nova ciência, todo o aspecto religioso, tão comum em Comte, foi o fato de se pautar pelo ramo dos fatos sociais, o que lhe fez propor, por questão de necessidade, o tratamento da ciência jurídica pela sociológica. Assim, o Direito Penal deixava de ser uma ciência jurídica, para se converter num capítulo da Sociologia, como aduz, Zaffaroni (2006, p. 210). De outra sorte, para Ferri, citado por Zaffaroni:

> Aqueles que pretendem a autonomia de Direito Penal e fazem da dogmática jurídica, esquecem completamente e jamais utilizam os dados biossociológicos sobre delitos e delinquentes, porque não se decidem a estudar, também juridicamente, delitos e penas, mas com métodos e não somente abstrações lógicas. (FERRI, 1941, apud ZAFFARONI, 2006, p. 210).

Essa proposta de substitutivos penais é, sem dúvidas, a contribuição de maior relevância, nesse aspecto, conferida por Ferri, de acordo com Zaffaroni (2006). Seguindo sua tendência mais concentrada às políticas criminais, o autor, baseado, em sua teoria da criminalidade, propõe a aplicação de um estudo etiológico do crime baseado na busca científica de suas causas, em substituição à ideia lombrosiana exposta em sua teoria da gênese da criminalidade, cuja estrutura era confiada à constatação fática, a partir de caracteres físicos.

A essência da proposta de Ferri pode ser mantida, o que a torna diferente das demais teses, pois, enquanto alguns propunham um fato criminoso baseado em aspectos exclusivamente biológicos ou sociais, e, por vezes, até mesmo funcionais, Ferri aduz que o crime “é produto de uma anomalia biológica, física e social, o que fez de seu sociologismo um modelo moderado e integrador” (FERRI, 1941, apud ZAFFARONI, 2006, p. 210). Segundo Nuñez:

> Por sua vez, Enrico Ferriz, é empenhado a estudar a gênese natural do delito no delinquente e em seu ambiente, indicou que o delito teria como causas, fatores individuais (orgânicos e psíquicos), fatores físicos (ambiente telúrico) e fatores sociais (ambiente social), os quais influindo de maneira distinta em cada indivíduo determinam a classificação dos delinquentes (natos, loucos, habituais, ocasionais e passionais). Esta classificação devia constituir a

sustentação do novo edifício da justiça criminal. (NUÑEZ, 1999, p. 49).

Entretanto, é muito importante trazer aqui o inteligente resumo que Aníbal Bruno faz sobre Ferri, segundo o qual, havendo contestado, desde sua tese de doutoramento, o livre arbítrio como fundamento da imputabilidade, substituiu a responsabilidade moral pela responsabilidade social, concluindo que todo homem é sempre responsável por toda ação antijurídica que pratica, somente porque vive em sociedade. A razão e fundamento da reação punitiva é a defesa social, que se promove mais eficazmente pela prevenção, do que pela repressão dos criminosos. Sugeriu, então, o que chamou de substitutivos penais, isto é, certas medidas tendentes a modificarem as condições do meio, sobretudo, sociais e econômicas, de evidente ação criminógena. O fim da medida penal é também a prevenção de crimes, visando a pena, que deve ser indeterminada e ajustada à natureza do delinquente; não para puni-lo, mas para reajustá-lo às condições de conveniência social (BRUNO, 1976, p. 116).

Importante, ainda, se debruçar sobre o mais brilhante aluno de Cesare Lombroso, o italiano Raffaele Garofalo, muito importante jurista para seu tempo, nascido em 18 de novembro de 1851 e falecido em 18 de abril de 1934. Sua imagem e biografia estão conectadas ao ramo jurídico do positivismo, mas as implicações de suas ideias transcenderam o campo penal, criminológico e filosófico, abrigando-se em concepções que foram forjadas para justificar os ideais nacionais socialistas de Helmut Nicolai, um dos pais dessa ramificação. Assim como Ferri, Garofalo tratou de rechaçar a teoria do livre arbítrio, pregando, dentre outras ideias, que o crime somente poderia ser compreendido por meio de estudos e do emprego de métodos científicos. Referido autor dava claro sinais de que representaria uma das pontas mais lúcidas do positivismo da época, precocemente, incorporando-se à Escola Positiva, tendo sido apresentado a Lombroso por Ferri (FERRI, 1996, p. 50), selando assim, a tríade positivista.

Diferentemente dos demais, Garofalo era um nobre aristocrata que ostentava, com especial orgulho, seu título de barão. Sua obra importante foi *Criminologia*, publicada primeiramente em 1885, e que lhe rendeu grande prestígio e notoriedade, considerada a maior contribuição às ciências penais.

Garofalo representa um jusnaturalismo pragmático, conhecido por rechaçar conteúdos metafísicos, ocupando lugar de grande relevância na Escola Positivista,

não somente por se distanciar de seus dois contemporâneos, Lombroso e Ferri, mas pela profundidade de suas ideias mais conectadas aos aspectos jurídicos do positivismo. Em um primeiro momento, lança a ideia de *inimigos naturais* ou *inimigos do Estado* (embrião de uma face muito perigosa do mal que se desenvolveu posteriormente), focando sua atenção sobre os delinquentes, e não sobre os delitos. Também em relação ao livre arbítrio, rechaça a aplicação na ciência penal, caindo assim, na teoria da *dupla verdade*. Seguem abaixo, algumas características de seu pensamento (RUDÁ, 2018, p. 341):

a) propõe a fixação do delito natural, conceituando-o como a violação dos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e probidade, na média de ações nocivas à coletividade. Vale ressaltar que esse conceito não gozou de aceitação na comunidade positivista, mas serviu de ponto de partida para várias construções de outros pensadores (BRUNO, 1976, p. 117);
b) não goza de unanimidade, sequer, entre seus companheiros de escola, pois diverge desses em diversos aspectos, como a concepção antropológica de Lombroso, ancorada na ideia de atavismo ou do epiléptico, como explicação para o delinquente nato, bem como do idealismo sociológico de Ferri. Também são divergentes, as ideias filosóficas, políticas e político-criminais, sendo, nesta, defensor da pena de morte;
c) fazendo uso de seu determinismo moderado, define alguns institutos básicos de seus pensamentos, como a filosofia do castigo, o fundamento dos fins das penas e das medidas da prevenção e repressão da criminalidade. Para levar a cabo esse pensamento, o autor toma por base a concepção darwiniana de seleção natural e cunha o termo *seleção social*. Acreditava que, assim como a natureza elimina as espécies que não se adaptam ao meio, também, a sociedade (Estado) deveria eliminar o delinquente que não se adapta a ela e suas exigências de convivência. Sua sugestão para esse problema é a pena capital, e a pena de morte deveria ser aplicada em casos que tratem de criminosos violentos, ladrões profissionais e criminosos habituais (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 97);
d) ao defender quatro classes de infratores, rechaça o modelo positivista de então, uma vez que se concentra no fator moral para classificar os delinquentes. Conforme o autor, existem os assassinos, os delinquentes violentos, os ladrões e os criminosos lascivos;

e) por derradeiro, reforçando o positivismo, propugna por um modelo de pena que prima pela defesa da sociedade contra a criminalidade, potencializando ao máximo a ideia de prevenção especial.

Em que pese os pontos positivos do pensamento de Garofalo, não se pode olvidar que esses mesmos pensamentos, ancorados por um determinismo e objetivismo valorativo ao extremo, descambou numa espécie de materialismo evolucionista, que conduziu a sociedade a seus extremos mais nefastos. Exemplo disso, foi o projeto que Helmut Nicolai fez dessas ideias, instrumentalizando-as e adotando-as para objetivos políticos que transcenderam sua época e levaram a uma ideia paralela, a da *superioridade racial*, aproveitada pelos nazistas

De acordo com Zaffaroni (2006, p. 219), todo o pensamento de Garofalo se resume na concepção de que a sociedade é um organismo que está determinado a se defender de suas células cancerosas, eliminando-as ou reeducando-as. Quando isso não é possível, é preciso matá-las, porque não há sentido em manter o selvagem degenerando-se, cego aos valores que Garofalo descobre com seu método *empírico*.

4.6 A luta de escolas – Antropologia e Filosofia

Como já mencionado, de acordo com Zaffaroni, Ferri foi um divisor de águas no Direito Penal, entre o positivismo e o pensamento denominado clássico, iniciado por Beccaria. Estabeleceu um paradigma em sentido contrário, diante da ausência de naturalidade com que os paradigmas podem se opor à história. Criou artificialmente um marco histórico em matéria de Direito Penal, colocando tudo o que havia, então, dentro de um conteúdo chamado *Escola Clássica*.

Zaffaroni (2006, p. 223) alerta para o fato de que, se observar-se qual foi a razão que moveu Ferri a colocar tão heterogêneo conjunto de pensamentos anteriores sob um rótulo comum, seria injusto atribuir tudo exclusivamente à megalomania e ao delírio. Havia uma base certa - não definida expressamente por Ferri, que não chegava a captá-la -, que estava além dos caracteres comuns, que acreditava achar nesse conjunto diverso de pensamentos penais anteriores ao advento do positivismo. A verdade é que, com a expressão *Escola Clássica*, Ferri não designou qualquer sistema penal, mas a totalidade da Antropologia Filosófica. Sobre essa expressão, Zaffaroni ainda afirma:

> Foi a expressão com que os partidários de uma antropologia biológica designaram os partidários de qualquer antropologia filosófica, é dizer, a todos os que creem que o homem seja somente um animal da escala zoológica [...]. O que ficou foi a luta entre aqueles que concebiam o Direito Penal sobre uma imagem biológica do homem e os que concebiam considerando que existia algo que assinala no homem uma certa dignidade maior que a indicada por somente seu nível de complexidade biológica. (ZAFFARONI, 2006, p. 223).

Após a contraposição entre *positivistas* e *clássicos,* teve início o surgimento de diversos grupos de penalistas, não somente na Itália, mas na França, Espanha e Alemanha, cujo objetivo era encontrar um equilíbrio, um meio-termo entre as duas escolas penais, mais precisamente, em relação à essência filosófica de cada uma. Gradativamente, cada grupo terminava por se converter em uma *escola*, defendendo, assim, sua posição, valorizando aquilo que acreditava estar correto e depreciando aquilo que considerava contrário a seus pensamentos. Essas lutas de escolas eram, então, lutas político-ideológicas e se sustentavam sobre bases filosóficas distintas, o que gerava muitas críticas, inclusive, o fato de cada grupo de pensadores e penalistas autodenominarem-se como uma escola (ZAFFARONI, 2006, p. 224).

4.7 A Escola de Lyon

De vertente positivista francesa, também conhecida como *Escola do meio*, a escola sociológica francesa abrigou um grande número de opositores das ideias positivistas em relação à pessoa do criminoso e sua consequente relação com o crime. Sua composição era particularmente por médicos, e não juristas ou sociólogos, como era de se esperar. A principal ideia da Escola de Lyon foi lançada anos antes, por nomes como J.J. Laarck, E. Geoffroy, St Hilairee L. Pasteur, segundo a qual, o meio ambiente era responsável pelas más formações das espécies, e o meio social era responsável pelas práticas delituosas, de modo que os delitos tinham causas sociais (BONGER, 1963, p. 137). Pensar o positivismo no final do século XIX significava praticamente o surgimento lombrosiano, com suas concepções do atavismo, do criminoso nato e assim por diante.

O Congresso Internacional de Antropologia foi criado a partir de 1885, em Roma, proporcionando um dos mais altos níveis intelectuais de discussão. O médico Alexandre Lacassagne, na companhia de G. Tarde, fundou, em 1886, a revista *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, grande difusora das ideias da escola. Mesmo tendo mais de um representante, todos bebiam na mesma

fonte, ou seja, na mesma tese, que se resumia na ideia de que o criminoso, assim, como o micróbio ou o vírus, era inócuo, até que se encontrasse o meio adequado para sua germinação e reprodução. A diferença era que o meio do homem era o social, que, à menor oportunidade, levava a cabo uma prática delituosa, de modo que o homem era, pois, vítima do próprio meio social (BONGER, 1963, p. 138).

4.7.1 Alexandre Lacassagne

Alexandre Lacassagne nasceu no dia 17 de outubro de 1843 e morreu em 24 de setembro de 1924. Foi biólogo e médico, inclusive, professor de Medicina Legal, cuja especialidade era o que se pode chamar hoje de Medicina Forense. Sua obra mais importante é *Précis de Médecine Judiciaire*, publicada pela primeira vez em Paris, Masson, em 1878. Ocorre que, na condição de médico forense, esteve presente ativamente nos Congressos Internacionais de Antropologia Criminal, tendo começado pelo realizado em Roma, em 1885, onde referido autor surgiu ao mundo como grande opositor das ideias dos positivistas, principalmente, Lombroso, aduzindo, sobretudo, que importante, era o meio social (RUDÁ, 2018, p. 361).

Lacassagne não publicou muitas obras de Criminologia, mas seus trabalhos tiveram grande alcance da comunidade científica, razão pela qual sua presença era garantida na maioria dos Congressos Internacionais de Criminologia, e suas frases de efeito eram sempre marcantes e significativas (RUDÁ, 2018, p. 361).

A marca da ideia geral de seu pensamento é a frase que repetia: “o ambiente social é o meio em que se cultiva a delinquência; o micróbio é o elemento delituoso que carece de importância até o dia em que encontra o cultivo favorável à sua multiplicação”. Certamente, o delinquente, com suas características, inclusive, antropométricas, somente tem uma importância muito secundária, e todas essas características se podem encontrar em gentes absolutamente honestas. Ademais, conforme afirma, “as sociedades têm os delinquentes que merecem” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 507).

Vale recobrar que, na época dos clássicos, defendia-se o dogma do livre arbítrio, segundo o qual, o crime era considerado como produto de um ato de extrema liberdade do indivíduo, e o delito em si era explicado por fatores ocasionais ou situacionais. Entretanto, de qualquer forma, tratava-se no meio ambiente social e nas circunstâncias sociais que haviam levado o indivíduo à prática de crime. Não obstante,

o que a Escola de Lyon fez foi aprofundar, segundo leciona, García-Pablos de Molina (2009, p. 509), “um fundo patológico ou estado mórbido individual no homem delinquente, se bem atribuiu ao mesmo uma característica etiológica muito secundária, predisposição, em comparação com a relevância do meio social”.

4.7.2 Jean-Gabriel de Tarde

Jean-Gabriel de Tarde nasceu em Sarlat, no dia 12 de março de 1843, e findou sua vida em Paris, no dia 12 de maio de 1904. Tem origem aristocrática e foi jurista, psicólogo e sociólogo, que, em curto período de tempo, conquistou estrutura técnica e científica para defender e enfrentar seus posicionamentos contra os positivistas. Depois de ingressar na Escola Politécnica, onde tentou desenvolver vasto sistema filosófico em torno das ciências, tarde, por questões de saúde, foi compelido a retomar sua vida acadêmica, o que fez a partir do curso de Direito. No ramo jurídico, exerceu diversos cargos, incluindo o de magistrado, por quinze anos, até quando designado ministro da Justiça francesa, nomeado diretor da Oficina de Estatística Criminal. A gama de informações a que teve acesso lhe serviu de base para fundamentar seus escritos e suas teses criminológicas, e publicou diversos trabalhos voltados à área da Criminologia, inclusive, em revista científica especializada, em parceria com Lacassagne, e outras mais renomadas (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 510).

Em que pese ter gozado de saudáveis relações políticas e jurídicas, seu magistério não foi de todo tranquilo, tendo sido impedido de exercer sua atividade como professor do modo que queria, em virtude de sua animosidade contra Durkheim, que, sem preocupações éticas, fechara-lhe as portas acadêmicas das universidades, obtendo lugar na Academia de Ciências Morais e Políticas. Não obstante, ocupa um lugar de grande relevância na história da Criminologia, dentre outras razões, pelos embates travados contra os positivistas, pois, apesar de sua estreita relação de amizade com Ferri, disparou ferrenhas críticas ao positivismo criminológico e, principalmente, contra o positivismo antropológico de Lombroso, não se restringindo à Itália, mas alcançando toda a Europa (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 510-511).

Muitas, foram suas contribuições, valendo destacar algumas, como *Leis da Imitação*, certamente sua principal obra, e *Les Lois L`imitation*, de 1890, ocasião em que defende a ideia de que a delinquência não é um fenômeno antropológico, mas

social, governado pela imitação, igualmente ao que acontece com outros fatos sociais (BONGER, 1963, p. 139). Autores como Bonger não negam a importância da imitação na composição delituosa, mas aduzem que Tarde não pôde evitar um ar de exagero:

> Comparar, como Tarde faz, os vagabundos de nossos dias aos trovadores errantes dos tempos medievais, é cair no ridículo. A imitação pode explicar porque se estende um fenômeno social que já existe ou porque se mantém durante um longo período, mas é incapaz, sem dúvida, de jogar luz à causa que deu origem a dito fenômeno (BONGER, 1963, p. 140).

A estrutura preparada por Tarde se encontra assentada de tal forma que pode ser chamada de teoria sociológica e, nesse sentido, encontra-se ancorada em conceitos como o da invenção e da imitação. Para o autor, a invenção é um ponto de partida para o progresso e guarda uma estreita relação com a estratificação social e as diferenças nacionais, enquanto a imitação é apresentada com alto grau de complexidade, mas possível de se compreender. Afirma que há duas modalidades de imitação, uma lógica e outra extralógica, de modo que a primeira se conecta mais a aspectos racionais, ou seja, a tendência a imitar algo é diretamente proporcional ao nível tecnológico do achismo em coerência com o da sociedade adotada de seu tempo, e a segunda é independente do valor objetivo da novidade adotada e segue suas leis próprias (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 512).

Sintética pontuação do pensamento do autor em relação direta com sua teoria proposta nas leis da imitação pode ser colocada da seguinte forma:

a) os fatos relevantes da vida são levados a cabo por meio do exemplo;
b) o crime nasce como moda e se converte em costume ou hábito por meio de imitação;
c) um grupo social não é mais do que um conjunto de seres que se imitam, uns aos outros; e
d) por tudo, o crime não é original, mas produto de imitação, com seus próprios regulamentos.

Importa, ainda, comentar sobre a teoria psicossocial da criminalidade, cujo ponto de partida do autor é a negação da tese lombrosiana do delinquente nato. Com esse rechaço, aduz que o criminoso não nasce criminoso, mas aprende a sê-lo, por meio da própria sociedade e sua pedagogia social ou magistério social. Sendo assim, para Tarde, todos são culpados, exceto o delinquente. E em que pese atribuir a criação da criminalidade e do criminoso ao meio social, o autor não deixa de

considerar o livre arbítrio, o que, em certa medida, distanciava-o dos positivistas. Suas teses têm como pontos centrais: a) os fatores que condicionam as carreiras criminais são a opção individual, o livre arbítrio e o meio social; b) o delinquente é um profissional que aprende seu ofício; e c) o submundo criminoso e as prisões assinalam o início das carreiras delitivas (RUDÁ, 2018, p. 368).

O autor observou também um fenômeno, a exemplo de outros sociólogos, que está diretamente conectado ao desenvolvimento industrial e ao consequente aumento populacional, o que provocou a inflação da população urbana em detrimento rural (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 516). Com referido fenômeno, os fatores sociais foram naturalmente ganhando terreno e mudando a face das cidades, fazendo surgirem outros fenômenos, inclusive, em matéria penal (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 515).

Tarde se baseou no fenômeno do aumento populacional como aumento da criminalidade, expondo cinco fatores (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 552) para esse incremento:

a) a quebra da moral tradicional, baseada no sistema ético do cristianismo;
b) o desenvolvimento nas classes média e baixa de um desenho de progresso e bem-estar, determinantes de uma alta mobilidade social e geográfica, com o correlativo das classes tradicionais e grupos primários;
c) o êxodo do campo à cidade, que desequilibra o mercado do trabalho ao não poder dar resposta à oferta ao desmedido e acelerado incremento da demanda do trabalho;
d) a formação de subculturas desviadas, com o correlativo desmoronamento do monolitismo social e axiológico; e
e) a inseguridade das classes sociais privilegiadas, de elite, que perdem sua capacidade diretiva e deixam de servir como modelo de conduta.

Considerando os posicionamentos, tanto dos clássicos quanto dos positivistas, mencionado autor surge com uma ideia original que vai destoar do pensamento das duas vertentes de autores. Acredita que o processo penal deveria pautar-se, quanto à pena, da seguinte maneira: deveria ser formado um comitê de experts, como médicos e psicólogos, para decidir, no marco da administração penal, sobre a responsabilidade do indivíduo. Nesse sentido, as penas impostas não deveriam orientar-se somente pela classe e gravidade do delito cometido, mas também pelas características do apenado (a exemplo de se tratar de um delinquente rural ou

urbano). De outra sorte, se o delinquente é um profissional, a criminalidade deveria ser, então, uma indústria especial exercida por determinada classe de indivíduos que produzem delitos de acordo com as leis gerais do mercado (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 516).

4.8 As Escolas Ecléticas

O Direito Penal apresenta essa modalidade de escola, assim denominada escola filosófica, por procurar conciliar as doutrinas que lhe pareceram melhor, mesmo que procedentes de vários sistemas. Segundo Bruno:

> Buscavam uma conciliação entre as demais, ou iriam continuar o classicismo, aceitando, entretanto, o ponto de programa de combate do positivismo criminológico. Em ecletismo, em suma, a que se dirigiam alguns espíritos, ou por tendência natural a essas posições de meio-termo ou influenciados por outras razões (BRUNO, 1976, p. 123).

As escolas ecléticas representam exatamente isso, uma pretensão de pensadores diversos e detentores de ideias distintas, no sentido de conciliar e definir diretrizes sob a mesma égide, a partir das orientações dos clássicos e dos positivistas, tanto em matéria de Metodologia, como de Filosofia, Criminologia, Direito Penal, Política Criminal e tantas outras áreas do conhecimento.

É bem verdade que não conseguiram êxito em todas as suas ambições, como também não foram capazes de serem notados no meio acadêmico em tão elevado patamar, pois não convenceram neoclássicos, como Donnedieu de Vabres (1880-1952), nem Ferri, por parte dos positivistas, que chegou a aduzir que os ecléticos não passavam de “meteoritos de curta duração” (RUDÁ, 2018, p. 373).

Não obstante, em que pese ainda ser um movimento desprovido de originalidade, ao menos como a das duas escolas em questão, os ecléticos são sempre citados pelos esforços de síntese que levaram a cabo. Fato é que as escolas ecléticas ficaram mais famosas por suas tentativas de conciliação, do que por qualquer outro grande movimento que tenham proporcionado (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 518).

Os pensadores podem ser divididos historicamente em cinco escolas penais, todas, obviamente, denominadas ecléticas. Os ecléticos sustentaram, como queria, a Escola Positivista, a necessidade das investigações de ordem antropológica e sociológica, inseparáveis da metodologia positivista (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,

2009, p. 518).

Entrementes, por outro giro, dissentindo dos positivistas, repeliram a concepção de criminalidade congênita e consideraram o delito juridicamente, prosseguindo na minuciosa elaboração dogmática empreendida com tanta maestria pelos clássicos. E, evidentemente, aprofundando o estudo do Direito Penal como ciência normativa, não poderiam dispensar o método dedutivo, que pressupõe regras das quais o raciocínio extrai as devidas consequências (RUDÁ, 2018, p. 374).

4.9 A Terceira Escola Positivista da Itália

A *Terza Scuola*, também denominada Escola do Positivismo Crítico, foi marcada por aglutinar uma série de autores de diferentes correntes de ideias, tornando-se heterogênea, mas, em um ponto, eram semelhantes: quanto ao empenho para difundir uma teoria unitária, como resultado dos postulados clássicos e positivistas. São seus principais postulados, segundo García-Pablos de Molina: a) o crime se apresentar como fenômeno individual e social; e b) a pena ter por finalidade a defesa social, mas que não perde seu caráter aflitivo e se distingue essencialmente da medida de segurança (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 519).

García-Pablos de Molina chega a citar Antón Oneca, trazendo outras modalidades de postulados da Terceira Escola:

> a) Nítida distinção entre disciplinas jurídicas, sendo que as primeiras necessitam de um método mágico-abstrato e dedutivo, e as segundas de um método experimental, causal, explicativo;
> b) Desde um ponto de vista etiológico, o delito se concebe como fato complexo de fatores tanto endógenos como exógenos;
> c) Rechaço da “tipologia positivista”, aceitando-se tão somente a existência de delinquentes “ocasionais, habituais e anormais”;
> d) Ciências jurídicas distintas: as “penas” e as “medidas” de segurança. A Terceira Escola se opõe, por isso, ao monismo da Escola Clássica (exclusivismo da pena retributiva) e ao monismo positivista (substituição da pena por medida);
> e) Filosoficamente, não opa pelo determinismo radical do positivismo nem pelo livre arbítrio absoluto do classicismo. Conserva a ideia da “responsabilidade moral”, como fundamento da pena, e a de “temibilidade” ou “periculosidade”. Compatível com aquela, que autoriza a imposição de medidas de segurança;
> f) A finalidade da pena não se esgota no castigo do culpável. Requer, também, sua correição e readaptação social, objetivo que transcende o mero afã prevencionista ou as metas defensistas e expiacionistas. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 520 e 210).

Seus principais representantes, nessa fase do desenvolvimento da Criminologia e da própria ciência do Direito Penal, tentaram deixar sua participação ou sua cota de ajuda na tentativa de obter uma teoria unitária, a partir das que estavam postas à época, mas somente alguns lograram êxito em se destacar, sendo os mais significativos Alimena, Carnevale e Impallomeni (RUDÁ, 2018, p. 375).

4.9.1 Bernardino Alimena

Barnardino Alimena foi jurista e político italiano, nascido em Cosenza, em dois de setembro de 1861, faleceu em 1915, na mesma cidade. Para o autor, a punibilidade resulta da manipulação dos atos do homem, aduzindo que “todos temos o sentimento da sanção, atuando a pena como coação psicológica. Logo, é imputável o indivíduo em condições de sentir essa coação psicológica” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 519).

É adepto a um positivismo crítico, desafiando Ferri, quem defendia que o mesmo deveria ser absorvido pela Sociologia, hipótese que não era possível para Alimena. Não obstante, aceita a ideia de que o dogmatismo penal deve ser completado por estudos de Sociologia, Estatística, Antropologia e Psicologia. Por fim, assim como os positivistas, nega o livre arbítrio, mas admite a distinção entre imputáveis e inimputáveis, segundo se tenha ou não aptidão para sentir a coação psíquica. Para Zaffaroni (2006, p. 228), são cotas do pensamento de Alimena:

a) a defesa social não exclui a recuperação do réu, quando ela é possível, ocasião em que a própria defesa se torna inútil;
b) a defesa social é a única capaz de estabelecer uma relação entre delito e pena;
c) a pena deveria ser necessária e suficiente, alcançando o máximo de defesa social com o mínimo de sofrimento individual;
d) toda a teoria da defesa social inclui a defesa do Estado, a defesa da sociedade e dos indivíduos que a conformam.

Suas ideias alcançavam longe quando o assunto era a origem da criminalidade, e, em que pese não desprezar totalmente a ideia antropológica de Lombroso, tendo em vista a influência da raça e da herança genética, reconhecia a vinculação possível entre as condições sociais e a criminalidade. Segundo seus próprios dizeres:

> Não é que não admitamos a influência da raça, da herança genética, do clima.

> Mas pensamos que o ambiente social tem uma importância cada vez maior e, com frequência, inclusive se oculta e age às escondidas. Assim, os efeitos ocasionados pela influência do clima e pelo suceder das estações, muitas vezes são reduzidos, se comparados com a falta de trabalho, com a escassez ou com a elevação dos preços dos alimentos, com a infertilidade do solo, ou tão somente pelo fato de que permanece mais tempo nas ruas ou pela grande demanda de trabalhadores (ALIMENA, 1910, p. 14).

4.9.2 Emanuele Carnevale

Emanuele Carnevale foi um dos mais fortes e contundentes militantes de uma nova ordem para o Direito Penal ao seu tempo, não apenas por sua ferrenha oposição ao positivismo de então, mas pelo caráter inovador de suas ideias e defesas, sendo suas principais ideias (ZAFFARONI, 2006, p. 229):

a) defendia maior autonomia do Direito Criminal em relação às outras ciências que não fossem jurídicas, como a Biologia (ZAFFARONI, 2006, p. 229);
b) o ato já realizado, para referido autor, não pode ser diferente, mas o ato a realizar-se é provável, sendo impossível sua predicação, com o que se aproximava bastante do livre arbítrio (ZAFFARONI, 2006, p. 229);
c) ao mesmo tempo em que defendia uma reforma social, em que o Estado deveria ter, por primeira obrigação, a luta contra a criminalidade, atacava a teoria organicista da sociedade, tão cara ao positivismo e a todo o autoritarismo, como também a do delinquente nato de Lombroso (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 518).

4.9.3 Impallomeni

As defesas desse autor podem ser resumidas pela proposição de um Direito Penal forte, com bases filosóficas também de peso, para uma sociedade igualmente forte e suprema. Segundo Impallomeni, o Direito Penal é a suprema força de organização da sociedade, própria do Estado, por meio da coação pessoal, a fim de assegurar as condições de vida individual e coletiva, das quais assume a tutela.

Sua ideia em relação à intimidação é muito próxima da de Feuerbach, uma vez que propugnava por uma diferenciação entre sujeitos imputáveis e inimputáveis, estando os primeiros configurados, se o sujeito fosse capaz de intimidar-se ante à lei. A pena agiria sobre o espírito do sujeito como uma coação psicológica, através da cominação legal ao se concretizar, o mal. A intimidação justificaria, a seu ver, a

responsabilidade (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 518).

4.10 A Escola Sociológica Alemã

Também conhecida por *Jovem Escola Alemã de Política Criminal*, *Escola Moderna Alemã*, *Jovem Escola Sul Ocidental Alemã* ou, ainda, *Escola Sociológica Alemã*, procurou se ancorar numa filosofia diferente e também enfrentou a exacerbação da política criminal de então, que ainda levantava bastante polêmica (RUDÁ, 2018, p. 378). Não restam dúvidas de que o positivismo dessa escola era mais evolucionista e proporcionava um maior espaço para discussões desgarradas do pragmatismo da Escola Positiva e toda sua bagagem bioantropocêntrica.

Referida escola surgiu da criação, em 1888, de uma instituição denominada Associação Internacional de Criminalística, fundada por Adolphe Prins, van Hamel y von Liszt. O fato de estar ancorada numa filosofia diferente das escolas de sua época, naturalmente, já a fez se distanciar da tão conhecida luta de escolas. Até porque, um de seus principais objetivos era justamente levar a cabo a necessidade de se realizarem investigações baseadas na Sociologia e na Antropologia. Os principais postulados dessa escola são, segundo Mir Puig (2003, p. 216 e ss):

a) substituição dos dogmas filosóficos da Escola Clássica por um claro pragmatismo, que pressupõe análise e conhecimento da realidade social;
b) contemplação do delito como fenômeno natural e jurídico, ao mesmo tempo, combinado com o estudo empírico de suas causas e a elaboração dogmática do mesmo;
c) dualismo penal, isto é, reconhecimento de suas classes de consequências jurídicas distintas, dirigidas a objetivos diferenciados, mas complementários: a pena e a medida de segurança;
d) a defesa social se configura como o fim prioritário da administração penal; e
e) ecletismo filosófico quanto ao problema do livre arbítrio: ignora-se este, admitindo, entretanto, a existência, em todos os homens, de uma impressão de liberdade interna. O conceito de *estado perigoso* substituiu o de *responsabilidade*.

Pelo exposto, é possível compreender porque muitos afirmam que a Escola de Marburo é a mais importante das escolas ecléticas. Sua importância na dogmática penal de então somente é passível de ser comparada à da Escola Positivista Italiana, tanto pela envergadura científica, quanto pela profundidade intelectual, dada por seus

fundadores, principalmente, por von Liszt, seu maior expoente. Sua importância e a de sua escola podem ser medidas em poucas atribuições ao Direito Penal, sendo as mais importantes (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 739):

a) em que pese o distanciamento, tanto da Escola Clássica, quanto da Positivista, a escola em análise soube aproveitar contribuições de uma e de outra e fez, por exemplo, concretizar-se o instituto da medida de segurança;
b) com a individualização das penas, propugnada pela escola, levou-se a cabo o teste do *estado perigoso*, em que deveriam ser juridicamente declarados os indivíduos, em virtude de seus problemas fisiológicos e mentais, bem como seus antecedentes judiciários e atividades habituais;
c) os métodos neutralizadores do *estado perigoso* seriam apropriados às respectivas causas e teriam necessariamente duração indeterminada, de modo que nenhum vínculo relacionaria a medida de segurança à ideia de falsa moral ou à gravidade objetiva do acontecimento criminoso;
d) ainda contribuiu com importantes institutos, como o tratamento tutelar de menores, o livramento condicional e o *sursis,* todos, realizações práticas da escola (RUDÁ, 2018, p. 380).

Os dois expoentes da Escola Sociológica Alemã são Prins e von Liszt, tendo, cada um contribuído com sua estruturação, mas é relevante sua distinção.

4.10.1 Adolphe Prins

Adolphe Prins foi um grande jurista e criminalista belga, nascido em 02 de novembro de 1845, em Bruxelas, falecido em 30 de setembro de 1919, em Ixelles (RUDÁ, 2018, p. 380). Afirmava que:

> Degenerados, insuficientes, incompletos, anormais profundos, patenteiam que são perigosos quando são convertidos em criminosos. Entretanto, ainda ficando fora da criminalidade, constituem uma ameaça para eles mesmos e para os demais, porque, entregues a somente suas forças, são incapazes de seguir uma vida regular e fazem tanto mais inquietantes quanto mais jovens são e mais abandonados estão. (RUDÁ, 2018, p. 381).

É discutível, a definição dada para alguns termos utilizados pelo autor, como *insuficientes* ou *incompletos* e *anormais profundos*. Prova dessa preocupação foi o que aconteceu no mundo, principalmente, na Europa, até meados do século XX.

Logrou publicar importantes trabalhos, como *Science Pénal et droit positif*, em 1899, dentre outras (RUDÁ, 2018, p. 382).

Nessa obra, o autor dá uma boa prova da essência que levaria a cabo, ao aduzir ainda, no prefácio, que “nunca se criará uma sociedade nova em que não haja criminosos. Também jamais se criará um Direito Penal em que não haja erros, lacunas, nem rejeições a descobrir” (PRINS, 1912, p. 12). Afirma, ainda, que “nós só podemos melhorar as instituições existentes até que surja o dia em que os nossos descendentes melhorem por sua vez as suas instituições, tendo em conta os trabalhos de seus antepassados” (PRINS, 1912 apud RUDÁ, 2018, p. 382).

É também de seu conjunto de desenvolvimento, a teoria do estado perigoso. Sua influência foi tamanha, que suas ideias sobre *anormales e habituales* se fez presente na legislação belga de 1930. Prins também pretendeu, com segura visão do fenômeno da delinquência e grande coragem de romper com os cânones tradicionais, substituir a noção da imputabilidade pela de periculosidade, de forma a fazer desta, o critério geral para o emprego da sanção. Apesar de lhe ter sido atribuída grande importância, por sua participação na criação e manutenção da escola penal, também foi igualmente relevante, sua participação na Escola da Defesa Social.

4.10.2 Franz Ritter von Liszt

Franz Ritter von Liszt nasceu em 02 de março de 1851 e faleceu em 21 de junho de 1919. Foi na Universidade de Viena, onde teve o privilégio de ser orientado por seu professor Rudolf von Ihering (1818-1892), que o influenciou na ideia da grande obra *O fim do Direito*. Estudou também em Göttingen e Heidelberg, habilitando-se em 1875, em Graz. Foi professor em grandes universidades e de alunos que se tornaram expoentes do Direito Penal moderno, como R. Hippel, Eduard Kolrausch, Frank, M. Mayer, Sauer, Radbruch, Franz Exner, Mezger e Eberhard Schimidt. A par de seu vanguardismo, não pregava o distanciamento, de forma sistemática, do Direito Penal dos demais ramos das ciências auxiliares (RUDÁ, 2018, p. 382-383). Assim, defendia:

> Que haja uma antropologia criminal, uma psicologia criminal, uma estatística criminal, como disciplinas especiais, mais ou menos distantes do Direito Penal. Constitui a prova da grave responsabilidade que pesa sobre os representantes da ciência do Direito Penal, mas é também a prova da esterilidade que sofreram até agora estas disciplinas. Somente na ação conjunta das mencionadas disciplinas com a ciência do Direito Penal predica

> a possibilidade de um combate fecundo contra a criminalidade (LISZT, 1994, apud RUDÁ, 2018, p. 384).

Com o passar do tempo, a ciência do Direito Penal produz e apresenta ao mundo um grande nome que naturalmente alcança amplo destaque nos estudos penais, pois contribuiu de forma incomensurável. Pode-se dizer que sua primeira contribuição foi em 1881, a festejada obra *Tratado de Direito Penal Alemão* (*Lebrbuch des Deutchen Strafrects*), que alcançou sucesso para vinte e duas publicações, enquanto ainda vivo. No ano seguinte, outra obra que teve ainda maior sucesso foi *Escrito Programático Marburgués*, conhecida por *Programa de Marburgo*, no Brasil, traduzida como *A ideia de fim no Direito Penal,* muito influenciada pela corrente de Ihering, *A luta pelo Direito*. Liszt traça, então, sua linha de desenvolvimento como penalista, cuja essência é aduzida por Roxin, nos seguintes termos:

> Na política criminal inclui os métodos adequados, em sentido social, para a luta contra o delito, é dizer, a chamada missão social do Direito Penal; enquanto que ao Direito Penal, no sentido jurídico da palavra, deve corresponder a função liberal do Estado de Direito, assegurar a igualdade na aplicação do Direito e a liberdade individual frente ao ataque do Leviatã, do Estado. A ideia de fim em Direito Penal, sob a que Liszt havia posto em seu famoso programa de Marburgo, é o objetivo da política criminal; enquanto que o Direito Penal, como 'Carta Magna' do delinquente, segundo claramente o admite Liszt, não protege a comunidade, mas ao indivíduo rebelado contra ela, garantindo-lhe o Direito de ser castigado unicamente sob os pressupostos legais e dentro dos limites legais. Liszt não queria, como houvesse sido consequência de sua ideia de fim, que "sem a artimanha formalista dos criminalistas clássicos se pudesse dar no caso concreto uma decisão que servisse à comunidade", mas que opinava: "Em tanto que aspiremos a proteger a liberdade do cidadão particular frente à arbitrariedade ilimitada do poder estatal, em tanto que nos vincularemos ao lema *nullum crimen, nulla poena sine lege*, assim, manterá também sua alta significação política a arte estrita de uma interpretação da lei que opera conforme princípios científicos". (ROXIN, 2002, p. 32-33).

Em 1888, Liszt inicia um seminário em sua própria casa, com sua biblioteca, depois aluga outra casa em Berlim para a mesma finalidade. Ao mesmo tempo em que se distância das ideias propugnadas nas teorias de Binding, passou a desenvolver seu conceito de responsabilidade penal baseado na ação e no bem jurídico, sendo isto causa daquilo.

Noutro sentido, fundou a *União Internacional de Direito Penal*, ao lado de Prins e Von Hamel, e a *Revista para a ciência total do Direito Penal*. Por meio desses dois veículos, conseguiu expressar suas ideias junto à comunidade internacional até o fim de sua vida. Segundo Rudá, alguns outros pontos podem ser destacados no rico

pensamento de Liszt, como:

> a) Sua luta pela abertura do Direito ao conhecimento criminológico;
> b) A colaboração dos métodos naturais no marco da Ciência total do Direito Penal;
> c) Sua política criminal científica e preventiva que incidiu antecipada e eficazmente nas causas do fenômeno criminal de acordo com as palavras do novo Estado intervencionista;
> d) Aceitação da distinção clássica entre imputáveis e inimputáveis, mas com clara distinção quanto à fundamentação. Enquanto os clássicos a fundamentam baseada no livre arbítrio, Liszt vai fundamentá-la baseado na normalidade da determinação do sujeito, acrescentando que a imputabilidade é a faculdade da determinação normal. Ademais, contribui para a inserção da noção de Estado Perigoso, pressuposto da medida de segurança, junto à ideia de imputabilidade (RUDÁ, 2018, p. 386).

Por toda a obra desenvolvida por von Liszt, importa ressaltar suas concepções sobre a pena, que foram extraídas das discussões em torno da luta das escolas na Alemanha de sua época. Destarte, seu posicionamento sobre uma pena de natureza finalista encontrou o pensamento de um dos mais importantes rivais em matéria de dogmática penal, seu compatriota Birkmeyer, ferrenho defensor da concepção retributiva da pena. Desse embate, destaca-se o seguinte:

> a) Birkmeyer era defensor da ideia de pena retributiva, a exemplo dos clássicos, enquanto Liszt defendia uma pena com matiz finalista, ou pena de fim;
> b) Birkmeyer utilizava a bandeira da justiça e da responsabilidade moral, baseada no livre arbítrio, afirmando dentre outras coisas que não existe pena sem culpabilidade; se existe a culpabilidade exigida pela lei, a pena deve ser pronunciada; a pena deve ser proporcional à culpabilidade incorporada ao crime. Em sentido contrário, Liszt defendia a pena de fim em nome da defesa social, fazendo inserir a função corretiva sobre o delinquente, por meio do que ele chama de adaptação artificial, e que ele exige que se ajuste em espécie e medida à natureza própria do delinquente, entretanto, lhe conserve o caráter intimidante e insista em que o conteúdo geral da legislação punitiva não deve perder de vista os efeitos da ameaça e da execução da pena que não se referem ao delinquente, como prevenção geral, os efeitos sociais reflexos, ou seja, seus efeitos sobre a comunidade;
> c) Nesse ajustamento da pena à natureza do delinquente, Liszt observa o ponto de partida para o desenvolvimento do programa de uma legislação do futuro;
> d) Liszt encerra sua noção de pena com a instituição das medidas de segurança, cuja doutrina foi elaborada na União Internacional de Direito Penal, paralelamente à noção de Estado perigoso. Mas, para o autor, pena e medida de segurança são institutos independentes, muito embora, entre um e outro possa ocorrer um processo de mais ou menos íntima interpretação (RUDA, 2018, p. 386-387).

Por tudo isso, o planejamento social de von Liszt se acha limitado estreitamente pelo desejo de manter em total vigência as conquistas do liberalismo. Não significa retorno, mas adição, junto às garantias liberais de um comprometido configurador

(MIR PUIG, 2003, p. 198-199). Segundo referido autor:

> O indivíduo liberal, que destaca num primeiro plano os interesses do particular frente aos da coletividade, o espírito da época da ilustração e de seu produto, a Grande Revolução Francesa, nos tem trazido a clara limitação do poder punitivo estatal. Poderá esta oferecer resistência à devastadora corrente socialista? Respondendo negativamente a est pergunta, prossegue: No Estado socialista será tão imprescindível a pena como na nossa atual ordem jurídica, por muito que a imagem global da criminalidade passe a ser outra. Mas, precisamente porque o Estado acentua mais intensamente que nós hoje, os interesses da coletividade, porque deve proceder mais intensivamente, com maior consciência de seus objetivos e menos prejuízos contra o indivíduo que se revel, tanto mais exatamente terá que fixar os pressupostos sob os quais o indivíduo sucumbe à coletividade e determinar os limites até os que podem chegar a diminuição de proteção jurídica (LISZT, 1994 apud MIR PUIG, 2003, p. 198 e 118).

Sem dúvidas, von Liszt foi o maior destaque de sua escola e ainda é referência na dogmática do Direito Penal. Consigo, começa de fato, o estudo do Direito Penal como se conhece atualmente, com profundo caráter dogmático científico, sem prejuízo de qualquer penalista que lhe precedeu. A profundidade intelectual que imprimiu foi descomunal para sua época, não por acaso teve tantos ilustres alunos sob seus auspícios intelectuais, como anteriormente mencionado, a exemplo de Myer e Mezger. A instituição da medida de segurança como instrumento penal, ao lado da pena, fornece muito bem a medida de grandeza da Escola de Liszt, que contribuiu para o surgimento e emprego do tratamento tutelar dos menores e o livramento condicional (RUDÁ, 2018, p. 390).

4.11 A Escola da Defesa Social

Há quem entenda que se tratou mais de um movimento do que de uma escola propriamente dita. Alcançou seu esplendor com Prins, em 1920, bem no seio da Escola de Política Criminal, levada a cabo na Alemanha. Assim sendo, pode-se dizer que Prins foi homem de duas escolas. Ocorre que, na Política Criminal, Prins teve companhia de F. Gramática e M. Ancel, elaborando teoria sobre a proteção da sociedade por meio da efetiva coordenação da Criminologia, a ciência penitenciária e o Direito Penal (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 525).

Sua constituição definitiva pode ser apresentada em três etapas, sendo a primeira levada a cabo por Prins, em 1910, com a publicação de sua importante obra *La défense sociale et les transformations du droit pénal* (GARCÍA-PABLOS DE

MOLINA, 2009, p. 525). As principais ideias da referida escola foram:

a) luta realista contra a criminalidade, mediante instrumentos não necessariamente jurídicos;
b) defesa de uma nova atitude para o delinquente;
c) implementação de uma política criminal de signo eminentemente humanitário (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 525).

Não é comum a inclusão de Prins como membro da escola em comento, todavia, sua colaboração é inconteste pelas razões supracitadas. As duas maiores vertentes da escola são de autoria de Gramática e Ancel.

4.11.1 Fillipo Gramática

Fillipo Gramática se destacou na Escola da Defesa Social por muitas razões. A sua teoria propõe uma sistematização da culpabilidade e da medida da pena, que devem se governarem pela intenção do agente e a antijuricidade do indivíduo. Em que pese a profundidade subjetivista teórica, Gramática passou à margem dos assuntos políticos, em contraposição de seu subjetivismo, que foi largamente utilizado pelo *Terceiro Reich* (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1956, p. 110).

Um exemplo disso é a tendência que pretende governar a culpabilidade e o módulo das sanções conforme a personalidade do autor, posta a serviço de uma organização política, com emprego de subjetivismo exacerbado. É o que se verifica na doutrina alemã, desenvolvida pelo Terceiro Reich, sob a denominação *direito penal do autor,* a qual, em tempos mais modernos, foi ressuscitada por Günter Jakobs sob a denominação *direito penal do inimigo* (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1956, p. 110).

No ano de 1945, Gramática fundou o Centro Internacional de Estudos da Defesa Social, significando um sistema jurídico substitutivo do sistema penal convencional, negando, assim, a existência de um direito a castigar a favor do Estado. Defendia, Gramática, que deveria prevalecer, a socialização do indivíduo delinquente, e não a sanção propriamente dita (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1956, p. 111). Então, não deveriam ser impostas penas, em função do delito praticado, mas *medidas* de defesa social, preventivas, educativas e curativas, de acordo com a personalidade do agente. Nesse sentido:

As ideias propugnadas por Gramática sofreram severas crítica de outros

> pensadores, inclusive Asúa, para quem o conteúdo da Defesa Social de Gramática não é mais que adaptação de fórmulas positivas ao ambiente de generalização cosmopolita em que pretende mover-se e que, por dirigir-se a muitos setores teóricos, precisam ser vulgarizadas. Sirva de exemplo sua antisocialidade que não vale, nem com muito, o que a temibilidade dos fundadores do positivismoou da escola sociológica alemã e de autenticidade defensista de Prins (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 526).

4.11.2 Marc Ancel

Marc Ancel representa a vertente francesa dessa corrente, intitulando sua obra como *A Defesa Social nova, um movimento de política criminal humanista*, em 1954, por meio da qual, aduz não se tratar de uma nova escola ou de uma dogmática inovadora, muito menos de uma doutrina penal, mas de uma espécie de movimento de política criminal. Na verdade, trata-se de um movimento preocupado com uma proteção efetiva da comunidade, e não somente com o castigo do delinquente.

Os caminhos escolhidos pelo referido autor geraram grande confusão, uma vez que as estratégias extrapenais não o conduziram ao sucesso pretendido, haja vista que sua ideia era partir de um conhecimento científico da personalidade do agente, cujo objetivo era a periculosidade de forma individualizada e humanitária. Nesse contexto, suas principais propostas são, segundo García-Pablos de Molina:

> a) Primeiramente Ancel propôs uma espécie de desjuridicização de determinadas parcelas da Ciência Penal em prol de uma eficaz Política Criminal, objetivando integrar a Defesa Social em um novo Direito Penal concebido não como fim em si mesmo, mas como meio de luta contra o crime;
> b) Recepção do delinquente como um membro a mais da sociedade, ao contrário dos positivistas lombrosianos, que o consideravam um animal perigoso ou um irresponsável condenado ao crime por sua natureza, ou ainda, como os clássicos para quem o delinquente era um pecador chamado a expiar sua falta;
> c) Reclamou um “tratamento ressocializador” do delinquente, proporcionando a ele o sentido de sua responsabilidade, enquanto homem, cuja finalidade era sua integração à sociedade de forma livre e consciente (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2009, p. 527).

4.12 A Escola Humanista

A Escola Humanista se situa num contexto das diversas outras escolas erigidas, desde a Clássica até a Positivista. Seu idealizador foi Vincenzo Lanza, que, de Catania, lançou um movimento cuja denominação dada foi *Scuola penali umanista.* De início, vale dizer que se trata de um movimento próximo de ser laico, tendo em vista que, segundo afirma, Zaffaroni (2006, p. 275), nasceu pretendendo se posicionar

católico, quando, em verdade, não passava da posição pessoal de um católico. Logo, não tinha nada a ver com a Igreja, propriamente dita.

Para Lanza, o crime do pensamento foi a moral, situando-se no centro do sistema que pretendeu fundar. A partir daí, surge a simbiose que pretendeu, entre o Direito e a Moral, o que promove a ideia da reprovação moral, sob a noção do que seria uma lesão ao sentimento moral (ZAFFARONI, 2006, p. 275). Segundo Zaffaroni (2006, p. 275), os principais postulados de Lanza são:

a) certas ações lesivas à moralidade deveriam ser apenadas, como, por exemplo, a tentativa de suicídio;
b) alguns delitos, por se tratarem de exaltação de sentimentos egoístas, não deveriam ter a penalidade eliminada, como o estado de necessidade e a legítima defesa. Esta era uma pura reação do medo;
c) o homem cria todo o mundo moral guiado pelos sentimentos, e não pelas ideias;
d) a justiça e a moralidade consistiriam, justamente, em ser para os outros, em sacrificar o eu individual dos demais (ZAFFARONI, 2006, p. 275).

Todo o sistema de Lanza tinha uma medida, a moralidade. Segundo Zaffaroni:

> A pena, para a escola humanista, não poderia ter outro fim que a moral: manifestar a reprovação coletiva e educar, gerando o sentimento moral. Sustentava isto dentro de um rígido sistema de trabalho e um adequado plano pedagógico. Fora desta função, para Lanza a pena carecia de qualquer sentido. Não admitia que tivesse nenhuma finalidade utilitária, senão somente uma finalidade moral. A duração da mesma não poderia prolongar-se indefinidamente. Daí que em seu sistema de atenuantes e agravantes, outorga-se grande importância aos motivos, segundo fossem mais ou menos imorais (ZAFFARONI, 2006, p. 276).

Esse pensamento lhe outorgava pregar que a moral era o fim da pena. Nesse sentido, o criminoso deveria ser tratado como um ser que necessitava de educação e compreensão.

5 A ESCOLA FUNCIONALISTA: INÍCIO DO PÓS-MODERNISMO

O funcionalismo surgiu na Alemanha, a partir da década de 1970, sendo um movimento doutrinário, cujo objetivo é investigar e descobrir qual é a função do Direito Penal. Segundo Cleber Masson:

> Iniciou-se na Alemanha, a partir dos idos de 1970, uma forte revolução entre os penalistas, com o intuito de submeter a dogmática penal aos fins específicos do Direito Penal. Como esse movimento é posterior ao finalismo, e aproveitou muitos dos seus fundamentos, é também chamado de pós-finalismo.
> Pretendia-se abandonar o tecnicismo jurídico no enfoque da adequação típica, possibilitando ao tipo penal desempenhar sua efetiva função de mantenedor da paz social e aplicador da política criminal. Essa é a razão do nome desse sistema: funcional. […]
> Busca-se o desempenho pelo Direito Penal de sua tarefa primordial, qual seja, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade. (MASSON, 2020, p. 102).

Duas escolas se formaram a partir do movimento funcionalista, sendo a primeira entendida como funcionalismo moderado, teleológico, dualista ou de política criminal, capitaneado por Claus Roxin (Escola de Munique); e a segunda, como funcionalismo radical, monista ou sistêmico, liderado por Gunther Jakobs (Escola de Bonn) (MASSON, 2020, p. 102).

O funcionalismo moderado, teleológico, dualista ou de política criminal, de autoria de Claus Roxin, fundamenta-se no pensamento de constituir aquilo que acredita ser a missão do Direito Penal: a proteção de bens jurídicos. Roxin preceitua a função da pena como instrumento de prevenção ao cometimento de novas lesões aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de modo que este seria uma ferramenta para ajudar a sociedade a resolver seus problemas, estando claramente a seu serviço, devendo (o Direito Penal) se ajustar à sociedade em que está inserido, e não o contrário. No Brasil, porém, o funcionalismo de Roxin também é chamado de racional-teleológico, visto que movido pela razão, possuindo uma clara finalidade prática.

Entende-se por funcionalismo moderado, porque o Direito Penal é submetido aos limites impostos por si mesmo, pelos demais ramos do direito e também pela sociedade. E o sentido dualista advém do fato de que a ciência penal representa um conjunto próprio de normas e de valores que deve coexistir harmonicamente com os demais ramos do direito. Destarte, é de política criminal, porque a aplicação da lei

deve atender aos reclamos da sociedade, levando, por consequência, a uma finalidade prática - e, por isso, é teleológico - de proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade.

O funcionalismo radical, monista ou sistêmico, de autoria de Gunther Jakobs, por sua vez, prega que o Direito Penal tem por finalidade a proteção da norma, ou seja, a prioridade é proteger o próprio Direito Penal, o qual só será devidamente respeitado quando for aplicado de forma rígida, punindo com afinco seus infratores. A aplicação da norma (e a respectiva punição), portanto, configura verdadeira reafirmação da autoridade do direito (ROXIN, 2018, p. 11).

Para a doutrina, essa corrente é radical, porque impõe o respeito aos limites impostos apenas pelo próprio Direito Penal; é monista, porque, conforme dito anteriormente, tem sua aplicação apartada dos demais ramos do Direito, uma vez que se configura em um sistema próprio de normas; é sistêmico, porque Jakobs se utiliza da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, definindo o Direito Penal como um sistema autônomo (independente dos demais ramos do direito); autorreferente, pois todos os conceitos e referências de que necessita devem ser buscados no próprio Direito Penal; e autopoiético, isto é, renova-se por conta própria (ROXIN, 2018, p. 12). Segundo Roxin:

> A ciência do Direito Penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico. A ideia principal foi que o Direito penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos. O projeto alternativo alemão do ocidente de 1966, do qual fui coautor, e que pretendia opor-se ao projeto do governo de então com uma política criminal alternativa moderna rezava, programaticamente, no artigo 2º, §1º: “As penas e as medidas de segurança servem para a proteção dos bens jurídicos e à reinserção do autor na comunidade jurídica”. (ROXIN, 2018, p. 12).

Para Roxin, ainda que o legislador alemão não tivesse assumido esta ideia programática, ao menos reformou integralmente, nos anos seguintes, o Direito Penal alemão no âmbito sexual, sob a influência da teoria da proteção de bens jurídicos. Desde então, o capítulo correspondente do Código Penal alemão já não se intitula *Delitos e contravenções contra a moralidade*, mas *Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual*. Isto é,

> A moralidade já não é protegida jurídico-penalmente porque não é um bem jurídico, de maneira que, por exemplo, a homossexualidade entre adultos

> (então tida como imoral), a troca de casais, os atos sexuais com animais e outros atentados contra a moral foram, de forma consequente, dispensados da pena (ROXIN, 2018, p. 12).

Ainda acerca da proteção dos bens jurídicos, prossegue, Roxin:

> É absolutamente compatível com o modelo social-contratualista fazer depender a punição – em verdade a intervenção estatal mais dura – da necessidade de proteção subsidiária de bens jurídicos; também o assegurar as salva-guardadas regras culturais de comportamento público, mas de outra forma enquanto isso se mantenha no marco de Constituição e esteja sujeito a controles democráticos.
> [...]
> Stratenwerth não afasta por completo o conceito de proteção de bens jurídicos, apesar de considerar como "irresolúvel" a tarefa de aportar uma definição aceitável de bem jurídico. Frente a isso, parece-me que a descrição que nesta conferência se tentou aporta fundamentos de trabalhos úteis, ainda que eles tenham que ser aperfeiçoados (ROXIN, 2018, p. 33).

Finalmente, para Jakobs, a função do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a de evitar uma diminuição da vigência da norma. Partindo desse ponto de vista, com a execução da pena, sempre se alcançou a finalidade, ficando confirmada, a configuração da sociedade. Isto é, uma construção teórico-social cuja semelhança com a teoria da pena de Hegel (a pena como *negação da negação do Direito*) salta aos olhos e é rebatida por Roxin:

> Sem embargo, não compartilho com este pensamento. Um sistema social segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas, atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento. Mesmo que isso fosse de outra forma, este sistema social não se manteria através de atribuições sem sentido, mas somente pela efetividade real de suas medidas de controle, as quais pertencem a ameaça e a execução das penas (ROXIN, 2018, p. 33-34).

Segundo o funcionalismo moderado, além da objeção acima e de outras mais, conclui-se que a norma não pode pretender somente a obediência dos cidadãos. Deve sempre se dirigir a uma ação ou omissão, isto é, ao estabelecimento de um estado determinado. Adverte, ainda, Roxin (2008, p. 15), que, em um Estado democrático de direito, o qual Roxin fundamenta como ideia central, esse estado apenas constitui um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade.

Para Roxin (2018, p. 15), Jakobs evita, conscientemente, ao contrário, toda declaração sobre a legitimidade ou ilegitimidade de conteúdos da norma, assinalando

tais declarações como não científicas. Tratando-se da proteção da norma, pode-se optar politicamente por normas para regulação da vida livre de pessoas, segundo Jakobs, possuindo, então, o mesmo ponto de partida crítico, do qual se vangloria, a teoria da proteção de bens jurídicos, mas se trata de um ponto de partida político, e não científico, como conclui, Roxin (2018, p. 15).

Acerca da relação entre Filosofia e ciência, a fim de refletir sobre sua influência na racionalidade virtual, Santos traz reflexões importantes. Citando Piaget, aponta que a epistemologia tende a ganhar importância nas épocas de crise da ciência. Essa afirmativa parece um paradoxo, ao considerar que a reflexão epistemológica do período moderno tem suas raízes no período filosófico, a partir dos séculos XVII e XIX, época de emergência e solidificação da sociedade industrial e promoção da ciência e técnica. Pode-se dizer que a primeira atividade da consciência epistemológica foi retirar a filosofia ocidental, desde Aristóteles, e substituir pela filosofia da ciência (SANTOS, 2008, p. 22).

A relação da reflexão epistemológica com a ciência é complexa, mas, aqui, importa o ponto de, segundo Gadamer, citado por Santos (2008, p. 23), os dois últimos séculos revelarem-se numa sequência de esforços em prol da reconciliação da herança da metafísica com o espírito da ciência moderna. Essa reconciliação é também confrontação, que, citando casos extremos, decide-se a favor da metafísica em Hegel e a favor do Círculo de Viena. Esse último representa o cume do movimento de reconstrução racional da ciência, a partir de uma reflexão filosófica que tenta ser científica como a ciência, cuja normatividade quer fixar uma ciência da ciência (SANTOS, 2008, p. 23).

O positivismo lógico representa, assim, o apogeu da dogmatização da ciência, ou seja, de uma concepção de ciência que se acha a representação do mundo, sem outros fundamentos, que não as proposições básicas sobre a coincidência entre a linguagem unívoca da ciência e a experiência ou observação imediatas, sem outros limites que não os que resultam em estado do desenvolvimento dos instrumentos experimentais ou lógico-dedutivos. Para Santos:

> A verdade, porém, é que a reflexão filosófica que se seguiu – por ser feita por filósofos e por estes estarem obcecados pela ideia do conhecimento certo e objetivo, distinto da mera opinião – manteve total distância em relação às vicissitudes do labor científico, e foi, aliás, dessa distância que se alimentou a dogmatização da ciência. A reflexão sobre a prática científica de que agora falo tem um sentido totalmente distinto e para a sua emergência confluíram

> duas razões principais. Em primeiro lugar, a frustração a que conduziram sucessivas tentativas para encontrar os princípios fundadores das ciências; em segundo lugar, a necessidade prática de dar respostas às questões de conceptualização e de método suscitadas a cada passo pelo progresso vertiginoso das várias disciplinas científicas a partir de finais do século XIX. Esta reflexão é levada a cabo pelos próprios cientistas, pouco inclinados a construir sistemas filosóficos sobre a ciência, mas também por historiadores e filósofos das ciências, todos eles interessados em conhecer as condições concretas (teóricas, psicológicas, sociológicas) da produção do conhecimento para melhor compreender o sentido geral do desenvolvimento científico, as crises por que este passa, o reconhecimento social e político que lhe é concedido e as consequências e perplexidades daí decorrentes. Trata-se, pois, de uma reflexão que procede pela intimidade com os processos concretos de produção de ciência, analisando-os no que contribuem para fazer avançar ou bloquear a ciência, sem cuidar de saber se constituem desvios a uma qualquer normatividade científica abstracta e hipostasiada. (SANTOS, 2008, p. 24-25).

Segundo Santos (2008, p. 26), o que há de comum entre os filósofos da referida geração é a preocupação de dotar a ciência da filosofia que merece, o que é devido relevar nesse contexto, ainda que, como se sabe, difiram sobre a específica filosofia merecida pela ciência.

O movimento de desdogmatização da ciência tem sua terceira vertente, cuja característica é filosófica. Daí, surgem várias direções, que se convergem numa reflexão filosófica que não partilha o fetichismo do conhecimento científico e que se desenvolve mediante categorias não subsidiárias da epistemologia e que, exatamente por isso, submete a ciência, não ao tribunal da razão, como tentava, a filosofia transcendental de Kant, mas ao tribunal do devir histórico do homem no mundo, cujo precursor é Hegel, seguido por Wittgenstein e Heidegger (SANTOS, 2008, p. 26).

Muito embora aparentemente haja nada em comum entre os citados filósofos, desdenham dos fundamentos últimos da ciência e avaliam-na em função de sua contribuição para o projeto existencial e construtivo da vida em sociedade. Segundo Heidegger (SANTOS, 2008, p. 26), a ciência e a tecnologia correspondem a uma compreensão dogmática do ser, que pretende reduzir a existência à sua instrumentalidade, cuja via conduz ao esquecimento do ser e à inviabilização do projeto de existência humana autêntica.

É nesse período pós-moderno, que a Escola Funcionalista é recepcionada, segundo expostas, no tópico anterior, algumas das principais considerações dos dois principais teóricos da referida escola em Direito Penal, destacando-se Jakobs, que se preocupa com a norma, esquecendo-se do *ser*. Nesse embalo, Santos afirma que:

> A concepção de uma ciência pós-moderna aqui proposta insere-se no movimento de desdogmatização da ciência que acabei de escrever. As vicissitudes da reflexão epistemológica desde finais do século XIX, aqui brevemente revistas, a variedade das tentativas de fundamentação da ciência e as frustrações a que invariavelmente chegaram fazem-nos pensar sobre o significado global de todo este projeto teórico. Pese embora a sua imensa diversidade, as posições começaram por oscilar entre uma filosofia da ciência, buscando fora desta o fundamento do conhecimento certo e objetivo e cujo fracasso está bem simbolizado na devastadora crítica de Adorno à fenomenologia de Hurssel, e uma filosofia científica das ciências, distinguindo nesta entre o contigente e o necessário e fazendo assentar neste último a garantia da verdade do conhecimento científico, uma posição que, para além das antinomias internas, encerrou o processo científico numa camisa de regras fixas e maximalistas, impossíveis de seguir na prática. (SANTOS, 2008, p. 27).

Então, não causa espanto, o fato de, à medida que o avanço da ciência foi impondo-a socialmente, a reflexão epistemológica tenha influenciado, no sentido de se debruçar sobre a prática concreta dos investigadores no processo de produzir conhecimento científico. Trata-se de uma inflecção que não apenas acompanha o desenvolvimento da ciência, como tem sido sensível à evolução da imagem de um mundo progressivamente conformado pela ciência e pela técnica.

Submeter a epistemologia a uma reflexão hermenêutica significa o mesmo que lhe atribuir o valor de um sinal que se analisa segundo sua pragmática, e não conforme sua sintaxe ou semântica, como seria o caso da reflexão epistemológica sobre a epistemologia.

> Ao contrário do que pensa Rorty, julgo que a epistemologia, mesmo aceitando que se trata de um episódio da cultura ocidental, está longe da exaustão. Parece-me, aliás, que a sua vertente filosófica – no sentido gadameriano de filosofia, como busca da unidade da razão num processo não sistemático e infindável de conversação conosco mesmos e com os outros e o mundo – se aprofundará para acompanhar, como contrapeso, a progressiva redução da prática à técnica que caracteriza a atual crise do paradigma da ciência moderna.
>
> Por que esta persistência? Parafraseando Hegel e Adorno, penso que a epistemologia é uma falsidade mas que é verdadeira na sua falsidade. Não pode cumprir as exigências teóricas que se propõe, sejam elas as que ela própria impõe à ciência ou as que aceita serem-lhe impostas pela ciência. Nega-se, pois, como fundamento, mas, ao negar-se e ao manifestar a sua inviabilidade, constitui a verdade possível e precária, mas legítima, de uma ciência sem fundamento. Por outras palavras, a epistemologia, sendo necessariamente uma ilusão, é uma ilusão necessária. Mas a sua necessidade não pode ser hipostasiada, pois que tem evoluído com o evoluir da própria ciência moderna (SANTOS, 2008, p. 29).

No período compreendido entre os séculos XVII e meados do século XIX, a reflexão epistemológica representou uma tentativa genuinamente frustrada de instigar

as causas da certeza e da objetividade do conhecimento científco, para, então, daí, deduzir a justificação do privilégio teórico e social dessa forma de conhecimento. Genuinamente frustrada, enquanto realização do que efetivamente se propunha, que era a investigação das causas como base de justificação. A necessidade da epistemologia nessa fase foi a de criar uma consciência científica, a consolidação, no interior da emergente comunidade científica, da ideia de um saber privilegiado a que se submetia a própria filosofia, quando dele não se defendia em posição de fraqueza.

Sobre o atual momento cronológico e filosófico, Santos afirma:

> De meados do século XIX até hoje a ciência adquiriu total hegemonia_no pensamento ocidental e passou a ser socialmente reconhecida pelas virtualidades instrumentais da sua racionalidade, ou seja, pelo desenvolvimento tecnológico que tornou possível. A partir desse momento, o conhecimento científico pôde dispensar a investigação das suas causas como meio de justificação. Socialmente passou a justificar-se, não pelas suas causas, mas pelas suas consequências. Neste período, a reflexão epistemológica, apesar de continuar a se ver como um pensamento de causas, passou a ser de fato, e sem que disso se desse conta, um pensamento de consequências, deduzindo as causas das consequências, ou, quando muito, pondo limites à justificatica só parcialmente falhada, pois que se falhou enquanto realização do que se propunha (a relação causa/justificação), revelou, nesse falhanço, a verdadeira natureza do problema epistemológico dos nossos dias (a relação causa/justificação). A necessidade da reflexão epistemológica neste período é pois a de mostrar, ainda que de forma ínvia e mistificatória, que, num processo histórico de hegemonia científica, as consequências são as únicas causas da ciência e que se é nelas que se deve procurar a justificação desta, é nelas também, que se devem procurar os limites da justificação. (SANTOS, 2008, p. 30).

O exemplo prático da racionalidade virtual são os julgamentos virtuais, de que se ocupa, este trabalho, questionando a utilização desse sistema como forma de racionalidade. O agravamento da crise do paradigma da ciência acabará por transformar a natureza do problema epistemológico, de um registro causal num registro final, o que lhe permitirá enfrentar, sem mistificações, a avaliação das consequências sociais da ciência e, portanto, o sentido de um mundo conformado pela ciência, afirma, Santos (2008, p. 29).

Assim, na suposta racionalidade operada por meio de inteligência artifical, como o próprio nome informa, há nada de filosófico, sendo forçosa a reflexão. Ao fazê-lo, a reflexão epistemológica passa a incidir sobre os utilizadores do discurso científico. E dado que as consequências deixam de ser o que está para além da ciência, para passarem a ser o que está para aquém da ciência, o universo dos utilizadores é constituído, tanto pelos cidadãos como pelos cientistas, e a reflexão

epistemológica destina-se a aumentar a competência linguística de ambos os grupos de utilizadores, e, portanto, a comunicação entre si, sem ter de desconhecer as diferenças estruturais que os separam.

Assim concebida, a reflexão converte-se numa epistemologia pragmática ou, talvez melhor, numa pragmática epistemológica. É nesse sentido, que é acolhida no círculo hermenêutico: a hemenêutica como pedagogia da construção de uma epistemologia pragmática. Nessa toada, passa-se ao próximo capítulo, em que se especifica, o uso da racionalidade virtual, ora Justiça Digital.

5.1 A Escola Funcionalista: Direito Penal do Inimigo

Tal qual Roxin, Ghünter Kakobs marca a Escola Penal Funcionalista, mas numa outra corrente, a que se denomina “direito penal do inimigo”, contestando Roxin em muitos pontos. De maneira suscinta e inicial, Jakobs esclarece o que é o sujeito no mundo, explicando que o cidadão apenas é compreendido como “sujeito” dentro de um contexto normativo, como condição de torna-lo real e determina a sociedade de um modo geral (JAKOBS, 2008, p. 8).

> Para esclarecer essatese, deve-se começar com as considerações sobre o que significa – sit venia verbo – o naso normal da sequência crime-pena. Não existem crimes em situações caóticas, mas apenas como violação das normas de um ordenamento. Ninguém ressaltou isso de forma mais incisiva do que Hobbes, que atribuiu a todos os homens, no estado natural, um ius naturale sobre tudo, na terminologia moderna, apenas um pretenso ius, ao qual não corresponde de fato uma obligatio, um dever do outro, mas que é, pelo contrário, uma denominação para a liberdade sem limites normativos, limitada unicamente pela violência física de cada indivíduo de fazer e deixar fazer o que quiser, contanto que possa fazê-lo. Quem quiser e poder fazê-lo poderá matar o outro por um motivo fútil; como observa Hobbes expressamente, este é seu ius naturale, que nada tem em comum com um crime, já que, no estado natural, por não existir um ordenamento definido de forma vinculante, nenhuma norma desse ordenamento pode ser infrigida. (JAKOBS, 2008, p. 9).

O referido autor entende que a preocupação é com a norma, não com o ser, conceituando como sujeito apenas no contexto normativo. Destarte, afirma que os crimes são possibilidade apenas nua comunidade organizada, tal qual o negativo existe em contraste com positivo, porque por si só não seria negativo, nem existiria.

Prossegue esclarecendoque segundo sua teoria o crime aparece não como o princípio do fim da comunidade ordenada, mas como uma irritação desta, segundo

uma espécie de falha reparável (JAKOBS, 2008, p. 10).

Jakobs tenta se sustentar nas bases teóricas de Russeau, e demais contratualistas, esclarecendo que aquele em que quebra as regras do contrato social não é mais um sujeito, excluiu-se do acordo e passa ser somente um cidadão, criticando o Direito Penal de até então que trata o agente que comete delito ainda como um sujeito, detentor de direitos e garantias.

Segundo Jakobs, o que delinquiu, o fez contra o Estado, quebrando o contrato firmado e não há mais razão de tê-lo como algum incluso na sociedade, passando a ser inimigo, justificando a punição, ilustrando a prisão preventiva como exemplo disso, que o processo penal dá o nome de sujeito processual ao preso preventivo, mas que na verdade nada mais é do que um cidadão que quebrou regras e precisa da coação física, cujo o sofrimento é idêntico ao daquele que diz-se sofrer castigo de uma pena condenatória, evidenciando que é, de fato, um mero cidadão, não mais sujeito:

> Por outro lado, esse aspecto pessoal, de sujeito processual, defronta-se com a mera coação uniforme, sobretudo no caso da prisão preventiva, assim como a custódia de segurança, ela também não significa nada para o acusado, esgotando-se, em relação a ele, na coação física e não porque o acusado deva assistir ao processo – uma pessoa acusada também participa do processo, para dele tomar conhecimento. Essa coação não se dirige contra o sujeito de direito – este não oculta provas, nem foge -, mas sim contra o indivíduo que, com seus instintos e medos, torna-se perigoso para a regular tramitação do processo, conduzindo-se nessa medida, como inimigo (JAKOBS, 2008, p. 15).

Retoma a velha ideia de que os fins justificam os meios. O fim é a norma, não o sujeito, que perdeu a dignidade de ser pelo processo do “inimigo”, anulando-o. É exatamente o embalo dessa Escola que o atual Direito Penal adota.

Pode-se citar o exemplo do acordo de não persecução penal, artigo 28-A do CPP, rezando que, mesmo acusado de certo crime, pode o investigado celebrar acordo de não ser processado em certos tipos de acusações de pequena gravidade, sem que o processe e não se revele a verdade real, o que fez acordo passa ter obrigações à se cumprir como condições, ou seja, na prática sofreu punições iguais aos que ao fim foram condenados, importando tão somente com a norma, não com o ser, excluindo o debate entre as partes e a racionalidade jurídica como condição de qualquer consequência penal.

O que preocupa a democracia brasileira é essa compreensão de interpretações que permitem consequências penais sem revelada a verdade, tornando esse

procedimento o devido processo legal, ou seja, a cultura justifica o direito furtar-se do objetivo democrátivo e nesse rítimo a inteligência artificial já opera em outros ramos, como de direito civil.

A Justiça digital no sentido de digitalização e automação é, hoje, meios costumeiros de atuação no processo, mas até aqui a racionalidade do julgador se mantém a humana, fruto de um debate entre as partes, zelando pela racionalidade jurídica.

6 JUSTIÇA DIGITAL – UMA INFLUÊNCIA DA ESCOLA FUNCIONALISTA

Segundo Bauman (2007, p. 8), a relação entre as pessoas era mais segura na época em que dependia de investimento de tempo e esforços, mas tem sido sacrificada em nome de interesses individuais imediatos. Por esse motivo, sente-se o enfraquecimento das relações sociais, não mais atendidas por sistema estrutural, mas de “rede”, cuja dinâmica se dá por conexões e desconexões aleatórias de diversas permutas, atendendo ao imediatismo.

A sociedade vive em atual hipercomplexidade da comunicação imediata, sem fronteiras. Há décadas, os especialistas em tecnologia desenvolvem estudos relacionados ao treinamento da máquina, até atingirem a capacidade de desenvolver computadores, máquinas inteligentes.

A busca se referia a tentar organizar, de maneira racional, grandes bancos de dados, conhecidos pelo termo técnico do inglês *big data*, de modo que se processa-os e se aprende com esses, num desenvolvimento cíclico. É por isso, que Amazon e Google são tidas como umas das maiores empresas do mundo (SANTOS; PEREIRA, 2008, p. 137).

Inteligência, segundo ensinamentos de Ken Richardson, citado por Tarcísio Teixeira, não se restringia, como para as máquinas, à capacidade de processamento de informações diante de um problema, mas uma potencialidade descrita nos genes, que podem ou não ser ativadas no meio e constituírem esquemas sócio-históricos de uma sociedade (TEIXEIRA; CHELIGA, 2020, p. 14-15).

Sendo certo que toda inteligência possui objetivos, para os seres humanos, o primeiro desses é o de sobrevivência (adaptação ao meio, interação com a comunidade e o sentimento de pertencimento), o que os difere da inteligência artificial, a qual não teria, ainda, esse senso de autossobreviver.

> Alan Turing, o pai da computação, teve grande importância quando o assunto se referia à simulação, pela máquina, do agir humano. Em artigo denominado “Computing Machinery and Intelligence”, de 1950, propôs o desafio “Cam machines think?”. (TURING, 1950 apud FERRARI, 2020, p. 20).

Tratava-se de um teste em que, aberto um diálogo por um objeto ou robô que se fizesse passar por ser humano, se o indivíduo humano não descobrisse que estava conversando com uma máquina, superaria o limite da relação homem *versus*

máquina. Essa experiência ficou conhecida como *teste de turing*.

Muitas, são as acepções dadas ao termo *inteligência artificial*. Até mesmo na seara técnica, da ciência de dados, o conceito possui diversas conotações e técnicas, subdividindo-se em diversos subcampos, como *natural language systems*, *machine learning*, *simulation of sentences*, *neural networks*, *computer gamer*, *expert systems* e *robotics* (KAUFMAN, 2019, p. 21).

> Davi Geiger, complementando a definição proposta por jhon McMarthy, afirma que a Inteligência Artificial é a ciência e a engenharia de criar máquinas que tenham funções exercidas pelo cérebro de animais, sendo certo que o termo I.A. apareceu, de fato, pela primeira vez, no título do eventoDarthmouth Summer Research Project on Articial Intelligence, realizado no Darthmouth College em Hanover, New Hamshire, EUA, no verão de 1956, com apoio da Fundação Rockefeller e liderado por pesquisadores como Claude Shannon, Nathaniel Rochester, Marvin Minsky e John McCarthy (pessoas que anos depois dominariam o campo da I.A. no MIT, CMU, Standford e IBM) (KAUFMAN, 2019, p. 20-22).

Este trabalho objetiva se ater ao termo *inteligência artificial*, no que se refere ao processamento de dados em grande volume, a fim de resolver tarefas especialistas, dividindo-a em inteligência artificial ampla, ou mais complexa, e inteligência artificial menos complexa, de menor grau ou fraca. Refere-se à capacidade de um dispositivo realizar funções que normalmente são associadas com a inteligência humana, como a percepção visual, reconhecimento de voz, tomada de decisão, planejamento, compreensão de linguagens, aprendizado, solução de problemas racionais, entre outras (KAUFMAN, 2019, p. 23).

Na atualidade, os entendimentos sobre *machine* e *deep learnings*, processamento de linguagem natural (PLN), análise semântica latente, classificação e clusterização guardam notoriedade e apontam para o momento em que as plataformas e sistemas possuam condição de aprender com a interação de dados (SHINORAHA, 2018, p. 40-42).

Com efeito, deve-se considerar que, para uma inteligência artificial simular um ser humano, há muitos passos a serem seguidos, como: o processamento de linguagem natural, a representação do conhecimento, o raciocínio automatizado, o aprendizado de máquina, a visão computacional e robótica (RUSSEL; NORWIG, 2004, p. 4). Especificamente, no Poder Judiciário, a inteligência artificial se relaciona ao uso de instrumentos tecnológicos de tomada de decisão, estruturados a partir de base de dados e aprendizado de máquina, demandando a existência de hardware,

software, processamento de linguagem natural e algoritmos.

Portanto, *machine learning* é o aprendizado da máquina, área da ciência da computação que estuda a melhor forma de ensinar computadores a aprender, exercendo funções naturalmente. *Deep learning* é rede neural artificial, um aprofundamento do *machine learning*, e remonta à ideia de que a máquina começa a ter uma percepção próxima à do ser humano, posto que o padrão apreendido não se revela como elemento de único nível, mas de complexa estrutura que representa vários níveis, sem limitação quanto ao alcance de resultado. Consegue se alimentar com infinitas possibilidades de soluções. É uma versão matemática de como uma rede neural biológica funciona, composta de camadas ou módulos que se conectem para realizar as mais diversas tarefas.

Assim, o presente capítulo pretende avaliar como algumas tecnologias vêm sendo pensadas, discutidas e implementadas no âmbito do Poder Judiciário, ou como etapa prévia, com a finalidade de aperfeiçoamento, a partir da evolução e recentemente da Revolução Digital, em razão dos fatores cuja demonstração se iniciou - ante o contexto atual, acelerado pela pandemia disparada pelo vírus Covid-19 -, e essa influência exercida na racionalidade jurídica (FERRARI, 2020, p. 8).

6.1 O surgimento da inteligência artificial e a objetivação do sistema jurídico

Para afirmar que a inteligência artificial causa as consequências reclamadas, é justo iniciar uma explicação técnica e ciêntifica do que é a IA, como existe, como atua e se opera no direito brasileiro.

O sistema virtual ocupa, cada dia mais, o espaço antes humano. Não é diferente na operação do Direito, o qual, até então, utilizava a máquina virtual para a eficiência de seus procedimentos, mas resguarda(va) a inteligência humana para a racionalidade nos julgamentos, até este momento especial que se convencionou denominar Quarta Revolução Industrial. São três, os fatores que respondem pela maior parte dessa mudança: o aumento exponencial da capacidade computacional, a difusão de técnicas de inteligência artificial e o advento do *big data* (FERRARI, 2020, p. 9).

Para Ferrari (2020, p. 8), acerca do primeiro fator, é difícil mencionar o aumento exponencial da capacidade computacional sem se referir à Lei de Moore. Diferente das leis jurídicas, a proposição que ficou conhecida como Lei de Moore nada mais é

do que uma previsão feita por Gordon Moore, cofundador da INTEL, em artigo datado de 1965.

Na época e de forma simplificada, previu que a capacidade computacional dobraria a cada 18 meses pelos próximos 10 anos. O que parecia uma aposta muito ousada, acabou por se mostrar verdade modesta, pois, pelas décadas seguintes, a capacidade computacional manteve o timo do crescimento exponencial, permitindo o advento de máquinas superpotentes e cada vez mais acessíveis ao público (FERRARI, 2020, p. 8).

O segundo fator, a inteligência artificial, é de definição controversa. Nos termos do referido autor:

> Por essa razão, em minhas palestras, costumo retomar a ideia exposta por Alan Turing, que em 1950, já sugeria que, em vez de organizarmos e inserirmos toda a informação disponível em computadores, os programássemos como o cérebro de uma criança, com capacidade autônoma de aprendizado. A I.A. pode ser vista, então, como essa capacidade de as máquinas “aprenderem”, criando a própria programação (FERRARI, 2020, p. 9).

A inteligência artificial, como técnica, encontra-se difundida desde pelo menos a década de 1970, mas apenas recentemente ouve-se falar sobre os inventos produzidos a partir de sua aplicação. A explicação para essa situação reside no terceiro fator, que explica múltiplos fenômenos do momento atual: o advento de *big data*, a grande quantidade de dados estruturados e desestruturados atualmente disponível. Acerca desses, afirma, Ferrari:

> Ric Schmidt, da Google, diz que, a cada dois anos, a sociedade em que vivemos produz tantos dados quanto os disponíveis desde o advento da civilização até 2023 – e a perspectiva para 2021 é a de que essa mesma quantidade de informação seja produzida em apenas 2 horas. Os dados são exatamente a matéria-prima do aprendizado de máquinas; sem eles pouco resultado, podem produzir técnicas de I.A. (FERRARI, 2020, p. 10).

Os três fatores interagem entre si. O *big data* é lido por computadores superpotentes, a partir do emprego de técnicas de inteligência artificial. O cenário permite encontrar padrões nos dados, seja como finalidade em si mesma, seja como meio para atingir outros fins. Denota-se que, nos primórdios da comercialização dos computadores, o potencial de processamento acontecia em ritmo mais lento. Porém, foi a partir de certo ponto, que as mudanças passaram a correr de forma significativa

(FERRARI, 2020, p. 18).

Para fins de curiosidade sobre a dimensão exponencial do avanço tecnológico, que não é facilmente apreendida pelo cérebro humano, costuma-se recorrer a um conto, o conto do jogo de xadrez. Nesse sentido:

> Na versão trazida pelo famoso tecnólogo Ray Kurzweil, diz a lenda que o jogo de xadrez foi inventado no Império Gupta, local hoje conhecido como índia. Seu inventor, um homem muito inteligente e hábil, decide, então, apresentar sua invenção para o imperador. Este, impressionado com a complexidade do jogo, oferece ao inventor, como recompensa, um prêmio à sua escolha.
> "Desejo apenas um pouco de arroz para alimentar minha família" – teria dito então o inventor. E como o imperador gostou muito do jogo, sugere que o tabuleiro seja utilizado para determinar a quantidade de arroz. "Gostaria que fosse colocado um grão de arroz na primeira casa do tabuleiro, dois grãos na segunda, quatro na terceira, oito na quarta, e, assim, sucessivamente, dobrando a quantidade de grãos a cada nova casa".
> O imperador teria ficado, então muito impactado com a aparente modéstia do inventor, e determinado que fosse feita a sua vontade. O que o imperador não percebeu, contudo, foi o poder do crescimento exponencial. (FERRARI, 2020, p. 18).

Ora, se um jogo de xadrez possui 64 casas, são, portanto, 63 etapas de crescimento exponencial. Ainda que se parta de apenas um grão de arroz na primeira casa, ao se chegar à metade do tabuleiro, esse número será de aproximadamente quatro bilhões de unidades. Ao final do tabuleiro, o inventor faria jus a mais de quintilhões de grãos - ou 18 milhões de milhões de milhões -, o que corresponderia a uma montanha de arroz maior do que o Monte Everest; mais arroz do que jamais se produziu na história da humanidade (FERRARI, 2020, p. 19).

Considerando os termos tecnológicos, hoje seria a segunda metade do tabuleiro de xadrez. De fato, o potencial de processamento dos dados adquiriu tamanha dimensão, desde o computado em 1965, que imaginá-lo em números se torna tarefa árdua para o cérebro humano. No entanto, é nítida, a transformação operada na vida cotidiana.

Para compreender a dimensão atual, vale recordar que o primeiro computador do mundo foi produzido durante a Segunda Guerra Mundial. Tratava-se do ENIAC, que funcionava com dezoito mil tubos, pesava trinta toneladas, custava milhões de dólares e era capaz de realizar apenas operações matemáticas simples (FERRARI, 2020, p. 19).

Todavia, pouco tempo depois, a um custo de 55 milhões de dólares, surge, o computador ASCI, de tamanho semelhante a uma quadra de tênis, que consumia

energia equivalente a oitocentas casas e operava a uma velocidade superior a um teraflop - um flop (*floating-point operations per second*), vale dizer, representa uma operação matemática com números reais por segundo. Um teraflop representa um trilhão de pontos flutuantes por segundo (FERRARI, 2020, p. 19).

Já no ano de 1997, a velocidade de processamento do ASCI chegou a 1,8 teraflops, e, nove anos depois, outro computador adquire a mesma velocidade (1,8 teraflops), sem ocupar tamanho, espaço ou consumir tanta energia quanto o antecessor: o Sony PlayStation 3, comercializado por 500 dólares (FERRARI, 2020, p. 20). Acerca dessa inovação, continua, Ferrari:

> O exemplo do PlayStation deixa claro não apenas que a capacidade de processamento aumentou, mas, principalmente, que está disponível por valores relativamente modestos para um grande número de pessoas.
> Podemos lembrar, ainda, do novo iMac Pro, um computador de mesa lançado pela Apple em 2017, capaz de processar dados a uma velocidade de 22 teraflops, ao custo de 8.000 dólares, apresentando uma ótima relação custo benefício, ao considerar sua imensa capacidade de processamento (FERRARI, 2020, p. 20).

Destarte, conforme o que previra, Gordon Moore, criam-se computadores cada vez mais potentes, menores e mais acessíveis, e o segundo ponto que explica a rapidez das mudanças provocadas pela tecnologia é a inteligência artificial.

Todavia, o conceito desse termo é muito discutido, mesmo na seara técnica, mas pode-se dizer que seu surgimento remonta à ideia desenvolvida por Alan Turing, em 1950, de que um computador poderia ser dotado de capacidade autônoma de aprendizado. Ou seja, em lugar de imputar à máquina toda a informação disponível, vislumbrou-se programar o computador para que, tal como o cérebro de uma criança, pudesse aprender por si próprio, segundo a juíza Ferrari. Essa reflexão de Turing é apresentada ao mundo em um artigo seminal intitulado *Computing Machinery and Intelligence* (FERRARI, 2020, p. 20).

Entende-se que a noção de inteligência artificial data de aproximadamente 70 anos atrás. Para além do conceito, é possível afirmar que, como técnica, está relativamente difundida desde, pelo menos, 1970. Se é assim, por que somente agora, a sociedade começa a ver os reflexos de sua aplicação? A resposta é simples: embora as máquinas estivessem preparadas para aprender, faltava a matéria-prima para o seu aprendizado, os dados. A partir do advento do *big data*, o cenário muda completamente, conforme endossa, Ferrari:

> Os dados são a matéria-prima da aprendizagem de máquinas. Diferentemente do cenário nos anos 1970, em que os dados eram escassos, atualmente existe uma imensa quantidade de dados disponíveis, estruturados e não estruturados. A esse mar de dados, convencionou-se chamar big data.
> De acordo com Eric Schmidt, ex-CEO da Google, a cada dois anos da atualidade, são produzidos tantos dados quanto toda a informação produzida desde o advento da civilização até o ano de 2003. E, com efeito, a expectativa para 2021 é de que esse mesmo volume de dados seja produzido a cada duas horas (FERRARI, 2020, p. 21).

São esses três fatores supraexplanados, interagindo entre si, que formam o grande volume de dados disponíveis, a enorme capacidade de processamento dos computadores e as técnicas de inteligência artificial, o que explica porque a tecnologia está mudando tanto e tão rapidamente o mundo ao redor.

Sobre o *big data analytics*, trata-se da atividade consistente em, a partir da análise de dados, descobrir padrões, os quais, muitas vezes, têm relevância econômica. Um exemplo disso é a definição de padrões de consumo. Examinando-se o padrão de consumo de determinado perfil (gênero, idade, profissão, renda mensal), é possível antecipar o que essa pessoa tenderá a comprar. Considerando-se, por exemplo, determinada mulher, de trinta anos, que exerce estipulada profissão, é mais eficiente oferecer-lhe um livro ou uma chupeta? Um sapato ou um automóvel? (FERRARI, 2020, p. 21).

Ao se descobrirem padrões de consumo, a indústria consegue *targetear*[8] um certo público, obtendo resultados mais eficientes para otimizar um investimento em propaganda. Doutro lado, também é possível descobrir padrões de inadimplência, fazendo com que, por exemplo, um banco possa estabelecer limites de crédito por perfil de cliente, com boa expectativa de retorno financeiro. Para além, é também possível descobrir correlações entre padrões de alimentação e a maior ou menor incidência de doenças, por exemplo. E, ainda, padrões de criminalidade podem indicar partes da cidade e horários mais perigosos, e, assim, auxiliar na alocação mais eficiente da força policial (polícia preditiva).

Resumindo, a centralidade dos dados e a descoberta de valor nessa análise dão origem à chamada sociedade *data-driven* - é dizer, uma sociedade totalmente baseada em dados, interessada em descobrir valiosas informações a partir da sua

---

[8] Em relação a *target*, “o significado simples e rápido (ou que muitas pessoas acreditam ser) seria o público-alvo, mas se engana se pensar que é somente isso, mas sim também os objetivos a que ser quer chegar com as estratégias e ações de comunicação.” (O..., 2018).

análise. Segundo Ferrari (2020, p. 20-21), muitos dizem que, atualmente, "os dados são o novo petróleo", tendo em vista a grande riqueza que representam, e, também, porque é relativamente simples e barato deles extrair valor.

> O emprego de big data analytics nos mercados bancário, publicitário e farmacêutico, por exemplo, tem impactado profundamente diversos setores da sociedade.
> Ainda surpreende a assertividade dos mecanismos de recomendação – por vezes, ao ingressar em um site de compras, o cliente encontra exatamente o que estava precisando, sem precisar inserir qualquer argumento de busca. A mesma ferramenta permite o desenvolvimento de assistentes pessoais cada vez mais ativos. O advento de carros autodirigíeis, nesse contexto, é uma realidade próxima. Na medicina, alguns programas já conseguem realizar diagnósticos mais precisos que os médicos, sozinhos. E até mesmo as relações de trabalho são modificadas, pois já existem ferramentas capazes de indicar quem se deve contratar ou não (FERRARI, 2020, p. 21).

Obviamente, o tocante ao direito não poderia ser diferente. As mudanças, nesse campo, apresentam-se na forma de softwares que redigem petições ou que analisam, probabilisticamente, as chances de vitória conforme a causa e o juiz. Em algumas circunstâncias, softwares são empregados para sugerir patamares de acordo às partes envolvidas em um litígio ou otimizar a pesquisa jurídica em geral, como a busca por precedentes. Ao passo que alguns profissionais se enriquecem da noite para o dia com o novo mercado, questiona-se o quanto a inteligência artificial ceifará postos de trabalho. Nesse sentido, são relevantes, os questionamentos de Ferrari:

> Um software poderia redigir uma sentença, e, assim, substituir o assistente do magistrado? E, em caso positivo, será que esse juiz, eventualmente, passaria a exercer igual senso crítico sobre a minuta, antes feita por mãos humanas?
> Enfim, quais são os riscos, as perspectivas e as chances de capitalização trazidas com essa nova realidade? E quais serão as mudanças no panorama regulatório? (FERRARI, 2020, p. 22).

Essas e outras questões serão objeto de estudo nos tópicos seguintes, que abordam o tema da Justiça Digital como acessório e a racionalidade jurídica.

6.2 O prenúncio da virtualização jurídica: ferramentas online de difícil resolução

Nos Estados Unidos da América, inovaram na eficiência de resolução de conflitos comerciais através das ferramentas de *Online Dispute Resolution* (ODR), importando aqui observar suas aplicações e relação com o fenômeno das Cortes

online. Mas, para melhor compreender as iniciativas relacionadas ao ODR, é preciso olhar para o cenário de resolução de disputas que vinha se delineando desde o século passado (FERRARI, 2020, p. 24).

Deveras, não se trata de uma linha do tempo real, uma vez que despreza métodos primitivos de resolução de disputas e considera apenas a história recente. Foi no início do século XX, que o Judiciário passou a ser visto como principal lócus para a resolução de conflitos, uma vez resistida, a pretensão original. Contudo, já na metade do século XX, tornou-se claro que o Judiciário não era capaz de responder com a velocidade desejada a todos os conflitos que lhe fossem apresentados. Tampouco apresentar respostas satisfatórias, na maioria das vezes, tendo em vista a falta de conhecimento específico sobre o objeto da lide (FERRARI, 2020, p. 25). Assim, dispõe, Ferrari, acerca dos métodos alternativos:

> E quando começam a ganhar força os chamados Alternative Dispute Resolution systems (ADR) - em português, meios alternativos de resolução de disputas. Importantes doutrinadores, a exemplo de Mauro Cappelletti, propõem novas formas ideais de resolução de conflitos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem.
> Tais meios alternativos foram, desde logo, muito celebrados; fosse pela possibilidade de tratamento não conflituoso, pela expertise do árbitro, ou mesmo pela simples oportunidade de escapar às limitações trazidas pela estrutura do Poder Judiciário (FERRARI, 2020, p. 25).

Em que pese o exposto, não tardou para que se percebesse que os ADR, em sua forma tradicional, também continham limitações relevantes. Afinal, embora dispensassem o comparecimento à Corte e a intervenção de um agente público, esses meios de resolução dependem da presença das partes e de um terceiro, em determinado espaço físico e certo momento temporal.

Ora, num mundo cada vez mais globalizado e hiperconectado, em que as interações acontecem globalmente, em ambiente virtual, de forma assíncrona, muitas vezes, a ideia de reunir os envolvidos em um litigio, em determinado local e em momento certo, não é das mais simples de se executar (FERRARI, 2020, p. 26).

Nesse contexto, então, começou-se a pensar em mecanismos online de resolução de controvérsias, os chamados Online Dispute Resolution Systems (ODR). Assim, se, por um lado, as inovações aumentaram o número de disputas e litígios (pela facilidade de se estabelecerem relações de forma rápida), a tecnologia vem sendo empregada também para o desenvolvimento de novas e mais eficazes formas de resolução de conflitos. Sobre o tema, Ferrari ressalta o *eBay* enquanto exemplo de

ODR (FERRARI, 2020, p. 26):

> O exemplo mais significativo de ODR diz respeito ao sistema desenvolvido pelo eBay. Esse sistema conecta compradores e vendedores, permitindo a resolução de mais de 60 milhões de disputas por ano, com uma taxa de satisfação superior a 90%.
> Se fosse uma Corte, o sistema de resolução de disputas do eBay seria a maior Corte dos Estados Unidos; o maior juizado de pequenas causas do mundo. O eBay, de fato, resolve mais processos do que toda a Justiça Federal Americana (FERRARI, 2020, p. 26).

Dentro desse sistema de ODR, a abordagem do conflito é feita de forma escalonada (*staircase approach*), em que algumas preocupações pré-estabelecidas vão sendo endereçadas por etapas. A primeira dessas preocupações é evitar que o conflito ecloda. Para isso, oferece ao consumidor insatisfeito um banco de respostas para as reclamações mais comuns, antes que seja necessário envolver a outra parte. Quando não é possível encerrar-se o problema nessa fase, o algoritmo passa a tentar a mediação online, conectando as duas partes envolvidas e perguntando, na linguagem mais natural possível, em que consiste o conflito (FERRARI, 2020, p. 27).

Desde esse momento, em que comprador e vendedor estão conectados através de um software, já é possível apresentar propostas de conciliação. De acordo com as informações trazidas pelas partes, o próprio sistema começa a Identificar pontos de possível acordo e sugere determinadas soluções. A terceira etapa, então, transforma a mediação frustrada em arbitragem. A decisão levará em consideração todas as informações imputadas nas fases anteriores. Portanto, em suma, o objetivo é solucionar a disputa da forma mais rápida possível, com pouco ou nenhum envolvimento humano, o que ocorre, em média, em 90% dos casos (FERRARI, 2020, p. 27). Nesse sentido:

> À medida que o eBay soluciona milhões de conflitos por ano, o algoritmo acaba por aprender com os dados imputados, aprimorando-se constantemente.
> Isso porque as disputas guardam determinados padrões que são percebidos pelo sistema e levados em conta, não só no que se refere às disputas, propriamente ditas, mas, também, em relação ao tipo de propostas que costumam ser aceitas ou rejeitadas, bem como quanto a reações dos consumidores às sugestões propostas e às decisões tomadas (FERRARI, 2020, p. 28).

Eis a importância do *big data*: um oceano de dados passa todos os dias pelo sistema, permitindo o rápido desenvolvimento de soluções cada vez mais precisas e

decisões mais adequadas. Interessante também notar que a efetividade das decisões e acordos realizados no ambiente do *eBay* é garantida por meio de débito direto em cartão de crédito, afinal, o site detém os dados financeiros dos litigantes desde a primeira transação. Se o desconto não for possível, a reputação do usuário fica prejudicada perante a comunidade de usuários do *eBay*, dificultando novas transações, podendo até mesmo levar à sua exclusão definitiva da plataforma.

De acordo com Ferrari, o “sistema de resolução de conflitos do eBay foi desenvolvido por Colin Rule, possivelmente, o mais importante nome no campo da prática de ODR em todo o mundo” (FERRARI, 2020, p. 28). E continua, abordando a plataforma Modria:

> É com base no sistema idealizado para o eBay, Colin Rule lançou uma plataforma chamada Modria. O Modria é um sistema de ODR que pode ser alugado por qualquer empresa, ou, até mesmo, por Cortes Judiciais ao redor do mundo.
> Modria é um anagrama para Modular Online Dispute Resolution Implementation Assistent (em português, assistente de implementação de resolução de disputas online modular).
> A ideia central desse sistema é funcionar de forma modular (em building blocks, como um "Lego" que é montado de acordo com a necessidade do momento). Existem quatro blocos principais que costumam ser utilizados para resolver conflitos, que variam de disputas eminentemente patrimoniais até questões mais complexas e emocionais como divórcio, guarda de filhos, etc. (FERRARI, 2020, p. 29).

Modria é um sistema de ODR que funciona em módulos, a partir da utilização de blocos. O primeiro bloco consiste no diagnóstico do problema (*problem diagnosis*), em cuja fase, que costuma estar presente no início de qualquer sistema online de resolução de disputas, muitas vezes, o conflito ainda não está propriamente instalado. Assim, o diagnóstico do problema torna possível entregar a informação sobre o fato para uma das partes ou, mesmo, para ambas. Nesse ponto, é importante refletir que muitas disputas ocorrem, porque as partes acreditam ter um direito que, na verdade, não têm. A informação correta, portanto, pode evitar ou encerrar um conflito (FERRARI, 2020, p. 29).

Quanto menor é a assimetria de informação entre as partes, maior é a chamada *zona de acordo potencial*. Alinhando suas expectativas, aumentam, as chances de que as partes cheguem a um acordo; daí a grande valia dessa primeira fase de diagnóstico do problema. Mesmo que o acordo não seja alcançado com a entrega dessa informação, o fato de as partes estarem na mesma página, quanto às

expectativas, pode trazer resultados positivos nas etapas seguintes (FERRARI, 2020, p. 29-30). Então, inicia-se a segunda fase:

> A segunda fase do Modria é a chamada TFN (Technology Facilitated Negotiation), negociação facilitada ou mediada por tecnologia. Ela tem lugar quando o mero recebimento da informação não se mostra suficiente para impedir o conflito que acaba por se instaurar (FERRARI, 2020, p. 30).

Nesse estágio, a tecnologia é empregada para estruturar a comunicação direta entre as partes de forma positiva. Um exemplo comum diz respeito a decisões sobre guarda de filhos. Não raro, quando em comunicação direta, as partes se desentendem e se perdem em discussões vazias. A comunicação facilitada pela tecnologia, por outro lado, elabora perguntas diretas, a fim de entender os melhores dias para cada um dos pais, compromissos relevantes e distribuição dos feriados.

Ou seja, a comunicação entre as partes é estruturada de forma positiva e produtiva. Note-se que, nessa fase, ainda não existe intervenção humana entre os litigantes. É de se observar que, via de regra, a comunicação na etapa de *technology facilitated negotiation* (TFN) é assíncrona, ou seja, as partes não conversam em tempo real.

Em atenção à importância do emprego da tecnologia para a resolução do conflito, pode ser chamada de "quarta parte imparcial" na disputa. Releva destacar, ainda, que parte fundamental do ODR decorre do fato de o sistema coletar dados a todo momento, avaliando que tipo de perguntas deve ser feito às partes: quais perguntas podem potencializar a chance de acordo e quais, nas experiências passadas, foram determinantes para a não realização de acordo (FERRARI, 2020, p. 32).

Se a tecnologia não tiver êxito em resolver o problema, facilitando o relacionamento entre as partes, passa-se ao terceiro módulo, que é a etapa da mediação online (*online mediation*). Trata-se de um processo mais tradicional, que conta com a intervenção humana de um terceiro neutro, capaz de auxiliar a negociação. Aqui, a tecnologia funciona como simples facilitador da interação – e-mail, Skype, videoconferência, entre outras (FERRARI, 2020, p. 33).

E, finalmente, a quarta etapa é a de avaliação. Nesse ponto, o sistema conclui com qual das partes está a razão. Merece observação, o fato de que se fala em *avaliação*, em vez de *decisão*, tendo em vista que a decisão não possui força cogente

em relação ao Poder Judiciário, e diversos, são os meios através dos quais, a decisão pode ser entregue: videoconferências, e-mails e outros recursos tecnológicos. Ferrari afirma, resumindo as fases apresentadas, que:

> Deve-se ter em mente que os módulos apresentados representam uma visão básica do sistema, que pode ser personalizado conforme o caso (por exemplo, com a adição de uma fase recursal). Essa é a ideia de case management.
> A noção de case management está presente, também, no processo judiciário, permitindo ajustar o rito ao direito vindicado, para que ele seja mais eficiente (FERRARI, 2020, p. 33).

Ao passo que, num primeiro momento, os mecanismos de ODR limitavam-se a transpor, para o ambiente virtual, as técnicas de AlDR, é certo que o desenvolvimento de inteligência artificial e *big data analytics* permitiu o avanço significativo na prevenção e solução eficaz de controvérsias. Dessa maneira, a geração moderna de ODR se vale dos influxos gerados pelo tratamento de dados, para descobrir caminhos mais eficientes para a resolução dos conflitos (FERRARI, 2020, p. 34).

Sabe-se que o sistema pioneiro no emprego de ODR foi o desenvolvido pelo *eBay*, seguido pela Amazon e pelo PayPal, e, eventualmente, adaptado para tratar de outros tipos de litígios. A inovação tecnológica impulsionará o uso de ferramentas de ODR, tanto no setor privado quanto público, ao redor do mundo e também no Brasil (FERRARI, 2020, p. 36).

Por derradeiro, e demonstrando que as ferramentas de ODR não existem apenas em outros países ou no setor privado, transcreve-se, a seguir, entrevista concedida pelo secretário nacional de defesa do consumidor, Luciano Timm, acerca de recente iniciativa de ODR no setor público brasileiro (consumidor.gov), que vem sendo muito bem-sucedida:

> Bem, nós temos uma plataforma de solução de disputas desenvolvida pelo Ministério da Justiça do Governo Federal, que se chama consumidor.gov.br. Ela foi desenvolvida em 2015 e nós assumimos, como uma das nossas metas, dinamizar o uso dessa plataforma. De fato, desde a nossa posse, nesses 5 meses (de janeiro a maio), aumentamos em 20% o uso dessa plataforma, aumentando o número de empresas cadastradas, mas mantendo a resolutividade alta que já havia no ano anterior, 2018. Em 2018, foram mais de 600 mil reclamações de consumidores com um nível de satisfatividade dos consumidores de 80% e um prazo médio de resposta de 7 dias. Na verdade, as empresas têm até 10 dias para responder, mas, na média, elas responderam em 7. Então, podemos dizer que é um caso de sucesso; é uma plataforma muito bem avaliada tanto no plano profissional -já ganhou vários prêmios, como o Innovare, entre outros e também tem reconhecimento acadêmico internacional, quando comparamos, por exemplo, com a

> plataforma europeia semelhante ao gov. Os dados que temos são de que tivemos 10 vezes mais atendimentos no consumidor.gov.br no ano passado. Seriam cerca de 60 mil atendimentos na plataforma europeia, e no consumidor.gov.br, que nós carinhosamente chamamos de gov., foram de 600 mil. Lembrando que estamos aumentando em 20% isso, já, e o que é mais interessante: mantendo o nível de satisfatividade dos consumidores, ou seja, 80%. Isso significa que as empresas estão investindo na plataforma, estão resolvendo os problemas dos consumidores, e os consumidores estão tendo um canal mais rápido. É interessante a lição antiga, mas, ainda atual, do professor Kazuo Watanabe de acesso à ordem jurídica justa. O acesso à justiça não precisa ser, necessariamente, ao Judiciário; então, acredita-se que essa plataforma dá um acesso à justiça aos consumidores e permite que eles resolvam suas disputas em prazo bastante exíguo, que seria muito melhor do que no Poder Judiciário - no caso especifico de demandas de consumo, de baixa complexidade, que seriam de Juizado Especial Cível. (FERRARI, 2020, p. 36).

Assim, inicia-se a introdução acerca da resolução de lide por meio virtual, apenas na forma de acesso, inexistindo, ainda, inteligência artificial para dirimir os conflitos. Iniciou-se, então, o processo, até a instauração das Cortes online, como se verá no próximo tópico.

6.3 Cortes online

Antes de mais nada, é de bom alvitre, dizer que as ferramentas de ODR vão além da simples transferência da disputa para o ambiente virtual. Numa perspectiva atual, é possível enxergá-las como instrumento de mudança de pensamento, uma nova maneira de endereçar os conflitos que se apresentam. Para além das iniciativas de ODR no comércio online – recomenda-se conferir as experiências desenvolvidas por sites como eBay, PayPal e Amazon –, seu potencial ultrapassa as questões meramente patrimoniais (FERRARI, 2020, p. 38).

Consequentemente, a incorporação das referidas ferramentas no Poder Judiciário é uma das principais causas para criação das Cortes online, que se referem a um movimento mundial, inserido num contexto de busca pela melhoria da prestação jurisdicional. Nesse sentido, esclarece, Ferrari:

> A penetração de tecnologia no Poder Judiciário revolucionou o cenário da década anterior: o processo eletrônico, por exemplo, que advogado e juiz trabalhem remotamente; a disponibilização de jurisprudência online trouxe um maior previsibilidade quanto aos resultados do processo; algumas funções de secretaria, sobretudo as ligadas à movimentação processual, também passam a ser automatizadas pelas versões mais modernas de processo eletrônico, está o sistema Eproc, da Justiça Federal, nessa vanguarda, etc.

> Tais avanços conferem maior liberdade aos agentes do processo, que, cada vez mais, deixam de exercer funções meramente burocráticas. Não se deve perder de mente que o novo Código de Processo Civil se baseou na noção de management, segundo a qual o juiz, na condição de diretor do processo, pode adequar o rito processual às peculiaridades do caso concreto. Semelhante poder foi conferido às partes, em comum acordo com o magistrado (FERRARI, 2020, p. 38).

Além disso, o uso de ferramentas tecnológicas de comunicação - a exemplo do e-mail e do WhatsApp - vem facilitando a comunicação de serventias judiciais com as partes e seus patronos, em hipóteses de urgência. A comunicação formal e informal tem sido culturalmente transferida para a forma virtual. Também há iniciativas desenvolvidas especificamente para o Poder Judiciário. O importante, em todo caso, é perceber a abertura das Cortes, no Brasil, para o uso da tecnologia, com o fito de aumentar a eficiência da prestação jurisdicional e reduzir seu custo.

Importante notar que, apesar desses avanços, não houve ainda um foco em desenvolver um novo *approach* para a resolução de controvérsias no cenário brasileiro. Entretanto, novas iniciativas vêm surgindo, inspiradas em experiências internacionais. Para Ferrari, o fator coadjuvante é o fato de que, no início do século XX, o Poder Judiciário era visto como o principal lócus para resolução de conflitos. Apesar disso, a necessidade de comparecer diante de uma Corte trazia dificuldades, pois a maioria das lides são levadas para o balcão do Judiciário (FERRARI, 2020, p. 39).

Proporciona-se, então, a popularização dos meios alternativos de resolução de conflitos (ADR), que superam essas limitações físicas e, ainda, permitem endereçar certos conflitos de forma mais adequada, seja pela maior expertise do decisor (árbitro, no caso de questões muito complexas), seja pelo endereçamento dos conflitos de forma a diminuir o nível de litigiosidade, visando à solução consensual (por meio de mediação ou conciliação, por exemplo) (FERRARI, 2020, p. 39-40).

Todavia, num mundo hiperconectado, não demorou para que as ferramentas de ADR, em sua forma tradicional, mostrassem suas limitações, tendo em vista que, embora dispensassem a presença na Corte e a atuação estatal, também referidos meios, assim como o Poder Judiciário, demandavam a presença física das partes em um determinado local e ao mesmo tempo. No período em que as relações são estabelecidas, muitas vezes, por fatores como fronteiras e fusos horários, esse tipo de ambiente de solução de conflitos deixou de ser o suficiente. Nesse contexto, a mesma tecnologia que permitia uma interação muito mais intensa – e, portanto, a

eclosão de mais conflitos - passou a ser pensada como um instrumento para auxiliar na resolução dessas disputas.

> Surgem, assim, os meios online de resolução de controvérsias (ODR), que apostam na tecnologia para mediar a comunicação entre as partes. As boas experiências no setor privado, como demonstram os exemplos do eBay, Amazon e PayPal, viraram referências.
> Nesse cenário, é natural que as pessoas comparem as suas experiências no setor público (quando precisam recorrer ao juizado especial e têm que se dirigir à sua sede, levar documentos, voltar para a audiência de conciliação e leitura de sentença) e no setor privado. O nome que se dá a essa comparação de experiências que não são idênticas, mas se assemelham é "expectativas liquidas" (FERRARI, 2020, p. 41).

A partir do momento em que se observam essas situações que se desenvolvem no setor privado, começou-se a questionar a viabilidade de incorporar ferramentas de ODR para melhorar a prestação jurisdicional, mudando o cenário das Cortes tradicionais e dando origem ao fenômeno denominado *Cortes online*. Nesse sentido, acerca da plataforma Rechtwijzer, implantada para solucionar causas de divórcio:

> Antes de conhecer as iniciativas relacionadas à implementação de ODR das Cortes, é importante conhecer todo o potencial de endereçamento de conflito das ferramentas de ODR, tendo em mente que a sua aplicação abrange situações que vão além do endereçamento de questões meramente patrimoniais.
> Um exemplo relevante de sistema de ODR é a plataforma Rechtwijzer, desenvolvida nos Países Baixos, inicialmente, voltada a intermediar causas de divórcio. Através de uma tecnologia denominada "separando juntos" (em livre tradução) o software tinha por pressuposto auxiliar as partes a alcançarem uma composição de forma menos dolorosa possível, mesmo para conflitos altamente emocionais. (FERRARI, 2020, p. 41).

Partindo do exemplo conferido na citação acima, nas lides de divórcio, a metodologia empregada consistia em fazer perguntas ao casal, em linguagem coloquial, restabelecendo a comunicação entre os ex-cônjuges de forma positiva e propositiva, esclarecendo às partes acerca de seus direitos e buscando acordo sobre os aspectos fundamentais a serem decididos. Quando, finalmente, atingia-se a composição, através do diálogo mediado, os termos do acordo seguiam para um advogado neutro escolhido pelo sistema. Em eventual hipótese de impossibilidade de acordo, o caso seria decidido por um terceiro imparcial, via arbitragem.

Muito embora tenha sido lançado originalmente para lidar com causas de divórcio, o Rechtwijzer logo se expandiu para tratar de relações condominiais (não há como negar que, também, tratam-se de conflitos bastante emocionais) e cobrança de

dívidas. Todo o custo para utilização da plataforma girava entre 500 e 1.300 euros, valor muito menor do que o valor a ser despendido pelo Estado, caso tivesse que prover assistência judiciária gratuita para ambos os envolvidos no conflito.

Segundo Ferrari, o Rechtwijzer foi lançado em 2014 e, por algum tempo, funcionou em paralelo ao sistema judiciário da Holanda. O próprio Ministério da Justiça passou a sugerir que as partes recorressem ao sistema alternativo antes de propor as ações judiciais (FERRARI, 2020, p. 42). Todavia, devido a dificuldades regulatórias e contínuos ataques pela advocacia, o Rechtwijzer acabou por ser descontinuado. Nesse ponto, é importante observar que, no campo da tecnologia, as boas ideias costumam voltar, já que, com o passar do tempo, o que parecia inviável financeiramente se torna barato, e o incompreendido pelos sujeitos da época pode se tornar um desejo da geração futura.

Destarte, em 2017, é desenvolvido um novo software, chamado de Justice42, uma brincadeira com a sonoridade dos números em inglês - *four two*, ou *quatro dois*, usado no lugar de *four two* -, que significam *para dois*. É baseado na mesma filosofia do Rechtwijzer, munido de novas tecnologias de inteligência artificial, que o tornaram ainda mais eficiente e bem menos custoso.

Outra importante iniciativa, desenvolvida nos Estados Unidos, consiste no software designado Turbo Tax. Seu objetivo é auxiliar o cidadão comum a fazer sua declaração tributária. Acerca do sistema, esclarece, Ferrari:

> A declaração ao IRS é bastante complexa; mesmo as declarações de isenção possuem cerca de 8 páginas, com muitos campos a serem preenchidos. Tal dificuldade faz com que muitos americanos de classe média tenham que recorrer, anualmente, a serviços de contadores.
> O Turbo Tax surge a partir dessa necessidade, reproduzindo as perguntas de interesse do governo em linguagem natural, a um custo menor do que o que seria cobrado por um profissional. De posse das informações necessárias, a ferramenta preenche automaticamente a declaração tributária nos campos apropriados, evitando eventuais erros que poderiam dar ensejo a multas significativas. Por essa razão, o slogan do Turbo Tax é *"tudo o que você precisa conhecer é você mesmo" (FERRARI, 2020, p. 43).

Pelo que se depreende, essas iniciativas demonstram que as ferramentas de ODR podem ser empregadas também para solucionar conflitos altamente emocionais (e, muitas vezes, de forma mais satisfatória do que o Poder Judiciário) e para simplificação de temas complexos, seja por meio da linguagem, seja pela acessibilidade ao cidadão comum. No universo do direito, essa noção é fundamental para o litigante, que, sem formação jurídica, deseje ingressar em juízo sem assistência

de advogado.

Considere-se que as boas iniciativas do setor privado inspiraram a penetração de tecnologia das Cortes de Justiça. Nesse primeiro momento, no entanto, a tecnologia foi empregada apenas para facilitar o desenvolvimento do processo, e não para repensá-lo, não apenas pela questão cronológica, mas, principalmente, pela aplicação ainda pouco arrojada de tecnologia. Chamam-se, essas iniciativas, de *primeiras iniciativas*. Mesmo com a aplicação modesta de tecnologia, essas iniciativas pioneiras tiveram resultados muito positivos, como demonstra, o exemplo da E-Courtroom, na Austrália:

> O primeiro exemplo relevante foi a instalação, em fevereiro de 2001, pela Corte Federal da Austrália, da chamada E-Courtroom. Ela trazia a possibilidade de peticionamento e manifestação das partes por meio de mensagens, muito semelhantes a e-mails, que eram arquivadas em uma espécie de quadro eletrônico, podendo ser respondidas pelo juiz também por meio de mensagens.
> Embora simples, o impacto da E-Courtroom foi muito significativo. E-Courtroom, nessa toada, permitiu reduzir o tempo de duração das audiências, havendo casos em que o juiz tomava decisões sem a presença das partes, porque o magistrado já tinha condições de conhecer o ponto conflituoso através das comunicações anteriores, agilizando o processo. Isso se mostra ainda mais significativo quando lembramos que a Austrália é um país de common law que, dentro dessa tradição, é muito valorizada a ideia do "dia na corte", e a concessão de decisões fora deste momento, altamente atípica.
> Uma crítica comum à adoção de ferramentas online pelas cortes diz respeito à potencial exclusão que gerariam a grupos especialmente vulneráveis. Neste ponto, o exemplo da E-Courtroom, também é interessante pela inclusão que promoveu em relação a uma população que normalmente tem dificuldades de acessar o Poder Judiciário daquele país: os aborígenes (FERRARI, 2020, p. 44).

A referida população de aborígenes, mencionada acima por Ferrari, vive em territórios isolados da Austrália, país de dimensões continentais, e, como ocorre com os indígenas brasileiros, têm direito originário sobre as terras que ocupam. Para a etnia, a possibilidade de demandar em juízo à distância eliminou a necessidade de deslocamento até os grandes centros. Por se tratar de uma população especialmente vulnerável, a experiência da Corte online representou um caminho adequado de acesso ao Poder Judiciário (FERRARI, 2020, p. 45).

Outra iniciativa relevante foi implantada em 2016, no Reino Unido, a UK Money Claim Courté, uma Corte online que permite que uma parte demande a outra acerca do pagamento de dívidas de até 100.000 libras (em valores atuais) (FERRARI, 2020, p. 45). O peticionamento acontece de forma eletrônica, e a parte adversa é notificada

para apresentar resposta ao pedido. Se permanecer inerte, o sistema considera que houve o reconhecimento da dívida, e aquele pleito adquire força executiva.

Fato é que a simplicidade e facilidade de peticionar por qualquer parte da Inglaterra – país em que os processos judiciais correm rapidamente e com efetividade – teve como efeito um aumento no adimplemento das dívidas, resolvendo, referida Corte, mais de 60 mil casos por ano. Todo o sucesso da iniciativa inspirou o complexo sistema de Justiça, sendo uma das razões que inspiraram o estudo em busca de uma reforma mais profunda do Poder Judiciário inglês.

Foi somente a partir dessas modestas iniciativas, que se começou a pensar em adotar a tecnologia para ir além e mudar a abordagem de questões através das Cortes online. Com efeito, atualmente, a tecnologia vem sendo empregada para redesenhar todo o processamento de demandas, eliminado etapas e buscando acordos eficazes para encerrar os litígios em curso. Consequentemente, nesse cenário, todo o sistema de Justiça submete-se a uma profunda reflexão, a começar pela definição do papel de Corte (FERRARI, 2020, p. 45).

Agora, após esclarecimentos acerca das provocações à gênese da Corte virtual, elucida-se melhor sua criação propriamente dita, valendo esclarecer, ainda, quanto às iniciativas mais recentes relacionadas ao mencionado fenômeno, conhecido como Cortes online, permitindo compreender melhor suas características e principais impactos no Poder Judiciário, inclusive brasileiro.

Forçoso ressaltar que o cenário atual correspondente ultrapassa a noção primitiva de uso da tecnologia simplesmente como meio de agilizar o processo. O objetivo passa a ser, então, redesenhar todo o sistema a partir da tecnologia. Nas iniciativas mais recentes, o que se vê, então, é uma transformação completa do *approach* quanto à maneira de pensar como a prestação jurisdicional é entregue para aquele que se utiliza do serviço. Um nítido exemplo (entre os mais marcantes ao redor do mundo) é o apontado alhures, a experiência do Money Clain, na Inglaterra, cujo sucesso inspirou, no país, uma reforma jurisdicional completa (FERRARI, 2020, p. 47).

No ano de 2015, a rainha da Inglaterra constituiu um grupo de trabalho encarregado de repensar o sistema judiciário inglês, denominado *ODR Advisory Group*. Foi capitaneado pelo professor Richard Susskind e elaborou um relatório que serviu de base para as reformas que se iniciaram já no ano de 2020. De acordo com a pesquisa, o grupo recomendou, inicialmente, a criação de uma Corte online que teria

por foco disputas de valor menor ou igual a 25 mil libras. De acordo com o relatório, as Cortes deveriam empregar ferramentas de ODR em três etapas (FERRARI, 2020, p. 48-49).

Inicialmente, o primeiro estágio remonta à ideia de *problem diagnosis*, empregada originalmente pelo sistema Modria, mencionado anteriormente, pelo qual as partes recebem informações sobre a causa, que lhes permitem conhecer o seu direito. Exemplo disso, são situações que normalmente dão ensejo à reparação de danos e o montante usualmente deferido em cada caso.

Na hipótese de frustração do acordo, nesse primeiro momento, passa-se à segunda etapa – a de facilitação online, em que um software media a comunicação entre as partes de forma ativa. Já em contato direto, as partes recebem recomendações sobre como agir em relação ao conflito. O objetivo dessa fase é promover acordos e evitar que a questão tenha que ser decidida por um juiz (FERRARI, 2020, p. 49).

Quando isso não for possível, tem início, o terceiro estágio, em que ocorre o julgamento online, presidido por um juiz. E a inovação, nesse ponto, está no meio de entrega da prestação jurisdicional: por e-mail ou mensagem. Ainda assim, caso não haja a necessidade da prática de atos que demandem a presença física das partes, podem se desenvolver em ambiente virtual (a exemplo de oitiva por videoconferência, envio de provas digitalizadas, entre outros).

> Segundo Susskind, a grande dúvida quanto à implementação das Cortes Online na Inglaterra é por qual das 3 etapas começar. De um lado, a opção pela avaliação online como primeiro passo permite que a parte receba, de pronto, toda a informação necessária sobre o conflito.
> Entretanto, para o professor, a facilidade de acesso ao sistema pode ser deletéria se ele não for capaz de gerar um crescimento de saída semelhante, por isso, na visão dele, seria mais produtivo começar a mudança pela etapa de julgamento online, que tem o potencial para aumentar significativamente o output do Poder Judiciário (FERRARI, 2020, p. 50).

A referida pesquisa do plano inglês inspirou-se, em boa medida, em uma iniciativa implementada há alguns anos na província canadense de British Columbia. Trata-se de *Civil Resolution Tribunal* (CRT)[9], tribunal administrativo inteiramente online, voltado à resolução de causas cíveis de baixo valor (FERRARI, 2020, p. 42).

[9] O CRT é considerado a experiência mais profícua em Cortes online de que se tem notícia. É importante lembrar que, mesmo sendo um tribunal administrativo, através de si, são julgadas causas que, no direito brasileiro, sistema de jurisdição una, seriam decididas pelo Poder Judiciário.

É a experiência mais profícua em Cortes virtuais e tem como responsável a canadense Shannon Salter, que explica em detalhes seu funcionamento:

> No ano de 2012, o tribunal foi criado para a resolução de pequenas causas e disputas condominiais. A abordagem em três fases, copiada em grande parte pela equipe de Susskind na Inglaterra, surge originalmente nesse contexto.
> Com efeito, na primeira etapa, a pessoa recebe as informações necessárias para a compreensão dos aspectos relevantes do conflito no qual ela se encontra envolvida. Essa fase, que é gratuita, recebeu o nome de "exploração de soluções" ou "explorador de soluções" (solution explorer).
> Se o recebimento da informação não é o suficiente para encerrar o conflito, a parte pode iniciar um caso no CRT. Nesse caso, há intermediação da conversa entre os envolvidos, através de um software, que também sugere soluções para o encerramento da controvérsia.
> Se mesmo assim as partes não acordam, passa-se à etapa final, de adjudicação, em que um juiz decide os casos residuais que não puderam ser resolvidos. (FERRARI, 2020, p. 51).

Aqui, vale destacar que o tempo para a resolução de conflitos via CRT, considerando as três fases, varia entre 60 e 90 dias, muito inferior, por exemplo, ao tempo de um processo semelhante no contexto brasileiro.

> Uma nota distintiva do CRT é a preocupação com o aprimoramento constante de seu mecanismo de prevenção de demandas. Assim, mesmo que as tentativas de composição (fases 1 e 2) sejam frustradas, os dados dessas etapas são colhidos e utilizados para fazer um diagnóstico do sistema e compreender as características que estimulam ou não as composições.
> Consequência disso é que, de tempos em tempos, as funcionalidades do sistema mudam, sobretudo, na primeira fase. Cite-se, a título de curiosidade, uma barra interativa que permitia à parte indicar seu grau de incômodo com a situação relatada. Em determinado momento, possivelmente por ser ineficiente, a barra foi retirada. Podemos, aqui, conjecturar que determinadas perguntas podem acabar por incitar uma insatisfação mais exacerbada - e, portanto, menos objetiva - do usuário do sistema.
> O design do sistema empregado pelo CRT funciona da maneira ilustrada figura acima: sempre tentando evitar que o conflito se instale, e, depois, que se progrida.
> Para tanto, a primeira etapa consiste em transmitir o máximo de informação para a parte, "diagnosticando" o seu problema, para que ela entenda se tem ou não o direito que pensa ter e, em caso positivo, dando a ela um panorama montante de uma eventual indenização. (FERRARI, 2020, p. 51-52).
>
> Se mesmo após o recebimento dessas informações, a parte deseja prosseguir e abre um caso no CRT, o sistema coloca as partes em contato, a fim de que possam resolver a questão entre si, pela via extraprocessual, evitando que o caso precise ser julgado.
> Se o julgamento se mostra necessário, o sistema busca evitar que este seja ineficiente. Se não for possível evitar essa situação, busca-se garantir, ao menos que haja uma execução (enforcement) eficiente. (FERRARI, 2020, p. 52).

Nota-se, aí, então, a preocupação com a prestação de um suporte também pós-

resolução de disputa, garantindo que a parte reconhecida como devedora efetivamente pague o que deve ao credor. Ainda é importante destacar que o sistema consegue endereçar o conflito de forma mais ampla do que o suporte prestado pelo Poder Judiciário, em razão de suas diversas funcionalidades. A linguagem atinge uma grande massa de pessoas, de forma relativamente agradável, sem impor barreiras para a compreensão e aceitação (FERRARI, 2020, p. 52). Segundo Ferrari:

> Transpondo a experiência para a realidade dos Juizados Especiais, sabemos que, em muitos casos, o volume de processos impede esse tipo de cuidado. O solution explorer funciona a partir de uma sequência de perguntas objetivas. Assim, a ferramenta entende a questão do usuário e dá a ele as informações necessárias. Um exemplo de sequência de perguntas é essa, que traduzimos livremente:
> Pergunta 1: "ok, vamos lá. Me fale o seu problema. Ele é referente a quê?".
> Exemplos de opção de resposta: emprego, bens ou serviços, seguros, danos pessoais, etc.
> Pergunta 2 (após opção pela alternativa "bens ou serviços"): "escolha a opção que melhor define o seu problema: bens e serviços - comprador; bens e serviços - vendedor".
> Mais adiante, segue-se a seguinte pergunta: "para que você comprou/contratou esses bens ou serviços?". A parte pode, então, esclarecer se para uso pessoal, para o seu negócio ou para outra finalidade.
> E, assim, através de pergunta cada vez mais específica, mas feitas em linguagem natural, o sistema coleta as informações necessárias para prestar orientação jurídica à parte (FERRARI, 2020, p. 53).

Não apenas se prevê se a parte tem ou não o direito vindicado, mas essa fase ainda conduz o usuário às exigências legais e à documentação necessária para, caso assim queira, litigar. Fornece, por exemplo, *templates* pré-prontos de documentos, como notificações extrajudiciais, para que a parte preencha apenas alguns dados. Além de prestar informações e auxiliar o cidadão comum na elaboração de documentos importantes para comprovação de sua situação - o que, conforme se sabe, é bastante complicado de realizar para muitas pessoas -, o sistema ainda possibilita que seja transmitida informação de qualidade sobre outras habilidades laterais necessárias para lidar com o conflito. Oferece um guia prático de negociação de conflitos que, embora traga *insights* e métodos de negociação dos melhores cursos do mundo, o faz em linguagem natural, com exemplos corriqueiros e aplicáveis até pelas pessoas de baixo grau de instrução (FERRARI, 2020, p. 53).

Pode-se entender que esse tipo de ferramenta permite um endereçamento do conflito muito mais holístico do que o possível dentro do Poder Judiciário. Existe, ainda, uma preocupação em educar as partes para lidar com os conflitos, mesmo que não surta um efeito imediato suficiente em termos de solução consensual para aquele

conflito em comento, ao menos propiciará um melhor preparo às partes para que lidem melhor com esse tipo de dificuldade em outras situações.

De acordo com Ethan Katsh e Orna Einy, autores do livro *Digital Justice* - uma das melhores obras sobre o tema -, existem três viradas promovidas no cenário das Cortes online (FERRARI, 2020, p. 54), sobre as quais, esclarece, Ferrari:

> A primeira delas é a mudança da percepção de Corte, de um local físico para um local virtual ou híbrido. Ora, se pensarmos na Corte como um serviço e prestado aos jurisdicionados, cabe questionar quão eficaz é obrigá-los a comparecer em local e data previamente designados para que recebam essa prestação. O emprego de tecnologia permite transferir algumas dessas prestações para o ambiente virtual, muitas vezes com ganhos no que se refere ao acesso à justiça, e à diminuição do tempo do processo e de seu custo.
> A segunda virada consiste no abandono da noção de que, para mediar relações humanas, é imprescindível haver intervenção humana. Processos automatizados podem facilitar e agilizar o processo (através de intimações automáticas após a decisão judicial por exemplo), indicar soluções (como sugestão de precedentes aplicáveis ao caso) e conduzir a decisão (redação de decisão, por exemplo).
> Nesse ponto, é natural que surjam questionamentos acerca de quando e quanto interessante substituir a decisão humana por algoritmos. Esse assunto será abordado com profundidade em nossos próximos artigos.
> Por fim, a terceira grande mudança é a passagem de um sistema de resolução de conflitos que valoriza a confidencialidade para um sistema em que haja coleta de dados com o fito de usar essa informação para prevenir disputas (FERRARI, 2020, p. 55).

Acontece que, em contraponto à confidencialidade que protege a parte em alguns casos concretos (como questões de família, nas quais é decretado segredo de justiça, por exemplo), é muito claro o foco dos sistemas de ODR em coletar e analisar macrodados (*big data analytics*). Em outras palavras, as experiências individuais, em larga escala, permitem que o sistema defina um perfil de litigantes em situações similares, antevendo e evitando o surgimento de novas disputas (FERRARI, 2020, p. 55).

Mas a grande virada, essa nova forma de fazer o direito, traz consigo a necessidade de redefinir alguns de seus conceitos básicos. Conforme questiona, Ferrari (2020, p. 55-56), por exemplo, como fica a questão da neutralidade judicial quando o próprio sistema passa a sugerir às partes patamares de acordo? Em países de common law, e a questão do *dia na Corte?* E, nesse novo cenário, o que dizer quanto à conformação dos princípios do contraditório e ampla defesa?

Além disso, quando se pensa em Cortes online, é de se destacar a existência de riscos inerentes às decisões tomadas por algoritmos, especialmente, referentes à

possibilidade de produção de efeitos discriminatórios com relação a grupos vulneráveis, e à opacidade de seu processo de decisão. Finalmente, não se pode esquecer de que existem muitas oportunidades relacionadas ao fenômeno das Cortes online, especialmente, à redução da litigiosidade, dos custos e à ampliação do acesso à Justiça.

6.3.1 O problema da nova tecnologia no Brasil

Com todas as considerações trazidas até aqui, chega-se ao cerne do problema proposto, que é a preocupação com o emprego de tecnologia para aperfeiçoar, cada vez mais, a experiência do usuário, uma realidade já no Brasil. A título de exemplo, ressalta-se que o ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2020, lançou o Plano de Transformação Digital, projeto de renovação da justiça, a partir da implantação de tecnologia, inclusive, com ferramentas de ODR (FERRARI, 2020, p. 54).

Entre as iniciativas recentes neste país, destaca-se a criação do Centro de Inteligência Artificial, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para melhoria do sistema Processo Judicial eletrônico (PJe). De igual modo, a implantação do sistema Victor, no STF, vem imprimindo maior celeridade ao exame dos recursos extraordinários interpostos, cabendo mencionar que referido sistema possui pretensões ainda maiores. Outras iniciativas menos divulgadas envolvem softwares em fase de teste, capazes de elaborar minutas de sentenças.

Sabe-se, ainda, que o presidente do STF (e, consequentemente, do CNJ), ministro Luiz Fux, possui igual predisposição para a modernização e a tecnologia como uma das formas de combater o cenário de litigância exacerbada no qual o país vive. Permite-se a impressão de que o ministro Luís Roberto Barroso é igualmente aberto a semelhantes ideias e vem estudando o assunto.

Assim, é possível prever que, de forma consistente, nos próximos cinco anos (que abrange o final da presidência do ministro Dias Toffoli e as presidências dos ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso), o cenário judicial brasileiro deve continuar mudando muito a partir da tecnologia. Em 2022, o presidente, ministro Luiz Fux, abriu o ano explorando o tema, ao afirmar que:

> Neste ano, também daremos sequência ao processo complexo, porém,

> instigante, de adequação do Poder Judiciário às agendas do nosso tempo, com enfoque à contínua digitalização dos serviços judiciais, a implementação da governança de dados, a concretude às pautas de direito internacional dos direitos humanos, e ao momento do desenvolvimento sustentável.
> No tocante ao uso de novas tecnologias, além de em 2021 o STF ter se tornado uma Corte Internacional com 100% dos seus serviços oferecidos à rede de mundial de computadores, necessitamos ir além.
> Nos próximos dias, lançaremos o programa "Carta Aberta", que revolucionará o modo como o Tribunal estrutura e disponibiliza dados públicos, tornando-os mais confiáveis, íntegros, completos e acessíveis em concomitância aos necessários pilares da transparência, da proteção de dados pessoais e da segurança da informação.
> Na mesma direção, o CNJ dará continuidade do acesso à democratização da Justiça Digital, precipuamente por meio do programa "Justiça 4.0"**, o qual abrange ações e projetos que entregam o uso de novas tecnologias, como a inteligência artificial e automatização** de fluxo dos tribunais do país (FUX..., 2022, grifo nosso).

Importa que, em comparação com demais países na vanguarda do tema das Cortes online, o Poder Judiciário no Brasil está bem avançado em termos tecnológicos, em que pese a reprovável carência de participação da sociedade nesse processo. Em outros países, normalmente, é apresentado um plano claro para a sociedade civil – contendo informações como custos envolvidos e responsáveis pelo desenvolvimento –, possibilitando que haja um debate ativo, e que as preocupações externadas pelo público sejam levadas em conta. Contudo, segundo Ferrari:

> Enquanto esse cenário de falta de transparência não mudar, é fundamental que o profissional do direito fique atento e se prepare para ingressar na nova realidade. Antes de ser uma vítima da mudança tecnológica, ele deve, desde logo, indagar-se como poderá ajustar sua atividade profissional para ser cada vez mais necessário, mesmo em um cenário de profundas e repentinas mudanças, que não costumam ser objeto de aviso-prévio.
> Lembre-se que o Brasil é um país com quase 100 milhões de processos em andamento, ou seja, é farto em matéria prima para a pesquisa de dados. De outro lado, não se tem uma cultura de proteção de dados; a informação está disponível para quem quiser usar. Então, o cenário é profícuo para as iniciativas digitais (FERRARI, 2020, p. 57).

A razão de implementação de ferramentas tecnológicas ocorre em todas as direções: de cima para baixo, a partir de iniciativas do CNJ que, muitas vezes, são implementadas contra a vontade de tribunais locais; e de baixo para cima, organizadas nos tribunais pelo trabalho da tecnologia da informação e por juízes de primeiro grau (FERRARI, 2020, p. 57).

Não se pode olvidar, ainda, que o emprego cada vez mais intenso de tecnologia pela iniciativa privada e pela advocacia pública também pressiona o Poder Judiciário a se adequar. Nesse sentido, torna-se imperativo encerrar lígios com a mesma rapidez com que surgem, a fim de que não se chegue a uma situação incontornável, piorando,

assim, a já difícil questão sobre a duração razoável do processo (FERRARI, 2020, p. 57).

Sobre a Inglaterra, muito se comenta nesse sentido, que tem um projeto bem estruturado de Cortes online e também sobre o *Civil Resolution Tribunal*, da British Columbia, que é uma grande referência.

6.3.2 Nos Estados Unidos da América

Importante é o exemplo do estado de Utah, nos EUA, o qual sofreu implantação definitiva de uma Corte online em setembro de 2018, havendo uma reavaliação de todo o processo judiciário. Antes de sua instalação, observou-se que uma ação judicial costumava passar por 48 etapas, e, a partir da reflexão sobre aquilo que deveria ser feito de forma essencial, o número de etapas foi reduzido para 17, tornando esse processo muito mais racional. Mesmo em ações de família, a referida Corte online conseguiu reduzir em 279 o número das audiências e aumentar em 22% o número de acordos pelo redesenho do sistema, utilizando a tecnologia (FERRARI, 2020, p. 59).

Já no estado de Ohio, uma Corte online foi utilizada para tratar de pequenas causas (causas de baixo valor) e causas tributárias, também com resultados muito profícuos: o percentual de acordos passou de 46% para 93%, e percebeu-se que 34% das pessoas – ou seja, mais de 1/3 dos jurisdicionados – acessavam essa Corte online fora do horário de expediente (FERRARI, 2020, p. 59).

Em Michigan, outro estado norte-americano, também foi criada uma Corte online para auxiliar no tratamento de causas criminais, fazendo com que os casos levem 20% do tempo originário. Então, tem-se a utilização da tecnologia para adiantar a análise desses casos, reduzindo o tempo que demoraria para ser julgado. Mesmo assim, a percepção de aproximadamente 8% da população é de que esse sistema continua sendo justo.

6.3.3 Ásia

Tal qual os estados norte-americanos retro citados, Singapura também implementou um sistema semelhante bastante avançado e integrado, em cujo país, as Cortes online vêm sendo empregadas para resolver disputas entre vizinhos e pequenas causas. Há uma preocupação muito grande em integrar todos os sistemas

e muita atenção em relação ao *case management*, ou seja, a ideia de se adequar o processo ao direito vindicado. Lá, também é possível peticionar e negociar com a outra parte virtualmente, além de ser possível acessar o teor da sentença, receber informações e fazer pesquisas (FERRARI, 2020, p. 62).

Muito semelhante, é o que ocorreu no Japão, quando foi implantado um sistema para lidar com processos cíveis. Houve uma preocupação em mapear tudo aquilo que as partes podiam fazer e repensar todos os momentos do processo. Essas etapas foram reestruturadas e organizadas em um fluxo, justamente para se entender quais fases poderiam ser automatizadas e quais são aquelas em que se poderia empregar a tecnologia para fazer com que o output (o resultado do sistema) pudesse ser produzido em menos tempo e com mais eficiência.

Outra referência no assunto é a China, onde foram implementadas as chamadas *Smart Courts*. De acordo com Ferrari (2020, p. 63), aproximadamente 75% das Cortes chinesas estão em ambiente virtual. Essa situação fez com que houvesse uma redução de 30% do trabalho burocrático dos juízes, e com que os erros judiciais fossem reduzidos em 12%.

> Há, agora, um sistema inteligente todo integrado, incluindo a fase de execução da sentença. O leilão de bens, por exemplo, pode ser realizado online e de forma unificada, e 73% dos bens arrematados são vendidos dessa maneira (um total de mais de 630 milhões de itens). Os bons resultados na China poderiam inspirar o cenário brasileiro, já que aqui a execução ocupa boa parte do tempo e dos recursos humanos empregados nos processos, muitas vezes, sem que se consiga chegar a qualquer resultado útil (FERRARI, 2020, p. 64).

É por ter uma numerosa população chinesa, que o país tem um potencial muito grande no que se refere à análise de dados. Atualmente, a China já tem mais de 150 milhões de casos em seu sistema online, e diversas correlações são entendidas a partir da análise desses dados, incluindo-se o perfil decisório de seus juízes, em consonância com a noção de controle que culturalmente existe na sociedade chinesa (FERRARI, 2020, p. 62).

6.3.4 Oceania

O país australiano igualmente é um ótimo exemplo, pois 70% de suas Cortes já são online. A ideia de personalização da jornada do usuário e de *customer*

experience são preocupações importantes dos australianos e estratégias para melhorar a relação do jurisdicionado com o Poder Judiciário (FERRARI, 2020, p. 64).

6.3.5 Europa

Não é diferente, na Europa, por exemplo, a experiência dinamarquesa, que implantou Cortes online para casos cíveis, que vão cobrindo todo o sistema de Justiça, o que é muito comum onde são implementadas. Seu uso é obrigatório, ou seja, a pessoa não tem opção de ir para outro tipo de juízo, que não o virtual. Vale dizer que esse serviço de implantação para os casos cíveis na Dinamarca gerou uma redução no prazo para entrega da prestação jurisdicional, a possibilidade de uma comunicação mais efetiva, mais consistência nas decisões e, de forma geral, um cenário muito positivo quando se pensa em avanços do Poder Judiciário (FERRARI, 2020, p. 66).

6.3.6 A reflexão sobre Cortes online

A professora Orna Rabinovich-Einy (Universidade Haifa), uma das maiores especialistas nesse assunto no mundo, apresenta uma conclusão sobre Cortes online, cuja reflexão destaca três passos básicos para sua implementação:

> Primeiro, a ideia de digitalizar os processos e disponibilizá-los online - o que já existe, de forma ampla, no cenário brasileiro, com poucas exceções.
> A segunda etapa pela qual se costuma passar é a fase da automatização. Então, os processos passam a ser parcialmente administrados pelas máquinas, de forma automática. Normalmente, se automatizam aquelas funções que são repetitivas (como as intimações que se seguem após as decisões judiciais) (FERRARI, 2020, p. 67).

No referido processo de automatização, permite-se que o software tome determinadas atitudes ou atue de forma padronizada. Ainda não se está falando de uma atuação muito arrojada, dominada pela inteligência artificial, mas que trata daqueles aspectos mais repetitivos e de delegação mais aceitável (FERRARI, 2020, p. 67).

> O terceiro passo parte da análise dos dados coletados do início ao fim do processo, para refletir sobre como se pode melhorar o sistema judicial a partir do que foi descoberto. Assim, serão examinados os desenhos processuais que aumentam ou diminuem a litigiosidade para definir, por exemplo, se faz sentido cobrar todas as custas no início do processo, ou ir cobrando a cada

> nova atuação da parte - e essas escolhas podem ter reflexos significativos na taxa de acordos. Mesmo nesse cenário básico, em que não se emprega inteligência artificial para a tomada de decisões propriamente dita, a Professora Rabinovich-Einy aponta alguns riscos e traz alguns benefícios para nossa reflexão (FERRARI, 2020, p. 67-68).

Sempre que esse ponto é trazido à baila, é preciso refletir se, realmente, essa empatia é desejada. Pode-se questionar: "será que desejo um Poder Judiciário em que se eu for julgado pelo juiz titular, ele vai ter uma opinião, e, pelo juiz substituto, ele vai ter outra?" Questiona Ferrari (2020, p. 68). Que empatia é essa que eu quero? Será que eu não quero ser tratado simplesmente como devo? Será que, mesmo que eu perca um processo que caia com um determinado juiz, eu não me sentiria mais seguro em saber ou em ter clareza sobre aquilo que eu poderia esperar do meu Judiciário? Ou seria melhor que, em uma loteria da vida, eu pudesse ganhar? Então, será que essa perda de empatia é realmente um problema? Será que essa empatia é necessária? É um ponto interessante para reflexão (FERRARI, 2020, p. 67-68).

Para a professora Orna:

> [...] Em algumas situações, transferir essa atividade para a máquina pode gerar uma redução de preconceitos. Ela traz um exemplo concreto, uma situação relativa à aplicação de penalidades para infrações de trânsito praticadas por motoristas jovens. Através de uma pesquisa, percebeu-se o seguinte: aqueles jovens que eram pegos cometendo infrações de trânsito, quando levados à presença de um juiz, tendiam a ter penalidades muito mais altas do que as aplicadas a uma pessoa de idade mediana ou um pouco mais avançada, por conta de um bias (preconceito) que se tem contra jovens dirigindo. Esse preconceito judicial atingia esses jovens e gerava a aplicação consistente de punições mais altas, sendo que a pouca idade não deveria ser fator de aumento das penalidades. Nesse tipo de situação, o emprego de softwares consegue reduzir os preconceitos (FERRARI, 2020, p. 69).

Entretanto, o benefício mais claro das Cortes online diz respeito ao potencial aumento do acesso à Justiça, ao seu exercício de forma mais efetiva e a um custo muito menor. Essas Cortes costumam possibilitar, também, uma previsibilidade maior com relação ao resultado do processo e quanto ao tempo de julgamento. A equação - tempo e resultado do processo - tende a ficar um pouco mais ajustada quando se começa a empregar a tecnologia para automatizar algumas etapas e para repensar, de forma geral, todo o procedimento judicial.

Esse é um panorama daquilo que está acontecendo no mundo. Como visto, em vários estados norte-americanos, além de diversos países europeus e asiáticos, é possível identificar um movimento consistente de empregar ferramentas tecnológicas e análise de dados para reformar a maneira de prestar o serviço jurisdicional. Para

melhor exemplificar a etapa da automatização, embora não atuante, a inteligência artificial, a referida etapa pode trazer prejuízos, segundo demonstra o processo de Habeas Corpus n. 626196/MG (2020/0299427-9), autuado em 14 de novembro de 2020, que tramitou recentemente no Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> IMPETRANTE: THIAGO AERCIO DE QUEIROZ
> IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> PACIENTE: JURANDIR MIRANDA DE SOUZA
> INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> Assunto(s): DIREITO PENAL, Homicídio Qualificado, Crimes contra a vida.
> Relator: JOEL ILAN PACIORNIK - QUINTA TURMA
> Ramo do Direito DIREITO PENAL Tribunal de Origem TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> Números de Origem: 04696914820188130105, 105180469691, 4696914820188130105. Última fase 05/02/2021 - Juntada de Certidão**: Certifico que, por equívoco, houve certificação pelo Sistema Automatizado** de Intimações (SISTEMA JUSTIÇA SERVIÇOS AUTOMÁTICOS), durante o recesso/férias forenses de 2020/2021, de intimação(ões) tácita(s) neste feito. Certifico, ainda, que em razão disso torna-se SEM EFEITO tal(is) certificação(ões). (BRASIL, 2021, grifo nosso).

O sistema de automatização não previu o feriado, intimando as partes contra autorização legal. Isso concatena vários defeitos, como multa ao advogado, prescrição, prisões indevidas e várias outras hipóteses de ocorrência negativa pela influência da equivocada contagem de prazo originada pelo sistema virtual de automatização.

Não apenas o erro do sistema virtual automatizado do STJ em destaque. Mas, antes disso, o impetrante precisou, logicamente, *impetrar* o habeas corpus de forma a distribuí-lo na Justiça, através do sistema de distribuição virtual do tribunal. Protocola-se virtualmente a peça inicial (petição inicial do habeas corpus) e o instrumento, composto pelos anexos de documentos comprobatórios dos fatos narrados na petição vestibular.

Ocorre que, quando era físico, o impetrante anexava os documentos na forma de grampeamento físico, devendo instruir com tudo o que importa para a ampla defesa, naquele caso do habeas corpus em comento, configurando a plenitude de defesa, por se tratar de caso de tentativa de homicídio.

Pois bem. Já no sistema virtual para protocolar o instrumento, o impetrante fica restrito à quantidade e qualidade de documentos que a plataforma aceita e exige. No caso em tela, o impetrante reclamava junto à terceira instância a inércia da segunda, em processá-lo e julgá-lo, o que causava excesso de prazo de prisão preventiva, eis que aguarda preso o trâmite.

O sistema virtual do tribunal exigiu que se anexasse a suposta decisão de segunda instância, a qual inexistia, sendo justamente a ausência de decisão, a causa do habeas corpus, o qual o STJ não conheceu até o momento. Nesse sentido:

> RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
> IMPETRANTE: THIAGO AERCIO DE QUEIROZ
> ADVOGADO: THIAGO AÉRCIO DE QUEIROZ - MG121586
> IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> PACIENTE: JURANDIR MIRANDA DE SOUZA (PRESO)
> INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> DECISÃO
> Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em benefício de JURANDIR MIRANDA DE SOUZA, contra acórdão atos do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.
> Extrai-se dos autos que o paciente foi preso cautelarmente, em 2018, e, posteriormente, condenado à pena de 16 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito de homicídio tentado contra sua companheira. A defesa
> interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça, que permanece concluso desde março de 2020.
> No presente writ, a defesa sustenta que os motivos para a prisão do paciente hoje não são novos, inexistindo fundamentos concretos para a manutenção de seu cárcere. Assegura o descaso com o paciente diante do tempo de custódia preventiva, mormente em razão da pandemia.
> Pugna pela concessão de liminar para a revogação ou substituição da prisão preventiva do paciente ou pela concessão de prisão domiciliar, diante da necessidade e oportunidade de emprego profissional em favor da família que sustenta.
> É o relatório. Decido.
> **O writ, conquanto impetrado por profissional legalmente habilitado, está deficientemente instruído**. **Não foi indicado qual seria o ato coator e nem juntada aos autos cópia do decisum atacado**, documento essencial à exata compreensão da controvérsia e ao exame da plausibilidade do pedido. **Cabe ressaltar que em razão da celeridade do rito do habeas corpus, incumbe ao impetrante apresentar prova pré-constituída do direito alegado, sob pena de não conhecimento da impetração**.
> Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes, entre outros:
> PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INTERROGATÓRIO DOS RÉUS. OBSERVÂNCIA DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 57 DA LEI N. 11.343/2006. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. LEI ESPECIAL QUE SE APLICA À HIPÓTESE. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA.
> 1. O habeas corpus, em sua via estreita, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas que permitam sua análise, uma vez que não admite dilação probatória.
> 2. Hipótese em que, ausente o decreto de prisão preventiva, resta impossibilitado o exame de eventual constrangimento ilegal decorrente da medida extrema.
> 3. A especialidade da disposição contida no art. 57 da Lei n. 11.343/2006 prevalece sobre a regra geral do Código de Processo Penal (art. 400), de modo que o interrogatório do réu deve ocorrer antes da oitiva das testemunhas.
> 4. Em obediência ao princípio pas de nullité sans grief, que vigora no processo penal pátrio (art. 563), não se declara nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para nenhuma das partes. Precedentes.

> 5. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido (RHC 37.373/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 09/09/2015)
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE.
> AUSÊNCIA DA DECISÃO QUE DECRETOU A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. I - Impede o conhecimento do recurso em habeas corpus a insuficiência na sua instrução, notadamente como na hipótese, onde não foi juntada pelo recorrente a cópia da r. decisão que decretou a sua prisão preventiva (precedente).
> II - Uma vez que o MM. Juízo de 1º grau inferiu – de maneira devidamente fundamentada - que houve o efetivo exercício da traficância, infirmar a condenação do paciente com vistas à absolvição do delito demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fáticoprobatória, o que é vedado na via eleita (precedentes do STF e do STJ).
> Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido (RHC 60.757/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 24/09/2015). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.
> 2. "Constitui ônus do impetrante a correta instrução do habeas corpus, mediante prova pré-constituída, cabendo-lhe colacionar, quando da impetração, as peças necessárias ao deslinde da controvérsia, de sorte a demonstrar o alegado constrangimento ilegal. Precedentes do STF e do STJ" (AgRg no HC 278.141/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 25/11/2013).
> 3. A alegação de excesso de prazo para a formação da culpa não foi analisada pelo Tribunal de origem, sequer foi arguida nas razões dos dois habeas corpus precedentes impetrados na origem, circunstância que impede o Superior Tribunal de Justiça de apreciar diretamente a matéria, consoante dispõe o art. 105, II, da Constituição Federal, sob pena de Configurar indevida supressão de instância.
> 4. Habeas corpus não conhecido (HC 321.025/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 12/08/2015).
> Por tais razões, nos termos do art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente o presente habeas corpus. (BRASIL, 2020b).

Observa-se que o ministro do STJ recobrou ao impetrante que é deste, o dever de juntar os documentos, não de um robô, o que é mais um motivo para não se restringir aos impetrantes o que deve ser anexado, deixando livre. Habeas corpus são impetrados quando o sujeito se vê impedido de ir e vir por motivo ilegal advindo de alguma autoridade coatora. No caso do paciente em espeque, o acusado estava preso

aguardando ser julgado pela segunda instância, e o processo, para tanto, estava paralisado há bastante tempo junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Só é possível impetrar habeas corpus reclamando a prisão ilegal por excesso de prazo, ante à inércia do Judiciário de segunda instância, de modo que não poderá haver, então, decisão para atacar, mas a ausência desta. Agora, imagine a quantidade de acusados pacientes impossibilitados de impetrar habeas corpus por excesso de prazo gerado pela paralização processual, já que o sítio eletrônico do STJ não permite fazê-lo sem a juntada de decisão para atacar.

Assim sendo, o referido impetrante opôs embargos de declaração, visando a sanar o equívoco do ministro, e o tribunal reconheceu o erro, acolhendo o recurso:

> RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
> EMBARGANTE: JURANDIR MIRANDA DE SOUZA (PRESO)
> ADVOGADO: THIAGO AÉRCIO DE QUEIROZ - MG121586
> EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
> EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> DECISÃO
> Trata-se de embargos declaratórios opostos contra a decisão desta relatoria que indeferiu liminarmente o presente habeas corpus.
> O embargante sustenta que o que se reclama é justamente a inexistência de decisão e de trabalho judicial para desempenhar o processo de apelação.
> Assim sendo, a inércia é uma resposta tácita e indireta de que não se julga o paciente, diante do processo de apelação recebido em outubro de 2019, concluso com a autoridade coatora desde março de 2019, sem movimentação.
> **Requer sejam acolhidos os embargos com o fim de sanar a contradição sobre a falta de decisão atacada na forma que se apresentara e quanto à falta do paciente e apontar a autoridade coatora.**
> **É o relatório. Decido.**
> **Há razões para o processamento do feito.**
> **O alegado excesso de prazo para o julgamento da apelação não depende da apresentação do decisum atacado.**
> **Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.**
> Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
> No caso, ao menos em juízo perfunctório, não é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado ou, ainda, a presença do fumus boni iuris e do periculum in mora, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.
> Confundindo-se com o mérito, a pretensão deve ser submetida à análise do órgão colegiado, oportunidade na qual poderá ser feito exame aprofundado das alegações relatadas após manifestação do Parquet.
> Por tais razões, acolho os presentes embargos declaratórios e indefiro o pedido de liminar. [...] (BRASIL, 2020a).

No bojo desse movimento, não há dúvidas quanto à necessidade de se

repensar o processo, diminuir o seu número de etapas, racionalizar e usar a tecnologia para substituir a atividade repetitiva de juiz, para colocar as partes em contato ou mediar a relação entre si.

Entretanto, o que acontece quando se sai desse senso comum para pensar em uma abordagem ainda mais arrojada, como a utilização de softwares que empregam inteligência artificial para decidir, ou, ao menos, para sugerir ao juiz uma decisão? O que acontece, por exemplo, quando se começa a usar um software para decidir questões relativas à liberdade e à propriedade? E definir se determinada pessoa tem alta chance de reincidência ou não, e, portanto, deve responder ao processo presa ou solta? (FERRARI, 2020, p. 72).

Também, quais são os problemas que surgem quando a inteligência artificial está ajudando o Poder Judiciário nesse tipo de tarefa? E já que esse parece ser o futuro, eis que esse tipo de aplicação já vem sendo empregado e discutido em conferências pelo mundo, como desenvolver algum tipo de regulação para tentar minorar esses desafios? Essas são questões de problemas maiores, produzidas por uma etapa mais avançada, não apenas pelo sistema de virtualização, mas pela inteligência artificial, que é o principal problema trabalhado nesta tese, as quais merecem capítulo próprio, conforme se observará em breve.

7 A APLICAÇÃO DE ALGORITMOS NA TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS

Se o Direito é uma ciência social aplicada, é claro que a profunda mudança nas formas de fazer e de viver em sociedade o afeta. Os desafios que a tecnologia lhe coloca estão em toda a parte, isto é, no campo da propriedade intelectual, com as inovações criadas a partir do emprego de inteligência artificial, na seara regulatória, em que a velocidade da mudança não permite uma compreensão minimamente segura das consequências e riscos envolvidos na aplicação de novas tecnologias, no Direito Civil, em relação a desafios trazidos pela biogenética, no Direito do Trabalho, a partir das novas relações em que os polos empregador-empregado não parecem mais ser aplicáveis e, é claro, no campo do Direito Penal.

Por se tratar de um fenômeno hoje, cujo o período revebe a Escola Funcionalista no Direito Penal, o presente capítulo apresenta um paralelo de como atua a IA, e Direito Penal moderno, pela Escola Funcionalista, sobretudo fundamentada pelo direito penal do inimigo.

Destarte, neste capítulo, busca-se tratar do emprego de algoritmos para tomada de decisões, tendo em vista que vêm sendo utilizados cada vez mais para substituir as decisões tomadas por seres humanos nos campos público e privado (FERRARI, 2020, p. 71).

Antes de qualquer consideração sobre o tema, entender o funcionamento dessas ferramentas é o primeiro passo para que se possa estar atento aos riscos que podem representar e às possibilidades que podem trazer para o aprimoramento dos processos decisórios, além, ainda de algumas situações da vida cotidiana em que esses algoritmos já são empregados. A análise presente objetiva pensar para o futuro por uma possível regulação de algoritmos – trazer a compreensão da sua forma de operação, riscos e limites para a realidade do Direito e das políticas públicas.

7.1 Definição de algoritmo

Uma das melhores definições de algoritmo, até mesmo por sua simplicidade, é empregada por Pedro Domingos, segundo o qual, "algoritmo é uma sequência de instruções que vai dizer a um computador o que fazer", conforme Ferrari (2020, p. 71). Tem-se, então, o *input*, que são os dados que entram no sistema e são processados pelo algoritmo, produzindo um resultado que se chama de *output*. Ou seja, os dados

saem de um ponto inicial para chegarem ao ponto final, e o algoritmo é justamente a sequência de passos que precisam acontecer nesse percurso.

Podem ser divididos em dois tipos fundamentais: os programados e os não programados. Os algoritmos programados são aqueles que têm todas as etapas da sua programação definidas pelo programador, que sabe exatamente os caminhos que a informação vai traçar quando entra no sistema até o momento em que sai. Esse tipo de algoritmo não é interessante para a presente abordagem, porque, caso surja algum problema, poderá ser reconduzido à atividade do programador, que tem todo o controle da forma como operam (FERRARI, 2020, p. 73).

No caso presente, o que interessa é o segundo tipo de algoritmo, os não programados. São os chamados *learners*, algoritmos que empregam *machine learning* (aprendizagem de máquinas) ou, em outras palavras, inteligência artificial.

> Nesse caso, em vez de programar as etapas da operação do algoritmo, "carrega-se nele a informação (input), bem como o resultado desejado (output), e o algoritmo fica encarregado de descobrir como sair da informação e chegar ao output, o que faz por tentativa e erro.
> Quando o algoritmo chega ao resultado desejado, reforça aquele caminho mais assertivo - na conta matemática que emprega. E, assim, através dessas operações, o algoritmo vai ajustando as suas variáveis, e faz aquilo que conhecemos como “se programar” – ou criar a sua própria programação.
> Entre os algoritmos não programados - aqueles que empregam Machine Learning, também se pode destacar dois tipos: os supervisionados e os não supervisionados.
> Ambos nos interessam, porque apresentam os desafios para se entender todas as potencialidades associadas à Inteligência Artificial.
> Nos algoritmos supervisionados, o input é selecionado pelo programador. Ou seja, aqui estamos tratando de dados lapidados e previamente escolhidos por seres humanos.
> Em outras palavras, é carregado um conjunto de dados rotulados para que o próprio algoritmo vá mapeando aquelas entradas e os caminhos até que tente encontrar uma maneira de chegar àquele output, àquele resultado desejado (FERRARI, 2020, p. 74).

Como exemplo prático, uma aplicação muito comum deste tipo de algoritmo supervisionado são os softwares que os bancos empregam para fazer score de crédito de seus clientes, decidindo quem receberá ou não empréstimos, e em qual montante. Para definir essa questão, os bancos precisam, basicamente, entender quando o risco de inadimplência é suficientemente alto (FERRARI, 2020, p. 74). E como fazê-lo, então? Treinando o algoritmo com alguns casos pretéritos, como ilustra, Ferrari:

> Por exemplo, imaginemos a situação de Maria, 30 anos, renda de x, que pediu um empréstimo de R$20.000,00 (vinte mil reais). Digamos que, naquele caso, ela tenha sido inadimplente. Pensemos, agora, em João, 45 anos, renda de profissão tal, pediu R$1.000,00 (mil reais) de credito para devolver em tanto

> tempo, e pagou João (FERRARI, 2020, p. 75).

Segundo Ferrari (2020, p. 76), milhares de casos desse seriam utilizados para treinar o software. Seriam carregadas, as informações de Maria, rotuladas com o resultado desejado (inadimplente), bem como as de João, com um resultado de adimplente. Depois de receber as informações assim rotuladas, o algoritmo sozinho irá, por correlação, analisar quais características levam à adimplência ou à inadimplência. Após ser treinado, então, estará apto a sugerir se o crédito deve ou não ser cedido para uma nova pessoa.

7.1.1 Funcionamento dos algoritmos supervisionados

Há uma espécie de estruturação que costuma empregar esses algoritmos supervisionados, são as chamadas redes neurais artificiais com *backpropagation*. Como visto alhures, essa espécie carrega no sistema os vários *inputs* (que estão sendo utilizados para treiná-lo), bem como o resultado desejado (indicado na imagem como *output layer*, o resultado). Recapitulando, o sistema, através de tentativa e erro, tenta ir do *input* ao *output*, e, quando consegue, faz a atividade de *backpropagation*, ou seja, volta naquele caminho inicial que conseguiu chegar ao resultado certo para reforçá-lo na conta matemática, a fim de conferir mais peso a esta (FERRARI, 2020, p. 76).

É, então, programado para atingir o resultado desejado. Ou seja, o resultado não é fruto de análise de ciências humanas, muito menos de ciências sociais aplicadas, mas exatas. Ainda que o utilize para dar respostas jurídicas, não deixa de decorrer da lógica das ciências exatas e de ser programado inicialmente. Acerca da estrutura algorítmica da rede neural:

> Esse tipo de estrutura algorítmica chama-se rede neural, porque ela funciona de forma muito semelhante ao aprendizado dos seres humanos. Então, por exemplo, quando uma criança está tentando aprender a fazer uma conta matemática difícil, ela passa um tempo tentando e, quando finalmente consegue, ela sente sensação de alívio e de felicidade, porque o seu cérebro liberou serotonina como recompensa. A serotonina funciona como reforço daquele caminho assertivo. (FERRARI, 2020, p. 76).

Quase sempre, o software que emprega inteligência artificial opera a partir de milhares - às vezes, milhões - de camadas, fazendo correlações ao longo do percurso

do *input* pelo sistema, e, como funcionam a partir de correlações, pode-se dizer que os algoritmos são probabilísticos. Mesmo em algoritmos supervisionados, portanto, essas muitas camadas e a operação probabilística (qual seja, a falta de uma noção deontológica que informe a decisão) fazem com que a tomada de decisões por algoritmos implique, necessariamente, na perda de compreensão humana sobre ao menos uma parte do processo decisório do algoritmo, sendo inviável ou muito difícil articular a lógica da decisão que permeia a operação, afirma, categoricamente, Ferrari (2020, p. 76).

É por essa razão que, quando se trata dos riscos que o emprego de algoritmos para a tomadas de decisões representa, é preciso refletir em que medida se utiliza a inteligência artificial para decidir sobre direitos centrais, como vida, liberdade e propriedade (FERRARI, 2020, p. 76).

7.1.2 Funcionamento dos algoritmos não supervisionados

Como visto, esse tipo de estruturação algorítmica é ainda mais complexo do que a categoria dos algoritmos supervisionados, pois o dado carregado no sistema não é selecionado, não entra rotulado. Contudo, apesar da complexidade maior, é muito útil para descoberta de padrões, e essa descoberta pode ser um objetivo em si mesmo ou um meio para se chegar a uma outra finalidade. Referida técnica de aprendizagem costuma ser muito utilizada na identificação de faces e de vozes e na criação de sistemas de decisão em espaço de tempo (FERRARI, 2020, p. 76).

Exemplo, são os desbloqueios de telefones celulares, interfones, catracas e outros que condicionam o reconhecimento facial, da íris ou da impressão digital. É esse aprendizado não supervisionado que vai viabilizar a criação de carros e de drones autônomos. Portanto, é um sistema de decisão muito rápido, cujos dados não são tratados antes de adentrarem o sistema. Acerca desse algoritmo, Ferrari aduz:

> Na área da saúde, por exemplo, essa técnica vai ser muito utilizada para o diagnóstico de doenças, como o câncer e a retinopatia, que é uma doença de vista.
> Então, esse tipo de algoritmo é ainda mais avançado, porque tem a capacidade de organizar as amostras, sem que exista uma classe predefinida. Por conta dessa complexidade, deu-se à forma de sua operação o nome de Deep Learning aprendizagem profunda (FERRARI, 2020, p. 77).

Na linha do que foi visto anteriormente, tanto os algoritmos supervisionados

quanto os não supervisionados são objeto do presente estudo e de preocupação, tendo em vista que, mesmo quando os dados são supervisionados – ou seja, mesmo quando a informação que entra no sistema está tratada –, a complexidade da operação de entrada para saída é tamanha, envolve tantas camadas, que não permite que o ser humano consiga, realmente, entender aquilo que aconteceu ao longo do processo decisório em questão.

Atualmente, no Brasil e em todo o mundo, é cada vez mais comum, a aplicação rotineira de algoritmos na tomada de decisões públicas e privadas, de forma geral. De fato, os algoritmos são úteis quando bem aplicados, isto é, como um acessório, uma ferramenta para melhor eficiência daquilo que o aceita. Isso porque o Direito é um ramo de ciências humanas – ou, como outros autores afirmam, das ciências sociais aplicadas –, não das exatas. O resultado de seus julgamentos depende do discurso, da lógica, de ponderações e debates ante o contraditório e a ampla defesa.

Atualmente, existem vários exemplos que podem ser citados enquanto de sucesso positivo do uso de algoritmos, como os classificatórios, que definem (ilustre-se aqui) qual vai ser o tipo de cartão de crédito oferecido para o correntista: Platinum, Black, ilimitado, entre outras modalidades; tudo isso a partir do seu perfil de crédito identificado. Também existem os algoritmos que definem qual valor de seguro-saúde o contratante precisa pagar, de acordo com seu histórico de doenças, idade ou sexo. Outrossim, também são empregados algoritmos para definir quem tem perfil mais adequado e quem será escolhido para determinada vaga de emprego.

Muito presentes, ainda, são os algoritmos recomendando determinados amigos nas redes sociais e a aquisição de certos bens ou serviços (como livros, por exemplo). Os algoritmos de *data mining*[10], por exemplo, já estão sendo usados correntemente para se descobrirem padrões relevantes ao comércio, estipulando se, para

[10] "Data Mining ou mineração de dados é um algoritmo utilizado dentro de uma grande base de dados para reconhecer padrões e regras que possam auxiliar na tomada de uma decisão. Ou seja, com o acúmulo de dados e informações geradas atualmente, muito conhecimento útil pode acabar se perdendo em meio a isso. É necessário analisar esses dados e buscar padrões, isto é, procurar por tesouros escondidos. É por isso que usamos o Data Mining. Este processo é composto por 3 áreas de conhecimento: Estatística Clássica, Inteligência Artificial e Machine Learning. A Estatística Clássica é a origem dos principais métodos utilizados na Mineração, como a análise de variância e distribuição normal. Já a Inteligência Artificial busca analisar os dados de forma similar ao cérebro humano. O Machine Learning é a junção dos dois conceitos citados anteriormente. Através desta técnica é possível induzir computadores a tomarem decisões, com a ajuda de algoritmos que reconhecem padrões estatísticos, e a se tornarem capazes de realizar previsões. Em relação a sua origem, é possível afirmar que o Data Mining ficou conhecido na década de 1990. Nesta época, as técnicas tradicionais já não eram mais eficazes para armazenar todos os dados de uma organização." (DIAS, 2020).

determinada pessoa, será indicada a compra de uma cama de casal ou uma cama de viúva; a compra de um sapato ou de um livro; de um carro esportivo ou estilizado para uso da família. Tudo isso para que os comerciantes não percam tempo e investimento com anúncios destinados a quem não integra seu público-alvo. Nesse sentido:

> Os provedores de internet, hoje, têm-se utilizado cada vez mais de algoritmos para decidir que tipo de informação vai permanecer nas suas plataformas e que tipo de informação vai ser banida. Então, esses algoritmos também estão influindo de forma significativa inclusive no direito de informação, de opinião e de manifestação.
> Até mesmo para questões relacionadas às saúdes física e mental já se têm algoritmos. Alguns deles conseguem prever, por exemplo, o aparecimento futuro de um quadro de depressão.
> É muito interessante - e, por vezes, assustador - o potencial desses algoritmos (FERRARI, 2020, p. 80).

Embora possa causar estranhamento, é fato, que os algoritmos também estão entrando com muita força no setor público, sobretudo, no Brasil. Ferrari traz um exemplo adotado nos Estados Unidos:

> Nos Estados Unidos, por exemplo, já há softwares utilizados para a predição de reincidência em crimes. Então, softwares que vão dizer se uma determinada pessoa tem risco de reincidir ou não e se, portanto, essa pessoa deveria, por ter risco de reincidir, responder ao processo presa ou se deveria, por não ter tanto risco assim de reincidir, responder em liberdade (FERRARI, 2020, p. 80).

E não se encerra por aí. Algumas escolas públicas de Nova York vêm utilizando algoritmos para definir quais são os professores que vão continuar dando aula no ano seguinte, por serem considerados bons. Claramente, esses algoritmos estão causando também alguns problemas, pois estão determinando, por exemplo, a demissão de professores que são muito bem avaliados por pais e alunos. Há, ainda, outros programas se espalhando, como os que possuem a função de definir onde serão alocados os agentes policiais, de acordo com os dados de criminalidade a partir de hora e local. São os softwares de polícia preditiva (FERRARI, 2020, p. 81).

Destarte, a prática está se expandido no setor público. No Brasil, pontuam-se os exemplos bem-sucedidos no Tribunal de Contas da União (TCU), que empregam os robôs Alice, Sofia e Mônica, os quais leem editais de licitação e contratos públicos para identificar falhas, valores que fogem do padrão adequado de preços ou cláusulas problemáticas, acendendo luzes de alerta que chamam a atenção dos analistas do TCU (FERRARI, 2020, p. 82).

Referidas ferramentas são muito positivas, pois, além da eficiência, destaca-se

o ganho de velocidade com sua aplicação. Ora, realizam a leitura de muitos contratos em um único dia, possibilitando identificar quase imediatamente, por exemplo, a falha em um edital, de forma que a contratação com respaldo nesse jamais chegue a ocorrer. Parece ser muito mais interessante, do que esperar o tempo humano de análise, para, posteriormente, ter-se que corrigir o mal feito.

Na triagem para detecção da existência de um edital de licitação com problemas, se chega-se ao resultado em um ou dois dias, e a licitação não acontece, tem-se uma determinada situação. Outro contexto muito diferente seria construído, se esse mesmo edital tivesse que ser examinado por um agente humano, que fosse descobrir seu problema somente daqui a três anos, quando a licitação já estivesse encerrada, o bem objeto, comprado, e o respectivo dinheiro pago já estivesse entregue. Logo, para quem desenvolve um trabalho de controle, como o TCU (com a tarefa de examinar vários contratos), a questão do *timing* também é fundamental. Acerca da atuação artificial em processos, ilustra, Ferrari:

> Recentemente, a Legal Labs, em parceria com a Procuradoria-Geral do Distrito Federal, criou a primeira robô-advogada do Brasil — Dra. Luzia – para ajudar os Procuradores do DF a entender quais dos processos de execução fiscal que estavam parados mereceriam um segundo olhar.
> Ainda nessa linha, o Supremo Tribunal Federal está fazendo testes com um software denominado Victor (em homenagem ao Ministro Victor Nunes Leal responsável pela organização da jurisprudência do STF). Esse programa, que também foi desenvolvido em parceria com a Legal Labs e a Universidade de Brasília, visa a examinar os recursos extraordinários apresentados ao STF para definir se as causas possuem ou não repercussão geral, requisito de admissibilidade do RE. (FERRARI, 2020, p. 82).

Ainda no Brasil, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro atua com um software para realizar execução e penhora automáticas, em relação ao qual, os advogados demonstraram notável incômodo, mas cujo resultado foi muito significativo. É sabido que alguns setores do poder público estão investindo em softwares até mesmo para redigir decisões, inclusive, sentenças, possibilidade que está sendo testada. Por isso, não se pode negar que se vivencia em um cenário onde existe uma expansão potencial dos algoritmos para a tomada de decisões, não apenas privadas, mas, também públicas (FERRARI, 2020, p. 82).

Portanto, muito interessa que se comece a entender quais são os principais riscos associados aos algoritmos, e, por meio do presente trabalho, busca-se compreendê-los, sobretudo, quando envolvidos na tomada de decisões, a começar por alguns exemplos concretos muito significativos.

Para melhor compreensão, o primeiro exemplo, bastante conhecido, é o da Tay, um *bot* criado pela Microsoft em 2016, lançado para conversar com as pessoas no Twitter, cuja ideia consistia em seu aprendizado a partir das conversas que desenvolveria. Assim que lançada, já se tratava de um *bot* educado, mas, em menos de 24 horas, em razão das interações que vivenciou na internet, tornou-se racista, machista e começou a fazer postagens em favor do Hitler. Diante desse quadro, a Microsoft precisou *desligá-lo* rapidamente (FERRARI, 2020, p. 83).

Já se pode, então, ter uma noção do que é o aprendizado dos algoritmos de inteligência artificial avançada, os quais aprendem e difundem o que detectam na sociedade, eis o perigo de sua aplicação no Direito. O segundo exemplo é o caso de Joy Buolamwini, que narrou sua história em um TED Talks[11], aluna de Ciências da Computação em uma universidade inglesa e que estava terminando sua graduação quando precisou criar, como trabalho final, um robô social – que interage com seres humanos.

Decidiu, então, criar um software capaz de brincar de *pikaboo*, uma popular brincadeira infantil inglesa, que consiste basicamente em cobrir o rosto e descobri-lo em seguida, momento em que se diz *pikaboo.* Para atingir seu objetivo, Joy se utilizou de um software aberto de reconhecimento facial – já que identificar o rosto descoberto era crucial para que a brincadeira virtual fosse bem-sucedida. Percebeu, com curiosidade, que, apesar de o programa funcionar com diversos amigos, era incapaz de reconhecer seu próprio rosto (FERRARI, 2020, p. 84).

Nesse caso, o robô social não funcionava com Joy por ser negra, e o software aberto utilizado como base para o reconhecimento facial pelo robô não conseguia identificar os rostos das pessoas negras. Descoberto o defeito do software-base, e apesar do incômodo perante a situação, Joy focou em terminar o trabalho, usando uma máscara branca, ou pedindo a ajuda de sua colega de quarto para checar o funcionamento do programa.

Somente anos depois, e já cursando seu PhD no Massachussets Institute of Technology (MIT), participou de uma competição em Hong Kong. Seus organizadores

[11] “Apesar de abranger alguns assuntos, como política, políticas públicas, educação, comunicação, saúde, entre outros, TED significa Tecnologia, Entretenimento e Design. Esses foram os assuntos centrais da primeira conferência, que aconteceu nos Estados Unidos em 1984, e que carrega o nome até hoje. TED é uma organização sem fins lucrativos com o objetivo de compartilhar ideias por meio das talks, ou, em português, conversas. As talks são um modelo de palestras mais curtas e eficazes para chamar a atenção para um único tópico.” (MUNHOZ, 2022).

decidiram, então, levar os competidores em uma sequência de visitas a startups locais que desenvolviam robôs sociais. Certo momento, em uma dessas, Joy percebeu, novamente, que era a única pessoa em quem o programa, que dependia de reconhecimento facial, não funcionava. Já desconfiada da razão, descobriu, estupefata, que o software-base utilizado em Hong Kong era exatamente o mesmo que havia utilizado em seu trabalho de conclusão de curso, anos antes, na Inglaterra (FERRARI, 2020, p. 84).

Tudo isso demonstra que a ausência de um *dataset* inclusivo em um software pode gerar um efeito discriminatório muito intenso, uma vez que o software tem o potencial de propagar o resultado problemático além de fronteiras, escalando a questão. Aprofundando nessa problemática, Ferrari corrobora com mais exemplos:

> Exatamente essa crítica que Cathy O 'Niel, cientista da computação, escritora e TED talker, faz. Ela chama os programas que tem esse efeito de Weapons of Math Destruction (armas de destruição matemática), exatamente por seu potencial replicador, além de sua forma de operação matemática.
> A terceira situação, em nossa opinião, é a mais sensível de todas. Trata-se do caso Loomis. Em 2013, Eric Loomis foi preso em flagrante no estado americano de Wisconsin, após furtar um veículo, evadir-se de um agente de trânsito e se envolver em um tiroteio.
> Como determina a lei, foi imediatamente conduzido à presença de um juiz para que este decidisse se Loomis deveria responder ao processo em liberdade (o que acontece quando se considera que o risco de reincidência é baixo) ou preso (caso a pessoa seja considerada perigosa).
> O juiz do caso decidiu negar a liberdade provisória a Loomis, e o fez fundamentando a sua decisão exclusivamente no output de um software de avaliação de risco que era empregado já há um tempo nas cortes estaduais.
> Inconformado com a decisão, Loomis vai ao Judiciário pleiteando que lhe sejam informadas as razões pelas quais foi considerado uma pessoa perigosa. O seu pedido é negado, e ele recorre à Suprema Corte de Winsconsin. A Corte também nega o acesso às informações, sob a justificativa de que o software é proprietário. Loomis, então, recorre à Suprema Corte dos EUA que, podendo escolher as causas que julga (writ of certiorari) decide que o caso de Loomis não está maduro para decisão (FERRARI, 2020, p. 85-86).

O caso trazido acima por Ferrari é muito delicado, pois o programa mencionado, denominado *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS), trata-se de um software privado, que funciona a partir de um algoritmo secreto, que nem os juízes que o utilizam têm acesso. E a situação se torna ainda mais sensível, a partir da veiculação da informação de que uma organização não governamental (ONG), a ProPublica, fez uma auditagem dos resultados do COMPAS e descobriu que estava enviesado contra negros. Ou seja, somente por ser negra, uma pessoa submetida à análise do COMPAS teria duas vezes mais chance

de ser considerada de alto risco do que uma pessoa branca. Esse era exatamente o caso de Loomis.

Segundo os critérios do COMPAS, não seria a questão étnica, mas o cruzamento de outras informações que faz com que se chegue ao mesmo resultado. Contudo, até a ProPublica descobrir esse fato com a auditagem de dados passados, muitos anos já haviam sido punidos pelo sistema (FERRARI, 2020, p. 86).

A situação exposta mostra como se deve ter cuidado quando algoritmos são empregados para decidir através de *machine learning*, porque, como existe uma parte da operação sobre a qual a atuação humana não possui controle, por vezes, é difícil perceber a existência de eventual problema. E é muito importante destacar que, ao mesmo tempo em que o emprego de algoritmos para a tomada de decisões traz diversos benefícios (como a redução do tempo, do custo, entre outros), também apresenta riscos que, muitas vezes, não são evidentes. Apenas pelos supracitados exemplos, pode-se apontar três como os principais problemas associados à tomada de decisão por algoritmos (FERRARI, 2020, p. 87).

Primeiramente, a existência de *datasets* viciados ou incompletos, como no caso da Joy, o que gerou um efeito discriminatório racial. Em segundo lugar, ainda que haja um *dataset* que corresponda à realidade, permanece o risco de os algoritmos gerarem efeitos discriminatórios. Por fim, importa destacar a questão da opacidade na maneira como esses softwares operam, que é decorrente das técnicas de *machine learning*, o que poderia, inclusive, ser visto como um metaproblema, pois se trata de um vício que está na raiz dos demais, já que, em decorrência desse, por vezes, há demora em se perceberem os demais (FERRARI, 2020, p. 87).

7.2 Os riscos decorrentes de *datasets* viciados

Assim como no exemplo de Joy, *datasets* viciados constituem um dos primeiros riscos no emprego de algoritmos para tomada de decisões, como pontuado nas últimas considerações do tópico anterior.

> Barocas e do Selbst destacam: "Um algoritmo é tão bom quanto os dados que o alimentam." Isso porque, se o algoritmo aprende a partir dos dados, ele vai replicar aquele erro, aquela incompletude, e isso pode gerar efeitos discriminatórios. Então, como os dados treinam os algoritmos, problemas àqueles relativos vão ser incorporados na sua operação. Por isso se diz "garbage in, garbage out" ("lixo dentro, lixo fora", sendo que "dentro" e "fora"

> fazem referência, respectivamente, a input e output).
> Os softwares de predição de crimes, por exemplo, que se espalharam no mundo inteiro — inclusive, já estão sendo implementados em algumas polícias estaduais no Brasil — merecem atenção redobrada quanto a esse ponto.
> Como eles operam? A partir da inserção, no sistema, de informações sobre os crimes cometidos na cidade. Depois da leitura desses dados, o software, então, passa a sugerir aonde devem ser alocados os policiais (FERRARI, 2020, p. 88).

Em primeira impressão, o emprego desse tipo de sistema pode parecer uma ideia excelente, mas a aparente cientificidade pode esconder alguns problemas que, se não justificam o abandono do programa, podem, pelo menos, demandar uma reflexão sobre como aprimorá-lo.

Suponha a hipótese em que uma cidade tenha um bairro pobre e um bairro rico, e, em ambos, é cometida a mesma quantidade de crimes, mas, por alguma razão, no bairro rico, os crimes não são tão bem investigados, e as pessoas não são tão invadidas em seu espaço físico para a descoberta (a exemplo do que ocorre no crime de porte de drogas). Seguindo, no bairro pobre, embora ocorra a mesma quantidade de crimes, há uma atuação policial mais efetiva em todos os sentidos, que desvenda mais crimes. O que os dados sobre essa situação hipotética *ensinariam* ao sistema é que mais crimes são cometidos no bairro pobre, ainda que não seja essa, verdadeiramente, a situação real (FERRARI, 2020, p. 89).

Nessa situação hipotética, o sistema, certamente, determinaria que mais policiais fossem alocados no bairro pobre, o que faria com que mais crimes fossem detectados nessa localidade, gerando um círculo vicioso crescente de alocação de policiais nessa localidade, que não corresponderia aos níveis de violência existentes nessa localidade, em comparação ao bairro rico (FERRARI, 2020, p. 89).

Mesmo que o problema, no caso, não seja, propriamente, o algoritmo, mas uma vez que seu treinamento é embasado em dados, existem ferramentas técnicas que podem ser inseridas no sistema para minorar problemas desse tipo, como a inclusão de um elemento de aleatoriedade. Então, se o algoritmo está programado para que 10% dos policiais sejam alocados aleatoriamente, a tendência é de que, em algum momento, o software coloque esses policiais no bairro rico. Com a descoberta de crimes nesse local, mais policiais seriam para lá direcionados. Então, aos poucos, o software vai sendo capaz de corrigir a falha nos dados (FERRARI, 2020, p. 89).

> Quando se começa a falar em base de dados incompletas e algoritmos que

> têm efeitos discriminatórios ou excludentes, a própria Joy vai chamar esses erros gerados pelos algoritmos de "Coded Gaze", ou seja, de "olhar codificado", olhar viciado. A maior parte da doutrina fala em viés algorítmico. Em viés, porque é um erro de decisão, um erro de decisão algorítmico ou algorithmic bias, expressão também muito utilizada.
> Como visto, sempre que se tem um algorithmic bias, o efeito desse viés tende a ser muito perverso. Primeiro, porque ele tem uma aplicação potencial de larga escala, ainda mais quando se tratar de softwares abertos, como ocorreu no caso de Joy — lembramos que o software que ela havia utilizado na Inglaterra na época da conclusão de sua graduação foi o mesmo usado por outras pessoas em Hong Kong anos depois (FERRARI, 2020, p. 89).

Para além da discussão traçada até aqui, existe, ainda, uma tendência de as pessoas pensarem que o resultado gerado por um algoritmo está correto, por ser um resultado pretensamente científico. Sabe-se que existe uma equivocada fé nos resultados virtuais, e esse é um erro de avaliação dos seres humanos, ao qual se dá o nome de *machine bias*, isto é, viés da máquina. A esse respeito, Ferrari (2020, p. 90) conclui: “é diante desse cenário de danos potenciais em larga escala e visão de que a solução algorítmica seria cientifica, e por isso menos questionável, que Cathy O’Neil emprega a expressão ‘weapons of math destruction’" (FERRARI, 2020, p. 90).

Dentre todos os riscos derivados, de grande prejuízo, é o efeito discriminatório, o qual também pode aparecer, mesmo que não haja, propriamente, um erro no *dataset*. Essas situações, em que a base de dados está correta, mas o efeito é discriminatório, correspondem aos casos em que o algoritmo introjeta e reproduz preconceitos que já existem na sociedade. Agora, imagine essa realidade operando decisões judiciais, o que de fato já ocorre, como demonstrado e, em breve, o será novamente com mais profundidade.

Suponha, por exemplo, uma hipótese em que determinada empresa deseje contratar um funcionário que tenha chances de, no futuro, tornar-se CEO e que queira fazê-Io, como é corrente, empregando um software que pré-selecione pessoas com o perfil adequado. Um software desse tipo seria treinado por meio da utilização de dados referentes às pessoas que são CEOs atualmente. E o perfil dos CEOs, na maior parte das empresas, é de homens brancos de aproximadamente 60 anos de idade. Se o algoritmo for treinado a partir dessa informação, que é fidedigna, é provável que selecione, majoritariamente, o mesmo perfil (FERRARI, 2020, p. 90).

Ou seja, esse programa vai tender a rechaçar, por exemplo, a contratação de mulheres, porque os dados que recebe simplesmente não compreendem um número significativo de mulheres, e não por serem menos capazes. Destarte, quando se delega esse tipo de decisão a um algoritmo, sem a criação de um mecanismo de

blindagem, o que ocorre é um reforço ao *status quo* existente, ou até mesmo o aprofundamento da desigualdade, ao se sugerir que determinados grupos vulneráveis (como mulheres e negros) mereçam um tratamento menos favorável (FERRARI, 2020, p. 90).

Por derradeiro, mesmo que se use uma base de dados correta, pode haver um efeito discriminatório absorvido pelo algoritmo, que corresponde, na verdade, a um bias, um preconceito já existente na sociedade, que o algoritmo tende a cristalizar, uma vez que sempre trabalha com o passado (ou seja, a partir de dados antigos). Como O'Neil destaca: "a gente ainda confere a essa situação, que precisa ser mudada, um caráter de cientificidade" (FERRARI, 2020, p. 91).

Então, nesses casos, em vez de o algoritmo aprimorar o processo decisório, apenas reforça o *status quo*. Os riscos decorrentes da opacidade permanecem e são prejudiciais. Contudo, a maior preocupação relativa ao emprego dos *learners* em processos decisórios não se refere a problemas associados aos *datasets* utilizados para treiná-los, nem a eventual efeito discriminatório que possam gerar, por piores que sejam referidas situações e seus efeitos decorrentes. O que mais desperta a atenção é o metarrisco da opacidade inerente à sua operação, decorrente da anteriormente mencionada lacuna que existe entre a atividade do programador e o comportamento dessa espécie de algoritmo, que cria sua própria programação (FERRARI, 2020, p. 92).

Ou seja, essa espécie de algoritmo não promove uma operação transparente, que seja compreensível do início ao fim, o que explica os erros em decisões, muitas vezes, não serem passíveis de identificação no primeiro momento – tanto que, como visto, foi preciso uma auditagem pela ProPublica, que ocorreu somente muito tempo depois do fato, para se descobrir o problema. A situação piora diante do fato de que o algoritmo modifica, de forma autônoma, sua estrutura enquanto opera, de acordo com os dados, lapidados ou não, que recebe. Por isso, mesmo que se auditem seus resultados, só se pode chegar à conclusão de que o algoritmo atuou – adequada ou inadequadamente – daquela determinada forma no momento da produção de seus resultados.

Até mesmo porque, pela complexidade de sua operação, a mera observação do *output* por um ser humano – ainda que seu próprio programador – dificilmente poderia levar a alguma conclusão sobre os processos internos que conduziram os *inputs* até lá, tornando, a maior parte dos algoritmos, numa verdadeira caixa preta.

Por isso, mesmo com muito esforço, na maior parte das vezes – e, principalmente, dependendo da técnica de inteligência artificial utilizada –, não há como descobrir, de fato, o que acontece em sua operação (FERRARI, 2020, p. 92). Acerca da problemática, Ferrari afirma que:

> Quando se fala sobre a opacidade de algoritmo empregados para a tomada de decisões públicas, é comum que as pessoas entrem em uma discussão muito pouco proveitosa sobre abrir ou não o código-fonte.
> Enquanto um grupo defende a abertura do código-fonte, pela existência de interesse público, outro entende que questões afetas à propriedade intelectual afastariam esse dever. Surge, então, uma falsa questão: o pretenso conflito entre o atendimento a um dever de transparência em relação ao algoritmo, que implicaria a abertura de seu código-fonte, e a noção de sigilo industrial. Embora a doutrina perca tempo e energia nessa discussão, seria possível inclusive denominar o argumento de "falácia da transparência" (FERRARI, 2020, p. 92-93).

Isso ocorre porque, mesmo que se acesse o código, não é possível compreender totalmente a forma de operação dos *learners*, já que o algoritmo que emprega *machine learning* não traz, em seu código, a regra de decisão, mas apenas a de aprendizagem. A forma como opera, por sua vez, é consequência da interação entre essa regra e os dados que acessa; em outras palavras, emerge automaticamente a partir dos dados específicos sob análise.

Por isso, como bem ressaltam, Mittelstadt et al[12], citados por Ferrari (2020, p. 93), a transparência deve ser entendida sob dois aspectos fundamentais: acessibilidade e compreensibilidade. Apesar de a discussão doutrinária se voltar para o primeiro, ou seja, para a defesa ou não de um direito a acessar o código-fonte, parece que o ponto fulcral para o debate se refere ao segundo componente (FERRARI, 2020, p. 93). O principal meio para combater a opacidade algorítmica, portanto, não é a acessibilidade ao código-fonte, mas a compreensibilidade, ou seja, a capacidade de articular a lógica da decisão específica tomada por um determinado software, ou seja, o caminho de saída de um *input* para a chegada ao *output*.

Todavia, é muito difícil conseguir entender, mesmo observando um código de algoritmo, o que está acontecendo, e isso ocorre por várias razões:

> A opacidade dos learners é consequência da alta dimensionalidade de dados, da complexidade de código e da variabilidade da lógica de tomada de decisões. Por empregarem centenas ou milhares de regras, por suas

[12] MITTELSTADT, Brent Daniel et al. The ethics of algorithms: mapping the debate. Big Data & Society, p. 1-21, jul-dez. 2016.

> predições estarem combinadas probabilisticamente de formas complexas, pela velocidade no processamento das informações, e pela multiplicidade de variáveis operacionais, parece estar além das capacidades humanas apreender boa parte – senão todas – as estruturas decisórias que empreguem a técnica de machine learning (FERRARI, 2020, p. 94).

Nesse caso, como a regra de decisão do algoritmo é dinâmica, saber que, naquele caso específico, não houve um problema não significa que, no caso seguinte, o problema já não tenha surgido. Então, não se sabe, ao certo, o que está acontecendo, como se pode regularem os algoritmos que empregam *machine learning*. Conclui-se, então, até aqui, uma análise dos riscos e prejuízos trazidos pelo sistema de inteligência artificial, podendo-se passar para o emprego propriamente dito nas decisões judiciais e, por fim, na Justiça brasileira (FERRARI, 2020, p. 95).

7.3 A utilização de algoritmos nas decisões judiciais

Neste tópico, busca-se compreender se é possível criar um panorama regulatório que ajude a minorar os riscos associados aos algoritmos empregados para tomada de decisões, sem que, ao mesmo tempo, prejudique-se a inovação ou se deixe de aproveitar os respectivos benefícios. Trata-se de um tema que provoca todo o mundo, pois a criação de um panorama regulatório para tratar dos algoritmos decisórios é uma preocupação global, que está envolvendo diversos países e especialistas nos campos público e privado.

De forma geral, a Europa possui enorme preocupação, razão pela qual os países europeus têm uma postura muito interventiva, cuja visão é no sentido de que a regulação deve ocorrer, e que quem deve capitanear esse movimento é o setor público. Por sua vez, nos Estados Unidos, percebe-se que também existe uma larga consciência sobre os riscos impostos pelos algoritmos decisórios, mas – provavelmente, até por sua história – os norte-americanos veem na iniciativa privada o lócus prioritário dessa regulação, tendendo a crer que a autorregulação privada solucionará o problema dos algoritmos (FERRARI, 2020, p. 97).

De fato, o setor privado também está tentando encontrar maneiras de regulação dos algoritmos que oferece, e essa é uma movimentação que se percebe no Facebook, por exemplo. Isso ocorre porque, caso haja um problema com algoritmo, a descoberta posterior pode gerar enorme prejuízo financeiro para aqueles que o oferecem como produto no mercado ou o empregam. Além do prejuízo financeiro,

podem haver graves danos à imagem das empresas ou instituições que lhes são associadas.

Nos Estados Unidos, é adotada uma postura diferente da observada na Europa, que é muito mais interventiva. A China, entretanto, tem uma visão divergente de todo o restante do mundo. Com um olhar precipuamente positivo, os chineses acreditam que a inteligência artificial conseguirá gerar riquezas e resolver muitos dos problemas sociais que enfrentam atualmente (FERRARI, 2020, p. 98). Ainda afirmam não ser este o momento de promover sua regulação, como retrata, Ferrari:

> Diretor do Instituto de pesquisa da Tencent, a maior empresa da China, Sam Cail, em palestra proferida no New Law Annual Meeting de 2019 falou com um pouco mais de profundidade sobre essas diferentes perspectivas e destacou que a China tem o projeto de protagonismo mundial baseado em Inteligência Artificial como política de Estado.
> Se os chineses veem a I.A. como uma grande oportunidade, é natural que a regulação não seja uma das suas maiores preocupações. Ao contrário: eles estão mais preocupados em tentar criar um panorama que possibilite que a Inteligência Artificial e os algoritmos decisórios se expandam cada vez mais. Nesse contexto, e voltando ao debate mundial, a questão que se coloca é será que já é o momento de regular a I.A.?
> A China, por exemplo, vai dizer que não, sob o argumento de que o desconhecimento sobre a I.A. indicaria que a postura mais prudente seria esperar até que se tenha mais segurança sobre ela. Além disso, eles temem que "a regulação mate a inovação". (FERRARI, 2020, p. 98).

Demais envolvidos, que têm uma visão mais pessimista acerca da inteligência artificial ou mais focada em seus riscos, discordarão, com o fundamento de que a necessidade de regulação é urgente, tendo em vista que, se eventuais problemas com os algoritmos se consolidarem, pode ser que não se consiga mais voltar atrás. Seja como for, é fato que pensar em um panorama regulatório para algo novo e tão desafiador exige uma abordagem multidisciplinar e habilidades combinadas dos responsáveis por seu desenvolvimento. Os stakeholders, portanto, devem incluir juristas, cientistas políticos e cientistas da computação, por exemplo. Nesse sentido:

> Um exemplo desse esforço é a realização anual do World Government Summit, que acontece em Dubai. Trata-se de um summit global, um evento de 4 dias, que reúne prêmios Nobel, palestras sobre sustentabilidade, liderança, etc. No bojo desse evento, decidiu-se criar uma roundtable sobre a governança da Inteligência Artificial.
> Essa mesa redonda reúne 80 especialistas do mundo, entre representantes do Poder Judiciário, especialistas do Google, de empresas, de governos, parlamentares europeus, professores universitários, desenvolvedores de políticas públicas, e do campo de tech. Todos discutem, juntos, sobre como avançar. (FERRARI, 2020, p. 99).

Vale dizer que os Emirados Árabes Unidos estão tão focados nesse tipo de discussão, que foram o primeiro grupo de países do mundo a criar um Ministério da Inteligência Artificial (FERRARI, 2020, p. 100). Entrementes, ainda que se chegue à conclusão de que seria prudente a adoção de algum panorama regulatório a respeito, a pergunta seguinte é: como regular?

Embora haja alguma concordância no mundo sobre o estabelecimento de princípios éticos que deveriam reger algoritmos, o desafio é como implementar, na prática, essa ideia. Ou seja, sair do *dever-ser* para um nível de concretude pelo qual algo possa ser, de fato, exigido de desenvolvedores, empresas, governos, e, quando for o caso, dos usuários (FERRARI, 2020, p. 100). Todavia, como dantes visto, existem diversos desafios na regulação de algoritmos não programados, que decorrem da forma como operam. À pergunta sobre o que, então, fazer, não há respostas muito seguras, mas alguns caminhos costumam ser seguidos, tanto no que se refere à forma da regulação quanto ao seu conteúdo.

Ao que se refere à forma, é quase consensual para aqueles que acham que se deve regular a inteligência artificial, a necessidade de se afastar de uma regulação *command and control*; aquela regulação impositiva, que decorre de uma *hard law*, uma norma que precisa ser seguida (FERRARI, 2020, p. 100).

Contudo, como ainda não se tem muita segurança sobre a operação desses algoritmos, as sugestões de desenho de panorama regulatório costumam envolver uma regulação experimentalista. Ou seja, que traga os objetivos que o regulado deve realizar, deixando-lhe a escolha do melhor caminho. Assim, os diversos agentes tentam atingir essas metas da forma como entenderem melhor, e ao regulador caberá, ao final de determinado período, verificar o alcance desses objetivos.

Considerando-se que os agentes regulados ficam livres para tentar se adequar àquela finalidade determinada, esse tipo de regulação estimula o modelo de tentativa e erro e, com isso, a criatividade. Nesse sentido, acerca da regulação experimentalista, dispõe, Ferrari:

> Uma regulação experimentalista é, portanto, uma regulação soft, uma regulação em que o Poder Público não traz comandos específicos e concretos, mas trabalha muito mais com planos de ação, com metas e com ferramentas que incluam uma reavaliação dos resultados atingidos, a cada período de tempo, para ver se vale a pena manter ou mudar o panorama regulatório.
> A partir dessa experiência, e com mais segurança, no futuro pode ser possível adotar as melhores práticas a partir de uma regulação impositiva, caso seja

> necessário.
> No bojo dessa regulação experimentalista, surgiu a noção de sandbox, uma técnica regulatória baseada no isolamento de novas experiências, que podem acontecer em um ambiente desregulado e isolado, porém sob vigilância. (FERRARI, 2020, p. 101).

Para melhor compreender essa modalidade de regulamentação, considere-se uma situação como exemplo: a regulação de *fintechs*. Sabe-se que há uma regulação muito intervencionista para bancos, e, caso se aplicassem as mesmas regulamentações com as *fintechs*, provavelmente, essa nova forma de fazer a atividade bancária não resistiria. Desta feita, a modesta sugestão de quem fala em regulação *sandbox*, mencionada no exemplo, seria isolar essa nova experiência – ainda não completamente compreensível –, vedando-lhe a aplicação da regulação bancária, destacando alguns de seus potenciais riscos e observando esse *sandbox*, essa caixa de areia em que as novas iniciativas se situem. Conforme o panorama encontrado, seria possível criar uma regulação própria, ainda que provisória (FERRARI, 2020, p. 102).

Assim sendo, a noção de *sandbox* pode ser resumida na ideia de isolar essas iniciativas, impedindo que as normas regulatórias ordinárias incidam e matem a nova iniciativa. Quanto à forma, as orientações gerais costumam ir nessa linha. E quanto ao conteúdo, existe muita convergência no que se externa sobre a questão da regulação (FERRARI, 2020, p. 102).

Uma vez que se fala em risco da tomada de decisões por algoritmos, em delegar decisões para que algoritmos as tomem – decisões que, eventualmente, possam ter consequências em direitos relevantes como liberdade e propriedade –, mais importante é que exista, em primeiro lugar, uma consciência da sociedade S' sobre os problemas que podem surgir, pois hoje a sociedade não está consciente. As pessoas olham para a decisão tomada por um software e não se perguntam se está correto ou não, o que o *dataset* foi utilizado para treinar. Veem aquilo, no geral, como algo bom, científico, e não questionam. Esse é o maior risco, como visto (FERRARI, 2020, p. 102). Nesse sentido:

> Em palestra proferida no New Law Annual Meeting 2019, intitulada "Ética, direitos humanos e algoritmos decisórios", Christina Blacklaws destaca que, ao observar decisões tomada por algoritmos, o ser humano apresenta um viés interno que faz com que tenda a achar que aquela decisão está certa porque foi produzida por uma máquina, como se isso lhe conferisse cientificidade. Então, é muito importante um trabalho de conscientização quanto a esse ponto.

> No Brasil, há, mesmo no setor Poder Público, a cultura de implementar um software, sem que tenha havido qualquer tipo de consulta prévia, sem que tenha havido discussão sobre o seu processo de desenvolvimento, sem que se informe à população sobre a curadoria dos dados envolvidos no processo. Então, uma das questões fundamentais diz respeito à demanda por informação, por explicação. Se os grupos responsáveis pelo desenvolvimento dos programas não deixam a informação disponível, cabe à sociedade civil demandar algum nível de transparência em relação à operação desses softwares (FERRARI, 2020, p. 102).

Todavia, seria possível, por exemplo, sem comprometer os direitos proprietários, prestar informações relativas aos *dataset* utilizados no treinamento dos algoritmos e às técnicas de inteligência artificial empregadas, demandar que o algoritmo passe por um período de testes, entre outras possibilidades.

Por derradeiro, essa preocupação com a explicação é um aspecto sempre pontuado, pois o pessoal da área técnica costuma ressaltar que, se não existe uma preocupação com a explicabilidade da forma de operação do algoritmo quando está sendo desenvolvido, acrescentar essa característica posteriormente é quase impossível. Logo, trata-se de uma preocupação que deve existir desde o início de seu desenvolvimento.

Não somente isso, mas um outro ponto muito destacado é a necessidade de se incluírem múltiplos *stakeholders* no desenvolvimento, pois podem trazer, com sua visão distinta, sugestões para melhora daquele software que não haviam sido antecipadas pelos programadores. Sobre o programa para realizar polícia preditiva, por exemplo, a inclusão de um defensor entre os *stakeholders* poderia agregar uma visão relevante, já que sua vivência provavelmente faria com que destacasse o fato de alguns crimes serem mais apurados em determinados ambientes do que em outros (FERRARI, 2020, p. 102).

Outrossim, uma distinta questão que se costuma pontuar é que, mesmo que aqui se trate de regulação, a especificidade e a complexidade do objeto sobre o qual incidiria não permitem que essa regulação fosse desenvolvida por juristas ou especialistas em políticas públicas isoladamente. Problemas dessa dimensão só conseguem ser resolvidos quando se juntam diferentes especialistas, com bagagens distintas para atacar de forma holística a questão (FERRARI, 2020, p. 102-103).

Nesse sentido, interessa acrescentar, na regulação, por exemplo, a referência a ferramentas técnicas que permitam conhecer partes da operação dos algoritmos, para atestar que seu funcionamento está correto. Existem, ainda, ferramentas técnicas que permitem que se esconda a regra de decisão durante determinado

período de tempo, sendo divulgada quando não houver mais necessidade de sigilo. Nesse último caso, é natural que haja, por parte de seus programadores, uma preocupação na hora de moldar a regra, para que depois não surjam problemas (FERRARI, 2020, p. 103).

Contudo, as ferramentas técnicas que existem e podem ser empregadas para auxiliar nesse processo somente serão viabilizadas, se houver, no competente grupo de trabalho, quem entenda da parte técnica, e não apenas profissionais do Direito ou do governo. Resta evidenciada, a importância da atuação da sociedade civil para exercer pressão em prol da explicabilidade de decisões tomadas por algoritmos sobre pontos relevantes, como questões relativas à liberdade, propriedade, educação, moradia, crédito, alimentação e segurança. Importante, ainda, além da sociedade civil organizada, que haja a participação de instituições como ONGs na auditagem dos referidos sistemas, a fim de investigar, por exemplo, a existência de vieses nos algoritmos (FERRARI, 2020, p. 103).

Desta feita, quando se falar em regulação de algoritmos, pode-se concluir que, quanto à forma, há um caminho um pouco mais delineado, e, quanto ao conteúdo, ainda existe muito debate a ser desenvolvido. Mas as discussões que são travadas vão na linha de promover sua explicabilidade, a partir de discussões inclusivas sobre o processo de desenvolvimento, qualidade dos dados e seu tratamento FERRARI, 2020, p. 104).

De suma importância, ainda, perceber que se trata de uma questão aberta no mundo inteiro. E se é um desafio mundial, o Brasil tem o dever de contribuir para a discussão. Mas isso só ocorrerá se debruçar-se sobre os estudos do tema, pois, somente assim, é possível protagonizar, em vez de ser vítima das mudanças que se avizinham.

7.4 Inteligência artificial na Justiça brasileira

Abre-se, aqui, portanto, a possibilidade de melhor discutir e compreender de que maneira os avanços tecnológicos influenciam a atuação do Poder Judiciário brasileiro. A partir dessa noção, provocar os operadores do Direito a pensarem em uma nova postura, em um novo tempo, no qual o Direito é influenciado pelas inovações tecnológicas, e o panorama das Cortes passa a ter outra conformação.

“O uso da tecnologia pelo Poder Judiciário brasileiro remonta aos seus

primórdios, sendo uma força constante de inovação e aprimoramento da atividade jurisdicional, mesmo diante da resistência pontual de alguns de seus membros." (LEITE, 2020, p. 106). Cite-se como exemplo, um precedente do Tribunal da Relação de Minas Gerais, no ano de 1929, que anulou uma decisão judicial em razão de ter sido datilografada, em vez de redigida à mão (LEITE, 2020, p. 106).

Isso se deu com fundamento na legislação da época – a exemplo do Código de Processo Civil do estado de São Paulo –, que recomendava que as decisões judiciais fossem redigidas com caligrafia bem feita e tinta da cor preta. Após algum tempo, na década de 1980, a introdução de microcomputadores nas serventias já era uma realidade, de modo que se passou a substituírem as sentenças datilografadas pelas emitidas por meio de impressoras (LEITE, 2020, p. 107).

Nesse espeque, as Procuradorias de Fazenda – estaduais e, principalmente, a Nacional – inovaram, ao elaborarem peças iniciais em lote, de forma sistemática, utilizando-se desses mesmos microcomputadores. A medida fez crescer sobremaneira o acervo do Poder Judiciário, que não dava vazão aos processos na mesma agilidade com que ingressavam.

> Apenas na década seguinte, em 1990, o Poder Judiciário começou a empregar ferramentas digitais mais modernas para o processamento. As máquinas de escrever, pouco a pouco, passaram a ser utilizadas exclusivamente para escrever cartas, até que fossem definitivamente deixadas de lado. As antigas fichas usadas para anotação do andamento processual tornaram-se automatizadas, à medida que o lançamento passou a ser feito por sistemas processuais, de forma sistemática e com registro muito mais fidedigno e acessível pelas partes. Em meados de 1995, com a popularização da internet, os Tribunais passaram a disponibilizar esse conteúdo na grande rede mundial de computadores (LEITE, 2020, p. 108).

Tudo isso mudou o contexto da atuação do Poder Judiciário. Com o registro eletrônico de fases e o progressivo abandono da forma física, a tecnologia passou a se inserir no cotidiano dos tribunais. Hoje, é impossível chegar a uma vara sem enxergar um computador; todo servidor, em regra, tem um computador individual, geralmente, com mais de um monitor, de forma que possa atuar nos processos que, em sua maioria, são eletrônicos. Mas não se pode olvidar que o quadro atual é resultante de um grande esforço iniciado na década de 1990 (LEITE, 2020, p. 108).

Até a última década, algumas varas ainda mantinham máquinas de escrever para situações excepcionais, cataclísmicas, como a realização de audiências em casos de falta de energia, por exemplo. Outras as mantiveram como verdadeiro

artefato histórico, restando abandonadas por completo nos dias atuais (LEITE, 2020, p. 109). Nesse contexto:

> A anedota de 1929, narrada do início deste texto, não nos autoriza a acreditar que o Poder Judiciário seja completamente refratário à tecnologia. De fato, apenas três anos após a anulação da sentença datilografada, o Código Eleitoral de 1932 já previa a possibilidade de utilização de "máquinas de votar". Em que pese não ter sido implementada essa medida, a previsão legal revela abertura às novidades tecnológicas.
> Em 1984 — ou seja, 54 anos mais tarde — a lei que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei no 7.244/84) abriu espaço para a implantação de novas soluções tecnológicas, permitindo a utilização de outros meios de participação dos atores no processo do Juizado. Além disso, no S 30 do artigo 14, denota-se a previsão da possibilidade de gravação em fita magnética (à época, tratava-se da tecnologia da vez). (LEITE, 2020, p. 109-110).

Por sua vez, o envio de fac-símile passou a ser admitido apenas em 1999 – quando a internet já era uma realidade. Nesse ponto, talvez se deva reconhecer que a legislação já não acompanhava a realidade, mas essa solução já vinha sendo adotada de forma franca, faltando apenas ser regulamentada. Embora o uso do fax já estivesse em decadência, naquele ponto, a legislação passou a admiti-lo expressamente, assegurando a observância dos prazos (ainda que parecesse estranha a condição de que as peças fossem substituídas por originais).

Após quatro anos da Lei n. 9.800/99, foi instituída e criada uma secretaria de reforma do Poder Judiciário, que teve papel importante na sua modernização, sendo uma das forças motrizes das várias mudanças que aconteceram nos anos seguintes. A Emenda Constitucional n. 45/2004 foi fruto dos trabalhos da secretaria, que, em uma de suas mais significativas contribuições, previu o princípio da duração razoável do processo. Em sua segunda parte, em um trecho, muitas vezes, esquecido, a emenda também garantiu o direito aos meios que assegurem a celeridade de tramitação. Não se referia apenas aos meios tecnológicos, embora, atualmente, não se conceba outra maneira, a não ser o acesso eletrônico (LEITE, 2020, p. 111).

Ou seja, referida emenda representa a abertura do Poder Judiciário à tecnologia, consagrando no corpo da Constituição da República a premência de que a atuação do Judiciário passasse a se valer do que há de mais moderno. Portanto, como se nota, o intuito de empregar a tecnologia no âmbito do Poder Judiciário vem de longa data. A secretaria da reforma foi fundamental para lhe conferir papel de destaque, resolvendo velhos entraves que atrapalhavam a efetividade da jurisdição,

diante de uma demanda sempre crescente. Sobre as inovações dos anos seguintes, continua, Ferrari:

> Em 2006, sob a influência desses mesmos fatores, valendo-se da considerável informatização do sistema bancário brasileiro, surge uma solução tecnológica inovadora: a possibilidade de bloqueio de bens pelo Sistema Financeiro, dispensando o uso de ofícios ou de oficiais de justiça. Era o início do sistema BacenJud.
> Em lugar de expedir ofícios ou determinar a atuação de oficiais de justiça, o magistrado passa a poder disparar uma ordem para todo o Sistema Financeiro Nacional, por meio de um sistema eletrônico. Caso se encontre algum valor em custódia de instituição financeira, do norte ao sul do país, a ordem deverá ser cumprida e informada ao juízo, sempre de forma eletrônica (LEITE, 2020, p. 111).

O avanço obtido com a possibilidade de bloqueio eletrônico foi significativo para resolver demandas represadas no Poder Judiciário, como as já mencionadas execuções fiscais promovidas em massa pelas procuradorias estaduais e da Fazenda Nacional, desde os anos de 1980. Nota-se, nesse caso, que a resposta para as numerosas ações fazendárias tardou a chegar, mas, enfim, obteve alguma resposta (LEITE, 2020, p. 112).

Ainda no ano de 2006, foi editada a Lei n. 11.419, que disciplina o processo eletrônico. Passa-se a admitir expressamente o formato virtual, que contava, já naquele momento, com iniciativas isoladas em alguns tribunais, e sua admissibilidade é ampla para as esferas criminal, cível, trabalhista, seja para causas simples, de competência dos juizados, ou aquelas mais complexas (LEITE, 2020, p. 113).

No atual contexto, o processo eletrônico é um marco no panorama brasileiro de integração da tecnologia na atuação jurisdicional. Se, em 1932, o Código Eleitoral trazia uma simples promessa (a *máquina de votar*), em 2006, o legislador fez uma escolha concreta e estratégica, que começava a implicar várias mudanças no Judiciário (LEITE, 2020, p. 113).

São dignas de menção duas grandes mudanças na área criminal, historicamente, mais cautelosa na validação dos avanços tecnológicos: a previsão do interrogatório e demais atos processuais por meio de videoconferência e a possibilidade de monitoramento eletrônico de presos, ambas em 2009. Por sua vez, a videoconferência é salutar, tanto para a parte – que, muitas vezes, está em uma instituição penitenciária – quanto para o juiz, que não precisa se responsabilizar pelo deslocamento custoso do preso. É possível garantir o direito de defesa por meio de uma ferramenta tecnológica.

Doutro vértice, a possibilidade de monitoramento eletrônico de presos tem sido a praxe, principalmente, no combate à corrupção e nos crimes financeiros em que se trata de criminalidade não violenta, mas que demanda controle efetivo da aplicação e observância das penas. A ferramenta tecnológica, nesse caso, atende a uma necessidade premente de ampliação e aumento de eficiência na atuação do Judiciário. Em 2022, o presidente do STF, ministro Fux, abriu o ano explorando o tema, ao afirmar que:

> Neste ano também daremos sequência ao processo complexo, porém, instigante, de adequação do Poder Judiciário às agendas do nosso tempo, com enfoque à contínua digitalização dos serviços judiciais, a implementação da governança de dados, a concretude às pautas de direito internacional dos direitos humanos, e ao momento do desenvolvimento sustentável.
> No tocante ao uso de novas tecnologias, além de em 2021 o STF ter se tornado uma Corte Internacional com 100% dos seus serviços oferecidos à rede de mundial de computadores, necessitamos ir além.
> Nos próximos dias, lançaremos o programa “Carta Aberta”, que revolucionará o modo como o Tribunal estrutura e disponibiliza dados públicos, tornando-os mais confiáveis, íntegros, completos e acessíveis, em concomitância dos necessários pilares da transparência, da proteção de dados pessoais e da segurança da informação.
> Na mesma direção, o CNJ dará continuidade do acesso à democratização da Justiça Digital, precipuamente por meio do programa “Justiça 4.0”, o qual abrange ações e projetos que entregam o uso de novas tecnologias, como a inteligência artificial e automatização de fluxo dos Tribunais do país (FUX..., 2022).

Paralelamente, a resistência ao uso de novas ferramentas no âmbito da atividade jurisdicional não é exclusividade do Judiciário, e há exemplo explícito dessa assertiva, inclusive, nos órgãos que exercem função essencial à Justiça. Com efeito, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) Nacional propôs ação direta de inconstitucionalidade contra trechos da Lei n. 11.419/06. Contudo, Ferrari aduz que a tecnologia precisa auxiliar os servidores da Justiça no aumento de sua capacidade de atuação:

> No contexto das últimas mudanças, questiona-se: qual é o problema que se deseja resolver com o uso da tecnologia?
> Existem hoje, em atuação no país, mais de 18 mil juízes. Para muitos deles, o maior desafio é trabalhar com um acervo de processos que só tende a crescer em volume e complexidade.
> Para solucionar esse quadro, simples alterações legislativas, ou, ainda, mecanismos de replicação de jurisprudência não parecem ser suficientes. Nessa toada, o juiz e os operadores do direito precisam atuar como solucionadores de problemas locais, aumentando sua capacidade de atuação e a de seus servidores (LEITE, 2020, p. 113).

Para melhor esclarecer, vale-se do exemplo da experiência da 5ª Vara Federal do Amazonas, que vive uma amostra da situação das instâncias de execução fiscal país afora, sejam federais ou estaduais, com uma grande quantidade de processos pendentes. Utilizando a tecnologia, foi possível implementar soluções automatizadas, substituindo, sempre que possível, o trabalho puramente maquinal e repetitivo do servidor, por sua atuação como gestor de processos automatizados (LEITE, 2020, p. 114).

Nesse caso, integrando diferentes sistemas, de modo a se estabelecerem canais de comunicação entre esses, é possível automatizar atividades e melhorar a prestação jurisdicional. A solução tecnológica específica utilizada incluiu robôs que atuavam no lançamento de fases processuais e que alimentavam automaticamente o sistema de bloqueio pelo BacenJud, sem a necessidade de intermediação de um servidor, que necessitaria ler cada um dos processos para desempenhar o mesmo trabalho.

E, assim, o primeiro passo adotado na implementação de rotinas de automação foi a identificação de *gargalos*; pequenos problemas na atuação da unidade jurisdicional em que o ser humano, em vez de ser um fator de aumento de produtividade, acaba representando um fator limitador do funcionamento das instituições e das respectivas ferramentas (LEITE, 2020, p. 115).

Por conseguinte, foi necessário conhecer as ferramentas tecnológicas que já existem e de que forma conseguem impactar, localmente, o problema de acúmulo de acervo. Não há como se aguardar uma solução legislativa, na maioria desses casos, é necessário que o Poder Judiciário se faça permeável à busca de novas soluções, e que promova a divulgação e replicação dessas iniciativas. Nesse sentido, a tecnologia tende a auxiliar, como afirma, Leite:

> O relatório Justiça de número 10 do CNJ demonstrou que o problema de acervo atinge o Poder Judiciário como um todo. A partir desses números, reforça-se a necessidade de acelerar o movimento que vem desde a última década do século passado, com o uso do que há de mais moderno atualmente, como a inteligência artificial, big data e automação de processos, nas demandas do Poder Judiciário.
> Interessante observar que o próprio relatório Justiça em Números foi elaborado com base na troca de informações e processamento de uma grande massa de dados; ou seja, é graças à tecnologia que se consegue, hoje, enxergar o contexto em que o Poder Judiciário está inserido (LEITE, 2020, p. 115).

As abordadas soluções tecnológicas têm, outrossim, um papel fundamental,

não apenas para o Poder Judiciário, mas para o operador do Direito. O advogado não deve esperar do Poder Judiciário uma mera aplicação da lei. Como deixam claras, a Lei do Processo Eletrônico e as inovações mais recentes, a tendência é de que sejam implementadas, sistematicamente, em cada etapa do processo, novas soluções tecnológicas e alternativas ao litígio judicial em seus moldes clássicos.

Cabe ao operador do Direito conhecer as novas ferramentas tecnológicas, implementar soluções e pensar em novos fatores de limitação e modificação de sua atuação profissional. É ele, ao final, quem avalia o bom funcionamento dessas soluções, ainda que tenham sido replicadas inúmeras vezes. Em muitos casos, a colaboração consistirá, justamente, em reclamar – quando, por exemplo, observar que uma ferramenta tecnológica passou a ser discriminatória, violando comando constitucional ou legal, ou que alguma solução utilizada pelo Poder Judiciário não traz o nível de transparência necessário para o controle social. Portanto, o olhar crítico do operador do Direito é um elemento muito importante nesse novo mundo (LEITE, 2020, p. 116).

7.7 A ameaça da inteligência artificial no direito penal brasileiro atual

Henrique Viana Perreira resume o direito penal inimigo:

> Em brevíssima síntese, tem-se que Jakobs procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão, no qual seriam observados todos os princípios fundamentais garantistas inerentes ao Direito Penal moderno, e o Direito Penal do Inimigo, destinados a um grupo específico de delinquentes que deliberadamente desrespeitam o Estado de Direito, os quais não poderiam, portanto, ter direito à observância dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos. (PERREIRA, 2014, p. 102).

Essa aceitação de um direito “prático e eficiente”, que atropela garantias democráticas, segundo Karan, inicia pelo seguinte:

> A concentração de capitais em empresas, que, transnacionalizadas, acumulam um poder enfraquecedor dos Estados nacionais, a desregulamentação do mercado, a minimização das áreas de intervenção econômica e social, marcam a etapa pós-industrial e globalizada da evolução do capitalismo. O processo de desigualdade e exclusão, inerente àquele modo de produção, se aprofunda, provocando o crescimento da quantidade de marginalizados, excluídos das próprias atividades produtivas.
> As relações sociais, caracterizadas pelo individualismo, pela competição, pelo imediatismo, pelo egoísmo, pela aus~encia de solidariedade no convívio, seguem a lógica do mercado, favorecendo sentimentos de incômmodo, de

> medo, de insegurança (KARAN, 2005, p. 1).

Segundo Henrique Viana Pereira, essa permissão injustificável, advinda pela Escola Funcionalista, sobretudo ante a teoria do direito penal do inimigo, trará consequências inomináveis, o que foi por ele avisado em 2014:

> Não é difícil perceber que um discurso calcado na flexibilização, e até mesmo, inobservância dos sireitos e garantias fundamentais, configura um enorme retrocesso que não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito. Não se pode permitir que a dignidade da pessoa humana seja culnerabilizada em nome de um discurso vazio que utiliza conceitos indeterminados, como “delinquentes” e “inimigos”, os quais podem ser, facilmente, selecionados pela orientação política dominante. Toda a sociedade, sem dúvida, sairá prejudicada, assombrada pela ameaça do desrespeito a garantias básica há muito conquistadas pela humanidade (PEREIRA, 2014, p. 102).

Segundo a professor Eliza Becchara, na Aula Magna de 2018, na PUC Minas, delito e pena não têm conceito definido. Toda teoria do Delito é para desaguar na Teoria da Pena. Se não sabe sobre o delito, não pode saber sobre a pena.

O Direito Penal valora conduta no contexto social, no âmbito de determinado injusto. O delito, a sua compreensão, não é pura lei, mas combinação do comportamento humano e lei.

Substancialmente o direito penal é vinculado à violência. Combate à violência por meio de violência. Prega e educa a violência. Assim a racionalidade penal é viciada pela política, já que não há racionalidade dogmática, mas política.

A política é proteger da violência os socialmente escolhidos, politicamente que opera por meio da ministrada dogmática. O anestesiamento social perante a força operante não é dogmática, mas temor. O Estado é um companheiro de armas dos autoritários que exploram o medo, que na prática se diz a ideologia de segurança pública. Não se pune conduta que ofende bem jurídico, mas a negação da ordem ideológica, conforme os tipos e bem jurídicos abertos e amplos.

O pressuposto é o Estado Democrático de Direito, que traz o D. Penal como proteção subsidiária de bem jurídico num contexto preventivo, diga-se “no mínimo de prevenção”. O D. Penal é o “mínimo”, não a “máxima”. A liberdade deve ser injustificável. O Estado que deve justificar quando a tolher.

A liberdade é pressuposto e garantida. Não precisa de se explicar a liberdade, mas a prisão. Então deve suspeitar da norma penal, pois é a norma penal que me mostra o correto. O Estado não tem o direito de punir, ele tem o poder de punir,

devendo justificar quando o faz.

O funcionalismo vem em substituição ao sistema passado, querendo ser funcional para atingir os fins, abandonando partes que se aceita em nome do fim, inclusive, abandonando o “ser” do agente, para valer a “norma”. O princípio da legalidade sofreu mudanças, pulverização da lei penal, e a pessoa não age conforme a lei, mas conforme o medo do que o Estado queira dizer “entender, interpretar”. É o juiz que diz a lei hoje, para depois dizer o Direito. Não há mais ofensa ao bem jurídico, mas ofensa à norma.

Reformula o Direito Penal sem tipo, mas com conteúdo normativo em sua valoração não prática. Tudo à interpretação do juiz, conforme o critério que este escolhe para a verdade real que idealiza ver com a retórica para a proteção da “ordem pública”, ou “interesse social”, blindando-se de críticas.

Esse processo aumenta a criminalidade e terrorismo, ocorrendo o processo de internacionalização do Direito Penal, que também traz institutos internacionais para julgar o Brasil.

É a globalização do Direito Penal, dizendo-se “funcional”. Tal qual o nazismo alemão também era legalizado, o Apartheid, o Direito Penal tem adotado medidas como legais, que na verdade distanciam do devido processo democrático.

Vem imiscuindo, gradativa e imperceptivelmente. Assim foi o princípio da insignificância, por corrente jurisprudencial, permitindo não encontrar tipicidade material por justificativa de insignificância. Vem apresentado de decisão favorável ao réu, com ampla aceitação.

Hoje já se tem o artigo 28 do CPP repetindo que o sistema processual penal é acusatório, mas o 28-A estabelece consequências penais para quem meramente investigado, como defnde Jakobs, condicionando as punições penais precocemente por suposta quebra do contrato social.

A proteção social não é para interesse comum, mas para o interesse econômico, reafirma Becchara. As novas normas de Direito Penal vêm, não da ordem penal vigente, mas da internacional, como exemplo do Criminal Compliance.

O Direito não é materializado e usa de estatuto de normas que o defensor nacional não contestará em paridade, eis que desavisados.

A recomendação internacional é a atual fonte de norma. O Direito Penal usa o termo de “combate à corrupção”. O Direito Penal é um fantasma. Hora ele protege, hora agride. Não há como ver a norma.

Todos são potenciais vítimas e potenciais delinquentes (Ana Eliza Bechara, em 24 de abril de 2018, em Aula Magna do Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” da PUC Minas).

Prosseguindo, é este poder que faz a legalidade. A legalidade não é a justiça. A legalidade é o poder. O Apartheid era legalizado, igualmente holocausto, escravidão, colonialismo.

8 DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS

No início deste trabalho, apresentou-se resumido histórico da evolução da jurisdição, sobretudo, no Direito Penal, abordando, principalmente, a forma de julgar, começando dos povos orientais, da Mesopotâmia, Egito, Grécia e Roma, passando pela Idade Média e Idade Moderna, até chegar no momento atual, incluindo o ano de 2022, no qual a nova tecnologia utilizada, é a Justiça por meio digital. Desse modesto histórico, aponta-se a característica comum, qual seja, o uso da moderna tecnologia, cada qual à sua época, como meio de julgar, utilizado sempre pela classe dominante. Segundo Harari:

> A imensa diversidade de realidades imaginadas que os sapiens inventaram, assim, como a resultante diversidade de padrões de comportamento, são os principais componentes do que chamamos de “culturas”. Depois de surgidas, as culturas nunca deixaram de se modificar e se desenvolver – e essas alterações irreprimíveis são o que chamamos de “história”. (HARARI, 2020, p. 48).

A forma de dominar e coagir tem o direito como instrumento, uma instituição abstrata e cultural, que interfere no mundo concreto e material, como fruto de determinada cultura. Nessa linha de raciocínio, elucida, Pachukanis:

> [...] nós evitaremos esta contradição aparente se chegarmos a demonstrar, mediante a análise das definições fundamentais do direito, que este representa a forma, envolvida de brumas místicas, de uma relação social *específica*. Deste modo, não seria absurdo afirmar que, em certos casos, esta relação transfere a sua própria forma para qualquer outra relação social ou mesmo para a totalidade das relações (PACHUKANIS, 1988, p. 42).

De acordo com a comunicação entre os estudos de Pachukanis e Harari, o direito é instrumento cultural para dominação de classes:

> [...] o direito regulamenta as relações sociais. Se libertarmos esta fórmula de um certo antropomorfismo que lhe é inerente, estão ela reduz-se à seguinte proposição: a *regulamentação* das relações sociais, em certas condições, reveste um caráter jurídico. Tal formulação é, sem dúvida alguma, mais correta e, sobretudo, historicamente mais justa. Não podemos contestar que entre os animais existe alguma vida coletiva, e que esta é também disciplinada de uma maneira ou de outra. Porém, fica fora de cogitação afirmar que as relações das abelhas ou das formigas sejam disciplinadas *juridicamente* (PACHUKANIS, 1988, p. 42).

Os seres humanos, com sua capacidade de inventar, inauguram a cultura e a

renovam sob o manto de abstrações, as quais movem o mundo concreto. Em tempos remotos, os primatas não eram assim, somente após a primeira revolução, que é a Revolução Cognitiva, o *homo sapiens* passou a poder, por meio disso, dominar. Sobre a relação entre cultura e cognição, Harari explica:

> É relativamente fácil chegar ao consenso de que o Homo sapiens é capaz de falar sobre coisas que não existem e acreditar em seis fatos impossíveis antes mesmo do café da manhã. Você nunca seria capaz de convencer um macaco a lhe dar banana prometendo a ele uma quantidade ilimitada da fruta após a morte, no paraíso dos primatas. Mas porque isso é importante? Afinal de contas, a ficção pode ser perigosamente enganosa e perturbadora. As pessoas que vão a uma floresta em busca de fadas ou unicórnios talvez tenham uma chance menos de sobrevivência do que quem vai lá procurando cogumelos e veados. [...]
> No entanto, a ficção nos permitiu não apenas imaginar coisas, mas também fazer isso *coletivamente*. Podemos formular mitos compartilhados, tais como a história bíblica da criação, os mitos do Tempo do Sonho dos aborígenes australianos e os mitos nacionalistas dos Estados modernos (HARARI, 2020, p. 35-36).

O que permitiu ao *homo sapiens* conseguir vencer esse limiar crítico, fundando, ao longo do tempo, cidades com dezenas de milhares de habitantes e impérios com centenas de milhões de súditos, reside provavelmente no surgimento da ficção. Um grande número de estranhos pode cooperar com sucesso, caso acreditem nos mesmos mitos (HARARI, 2020, p. 39). E, “se passarmos aos povos primitivos, vemos aí certamente o embrião de um direito, mas a maior parte das relações é disciplinada extrajuridicamente, por exemplo, sob a forma de preceitos religiosos” (PACHUKANIS, 1988, p. 42).

Qualquer cooperação humana, em larga escala – seja um Estado moderno, uma igreja medieval, uma cidade antiga ou uma tribo arcaica –, está enraizada em mitos compartilhados que só existem na imaginação coletiva das pessoas. As igrejas estão enraizadas em mitos religiosos compartilhados (HARARI, 2020, p. 39). E a Igreja representou o Direito, por muito tempo, em várias culturas, gerindo a relação humana. Sobre a construção e influência da religião e do Direito, aduz, Harari:

> As pessoas aceitam com facilidade que “tribos primitivas” consolidaram sua ordem social por acreditar em fantasmas e espíritos, reunindo-se nas noites de lua cheia para dançar em volta de uma fogueira. O que não percebemos é que nossas instituições modernas funcionam exatamente nessas mesmas bases. Tome como modelo o mundo corporativo: os executivos e os advogados modernos são, na verdade, feiticeiros poderosos. A diferença principal entre eles e os pajés é que os advogados modernos contam histórias ainda mais estranhas. (HARARI, 2020, p. 39).

De acordo com Pachukanis (1988, p. 47), “a relação jurídica é como que célula central do tecido jurídico e é unicamente nela que o direito realiza o seu movimento real. Em contrapartida o direito, enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida”. É o que permite ao referido autor, no período moderno, afirmar que “o papel do jurista enquanto teórico coincide aqui, de forma imediata, com sua função social prática” (PACHUKANIS, 1988, p. 43).

Destarte, Harari revela o marco inicial das revoluções culturais, as quais denominam a forma de jurisdição que, consequentemente, utiliza da nova tecnologia da respectiva época como instrumento de operação social, englobando o mundo fictício e o real:

> Por isso, a Revolução Cognitiva marca o ponto em que a história declarou sua independência da biologia [...]. Depois da Revolução Cognitiva, as narrativas históricas substituem as teorias biológicas como nossa fonte primária para explicar o desenvolvimento do Homo sapiens A fim de compreender a ascensão do cristianismo ou a Revolução Francesa, não basta compreender a interação dos genes, hormônios e organismos. É necessário também levar em conta a interação de ideias, imagens e fantasias (HARARI, 2020, p. 49).

Ou seja, toda a regulamentação ou normativização das relações sociais só aparece homogênea e totalmente jurídica para uma reflexão superficial ou puramente formal. Efetivamente, sob esse ponto de vista, existem diferenças demasiadamente flagrantes entre os diversos domínios das relações humanas (PACHUKANIS, 1988, p. 43). Assim, a história denuncia a cultura e o direito manejado, segundo o contexto cultural, de acordo com os períodos, dos quais se extrai o que se abordará nos próximos tópicos.

8.1 A relação entre jurisdição egípcia e julgamento virtual

Prosseguindo o estudo acerca do instituto jurídico como ato cultural composto de misticismo e pragmatismo com vistas à dominação de classes, convém comparar a jurisdição virtual com a jurisdição no Egito Antigo. Como visto acima, nessa civilização, havia dois povos bem distintos, um de raça de pele escura e cabelos crespos, enquanto o outro detinha pele clara e cabelos lisos. Este compunha a classe privilegiada, culta e dominante, enquanto aquele era inferior, demonstrando

claramente que uma classe se sobrepunha e dominava a outra.

Foi visto também que a religião se distinguia entre a dos dominantes e a dos dominados. Os negros cultuavam animais, uma religião do povo comum que vivia no mesmo meio. Do outro lado, a religião era elevada aos sacerdotes. “Amon-Rá não é um deus pessoal. É a coletividade das quatro forças do universo: a matéria-prima, o espírito primitivo, o espaço e o tempo” (PACHUKANIS, 1988, p. 43). Constatou-se, ainda, que, para o panteísmo egípcio, não há criação, sendo essa o desenvolvimento do que se achava na divindade, e isso era representado por um ovo, pendente das abóbadas dos templos (CICCO, 2010, p. 29).

Tudo se realizava por motivos sagrados e de fé, sendo uma civilização fortemente marcada pela religião, motivo pelo qual formou-se o Estado teocrático, no qual os sacerdotes detinham os poderes sob título de divindade, gozando de privilégios, inclusive, tributários, como a posse de um terço de todo o solo egípcio (CICCO, 2010, p. 31). Para Cicco, acerca do poder governante:

> Considerado um semideus, o faraó era senhor absoluto. Sabemos, por outro lado, que interpretava o querer da casta sacerdotal, a qual de fato detinha poderes sem limites. O regime egípcio era, pois, a monarquia com aristocracia, ou seja, o poder real era limitado pelo colégio sacerdotal (CICCO, 2010, p. 30).

Desta feita, de acordo com a cultura da época, a teocracia, o Antigo Egito se caracterizou, em matéria criminal, por via de consequência, por sua forte influência eminentemente teocrática, o que se configurava por uma legislação penal baseada, principalmente, em condutas que afetavam a religião ou o faraó, cuja pena era a de morte por diversas formas, como tortura, forca, crucificação, decapitação, entre outras. Igual sorte era conferida aos pais, filhos e irmãos do delinquente. Também eram penas comumente adotadas, as mutilações, exílio, escravidão, confiscação de bens e trabalhos forçados nas minas. Crimes como falsificação eram penalizados com amputação das mãos; o estupro, com a castração; o perjúrio, com a morte; a revelação de segredos, com a amputação da língua; dentre outras modalidades (RUDÁ, 2018, p. 108).

Para o povo teocrático, eis a justiça teocrática. Para o povo virtual, eis a justiça virtual, a qual não se mostra tão diferente sob determinado aspecto, uma vez que, tal como ocorre na primeira, deposita-se a fé no invisível, existe a crença de que há um ser superior à capacidade humana, ao qual se presta respeito, mesmo diante da

invisibilidade das razões fundantes da decisão. Acerca dessa dificuldade de identificar os motivos da decisão, que decorre da padronização promovida pela inteligência artificial, Pereira leciona:

> Não obstante, antes mesmo de promovermos a discussão relativa aos usos da inteligência artificial e seus campos de aplicação no processo, como formas de melhoramentos, é preciso conhecer as problemáticas do modelo de padronização, dentre eles, a dificuldade na identificação da razão de decidir (*ratio decidendi*), o elemento vinculante, que é essencial em um regime de precedentes originário, mas que, em nosso sistema, vem sendo substituído pela edição de teses abstratas ao final do julgamento dos casos (PEREIRA, 2021a, p. 301).

Contudo, como bem lembra, Alexy (2014, p. 45), “por outro lado, a história por exemplo das ciências e do direito processual mostra que a prática exercida em um determinado momento não só não é a única possível como pode não ser a melhor”. Nesse sentido, a cultura sofre alteração de acordo com a cronologia, a etnia e a geografia, o que se verá no próximo tópico.

8.2 A relação entre a jurisdição da Mesopotâmia e Justiça virtual

Como destacado em tópico anterior, o código de Hamurabi consagra a Lei de Talião ou pena de talião, que consiste na compensação ou reciprocidade do crime cometido por uma pena equivalente, a exemplo da punição de um assassino por meio da retirada de sua vida. Segundo referida lei, o criminoso deve ser punido de forma equivalente à falta que praticou.

Segundo Kaufman, os algoritmos de inteligência artificial estão presentes no cotidiano, de modo generalizado:

> Parte do sucesso da Netflix está em seu sistema de personalização, em que algoritmos analisam as preferências do usuário e de grupos de usuários com preferências semelhantes e, com base nelas, sugerem filmes e séries. Acessamos sistemas inteligentes para programar o itinerário com o Waze, pesquisar no Google e receber do Spotify recomendações de músicas. A Amazon captura nossas preferências no extenso fluxo de dados que coleta a partir de nossas interações com o site (quais produtos analisamos, quando e por quanto tempo os observamos, quais as avaliações que lemos). A Siri da Apple, o Google Now e a Cortana da Microsoft são assistentes pessoais digitais inteligentes que nos ajudam a localizar informações úteis com acesso por meio de voz. Existe uma multiplicidade de algoritmos de inteligência artificial permeando as interações nas redes sociais, dentre ele os algoritmos do Feed de Notícias do Facebook. Esses sistemas inteligentes não entendem o significado de dados, apenas detectam padrões pelo processo de Deep Learning (KAUFMAN, 2019, p. 39).

A inteligência artificial não é meramente um julgador judicial, mas é presente na forma de se relacionar, comunicar-se e se divertir, sendo uma bússola sagrada da atualidade, à qual os humanos se curvam ininterruptamente. É a inteligência artificial quem dita as regras, assim como o antigo Código de Talião, que era fruto da cultura e divindade na Mesopotâmia, naquela mencionada época. Acerca do domínio e forma abrangente de atuação da inteligência artificial, Kaufman elucida:

> O marketing e a propaganda usam algoritmos de Inteligência Artificial para identificar hábitos e preferências dos consumidores e produzir campanhas mais assertivas e segmentadas. O mesmo ocorre com as áreas comerciais: no setor imobiliário, por exemplo, os algoritmos permitem identificar se você foi designado para uma função em outra cidade ou contratado por uma empresa com escritório em outra cidade, acessar os locais e os tipos de moradia que você vem pesquisando na Internet, qual o tamanho de sua família, e assim por diante, aumentando a chance de ofertas apropriadas de imóveis. O varejo físico incorpora as “vantagens” do varejo online por meio de sensores que permitem identificar por onde o cliente circulou nas lojas, a trajetória do seu olhar nas prateleiras, por quantas vezes e por quanto tempo. São os algoritmos de Inteligência Artificial que transformam em informação útil a imensidão de dados gerados pelas movimentações digitais (“rastros digitais”). Seus benefícios são inegáveis, e os indivíduos e a sociedade os reconhecem. (KAUFMAN, 2019, p. 40).

Atualmente, o homem confia na inteligência artificial, mas também depende dela, como se observava na relação dos mesopotâmios com o deus onipresente, onipotente e onisciente. Contudo, não se engane em confundi-la com a santidade, pois, paralelamente a essa aparente promessa, no entanto, proliferam, impactos negativos a serem compreendidos e equacionados. Dentre esses, destacam-se o viés nos processos de decisão automatizados, a invasão de privacidade e as novas formas de controle, bem como a personalização dos acessos e pesquisas online (KAUFMAN, 2019, p. 40).

Segundo Kaufman, os valores e desejos, expressos nos dados que se selecionam, influenciam as escolhas, ou seja, os modelos são opiniões incorporadas em Matemática. A questão, contudo, é se deve-se eliminar o viés humano, ou simplesmente camuflá-lo com tecnologias. Para referida autora, os modelos matemáticos deveriam eliminar os preconceitos, tornando os processos decisórios mais justos, mas, em vez disso, o que ocorre é a prevalência de modelos matemáticos mais opacos, não regulamentados e incontestáveis, que apenas os especialistas são capazes de compreender (KAUFMAN, 2019, p. 40).

Assim, da criação mítica daquele ser divino da Mesopotâmia, que servia para controle social mediante violência, não se difere, a atual *deusa*, ora inteligência artificial, que tem consigo os interesses e desejos egoístas humanos. Para Ferrari, existe uma tendência de as pessoas pensarem que o resultado gerado por um algoritmo está correto, por ser um resultado pretensamente científico. Esse é um erro de avaliação dos seres humanos ao qual se dá o nome de "machine bias", viés da máquina (FERRARI, 2020, p. 89).

É certo que os humanos têm vieses (preconceitos), cometem erros e têm dificuldade para explicar, de fato, como chegaram a determinada decisão. Até mesmo porque, conforme a obra de Kaufman, “não seremos capazes de superar todos os preconceitos humanos e falhas da decisão; mesmo que os seres humanos escolham usar sistemas de aprendizado de máquinas inteligentes em mercados ricos em dados, essa escolha ainda será humana” (KAUFMAN, 2019, p. 42).

8.3 A relação entre os persas e a Justiça virtual

Como se percebe, a religião caracteriza a cultura de modo geral, o que não é diferente no aspecto jurídico, atingido pela ideologia de que o divino é a autoridade. Destarte, a grande fonte do direito era a vontade do soberano de direito divino. Significa dizer que toda transgressão contra o soberano é, então, uma verdadeira transgressão à lei e à própria divindade (ANTIGUIDADE..., 2015).

Como visto acima, a história do Direito Penal, na Pérsia, é contada levando-se em consideração dois períodos: o da Idade Antiga e o que corresponde ao Alto Medievo Ocidental. Em ambos os períodos, percebe-se uma violência exacerbada. E um julgamento virtual pode praticar uma violência exacerbada sob o nome de pena, furtando-se ao que seria o Direito Penal, que se predispõe a julgar o ser em sua completude. Para Karam, este mito do Direito Penal, destinado a proteger bens essenciais a todos os homens, parece desmoronar-se (KARAM, 1993, p. 88). Ressalta-se, ainda, que, em termos de evolução do Direito, entre a referida época dos persas e o período atual, há longo caminho, mas a violência penal ainda não foi extirpada da história:

> Esta situação modifica-se com o desenvolvimento e a estabilização das divisões da sociedade em classes e em Estados. O surgimento de uma hierarquia eclesiástica ao lado de uma hierarquia laica faz com que a

> proteção dos seus privilégios e da luta contra as classes inferiores e oprimidas da população passe a ser uma tarefa prioritária. A desagregação da economia natural e a consecutiva intensificação da exploração dos camponeses, o desenvolvimento do comércio e a organização do Estado alicerçado na divisão em Estados e em classes, dão à jurisdição penal a prioridade de todas as outras tarefas. Nesta época, a justiça penal já não é mais, para os detentores do poder, um simples meio de enriquecimento, mas um meio de repressão impiedosa e brutal, sobretudo para os camponeses que fugissem à exploração intolerável dos senhores e do seu Estado, assim como também para os vagabundos, para os mendigos, etc. O aparelho da polícia e da inquisição começa a ocupar uma função proeminente. As penas tornam-se meios, seja de exterminação física, seja de terrorismo. É a época da tortura, das penas corporais, das mais bárbaras execuções capitais (PACHUKANIS, 1988, p. 123).

Portanto, o direito, como instrumento de ordem pública, não atinge o objetivo de redução de violência, apesar da grande evolução vivenciada em outros aspectos:

> Os dados estatísticos expostos neste capítulo não permitem outra conclusão: o Brasil avançou e muito na “questão social” desde meados da década de 1990, principalmente a partir da virada do milênio. Diminuímos a pobreza e a desigualdade de renda e ampliamos o acesso da população a serviços públicos na saúde, na educação e no saneamento básico. A classe média, definida pela renda mensal familiar *per capita,* tornou-se o estrato majoritário do país, refletindo-se na expansão acelerada do consumo de bens duráveis (SAPORI; SOARES, 2014, p. 33).

Nesse sentido, Sapori e Soares concluem pela existência de um nítido paradoxo na evolução da sociedade, que consiste no avanço socioeconômico em sentido contrário ao aumento da criminalidade:

> O aspecto mais intrigante dessa dinâmica social é sua simultaneidade com o crescimento da criminalidade violenta. Para certa percepção de senso comum e mesmo para algumas abordagens sociológicas do crime, estamos diante de um paradoxo. Se a sociedade brasileira realiza conquistas sociais, era de se esperar que a criminalidade seguisse trajetória contrária, no sentido da redução. Como compreender uma sociedade que reduz as injustiças socioeconômicas e ao mesmo tempo sofre com a deterioração da segurança pública? A partir do senso comum, o paradoxo é ainda maior porque as regiões que mais progrediram socioeconomicamente são as que exibem maior crescimento nas taxas de criminalidade violenta (SAPORI; SOARES, 2014, p. 34).

Segundo Bauman, a relação entre as pessoas era mais segura na época que dependia de investimento de tempo e esforços, mas tem sido sacrificada em nome de interesses individuais imediatos. Por esse motivo, sente-se o enfraquecimento das relações sociais, não mais entendida como sistema estrutural, mas de “rede”, cuja dinâmica se dá por conexões e desconexões aleatórias de diversas permutas,

atendendo ao imediatismo. Enfim, o egoísmo tem sido mais eficiente (BAUMAN, 2007, p. 7-10). E nessa configuração atual, emerge, a inteligência artificial:

> Para a PhD Shoshana Zuboff, professora emérita da Havard Business School, autora de The Age of Survellance Capitalism, as empresas vendem certeza (do sucesso). Grande sucesso precisa de grandes previsões e muitas previsões precisam de grandes necessidades, que são os muitos dados. É o chamado capitalismo de vigilância, um capitalismo lucrando em rastrear aonde quer que alguém vá, feito por grandes empresas para garantir que os anunciantes tenham o máximo de sucesso possível. (THE..., 2020).

Trata-se do novo tipo de mercado, que negocia, exclusivamente, o futuro de humanos em escala, assim como há mercados que negociam o futuro de carnes suínas. E as empresas que atuam nesse mercado são as mais ricas da história. Segundo o referido documentário, *Dilema das redes*, tudo que as pessoas fazem no modo online é monitorado, cada imagem é observada, clicada, curtida e baixada. Pode-se identificar o tipo de personalidade do sujeito, copiando seus vícios e todo o conjunto de características, tudo isso por meio da monitoração realizada pelo algoritmo, que tem mais informações sobre as pessoas do que jamais se teve na história.

E essa mesma inteligência artificial permeia a operação jurídica, pois atinge todo o setor social. Dworkin, jusfilósofo, reconhece o direito como uma prática interpretativa e construtiva, haja visto seu significado enquanto prática social. Dependente das condições argumentativas que o constituem, ou seja, perfaz-se numa complexa teia de articulações, dentro de um contexto, sendo certo que esse impacto contextual é medido e avaliado em termos morais (PEREIRA, 2021a, p. 266).

O julgador virtual ignora o direito, violando direitos e garantias fundamentais, por isso, toda a democracia, em incomensurável violência, opera por um sistema aristocrático, cujo resultado é a aparente sociedade mais evoluída e mais violentada (não somente de forma jurídica), sobretudo, em sua integridade física, segundo comprovado por Sapori e Soares (2014, p. 47).

8.4 A relação entre a Grécia Antiga e a Justiça digital

Como visto acima, a jurisdição é inicialmente caracterizada, na Grécia, pela fé devota aos chamados *mestres da verdade*, pela crença de que a vontade una era divina e se impunha à coletividade. Contudo, essa realidade sofreu questionamentos,

de forma a fazer com que a sociedade grega antiga buscasse por um sentido racional, compreensível e igualitário, como regra de justiça. E outro cenário não poderia ilustrar tão bem o cenário atual quanto o faz, o período grego acima retratado, bastando, para que se convença, conferir o funcionamento da programação do robô que julga pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> O desembargador [...] explicou que, depois que a ferramenta separa os recursos, é montado um padrão de voto que contempla matéria já decidida pelos Tribunais Superiores, ou pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), processo que trata de um assunto abordado em inúmeros outros processos. Assim, depois que o incidente é julgado, a mesma decisão deve ser aplicada a todas as outras ações judiciais do mesmo teor. (MINAS GERAIS, 2018).

Perceba que, conforme extraído do trecho acima, o desembargador *monta um padrão de voto* para as ações futuras. Embora guarde semelhanças, a ação é distinta, e cada ação deveria partir de um discurso entre as partes, pois a ação decidida é passada, mas, a partir dessa, as futuras terão voto idêntico. Ora, nem seria preciso dizer que o futuro é diverso, outro e incerto.

O direito é constante como sociedade que é, portanto, mutável. Há algum tempo, tem-se observado a redução do direito de defesa em nome da eficiência. As raízes filosóficas que floresceram o tema humanístico vêm se desvanecendo progressivamente. O penalismo de nível médio foi abandonando sua velha pretensão de coerência filosófica e empobrecendo seu discurso, até tornar comum a mistura arbitrária de elementos de ideologias incompatíveis (ZAFFARONI, 2001, p. 49).

Olvida-se do *ser*, enquanto humano, em nível de igualdade aos seus semelhantes, e, portanto, digno de individualidade, de maneira a se sobrepujarem as sagradas e árduas conquistas filosóficas do humanismo, dividindo-se os seres em grupos, como se fossem idênticos, punindo-se o que supõe ser, não o fato em si. E, nesse trajeto, que toma maior velocidade, observam-se mudanças nocivas, como: a redução do tempo para sustentação oral da defesa no tribunal de segunda instância e para os debates no procedimento do Tribunal do Júri; a criação de múltiplos tipos penais, alguns teratológicos; estabelecimento de regra geral para o cumprimento da pena provisória a partir das decisões em segunda instância e, em caso de decisões pelo Plenário do Júri, a partir de primeira instância; além da questão aqui em foco, qual seja, o julgamento (apenas, ainda) em segunda instância por inteligência artificial, a qual resolve centenas de casos no mesmo instante, reconhecendo o tipo de ação

envolvida e decidindo repetidamente, com base em decisões de outros tribunais referentes a ação semelhante, e não de acordo com o *ser*.

Foi na Grécia Antiga, onde os primeiros filósofos suscitaram a dialética como fundamento constitucional, conforme Aristóteles:

> Em primeiro lugar devemos definir o que seja uma “proposição dialética” e um “problema dialético”, pois nem toda proposição, tampouco problema, podem ser apresentados dialéticos. Com efeito, ninguém que se estivesse em seu juízo perfeito faria uma proposição de algo que ninguém admite, tampouco faria um problema do que é evidente para todo mundo ou para a maioria das pessoas, porque isso não suscitaria nenhum questionamento. Já no que diz respeito à primeira suposição, ela não teria o assentimento de ninguém. Ora, uma proposição dialética consiste em perguntar alguma coisa que é admitida por todos os humanos, pela maioria deles ou pelos filósofos, ou seja, ou por todos ou pela maioria ou pelos mais eminentes, contanto que não seja contrária à opinião geral (ARISTÓTELES, 2013, p. 88).

Como leciona, Brandão, “os mais perigosos são os donos da verdade, os que não têm dúvidas e não se comprometem com seu próprio pensar e com seu desejo, agem burocraticamente renunciando à subjetividade” (BRANDÃO, 2010, p. 11). Porém, não há deliberação, inexiste a conexão do homem que julga com o outro julgador, que formaria o colégio; muito menos, deste para com o homem julgado.

Todavia, os próprios gregos reconheceram a necessidade de fundamento em raciocínio lógico, fruto de debate, buscando atender aos ditames da Justiça institucional atual. A sociedade, por outro lado, não percebe o erro causado pela confusão entre o divino e a razão, entre a fé e a lógica, e, assim como depositava fé nos mestres da verdade, por suporem amigos dos deuses, fazem-no em relação à inteligência artificial. Segundo Laércio, acerca da importância da existência e do papel da razão humana:

> Como dito, desde o nascimento todos os seres vivos estão propensos a seu fim, que é a própria conservação. Nesse ponto não há diferença entre os seres vivos. Os animais distinguem-se, contudo, dos vegetais porque são dotados de instinto, por meio do qual eles se dirigem a seus próprios fins, e daí decorre que a sua disposição natural é seguir apenas o impulso, instinto. O homem se distingue dos outros animais porque possui razão, que o dirige a uma conduta mais perfeita. O homem é portador do logos, portanto busca seus fins conscientemente (LAÉRCIO, 1977, p. 201).

Preocupado com o regresso em que o direito adentra, a partir do culto à inteligência artificial, abolindo o discurso de humanismo, é que Pereira, estudioso da constitucionalidade jurídica em tempo de inteligência artificial, afirma que:

> O primeiro parâmetro se refere a efetivar, no processo, um modelo de garantias que preserve os direitos fundamentais dos interessados, o que nos leva à necessidade de promoção de um devido processo legal substancial, igualmente na seara de aplicações procedimentais de técnicas de inteligência artificial. Funciona como condição de possibilidade para todos os demais parâmetros (PEREIRA, 2021a, p. 355).

Assim, é imperativa a aceitação de que é o indivíduo que julga o seu par, pois o espírito divino concede entendimento para a justa distribuição da justiça, mas não a uma lógica matemática exteriorizada e inerte ao ser. Oportuno, portanto, o pensamento de Hegel (2017, p. 37), ao discorrer que a tarefa de conduzir o indivíduo desde seu estado inculto até o saber deveria ser entendida em seu sentido universal, o espírito consciente-de-si na sua formação cultural. No tocante à relação entre os dois indivíduos, cada momento no indivíduo universal se mostra conforme o modo como obtém sua forma concreta e sua configuração própria.

O direito não prescinde de discurso. De acordo com Alexy, sob a tradução do professor Trivisonno (2014, p. 27), “no que diz respeito à racionalidade da ponderação [...] basta consignar que a ponderação seria um processo arbitrário se ela não estivesse conectada à argumentação jurídica”. Para exemplificar a importância do contraditório, basta pontuar que configura causa de nulidade, qualquer situação que o afronte, segundo Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

> É evidente, também, que nesse procedimento deverão ser observadas todas as garantias processuais, especialmente as do contraditório e da ampla defesa. Daí que os descumprimentos dessas garantias devem levar ao reconhecimento de nulidade (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 254).

Nesse espírito de racionalidade como instrumento principal da democracia contra o sistema aristocrático, é que, na Grécia, surgem os primeiros filósofos, como Sócrates, Aristóteles e Platão, elogiando o debate como função de justiça.

8.5 A relação entre a jurisdição da Roma Antiga e a atual Justiça digital

A tirania marcou a época da Roma Antiga, e a arrastada guerra pela manipulação do ser humano é a característica principal da história romana da Antiguidade, paralelamente à guerra atual, da inteligência artificial. Assim se verifica a realidade atual, envolvida no fenômeno, percebido por uma pequena classe social,

do prejuízo do domínio da inteligência artificial como Justiça digital, sobretudo, após a expansão diante da pandemia causada pelo coronavírus, desde o ano 2020, em uma luta pela contenção de abusos. Nesse sentido, Kaufman alerta sobre os riscos da inteligência se tornar um poder tirano, se já não o é:

> Em maio de 2014, o físico da Universidade de Cambridge Stephen Hawking publicou um artigo no jornal inglês The Independent – em coautoria com Stuart Russel, cientista da computação da Universidade de Berkeley, Max Tegmark e Frank Wilczek, Prêmio Nobel, ambos físicos do MIT -, reconhecendo que o advento de uma verdadeira máquina pensante seria o maior feito da história da humanidade, mas que poderia ser o último se os riscos não forem evitados. Um sistema inteligente que exceder a inteligência em nível humano pode ser capaz de "superar os mercados financeiros, inventar pesquisadores humanos, manipular os líderes humanos e desenvolver armas que não poderemos entender"; ignorar esse cenário pode ser "potencialmente nosso pior erro na história" (KAUFMAN, 2019, p. 61).

Não há discordância em relação aos enormes benefícios para a humanidade, decorrentes dos avanços da inteligência artificial, a qual é alimentada por volumes de investimento sem precedentes e fundamentada em uma base teórica cada vez mais sólida. Afirma, Kaufman:

> Para os autores do artigo, contudo, não há empenho dos especialistas em garantir resultados positivos. Se uma civilização alienígena superior nos mandar uma mensagem dizendo: "Chegaremos em algumas décadas", responderíamos: "Ok, ligue para nós quando chegar aqui – deixaremos as luzes acesas?" Provavelmente não – Provavelmente não – mas isso é mais ou menos o que está acontecendo com a inteligência artificial (KAUFMAN, 2019, p. 62).

Kaufman (2019, p. 63) traz as reflexões de Harari[13], no sentido de que a tecnologia é benéfica, mas se deve evitar que assuma o controle das vidas humanas, para que a humanidade não se torne refém da sua agenda:

> À medida que a biotecnologia e o aprendizado de máquina melhoram, fica mais fácil manipular as emoções e desejos mais profundos das pessoas, e se tornará mais perigoso do que nunca seguir o seu coração. Quando a Coca-Cola, a Amazon, a Baidu ou o governo sabem como puxar as cordas do seu coração e apertar os botões do seu cérebro, você ainda pode perceber a diferença entre você mesmo e seus especialistas em marketing?[14] (HARARI apud KAUFMAN, 2019, p. 63).

Kaufman, citando Harari, adverte sobre a invasão da tecnologia no campo

---

[13] https://www.wired.co.uk/article/yuval-noah-harari-extract-21-lessons-for-the-21sr-century
[14] https://www.wired.co.uk/article/yuval-noah-harari-extract-21-lessons-for-the-21sr-century

humano:

> Coca-Cola, Amazon, Baidu e o governo estão correndo para hackear você. Não é o seu smartphone, não o seu computador, e não a sua conta bancária – eles estão numa corrida para hackear você e seu sistema operacional orgânico. Você pode ter ouvido falar que estamos vivendo na era de invadir computadores, mas isso dificilmente é a metade da verdade. Na verdade, estamos vivendo na era de hackers humanos.[15] (HARARI apud KAUFMAN, 2019, p. 63).

Ainda de acordo com Kaufman, com fundamento no pensamento de Harari, é de se alertar que os algoritmos estão observando as pessoas, registrando todos os seus passos, o que consomem, com quem se relacionam, e monitorando a caminhada, as respirações e batimentos cardíacos. Com base no *big data* e no aprendizado de máquina (*deep learning*), os sistemas inteligentes vão conhecer a humanidade melhor do que a própria, podendo controlá-la e manipulá-la. Pois, "se os algoritmos realmente entenderem o que está acontecendo dentro de você melhor do que você entende, a autoridade será transferida para eles"[16] (KAUFMAN, 2019, p. 64).

Isso engloba o direito instituído na sociedade. A relativa autonomia conquistada pelos sistemas de inteligência artificial, quando não mais seguem processos de decisão pré-programados pelos humanos e começam a aprender por si mesmos, colocam para a sociedade novas questões éticas e a urgência de se estabelecerem arcabouços legais e regulatórios. As conhecidas *Três Leis da Robótica,* de Asimov, propostas há mais de 50 anos, citadas frequentemente como referência ética para a inteligência artificial, não se sustentam no estágio atual: as tecnologias inteligentes não estão relacionadas apenas à robótica – ao contrário, estão em todos os campos de conhecimento e suas aplicações práticas –, nem essas máquinas inteligentes estão subordinadas diretamente às "ordens que lhe são dadas por seres humanos" (KAUFMAN, 2019, p. 64).

Alguns pequenos grupos, percebendo o surgimento da referida tirania virtual, pesquisam e movem ações para contê-la, de modo que os governos da Europa e dos Estados Unidos da América já se engajam na regulamentação da inteligência artificial. No ano de 2017, o Parlamento europeu relatou sobre a robótica e a inteligência artificial, versando sobre a responsabilidade civil e ética, bem como sobre mercado de trabalho, segurança e privacidade (KAUFMAN, 2019, p. 66). Há debates sobre a criação de um código de conduta ética para engenheiros de robótica, assim como, na

---

[15] https://www.wired.co.uk/article/yuval-noah-harari-extract-21-lessons-for-the-21sr-century
[16] https://www.wired.co.uk/article/yuval-noah-harari-extract-21-lessons-for-the-21sr-century

época romana antiga, a preocupação com a tirania levou à elaboração da Lei das XII Tábuas.

Essa percepção americana e europeia é uma tendência para valorizar o controle democrático das instituições e o estímulo do desenvolvimento dos mercados digitais. Até mesmo a França possui essa ordem de abertura, embora tenha promulgado lei que criminaliza a realização de perfis profissionais ou pessoais de magistrados. O modelo que se amolda à publicidade, no Brasil, ademais, é consagrado pelo STF, pensando em um equilíbrio possível para a proteção de dados pessoais e autodeterminação informacional (PEREIRA, 2021a, p. 408).

Imbuído nesse sentido, no Brasil, o CNJ, na edição das Resoluções n. 331 e 332 e da Recomendação n. 73, de 20 de agosto de 2020, aconselha aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a adoção de medidas preparatórias e ações iniciais para adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), como política de boas práticas. Até porque, o Poder Público deve ter uma base legal para tratar os dados, o que se faz nos artigos 23-32 (PEREIRA, 2021a, p. 406).

> Interessante relatório foi produzido pelo Centro de Direito, Internet e Sociedade, e o Centre for Information Policy Leadership, em parceria, visando concretizar as prioridades que as organizações públicas e privadas devem considerar para o implemento eficaz da Lei Geral de Proteção de Dados. O documento contou com a contribuição de mais de vinte especialistas em privacidade e proteção de dados ao redor do mundo, com o objetivo de trazer orientações práticas. Acompanha, inclusive, um checklist, também em forma de infográfico, delineando os passos básicos para cada adequação (PEREIRA, 2021a, p. 409).

Toda essa tarefa é desenvolvida para conter a tirania do virtual, assim como a plebe se movia na Antiguidade, inclusive, juridicamente, contra o alastramento da aristocracia romana. Nesse sentido, Pereira:

> Por fim, importante registro há de ser realizado quanto ao artigo 20 da LGPD, uma vez que, segundo Ana Frazão, ele descreve uma espécie de devido processo legal para salvaguardar as pessoas do que denominou “tirania dos julgamentos automatizados”, pois o uso de inteligência artificial que possibilite a tomada de decisões exclusivamente automatizadas pode gerar discriminações abusivas, resultados ilegítimos e erros sistêmicos. A dificuldade na explicabilidade do modelo, igualmente conduz a um espaço de opacidade típica de sistemas autoritários não regulados (PEREIRA, 2021a, p. 410).

Sem dúvida alguma, a utilização de inteligência artificial no regime de padrões decisórios é de grande valia e deve apresentar a especificidade da importância de

conduzir os magistrados à cultura de promoção da segurança jurídica. Semelhante ao ocorrido na Roma Antiga, por meio dos magistrados, com a redação da Lei das XII Tábuas e o empreendimento de outras lutas mais contra o sistema tirano, a favor da democracia. Hoje, portanto, a menor parcela da sociedade luta contra a tirania da inteligência artificial ante os julgamentos virtuais, redigindo lei e debatendo sobre, no árduo e contínuo trabalho denominado democracia.

8.6 A relação da Idade Média com o atual julgamento virtual

Como visto em tópico anterior, o que marca o Direito Canônico é a chamada Santa Inquisição, cujo processo foi tido como regular à época. A pena ou penitência imputada ao delinquente ou pecador possuía caráter de expiação, razão pela qual pagá-la também significava se ver livre, purificado. Isso levou a Igreja a instituir a penitenciária, local onde o delinquente ou pecador pagaria sua penitência. Assim, esse enorme avanço da Igreja por toda a Europa colocou em voga o Direito Canônico também. Pode-se dizer, acerca do sistema inquisitório, que:

> O sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. As transformações ocorrem ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório. [...] No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvida acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar o procedimento (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 42).

Outra característica importante do Direito Penal Canônico, dado seu caráter eminentemente tutelar, foi o fato de reivindicar para si todos os aspectos subjetivos do delito, os quais, no Direito Germânico, não tinham tanta importância e, ademais, o deixavam em posição secundária. Prova disso é o fato de quão danosa foi a eleição, pela Igreja e seu direito, dos aspectos subjetivos como prioritários para toda a obscura história da inquisição. Na definição de Coutinho:

> O sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta

> defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de "doutrinas heréticas". Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólica na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido. (COUTINHO, 2015).

A título de exemplo, vale recobrar algumas formas de crueldade praticadas sob o manto do Direito Penal:

> [...] Os meios mais citados por diferentes autores da história do Direito Penal, sem prejuízo para outros, são:
> Caldeirão de azeite, onde eram colocados os pés e as mãos do acusado, com a presença do fogo que o queimava lentamente. O que acontecia era quando a vítima não morria, era porque Deus a considerava inocente, mas quando morria era porque era culpada da acusação, o que “lavava” a consciência dos inquisidores, dando-lhes a satisfação pela realização da justiça divina;
> b) Outra modalidade era a “coroa”, uma espécie de aro de ferro que se colocava na cabeça do acusado e apertava-se aos poucos, até que houvesse uma confissão, o que não era muito difícil de acontecer, mas o problema é que às vezes, tão justificada era a acusação, que o acusado não tinha o que confessar.
> c) Bastante comum era o fogo em brasa, cujo objetivo era o mesmo, a obtenção de uma confissão que muitas vezes não vinha (RUDÁ, 2018, p. 158).

A forma operacional era o sistema inquisitório, concentrando o poder em um juiz que acusa e julga, sem participação das partes em contraditório, permitindo ao ativismo judicial decidir sob razões não expostas e destoantes dos atuais princípios democráticos, como expõe, Coutinho:

> A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que "a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na 'acusação' –, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases." Como refere Foucault, com razão, "ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado." (JACINTO COUTINHO, 2015).

Sobre essas práticas horríveis de investigação, algumas vozes tentavam contestá-las, e no período posterior, o do Iluminismo, Beccaria se destaca ao denunciar e propor remodelar o direito, através de sua ilustre obra *Dos Delitos e das Penas*. Após esse período, a história do Direito Penal recebe os glosadores, os pós-glosadores e os práticos, no contexto alemão e italiano, entre os séculos XI a XIV,

cujo período é marcado pelo renascimento do Direito Romano.

Notoriamente, trata-se da fusão ocorrida ao longo de toda a Idade Média entre a produção legislativa germânica e canônica, a partir do Direito Romano, daí muitos escritores utilizarem a expressão *recepção*. É assim, o início de um fenômeno que vai alterar profundamente a concepção de Direito Penal para os povos envolvidos e, por conseguinte, para tantos outros, principalmente, a partir de um ponto de vista da legislação alemã. Esse movimento encontra seu ápice por volta do século XI até o século XVII, que, para fins didáticos foi dividido em três: o dos Glosadores, dos Pós-Glosadores e dos Práticos (RUDÁ, 2018, p. 159).

Contra esse sistema, posteriormente adveio o grande pensador, Beccaria sugerindo:

> Só com boas leis se podem impedir tais abusos. Porém, de ordinário, os homens abandonam a leis provisórias e à prudência do momento o cuidado de regular os negócios mais importantes, quando não os confiam à discrição daqueles mesmos cujo interesse é oporem-se às melhores instituições e às leis sábias (BECCARIA, 2015, p. 19).

A crueldade desempenhada tinha a finalidade disposta acima, ou seja, os meios eram cruéis. Mas, para justificá-los à sociedade, dizia-se agir juridicamente através de procedimento inquisitório para extração da verdade, ou seja, propagavam a falsa mensagem de que a finalidade era distribuição de justiça. Segundo Foucault:

> Dentre tantas modificações, atenho-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha disso visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como “humanização” que autorizava a não analisá-lo. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-se às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? (FOUCAULT, 1987, p. 12).

Prossegue, o questionamento de Foucault, sobre a finalidade processual do corpo de suplício:

> Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo suplicado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal (FOUCAULT, 1987, p. 12).

Outro ponto para reflexão é o significado do corpo de suplício: “o corpo duplicado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer à luz a verdade do crime” (FOUCAULT, 1987, p. 32). Destarte, Beccaria propõe como causa social da barbárie, a desigualdade social sob a dominação de uma minoria privilegiada, em desfavor da maioria miserável. Foucault apresenta a perpetuação da violência até os dias atuais, não contra o corpo de suplício, mas de outra forma, invisível, bem como o significado cerimonial do corpo de suplício, que é para a extração da verdade do crime, o que guarda semelhanças com o ocorrido atualmente, segundo Coutinho:

> O novo, porém, é um dado histórico. Inimigo mortal das velhas práticas, das verdades consolidadas, do poder constituído; mas não deixa espaço para ser sufocado: aceitá-lo ou não é questão de tempo e, quase sempre, de uma visão prospectiva (COUTINHO, 2015).

Sobre a operação da teoria jurídica atual:

> Imprescindível, portanto, para a elaboração de discurso ciente da crise, das expectativas e das necessidades do século XXI, seja negado o sequestro da realidade que as teorias gerais produziram.
> As teorias gerais (dogmáticas) relativas às ciências criminais no século XX não apenas reduziram os diversos discursos e as inúmeras manifestações plurais que antecederam sua criação, como criaram centros gravitacionais próprios de alto empuxe que obstaculizaram o diálogo e o reconhecimento das alteridades. A ruptura, pois, deve ser radical e atingir todos os microcosmos que compõem as ciências criminais: a teoria geral do delito, que, embriagada pelas teorias da conduta, enclausurou-se na discussão sobre os efeitos na tipicidade, ilicitude e culpabilidade, esquecendo real atuação do sistema penal; o processo penal, que, dominado pela teoria geral do processo, submeteu-se a regras e categorizações totalmente estranhas às ciências criminais, potencializando punitivamente; a criminologia etiológica, que, harmonizada ao ideal de normalidade imposto pela psiquiatria, maximizou as hipóteses de isolamento em instituições totais; a criminologia crítica, que, embebida pelo discurso sociológico, submeteu-se aos reducionismos economicistas, produzindo novos causalismos; a política criminal, que, associada como instrumento de segurança pública, maximizou a incidência de criminalização (CARVALHO, 2013, p. 114).

Carvalho aduz, sobre o pragmatismo das atuais teorias, e percebe-se a congruência com os defeitos de outrora:

> Nota-se, portanto, que a totalização dos métodos científicos exclui qualquer hipótese de reconhecimento das diferenças e das identidades, seja dos sujeitos implicados, pois são reduzidos a objetos de investigação, ou das formas de análise, em decorrência do enclausuramento disciplinar e

> metodológico. O diagnóstico permite desnudar a *vontade de sistema* (vontade de verdade) inerente aos projetos políticos e científicos modernos (CARVALHO, 2013, p. 114).

Os erros e barbáries da Idade Média apenas se tornaram característica da famigerada Idade das Trevas quando analisados no contexto atual, pois, à época em que foram praticados, eram métodos aceitos e insensivelmente praticados como cotidiano daquele período, a pretexto da necessidade de encontrar a verdade nos processos penais. Hoje, como explanou, Carvalho, a busca pela verdade vem acompanhada de outros erros que são compreendidos como necessários e convenientes ao contexto atual, mas que, num futuro distante ou próximo, podem ser diagnosticados como equívoco, razão pela qual o referido autor complementa:

> A dogmatização dos saberes jurídicos, a partir da enunciação da completude e coerência dos seus métodos, potencializa a vontade de verdade e o encantamento com sua autoimagem. Assim, "[...] o narcisismo em primeiro grau visível na dogmática jurídica dá vazão às (in)completudes e (in)coerências em sentido estrito. Não por outro motivo, o direito penal, envolto pela circularidade do conceito de bem jurídico, ainda brada sua capacidade técnica de tutelar os maiores valores da humanidade; o processo penal, perdido na confusão entre os conceitos de verdade e realidade e de verdade e substância, concebe a possibilidade de buscar a 'verdade real'; e a criminologia, absorta nas entranhas dos aparelhos de segurança pública, visualiza (e crê) em sua aptidão de erradicação da criminalidade". (CARVALHO, 2013, p. 115).

E esse sistema atual, em busca da verdade por meio do sistema que crê seguro para tanto, tem uma próxima relação com o sistema da Idade Média, que agredia a liberdade e a integridade física. Ao passo que o atual também agride a liberdade, não apenas de ir e vir, mas de pensar e de ser, e não apenas a integridade física, mas, mais ainda, a dignidade em ser humano. Por sua vez, a técnica jurídico-penal, na esteira dos demais métodos modernos, enfrenta profunda crise e padece de legitimidade após a constatação de que inexiste "a" ciência (CARVALHO, 2013, p. 115). Nesse sentido, cita-se o artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro atual: "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar nos elementos informativos colhidos na investigação [...]" (BRASIL, 1941b).

O enunciado supraextraído leva à crença de um sistema científico e seguro, como aduziu, Carvalho. Porém, na prática conhecida e aceita pela sociedade atual, o julgamento virtual termina por julgar pelo material exclusivo do inquérito, pois o que

não seria tocante ao inquérito é a instrução processual, e esta se distingue por consagrar o contraditório, razão dos debates das partes.

Se o julgador artificial decide virtualmente com operações promovidas por algoritmos, evidentemente, a decisão não foi sopesada no debate entre as partes, eliminando sua participação. Restou por exclusão, então, o conteúdo do inquérito, permitindo-se acreditar que se trata de um julgamento fundado com exclusividade no material inquisitório, ou seja, inquisitivo. E, partindo dessa premissa, tem-se o mesmo modelo adotado na Idade Média, contudo, que conta agora com o aprimoramento tecnológico do julgamento virtual, mas igualmente ignorando a racionalidade, o sentimento e a ciência humana, e tolhendo o procedimento em contraditório. Sobre a importância do contraditório, Lopes Júnior esclarece:

> O contraditório é visto em duas dimensões (*informazione e reazione*), como direito a informação e reação (igualdade de tratamento e oportunidades). Todos os atos do procedimento são pressupostos para o provimento final, no qual são chamados a participar todos os interessados (partes).
> A essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório. Os atos do procedimento miram o provimento final e estão inter-relacionados, de modo que a validade do subsequente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles, depende a sentença (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 39).

Portanto, o julgamento virtual não é realizado pela convicção do juiz, mas pelo cálculo aritmético de uma máquina. E se agrava a situação, porque o robô, ao ignorar o debate (o que já bastaria para negar seu viés democrático), apresenta um defeito secundário, que é se utilizar apenas do elemento do inquérito, singularmente ao sistema inquisitório (que não tem a garantia da ampla defesa). Isso significa que o acusado não é defendido, e todo esse sistema utilizado busca *extrair a verdade*, eis a relação da jurisdição da Idade Média com a atual.

Vale ressaltar, ainda, que a principal identidade entre as jurisdições penais que remontam a esses dois períodos temporais distintos é o juiz. O juiz medieval – enquanto ativista, tirano, que sozinho acusa e julga, ou seja, decide apenas com base em elementos de um inquérito presidido por si – tem as idênticas características do juiz digital, que julga sozinho com respaldo em elementos de inquérito, excluindo as partes, como se tivesse autorização divina, de forma que a sociedade do momento sente fé e se vê inferior ao poderoso que tudo pode, porque é acima do humano. A única aparente diferença residia na fé no Deus divino, que opera através do juiz católico, a qual agora é depositada na inteligência artificial, que opera através do juiz

virtual. O julgamento jurídico requer mais que um julgamento matemático, valendo a observação de Rosa e Boeing sobre a forma de decidir mediante o método de aprendizagem de máquina:

> [...] pôde-se observar que o aprendizado de máquina apresenta características peculiares, se comparado a outros modelos estatísticos. Assim é que ele possui certa autonomia, pois prescinde de que humanos expliquem previamente como se dão as relações entre as variáveis que compõem o modelo, ao mesmo tempo que pode ajustar seus parâmetros de maneira autônoma para melhor descrever os dados que tem à sua disposição. Conjuntamente, tais características permitem que técnicas de *machine learning* executem tarefas cujas minúcias são enigmáticas mesmo para humanos.
> Todavia, seu melhor desempenho é acompanhado de um custo interpretativo. Não é possível descrever passo a passo como tais algoritmos chegam a uma determinada decisão, aspecto que lhes confere a alcunha de “caixa-preta” [...] (ROSA; BOEING, 2020, p. 107).

A leitura e redação jurídicas compõem tarefas mais complexas que simplesmente extrair informações de textos longos ou formular frases gramaticalmente bem escritas. O raciocínio legal requer, por exemplo, fundamentações detalhadas acerca dos motivos que fizeram que um argumento, e não outro, fosse o acatado, bem como levar-se em conta a hierarquia de leis e decisões judiciais prévias (ROSA; BOEING, 2020, p. 107). E não somente a decisão sobre o discurso jurídico, mas várias outras nuances são isoladas pela inteligência artificial, segundo Rosa e Boeing:

> Em primeiro lugar deve-se ter em mente que linguagens de programação operam em apenas dois níveis semióticos, isto é, sintático e semântico, enquanto linguagens naturais possuem, para além destes a dimensão pragmática. Ainda assim, o âmbito pragmático da linguagem ordinária não é completamente inacessível a algoritmos, uma vez que estes podem ser treinados de forma a levar em conta o contexto textual em que um termo ocorre [...].
> Em segundo lugar, a existência de certo grau de discricionariedade na interpretação de termos, e, consequentemente, de normas jurídicas, levanta indagações sobre o modo como isso ocorre em Tribunais e de que forma isso interfere na elaboração de algoritmos (ROSA; BOEING, 2020, p. 108).

Como se mostrou acima, a verdade dita pelo juiz virtual, além de excluir o debate das partes por adotar inteligência artificial, cujo mecanismo funciona por algoritmos, ainda que, hipoteticamente, fosse aceitável, restaria outro problema, que é a inteligência artificial aprender a decidir eivada dos vícios humanos extralegais, denominados vieses. Isso porque, segundo Rosa e Boeing:

> Dado que os algoritmos do judiciário são treinados com base em decisões humanas, eles podem reproduzir ou, ainda, acentuar tais vieses. Isso se torna especialmente perigoso quando eles são vistos como ferramentas imparciais e revestidas de cientificidade (ROSA; BOEING, 2020, p. 109).

Foucault corrobora o pensamento, ao dizer sobre *a verdade que o juiz recebe como pronta*:

> [...] todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja, opaco não só para o público, mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. “O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer”, dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interroga-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta (FOUCAULT, 1987, p. 32).

O calcanhar de Aquiles, portanto, de um Estado não democrático é a atuação do juiz, em especial, a forma de decidir. Deve, a jurisdição, atuar contribuindo decisivamente para a construção de um processo penal democrático e constitucional, que preze pelo contraditório e as demais regras do jogo (devido processo) (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 40), mas não apenas apregoado como se fosse consoante à lei, como um dia se pregou em nome de Deus e, no entanto, era diabólico. Não pode se dizer um método democrático e, na prática, tratar-se tão somente de um engenho de manipulação da pequena classe privilegiada que aterroriza o restante, inferiorizando-os através de métodos de alta tecnologia, jungindo as decisões que culminam em prisões legais e ilegais, como se todas fossem emanadas pelo devido processo legal.

> No entanto, os princípios gerais, os grandes códigos e as legislações afirmaram: não há encarceramento “fora da lei”, não há detenção que não seja decidida por uma instituição judiciária qualificada, não há mais esses enclausuramentos arbitrários e, no entanto, maciços. Ora, o próprio princípio do encarceramento extrapenal na realidade nunca foi abandonado. E se o aparelho do grande enclausuramento clássico foi em parte desmantelado (e só em parte), foi muito cedo reativado, reorganizado, desenvolvido em certos pontos. Mas, o que é ainda mais importante, é que foi homogeneizado por intermédio da prisão por um lado, com os castigos legais [...]. Uma rede

> carcerária sutil, graduada, com instituições compactas, mas também com procedimentos parcelados e difusos, encarregou-se do que cabia ao encarceramento arbitrário, maciço, mal integrado da era clássica (FOUCAULT, 1987, p. 246).

Fica, portanto, demonstrado que a época de jurisdição da Idade Média se identifica com a atual, ou melhor, ainda é atual, carecendo de meios para que o processo não seja democrático apenas na teoria ou para alguns. Por isso, a primeira solução imposta é a revisão da forma de decidir judicialmente, que marcou ambas as épocas, afastando-a dos idos do absolutismo, da tirania e do ativismo judicial. Também existe uma revaloração da jurisdição na estrutura processual, pois permite superar a concepção tradicional de poder-dever jurisdicional para a dimensão de poder condicionado (ao contraditório), além de situar o juiz como garantidor do contraditório, e não de “contraditor”, fazendo uma recusa ao ativismo judicial característico do sistema inquisitório (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 41).

Há de se conter a decisão que se opera por cálculos matemáticos e exclui as partes, promovendo sua participação em igualdade enquanto reais e efetivos meios de decisão, praticando-se, assim, a democracia e fazendo jus ao título de Estado democrático de direito. E, para tanto, basta praticar o previsto na Constituição da República de 1988 e na legislação, satisfazendo a dívida ao processo legal.

Uma intervenção prática e efetiva contra os vieses que contaminam as decisões por inteligência artificial é proposta por Rosa e Boeing, ao afirmarem que, para evitar que referidos vieses se tornem armas de destruição matemática, é necessário velar para que os modelos de tecnologia utilizados sejam elaborados de forma transparente e conjunta com todos aqueles que serão afetados por suas decisões, bem como que seus resultados sejam cuidadosamente auditados (ROSA; BOEING, 2020, p. 109).

9 A JUSTIÇA PENAL DIGITAL NA MODERNIDADE

9.1 Iluminismo e julgamento virtual

A marca principal e inicial do período Moderno é o Iluminismo, no século XVIII, chamado período das Luzes, razão da grande quantidade de trabalhos filosóficos objetivando romper com as amarras do período anterior, a época das Trevas, que foi a Idade Média. O incipiente século XVIII herdou as influências do empirismo e do ceticismo, bem como os grandes avanços científicos de investigadores como Nicolau Copérnico (1473-1543) e sua teoria do heliocentrismo, Galileu Galilei (1564-1642), filósofo e defensor do heliocentrismo, e Isaac Newton (1643-1727), fundador da Mecânica clássica, dentre tantos outros que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento das ciências e do pensamento humano. Nesse contexto, tem-se a prevalência da racionalidade, em detrimento de um sistema eminentemente teocêntrico em todos os sentidos, abrindo as portas para o antropocentrismo.

O antropocentrismo foi um fenômeno manifesto em vários ramos da ciência, mas, principalmente, na Filosofia, onde os pensadores italianos e franceses vão sedimentar o pensamento humano em outro nível da história. Essa nova realidade e o nível do pensamento é que vão preparar o terreno para os avanços das ciências humanas, dentre as quais, o Direito Penal, com profundos e importantes estudos sobre as condições humanas, frente ao tratamento dado pelo Estado a algumas práticas criminosas.

Vale aqui citar a obra de Hugo Grotius (1583-1645), *De iure belli ac pacis*, publicada em Paris, em 1625, que o consagra como um dos pais do Direito Internacional, com cuja obra a pena adquire um caráter racional (RUDÁ, 2018, p. 224).

Em matéria de Direito Penal, o Iluminismo foi uma reivindicação por mais humanidade e racionalidade, representada, assim, por penas mais justas e humanas, revestidas de proporcionalidade com o delito praticado e com a devida necessidade de sua aplicação.

Houve, portanto, um embate cultural e político contra a racionalidade e o arbítrio no procedimento iluminista reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimento dos valores garantistas da tradição acusatória,

do modo como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês (FERRAJOLI, 2014, p. 521).

> Contra a tortura se enfileirou obviamente Carmignani, a quem se deve, no entanto, uma singular defesa do método inquisitório em moldes liberais e garantistas: “bela alma em corpo deformado”, “científico”, “analítico” e “todo em poder da lei”, contrariamente ao método acusatório considerado ao invés “instintivo”, “sintético” e, portanto, exposto ao “arbítrio” (FERRAJOLI, 2014, p. 594).

O criticado e abominado sistema inquisitivo promoveu originar o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz, muito embora o sistema acusatório não perdurasse por muito tempo no continente europeu.

> [...] o Código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida àquele “monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório”, que foi o assim denominado “processo misto”, com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita secreta pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado de liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizado pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase (FERRAJOLI, 2014, p. 522).

Esse momento do período Moderno traz à baila a mesma simetria do sistema inquisitório do período da Idade Moderna, de certa forma, ao momento atual, pelas razões expostas no capítulo anterior. Ou seja, resumidamente, porque as tantas ciências e teorias apregoadas como em favor da democracia são, sem diferenças, a pretérita justificativa do sistema inquisitivo do período das Trevas, que fundamentava tolher a participação das partes e o ativismo judicial pela crença no sobrenatural divino, que apontava o que seria justo naquela época.

Portanto, no período Moderno e atualmente, com o Pós-Modernismo contaminado pelo julgamento virtual, preserva-se a decisão exclusivamente com base no inquérito e ignorando o contraditório, tendo em vista que o julgador, pela inteligência artificial, não raciocina o discurso jurídico, como uma nova farsa justificante para a tirania.

> É necessário, para que seja garantida a imparcialidade do juiz, que este não tenha de modo algum qualquer interesse na causa, seja público ou institucional. Em particular, é necessário que ele não tenha um interesse acusatório, e que por isso não exercite simultaneamente as funções de

> acusação como inversamente ocorre no rito inquisitório e, ainda que ambiguamente, no misto. Só desse modo, o processo pode preservar o caráter “cognitivo” ou, como diz Beccaria, “informativo”, e não se degenerar em “processo ofensivo” em que o juiz se torna “inimigo do réu” (FERRAJOLI, 2014, p. 536).

Destarte, o julgamento pela inteligência artificial é marca do período atual do Pós-Modernismo, porque a inteligência artificial é uma tecnologia que tenta imitar a inteligência humana. Ocorre, porém, que, para essa tecnologia se desenvolver, são necessários dados estruturados para alimentar os algoritmos de aprendizado de máquina que fazem com que a “aprenda” (ALVES, 2020, p. 129).

Esse ideal teórico de democracia da tripartição dos Poderes e do processo acusatório em favor da obtenção de prova processual foram as premissas do Iluminismo, que atingiu o Estado brasileiro e a maioria dos países ocidentais. Adotou a *teoria da separação dos Poderes,* proposta pelo filósofo iluminista Montesquieu, segundo a qual, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário funcionariam de forma independente e harmônica entre si, jungindo à teoria dos freios e contrapesos. Outrossim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 127 ao 135, reza sobre as funções essenciais à Justiça, quais sejam, Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública, relacionando-se, portanto, os três Poderes articulados, a título de exemplo, da seguinte maneira:

> Imagine-se a situação de um cidadão que, após investigação da Polícia Judiciária (Poder Executivo), comete um crime (infração penal que, de acordo com o princípio da legalidade, deve estar prevista em Lei, ou seja, previamente disposta em ato emanado do Poder Legislativo), é denunciado pelo Ministério Público, com participação de um Advogado particular – na qualidade de assistente de acusação, contratado pela família da vítima -, tem sua defesa realizada pela Defensoria Pública e que será, obviamente, julgado por um órgão do Poder Judiciário (ALVES, 2020, p. 205).

Conclui-se, então, que a aplicação do Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro é complexa e funde órgãos públicos dos três Poderes, de maneira que o uso de inteligência artificial seja conveniente ante a praticidade, embora complicada, impondo cautelas.

> De acordo com o cientista John McCarthy, na década de 1960, inteligência artificial é a ciência de desenvolver máquinas inteligentes, especialmente *softwares* inteligentes. Uma das formas de funcionamento dessas máquinas é através da utilização de algoritmo – entendido como uma sequência não ambígua de instruções que é executada até que uma determinada condição se verifique. Assim, busca-se que a máquina execute uma sequência de

> operações, aplicada sobre uma quantidade de dados, para se chegar a um resultado ou mesmo para que se realize uma tarefa (ALVES, 2020, p. 206).

Em que pese a origem da inteligência artificial da forma como se visualiza hodiernamente remonte à segunda metade do século XX, é importante destacar que a ideia de uma inteligência não humana desenvolvida para a solução de problemas complexos existe desde a Grécia Antiga, segundo a própria mitologia daquela época, que menciona o Deus da inovação e tecnologia, denominado Hefesto.

De acordo com Adrienne Mayor, historiadora da ciência da Universidade de Stanford e autora do livro *Gods and Robots: Myths, Machines and Dreams of Technology*, existia, na Grécia Antiga, a representação de um robô de bronze que protegia a ilha de Creta, chamada Talos, e Pandora, uma mulher artificial que trazia em uma caixa todos os males do mundo. Ainda que semelhantes em teoria – aparatos artificiais modernos, cujo objetivo é servir à humanidade –, o que se compreende por inteligência artificial e que vem servindo ao Direito há um tempo foi desenvolvido na década de 1950, na Conferência de Dartmouth (MAYOR, 2018, p. 267).

Como demonstrado em capítulos anteriores, o processo de Justiça digital iniciou-se pela digitalização, passando pela automatização e culminando na inteligência artificial, sendo que essa última, no âmbito do Direito Penal, requer cuidados especiais. Conforme o grande penalista Roxin, “provar significa convencer ao juiz sobre a certeza da existência de um feito” (RANGEL, 2003, p. 413, tradução nossa[17]). Assim sendo, Nicolitt (2010, p. 369) explica que prova é “o instrumento ou meio através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador em determinado processo”. É, portanto, um direito subjetivo, tendo em vista que o Estado, além do dever de garantir o direito de ação e de defesa, deve possibilitar o convencimento – do destinatário da prova, qual seja, o juiz – acerca da pretensão posta em juízo e da defesa elaborada.

Segundo Rangel (2003, p. 414), meios de prova “são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não”. É pelo meio de prova, que o juiz decide por livre convicção, de acordo com o artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão

[17] Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existência de um hecho.

> exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941b).

A análise probante é o cerne do Direito Penal, cuja consequência é a pena, a mais violenta intervenção estatal, e Alves entende que:

> [...] é evidente a necessidade de aproveitar as ferramentas disponibilizadas pelos avanços tecnológicos, como a inteligência artificial. Não se deve, contudo, abandonar as bases éticas e morais que não podem ser embutidas em uma máquina e nem traduzidas por algoritmos. A inteligência artificial deve estar a favor do operador do Direito, e não o contrário. Deve ser utilizada para facilitar e otimizar o trabalho do advogado, do magistrado, do consultor jurídico e de todos os profissionais da área (ALVES, 2020, p. 217).

O Iluminismo tem, portanto, relação direta com a legislação penal atual brasileira, cujos vícios se mantêm ante a regressão que, na época, o Código napoleônico prova, e hoje, com o julgamento virtual. Mas o que se pretende extrair do pensamento supratranscrito, trazido por Alves, é quanto à relação com o positivismo jurídico, cuja teleologia consiste no direito desprovido da razão, distinguindo a moral do conceito jurídico.

9.2 Positivismo, Moral e julgamento virtual

O período Moderno, combatente na teoria contra a Idade das Trevas, no afã de não permitir os castigos penais por decorrência de pecado, pretendia uma ciência para assegurar a pena como decorrência de crime, acautelando-se em distinguir delito e pecado. Acerca da separação entre Direito e Moral, Ferrajoli aduz que:

> O segundo fundamento, bem mais importante no plano ético-político, trazido pelo Iluminismo penal ao requisito da materialidade da ação criminal é o princípio axiológico de separação entre direito e moral. Já se falou das teses de Hobbes, Pufendorf, Bentham e de todo o pensamento laico e liberal sobre os limites do direito no que concerne à moral, por força dos quais nem todos os pecados devem ser proibidos, já que não é tarefa do direito sancionar ou impor a moral (FERRAJOLI, 2014, p. 441).

É fácil compreender que todas essas doutrinas, que compartilham a confusão substancialista entre delito e pecado, combinam, de uma forma ou de outra, com as doutrinas correcionalistas da pena como técnica de prevenção especial, caracterizadas, também, como se tem visto, pela mesma confusão entre direito e

moral ou entre direito e natureza (FERRAJOLI, 2014, p. 347). Por isso, criaram-se princípios para metodologias a fim de assegurar o afastamento da moralidade:

> A irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio de mera legalidade, cuja formulação completa é *nulla pona, nullum crimen sine praevia lege poenali.* Se "a pena", afirma Hobbes, "supõe um fato considerado pela lei como sendo uma transgressão", "o dano infligido por um fato cometido antes de existir uma lei que o proíba não é um fato punível, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão da lei," por isso "nenhuma lei elaborada depois de realizar-se uma ação pode fazer dela um delito", diz no artigo 5º da Declaração de 1789; e o artigo 25 da Constituição italiana repete: "ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei que tenha entrado em vigor antes do fato praticado" [...] (FERRAJOLI, 2014, p. 351).

A proposta positivista do período Moderno apresentou equívocos, que o Direito atual contesta, segundo Alexy:

> O direito em si correspondente ao dever ser ideal, o direito restringido ao dever ser real. Segundo a construção teórica interna não há, ao contrário, duas coisas, o direito e sua limitação, mas apenas uma: o direito com um conteúdo determinado. Nessa construção somente o dever ser real gera resultados. Esse desaparecimento da dimensão ideal tem como consequência a eliminação da ponderação. Ela é substituída por questões como "o que o direito humano em questão realmente é". Se se deve ou não extrair o estabelecimento daquilo que é devido definitivamente por meio de tais determinações conceituais através de uma ponderação depende da questão teórico-argumentativa sobre se a ponderação é um processo racional (ALEXY, 2014, p. 215).

Outra objeção ao positivismo apresentada por Alexy e a ser considerada não se dirige à existência do *dever ser* ideal ou à sua apreensibilidade com a ajuda de modalidades deônticas indexadas, mas a seu caráter normativo (ALEXY, 2014, p. 215):

> [...] Klement afirmou, em primeiro lugar, que uma norma é "uma conexão de um conteúdo normativo com um dever ser" e, em segundo lugar, que não haveria, "por isso, no plano do conceito de norma, espaço para uma distinção entre um dever ser 'definitivo' e um dever ser *prima facie*, pois o dever ser de uma norma sempre é 'definitivo'". Com a primeira tese, ou seja, a tese de que normas consistem em conexões entre um conteúdo normativo e um dever ser, deve-se concordar. A partir do fato de que normas essencialmente consistem em um dever ser não decorre, contudo, a segunda, ou seja, que se deve excluir uma distinção entre dever ser definitivo ou real e dever ser ideal ou *prima facie*. Também o dever ser ideal é, como explicado, um dever ser. Para se excluir o dever ser ideal do conceito de norma são necessários portanto outros argumentos (ALEXY, 2014, p. 215).

Enfim, referido autor conclui que o problema do positivismo jurídico conduz à

questão da fundamentabilidade de juízos morais (ALEXY, 2015). Considere-se a ponderação como racionalidade do discurso jurídico, que requer previsão legal e moralidade, e não a decisão ao entendimento exclusivo e obscuro do julgador, nem o apenas prescrito positivamente, abolindo a moralidade.

Mas, na época contemporânea, assiste-se a uma profunda crise do princípio de estrita legalidade, ora levado à evidência no Iluminismo, favorecida pela fragilidade teórica de sua formulação iluminista e alimentada por diversos impulsos irracionais e autoritários. Na Alemanha nazista, por exemplo, uma lei de 1935 substituiu o artigo 2º do Código Penal de 1871, que rezava o seguinte: “será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo” (FERRAJOLI, 2014, p. 353).

O regresso aos objetivos do período Moderno aumenta a cada dia. Continuando uma percepção cronológica, depois da Segunda Guerra Mundial, o princípio da estrita legalidade tem sido reafirmado solenemente, todavia, a desqualificação teórica de suas bases epistemológicas e a crise de funcionalidade das instituições penais têm favorecido um processo crescente de descodificação. Isso se expressa na inflação do Direito Penal e do processo penal como instrumentos de substituição concernente a outras funções de controle, na acumulação aluvial de uma desmensurada legislação fragmentária, na disfunção, enfim, da linguagem legal já dirigida programaticamente a privilegiar formulações equívocas, obscuras e comprometidas (FERRAJOLI, 2014, p. 354). E, assim, constitui-se o terreno para recepção do julgamento por inteligência artificial:

> Por um meio ou outro, regras ou princípios, é necessário que se garanta um mínimo de previsibilidade na aplicação do Direito, o que permite a constatação de que o Constitucionalismo contemporâneo não deve repetir os erros positivistas, pautados nos decisionismos. Tal preocupação é central e conduz à figura do intérprete, o julgador, ‘como’, ‘de que forma’ e ‘o que ele decide’ (PEREIRA, 2021a, p. 279).

A inteligência artificial não tem capacidade de julgar racionalmente, mas o faz programadamente, com muito mais precariedade do que o método positivista. Por isso, Pereira afirma que:

> Decisão não é espaço de opinião e sim de argumentos que serão apresentados da melhor forma possível, a fim de que se alcance não qualquer

> resposta, como já afirmado, mas a adequada à Constituição. Essa a proposta crítico-hermenêutica originalmente afirmada neste trabalho, razão pela qual não se faz possível entender que a Inteligência Artificial seja a solução simplista (uma espécie de caixinha mágica de soluções) para os problemas elencados (até porque respostas definitivas representam o sequestro da temporalidade) [...] (PEREIRA, 2021a, p. 287).

De fato, afirma, Ferrajoli:

> Se a valoração da interiorização da moral e da autonomia da consciência é o traço distintivo da ética laica moderna, a reivindicação da absoluta licitude jurídica dos atos internos e, mais ainda, de um direito natural à imoralidade é talvez, o princípio mais autenticamente revolucionário do liberalismo moderno. Observado em sentido negativo, como limite à intervenção penal do Estado, este princípio marca o nascimento da moderna figura do cidadão, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, mas imune em seu ser, a limites e equivale, em razão disso, à tutela da sua liberdade interior como pressuposto não somente da sua vida moral mas, também, da sua liberdade interior como pressuposto para realizar tudo o que não esteja proibido (FERRAJOLI, 2014, p. 442).

Portanto, o julgamento virtual não apenas tolhe o debate das partes, mas o *ser*. Não é apenas ignorante, mas agressivo à alma do agente, não a reconhecendo, não a analisando conforme os crivos democráticos, e, assim, abre-se o próximo tópico, relacionando a outro importante evento da Idade Moderna, o Utilitarismo.

9.3 Positivismo, Utilitarismo e julgamento virtual

Discorrendo sobre liberdade exterior e interior, Ferrajoli afirma:

> Observado em sentido positivo, traduz-se no respeito à pessoa humana enquanto tal e na tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constritivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violenta-la ou, o que é pior, a transformá-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência e, inclusive, da hostilidade diante do Estado; à tolerância para com o diferente, ao qual se reconhece sua dignidade pessoal; a dignidade dos cidadãos, diferenciáveis apenas por seus atos, não por suas ideias, por suas opiniões ou por sua específica diversidade pessoal (FERRAJOLI, 2014, p. 442).

Relacionando-se ao momento atual, em que a inteligência artificial, por meio do algoritmo, é quem julga, vale recobrar seu funcionamento, sendo uma das melhores definições, até mesmo por sua simplicidade, a empregada por Pedro Domingos, segundo a qual, "algoritmo é uma sequência de instruções que vai dizer a um computador o que fazer" (FERRARI, 2020, p. 72).

Os algoritmos podem ser divididos em dois tipos fundamentais: os

programados e os não programados. Os programados são aqueles que têm todas as suas etapas de programação definidas pelo programador, que sabe exatamente os caminhos que a informação vai traçar quando entra no sistema, até o momento em que sai. Esse tipo de algoritmo não nos interessa, porque, caso haja algum problema, poderá ser reconduzido à atividade do programador, que tem todo o controle sobre a forma como operam.

O que interessa, nesse caso, é o segundo tipo de algoritmo, o não programado. São os chamados *learners*, que empregam *machine learning* (aprendizagem de máquinas), isto é, que utilizam inteligência artificial, funcionando da seguinte forma, conforme Ferrari:

> Nesse caso, em vez de programar as etapas da operação do algoritmo, carrega-se nele a informação (input), bem como o resultado desejado (output), e o algoritmo fica encarregado de descobrir como sair da informação e chegar ao output, o que faz por tentativa e erro.
> Quando o algoritmo chega ao resultado desejado, reforça aquele caminho mais assertivo - na conta matemática que emprega. E, assim, através dessas operações, o algoritmo vai ajustando as suas variáveis, e faz aquilo que conhecemos como “se programar” – ou criar a sua própria programação (FERRARI, 2020, p. 73).

Em relação ao caso do julgamento virtual, é preciso ainda compreender que, entre os algoritmos não programados – aqueles que empregam *machine learning* –, também se podem destacar dois tipos: os supervisionados e os não supervisionados. Ambos interessam à discussão, porque apresentam os desafios para se compreenderem todas as potencialidades associadas à inteligência artificial. Nos algoritmos supervisionados, o *input* é selecionado pelo programador, ou seja, tratam-se aqui de dados lapidados e previamente escolhidos por seres humanos.

Em outras palavras, carrega-se um conjunto de dados rotulados para que o próprio algoritmo vá mapeando aquelas entradas e os caminhos a seguir, até que tente encontrar uma maneira de chegar ao *output*, àquele resultado desejado (FERRARI, 2020, p. 73). De acordo com Ferrari:

> Como funcionam esses modelos de aprendizados de máquina? Como visto, carrega no sistema os vários inputs (que estão sendo utilizados para treiná-los), bem como o resultado desejado (indicado na imagem como output layer, essa camada de resultado). Como vimos, o sistema, através de tentativas e erro, vai tentar sair do input para chegar a esse output. Quando consegue, ele faz a atividade de back propagation, ou seja, volta naquele caminho inicial que conseguiu chegar ao resultado certo para reforçá-lo na conta matemática, para dar mais peso a ele na conta matemática.
> Esse tipo de estrutura algorítmica chama-se rede neural, porque ela funciona de forma muito semelhante ao aprendizado dos seres humanos. Então, por

> exemplo, quando uma criança está tentando aprender a fazer uma conta matemática difícil, ela passa um tempo tentando e, quando finalmente consegue, ela sente sensação de alívio e de felicidade, porque o seu cérebro liberou serotonina com a recompensa. A serotonina funciona como reforço daquele caminho assertivo (FERRARI, 2020, p. 77).

Porém, no caso dos julgamentos virtuais, é ainda mais complexo, sendo o algoritmo não supervisionado. Então, tratam-se de algoritmos não programados (porque empregam *machine learning*) e não supervisionados, pois o dado que é carregado no sistema não é selecionado, não entra rotulado (FERRARI, 2020, p. 78).

> É uma técnica mais complexa de usar, mas é uma técnica muito útil para descoberta de padrões. E descobrir padrões pode ser um objetivo em si mesmo ou pode ser um meio para se chegar a uma outra finalidade. Essa técnica de aprendizagem não supervisionada costuma ser muito utilizada na identificação de faces, na identificação de vozes e na criação de sistemas de decisão em espaço de tempo.
> É esse aprendizado não supervisionado que vai viabilizar a criação de carros e de drones autônomos. Então, é um sistema de decisão muito rápido e os dados não são tratados antes de entrarem no sistema [...] (FERRARI, 2020, p. 79).

Além dos problemas argumentados preteritamente, resta ainda perceber a negativa do *ser*, contrariando a dignidade do outro ser humano. Conforme demonstrado por Ferrajoli:

> O que o pensamento iluminista subtrai à criminalização e ao controle é, sobretudo, o interior da pessoa em seu conjunto, quer dizer, sua alma ou sua personalidade psicofísica. [...] Na segunda metade do século XIX, devido à ação convergente das doutrinas idealistas, positivistas, éticas, espiritualistas e, nas suas diversas formas, estatistas, aquela voltará a ser, uma vez mais, objeto de qualificação, inquisição e tratamento penal sob as modernas etiquetas da “periculosidade”, da “capacidade de delinquir”, do “caráter do réu”, do “tipo criminal”, da “infidelidade” ou de outras coisas semelhantes (FERRAJOLI, 2014, p. 442).

O julgamento virtual regrediu ao defeito apontado por Ferrajoli no período do positivismo proposto pelo Iluminismo, pois o sistema de inteligência virtual aprende o preconceito, distinção de pessoas e demais vícios da imoralidade humana. Portanto, importa explicar ainda mais sobre a aplicabilidade da inteligência artificial nos julgamentos judiciais:

> "Um algoritmo é tão bom quanto os dados que o alimentam." Isso porque, se o algoritmo aprende a partir dos dados, ele vai replicar aquele erro, aquela incompletude, e isso pode gerar efeitos discriminatórios. Então, como os dados treinam os algoritmos, problemas àqueles relativos vão ser

> incorporados na sua operação. Por isso se diz "garbage in, garbage out" ("lixo dentro, lixo fora", sendo que "dentro" e "fora" fazem referência, respectivamente, a input e output).
> Os softwares de predição de crimes, por exemplo, que se espalharam no mundo inteiro — inclusive, já estão sendo implementados em algumas polícias estaduais no Brasil — merecem atenção redobrada quanto a esse ponto (FERRARI, 2020, p. 88).

Esse tipo de algoritmo opera a partir da inserção, no sistema, de informações sobre os crimes cometidos na cidade. Depois da leitura desses dados, o software, então, passa a sugerir aonde devem ser alocados os policiais. Contudo, embora aparentemente eficaz, esse sistema contém alguns problemas que merecem atenção, como traz, Ferrari:

> À primeira vista, parece uma ideia excelente empregar esse tipo de sistema, mas a aparente cientificidade pode esconder alguns problemas que, se não justificam o abandono do programa, podem pelo menos demandar uma reflexão sobre como aprimorá-lo.
> Digamos que em uma cidade hipotética exista um bairro pobre e um bairro rico. Suponha que em ambos é cometida a mesma quantidade de crimes, mas, por alguma razão, no bairro rico os crimes não são tão bem investigados e as pessoas não são tão invadidas em seu espaço físico para se descobrirem os crimes mais pessoais, como um porte de drogas, por exemplo.
> E no bairro pobre, embora ocorra a mesma quantidade de crimes, há uma atuação policial mais efetiva em todos os sentidos, que descobre mais crimes. O que os dados sobre essa situação hipotética "ensinariam" ao sistema? Que mais crimes são cometidos no bairro pobre, ainda que não seja essa, verdadeiramente, a situação (FERRARI, 2020, p. 89).

Observa-se um dos defeitos do julgamento virtual, mas se dizem defeitos, se observados do ponto de vista democrático, porque da era iluminista-positivista, é qualidade peculiar, atendendo a outro marco daquela era, o Utilitarismo, a partir de Bentham. A consequência do julgamento criticado é, conforme Ferrari:

> Nessa situação hipotética, o sistema, certamente, determinaria que mais policiais fossem alocados no bairro pobre, o que faria com que mais crimes fossem detectados nessa localidade, gerando um círculo vicioso crescente de alocação de policiais nessa localidade, que não corresponde aos níveis de violência existentes nessa localidade em comparação ao bairro rico.
> Ainda que o problema, no caso, não seja, propriamente, com o algoritmo, mas com os dados que foram usados para treiná-lo, existem ferramentas técnicas que podem ser inseridas no sistema para minorar problemas como esse. A inclusão de um elemento de aleatoriedade, por exemplo. Então, se o algoritmo está programado para que 10% dos policiais sejam alocados aleatoriamente, a tendência é que em algum momento o software coloque esses policiais no bairro rico. Com a descoberta de crimes nesse local, mais policiais seriam para lá direcionados. Então, aos poucos o software vai sendo capaz de corrigir a falha nos dados (FERRARI, 2020, p. 89).

De acordo com Ferrajoli, Thomasius[18] estabelece uma fronteira intransponível à invasão do Estado na esfera moral, intelectual, religiosa e sentimental, que se constitui em elemento comum a toda a cultura política do Iluminismo. Essa fronteira, definida pelo requisito da materialidade da ação, será firmemente defendida, uma vez mais, pela Escola Clássica, diante dos ataques da Escola Positivista. Contra a ideia propagada pelos positivistas de que os delinquentes são uma espécie dentro do gênero humano, a obra de Ferrajoli leciona que o princípio – mais igualitário do que liberal – segundo o qual *o homem delinque não pelo que é, senão pelo que faz* (FERRAJOLI, 2014, p. 443). É que, segundo Ferrari:

> Como visto, sempre que se tem um algorithmic bias, o efeito desse viés tende a ser muito perverso. Primeiro, porque ele tem uma aplicação potencial de larga escala, ainda mais quando se tratar de softwares abertos, como ocorreu no caso de Joy — lembramos que o software que ela havia utilizado na Inglaterra na época da conclusão de sua graduação foi o mesmo usado por outras pessoas em Hong Kong anos depois.
> Além disso, existe uma tendência de as pessoas pensarem que o resultado gerado por um algoritmo está correto, por ser um resultado pretensamente científico. Esse é um erro de avaliação dos seres humanos ao qual se dá o nome de "machine bias", viés da máquina (FERRARI, 2020, p. 90).

Punir o que o outro é, seja morador de localidade pobre, negro, reincidente ou qualquer outro tipo de indivíduo, destoa da função penal democrática, e o julgamento virtual, conforme demonstrou, Ferrari, comete esse vício. Contudo, tal qual o utilitarismo, ignora o meio para atender ao fim, a dominação de classe, segundo Pachukanis, ao se referir à filosofia kantiana erigida naquele período:

> A ética kantiana é a ética típica da sociedade de produção mercantil, mas é, também, a forma mais pura e mais acabada da ética geral. Kant atribui a esta forma uma figura lógica acabada que a sociedade burguesa atomizada se esforçou por transpor para a realidade, libertando a pessoa das amarras orgânicas da época patriarcal e feudal. Os conceitos fundamentais da moral perdem assim seu significado se desligados da sociedade de produção mercantil e se tentamos aplica-los a uma outra estrutura social (PACHUKANIS, 1988, p. 107).

O julgamento virtual é utilitário para quem o propõe. Nenhuma outra doutrina filosófica, na opinião de Ferrajoli (2014, p. 444), realizou uma tarefa histórica de secularização e de liberalização do Direito Penal como a do Utilitarismo e a conexão entre Direito e Moral. E, fazendo o paralelo entre o período Moderno e o Pós-Moderno

[18] Thomasius, Instituciones jurisprudentiae divinae, citação livro III, caps. XXVI e XXVII.

(que é o atual), momento em que se julga virtualmente, verifica-se que ainda mais violenta, tornou-se a prática jurisdicional. Portanto, no tópico a seguir, continua-se a discorrer sobre o ataque à dignidade da pessoa humana.

9.4 A liberdade e a constituição do *ser*

"O verdadeiro é o todo, mas somente a essência que se implementa através de seu desenvolvimento" (HEGEL, 2017, p. 33). Entrementes, é necessário desvendar a maneira como se dá o genuíno *ser*. Hegel inicia sua obra, criticando o prefaciar, pois, em Filosofia, não haveria possibilidade de esboçar a relação da verdade filosófica, a qual acontece no *devir*[19], por se tratar de um singular fenômeno, residindo, a Filosofia, no elemento da universalidade, incluindo a essência na sua particularidade.

Hegel (2017, p. 34) cita, por exemplo, o procedimento da anatomia, partindo do consenso de que ainda não se está na posse da coisa específica, mas se considera o geral num conglomerado de conhecimentos do mesmo modo histórico, como órgãos, músculos e outros componentes, que leva o nome de ciência, embora não merecesse. Filosoficamente, é inadequado denominar ciência o citado modo, pois essa se declara incapaz de apreender o verdadeiro.

Muitas das vezes, a rigidez de opinião comum se reduz apenas em mera oposição entre verdadeiro e falso, não observando a universalidade que coexiste; erra-se em aceitar como esclarecimento este ou aquele, apenas. A verdade é desenvolvida progressiva e filosoficamente, não limitada à rasa contradição.

A título de exemplo, o que envolve o botão e a flor, sendo que esta refuta aquele, tal qual o fruto permite ver a flor como um *falso ser aí*[20], mas essas meras distinções não demonstram a infinitude da desenvoltura e fluidez da vida, o que é a

---

[19] "Devir. Do latim devenire, chegar. 1. Vir a ser; tornar-se, transformar-se. 2. Fil. Movimento permanente e progressivo pelo qual as coisas se transformam." (LAROUSSE, 2007, apud DEVIR, 2022). "Na filosofia aristotélico-escolástica, o devir nada mais é do que a passagem – por geração, por destruição, por alteração, pelo aumento ou pelo movimento local – da potência ao ato. Em Hegel, o devir constitui a síntese dialética do ser e do não ser, pois tudo o que existe é contraditório estando, por isso mesmo, sujeito a desaparecer (o que constitui um elemento constante de renovação)." (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2008, apud DEVIR, 2022).

[20] "Segundo Heidegger, ser-aí é o que somos em termos de existência. Só o ser-aí 'existe' na análise heideggeriana, porque o existir do ser-aí é o ek-sistir, ou seja, o projetar-se em suas possibilidades, lançar-se para fora [ek] de si. Assim, ser-aí é o único ente que ek-siste. Os outros entes são, mas não 'existem'. A pedra é, mas não existe. O triângulo é, mas não existe. Deus é, mas não existe. A existência [Existenz] em Heidegger tem um caráter eminentemente dinâmico, jamais estático." (PEREIRA, 2021b).

verdade. Portanto, botão e flor não se contradizem, mas se compreendem num mesmo processo. Ou seja, a coisa mesma não se esgota em seu fim, mas na atualização do contrário, e a verdade antiga seria a mesma da atualidade, caso não se considerasse a fluidez contínua e a inexistência de padronização metodológica para evidenciar o sentido do que *é*. Ainda que delongadas explicações deem a aparência de atenderem à essencialidade, não atendem, ante a continuidade eterna do *ser*.

Por isso, Hegel ratifica que a coisa não se esgota em seu fim, mas em atualização, pois seu resultado não é o todo efetivo. Ora, fim para si é o universal sem vida. Para Hegel (2017, p. 24), “como a tendência é o mero impulso ainda carente de sua efetividade; o resultado nu é o cadáver que deixou atrás de si a tendência. Igualmente, a diversidade é, antes, o limite da coisa: está ali onde a coisa deixa de ser; ou é o que a mesma não é”.

Destarte, o verdadeiro é o *vir-a-ser* de si mesmo, o círculo que pressupõe seu fim como sua meta (HEGEL, 2017, p. 33), não o resultado por análise premeditada e metódica, ora exteriorizada à consciência e inteligibilidade. A natureza do verdadeiro consiste em ser algo efetivo, em ser sujeito ou vir a ser de si mesmo.

A compreensão, lamentavelmente, tem se resumido em apenas se ocupar com o fim ou com resultados, pois assim é mais fácil do que se ocupar com a coisa mesma; passar por cima é mais simples do que se demorar no conteúdo devido. “Nada mais fácil do que julgar o que tem conteúdo e solidez; apreendê-lo é mais difícil; e o que há de mais difícil é produzir sua exposição, que unifica ambos” (HEGEL, 2017, p. 25).

Hegel (2017, p. 26) prossegue em seu magistério, elucidando que a cultura se esforça continuamente para adquirir conhecimentos e princípios de pontos de vistas universais, para concluir o que se pensa da coisa em geral, após análise completa de defesa e refutação, a fim de emitir juízo a respeito, até que firmado seu conceito, que merece correspondê-la. Ou seja, a verdade existe a partir de sistema científico.

Muito embora a Filosofia pretenda se aproximar do referido método científico, distingue o significado de *amor ao saber* e *saber efetivo*. Segundo Hegel:

> Reside na natureza do saber a necessidade interior do que seja ciência, e somente a exposição da própria filosofia será uma explicação satisfatória a respeito. Porém, a necessidade exterior é idêntica à necessidade interior – desde que concebida de modo universal e prescindindo da contingência da pessoa e das motivações individuais – e consiste na figura sob a qual uma época representa o ser-aí de seu momento. (HEGEL, 2017, p. 25).

Por isso, Hegel entende que a razão singular dessas tentativas a visarem esse fim é tentar dizer que a Filosofia foi elevada ao nível de ciência, pois, ao demonstrar a sua necessidade, está, ao mesmo tempo, atingindo a sua meta. Para o referido autor, dizer que tratar a verdade com fundamento científico é o mesmo de poder afirmar o que é verdade pode estar em contradição com algo filosófico, pois, doutro vértice, o verdadeiro existe pela intuição, ou seja, o imediato do absoluto, como a religião, por exemplo. Portanto, o absoluto não é conceito, mas é sentido e intuído, eis que se trata de um sentimento expressado.

Então, na evolução da exigência, o sentido de verdade foi além do nível em que presentemente se encontra o espírito consciente de si, além do que antes se levava por elemento de fé, para outra reflexão, ora científica. Esta supre a carência de si sobre si. Mais que isso, agora, a Filosofia exige nem tanto o saber *do que é*, mas resgata a densidade e substância do *ser*. Pretende-se, então, misturar as distinções do pensamento, reprimir o conceito que diferencia, restaurando-se o “sentimento da essência”. O “belo”, o sagrado, a religião, o amor, são a isca requerida para despertar o prazer do mordiscar (HEGEL, 2017, p. 27).

É que não se finda o conceito, mas o êxtase. Não é a fria e inerte necessidade metódica da coisa, como mero padrão procedimental científico em que consiste, a substância, mas o entusiasmo abrasador (HEGEL, 2017, p. 27). Esse é o fenômeno, singular. Exemplifica-se que o homem não se contentava com o sensível, vulgar, como terra e água, como para os irracionais, mas dota o estrelato celestial de riqueza e pensamentos divinos, os quais transcendem o concreto, rumo à essência abstrata do *além*.

Atualmente, tem acontecido o contrário, pois o sentido está muito concentrado no que é mero terreno, fantasiado de verdadeira filosofia, necessitando de forças para se erigir novamente. O espírito tem se mostrado pobre, satisfazendo-se com miudezas, traduzindo no tanto quanto perdeu. E, lembre-se que a Filosofia deve pretender ser edificante. Nesse sentido, pede-se licença para antecipar um pouco a crítica pretendida neste trabalho, que é o fato de que a deliberação de julgamento para revelar a verdade real não pode se resumir em somatório de decisões desconexas da parte discursiva, que geraria o desacordo, pois permite decidir, mas não deliberar. Para Aguiar:

> Embora se verifique um número considerável de referências à proporcionalidade em decisões de ministros do STF, não é acertado concluir que a nossa corte constitucional aplique a máxima da proporcionalidade.
> A aplicação da máxima da proporcionalidade no contexto de uma decisão colegiada demanda a elaboração de uma fundamentação argumentativa que, por sua vez, depende da verificação da deliberação em sentido estrito, algo que, essencialmente por razões de natureza institucional, não se verifica no STF. (OLIVEIRA, 2016, p. 146).

Voltando-se para a específica análise e deixando o caso prático para logo ser debatido, o Hegel acentua que merece também crítica a razão que renuncia, desdenhando à ciência, como se o referido entusiasmo e êxtase fossem superiores à mesma, entendendo que o entusiasmo de profecia a sobrepõe, crendo que a ciência fosse finita e ínfima. Todavia, há uma extensão da substância vazia, ou seja, carente de conteúdo e, portanto, superficial.

A força do espírito, na verdade, depende do tamanho de sua exteriorização, e sua profundidade apenas é elevada, à medida que ousa se expandir em seu contínuo desdobramento. O tempo agora é de nascimento e trânsito para nova época. O espírito rompeu com seu *ser-aí* de até então, e vem o atual *ser-aí* com seu representar, e, assim, sucessivamente na tarefa de transformação. Por esse motivo, o espírito nunca repousa, mas sempre se movimenta à frente, ininterruptamente. Hegel elucida, a respeito:

> O pressentimento vago de um desconhecido são os sinais precursores de algo diverso que se avizinha. Esse desmoronar-se gradual, que não alterava a fisionomia do todo, é interrompido pelo sol nascente, que revela num clarão a imagem do mundo novo. (HEGEL, 2017, p. 29).

Neste novo mundo, falta a efetividade acabada, como falta para uma criança recém-nascida, pela imediatez do mundo novo e o começo de um novo espírito: é o produto de uma complexa transformação de diversas formas de cultura. É o conceito que veio a ser. “Mas a efetividade desse todo simples consiste em que aquelas figuras, que se tornaram momentos de novo se desenvolvem e se dão nova figuração; mas no seu novo elemento, e no sentido que resultou do processo” (HEGEL, 2017, p. 29).

Tem-se nisso a não repetição do *ser*. Cada ser que surge é um novo fenômeno que, para a consciência, o alto valor do *ser-aí* pretérito fica presente na rememoração. Na representação nova, a consciência carece de se expandir e da particularização desse novo ser. Mais que isso, sobre o primeiro aprimoramento da forma, mediante o qual as diferenças são determinadas com segurança e ordenadas conforme as

relações. É o que Hegel (2017, p. 30) entende por “inteligibilidade universal”, com a aparência de posse esotérica de tantos indivíduos, que, nessa difusão, tornam o singular *ser-aí* o próprio, infungível, produto do ciclo transformativo.

Essa forma inteligível é o que já se tem por conhecido, comum à ciência e consciência não científica, que pode, através desta, adentrar na ciência propriamente dita. Destaca-se, aqui, que há a corrente que insiste nesta riqueza dos materiais e na inteligibilidade; e há outra que despreza a inteligibilidade e se funda na racionalidade imediata e na divindade, submetendo tudo à ideia do absoluto, que, desse modo, parece ser reconhecida em tudo e desenvolvida numa ciência ampla realizável, como se existisse uma fórmula única, repetível, idêntica e verdadeira, adaptada pelo sujeito sabedor aos dados presentes:

> O material é mergulhado de fora nesse elemento tranquilo. Isso, porém – e menos ainda fantasias arbitrárias sobre o conteúdo – não constitui o cumprimento do que se exige, a saber, a riqueza que jorra de si mesma, a diferença das figuras que a si mesmas se determinam. Trata-se antes de um formalismo de uma só cor, que apenas atinge a diferença do conteúdo, e ainda assim porque já o encontra pronto e conhecido. (HEGEL, 2017, p. 31).

É por isso que Hegel afirma que, nesse sentido, “se depara com um método especulativo onde é válido precipitar no abismo o vazio o que é diferente e determinado, sem que isso seja consequência do desenvolvimento nem se justifique a si mesmo” (HEGEL, 2017, p. 31).

Muito profunda, é a distinção de saberes, evidenciando a genuína Filosofia da prática metódica, desprovida do real *ser-aí*, carente, portanto, de essencialidade. Prossegue, referido autor, que é como considerar um *ser-aí* qualquer, como é no absoluto, não consiste em outra coisa, senão em dizer que dele se falou, como se fosse um certo algo; mas que, no absoluto, não há nada disso, pois lá, tudo é uma única coisa. Trata-se de ingenuidade de quem está vazio de conhecimento por esse saber único – no sentido de que tudo é igual no absoluto –, em oposição ao conhecimento diferenciador e pleno. “Ou então fazer de conta que seu absoluto é a noite em que todos os gatos são pardos, como se costuma dizer” (HEGEL, 2017, p. 31).

O genuíno reconhecer-se-a-si mesmo no absoluto *ser-outro*, esse éter como tal, é o fundamento e o solo da ciência ou do saber em sua universalidade. O começo da Filosofia faz a pressuposição ou exigência de que a consciência se encontre nesse

elemento. Todavia, esse elemento apenas alcança sua perfeição no movimento de *vir-a-ser*. É a pura espiritualidade como universal, que tem o modo de imediatez simples (HEGEL, 2017, p. 37). Portanto, é de se denotar a riqueza tamanha que se conclui da presente análise:

> Esse simples, quando tem como tal a existência, é o solo da ciência, que é o pensar, o qual só está no espírito. Porque esse elemento, essa imediatez do espírito é, em geral, o substancial do espírito, é a essencialidade transfigurada, a reflexão que é simples ela mesma, a imediatez tal como é para si, o ser que é reflexão sobre si mesmo. (HEGEL, 2017, p. 37).

A vida é aquela que suporta a morte e nela se conserva, é a vida do espírito, o qual encontra sua verdade na medida em que se encontra no dilaceramento absoluto. O espírito não é potência, como o positivo que se afasta do negativo. O espírito apenas é potência quando encara diretamente o negativo e se demora junto desse, reagindo e fundindo o *ser*. Ou seja, converte-se o negativo em *ser*. É o mesmo poder que se dá ao *sujeito*, o qual, ao suprassumir a imediatez abstrata, dando-se em seu elemento um *ser-aí* determinante. Assim sendo, o sujeito é a substância verdadeira, o ser ou a imediatez. Não há imediação entre o sujeito e o objeto. O ser é a imediação mesma, a própria reação fenomênica (HEGEL, 2017, p. 41-42).

Mas aqui se pretende discorrer acerca da essência do *ser*, sujeito que conhece e é conhecido. O círculo fechado em si de movimentos e momentos como sua substância. É a relação imediata e efetivada em sua conexão com outra coisa, ganhando um *ser-aí* próprio e uma liberdade à parte. É a energia do apenas puro *eu*. É o *ser* (HEGEL, 2017, p. 41). Nesse contexto, encaixa-se a famigerada frase de Heráclito de Éfeso: “ninguém pode se banhar no mesmo rio duas vezes, porque nem ele, nem o rio, serão os mesmos” (CHAUÍ, 2006, p. 105). A cada momento, o ser é, num ciclo transformativo jamais repetível. Trata-se de um fenômeno espiritual.

9.5 Inteligência artificial e julgamentos judiciais virtuais

Introduzindo a conexão dos temas até aqui propostos, mostrou-se a celeridade da globalização quanto à influência virtual nas relações. Hegel, por sua vez, demonstra a formação do genuíno *ser*, resultante da relação sujeito e objeto. Pois bem. Segundo o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Sessão inédita da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) julgou, com apenas um click no computador, um total de 280 processos. Em menos de um segundo, todos os processos foram julgados. A sessão foi presidida pela desembargadora Ângela Rodrigues, que acionou a plataforma digital que continha os votos dos integrantes da Câmara. “Belo Horizonte foi palco de uma das sessões mais importantes do Poder Judiciário de todos os tempos. Trata-se de um grande salto em direção ao futuro”, disse o 1º vice-presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), desembargador Afrânio Vilela, na manhã de hoje, 7 de novembro.
> Esse julgamento somente foi concluído, de forma célere, devido à ferramenta Radar que identificou e separou recursos com idênticos pedidos. Os relatores elaboram o voto padrão a partir de teses fixadas pelos Tribunais Superiores e pelo próprio Tribunal de Justiça mineiro. Para o presidente do TJMG, desembargador Nelson Missias de Morais, os avanços na tecnologia de informação, como o inaugurado hoje, fazem parte do planejamento estratégico do Tribunal e são prioridade da atual gestão, com o objetivo de tornar os julgamentos mais céleres, beneficiando o cidadão. “Até meados do próximo ano, todos os processos em Minas já estarão tramitando por meio eletrônico, tornando mais ágeis as decisões e proporcionando enorme economia de recursos para o Tribunal”, completou. (MINAS GERAIS, 2018).

Como exaustivamente tratado nos capítulos anteriores, os julgamentos virtuais funcionam a partir de inteligência artificial, ordenada por ciências exatas, sobretudo, a Matemática, na forma de algoritmo, segundo abordagem retro. Nesse sentido, é importante, a observação de Pereira:

> Os algoritmos de Inteligência Artificial julgariam os casos concretos por meio de busca de similitudes fáticas, e, por igualdade, editariam a própria decisão com seus fundamentos. Nos casos repetitivos, observamos que tal proposição se assemelha da perspectiva de Boeing e Alexandre Morais da Rosa quando indicam o chamado “robô-julgador”, mesmo que possa existir uma instância revisora humana. Embora os sistemas de Inteligência Artificial possuam importante contribuição para fases classificatórias e estatísticas jurimétricas, na seara da decisão em si mesma, precisamos refletir se devemos avançar a tal ponto, pois, sob o aspecto hermenêutico, a formulação adequada da fundamentação não se dá pela simples aplicação de padrões passados, a partir de um banco de dados definido, sem a sensibilidade inerente a um modelo de garantias de direitos [...] (PEREIRA, 2021a, p. 334).

Os professores Castro e Zubem, especialistas no tema, demonstram, com detalhes, como funciona a inteligência artificial. De fato, consiste em uma arte, imitando a hipótese de inteligência, mas não é inteligível, como, explicou, Hegel, nas explanações trazidas anteriormente. Segundo referido filósofo, a inteligibilidade é a concatenação de vários fenômenos rememorados, ou seja, implica vivência de história do *ser*, ora interação do sujeito e objeto.

As ciências exatas formulam a seguinte explicação, acerca da rede neural artificial guardada pela inteligência artificial:

> Uma rede neural artificial é composta por várias unidades de processamento, cujo funcionamento é bastante simples. Essas unidades, geralmente são conectadas por canais de comunicação que estão associados a determinado peso e fazem operações apenas sobre seus dados locais, que são entradas recebidas pelas suas conexões. O comportamento inteligente de uma Rede Neural Artificial vem das interações entre as unidades de processamento da rede.
> A operação de uma unidade de processamento, proposta por McCullock e Pitts em 1943, pode ser resumida da seguinte maneira:
> Sinais são apresentados à entrada;
> Cada sinal é multiplicado por um número, ou peso, que indica a sua influência na saída da unidade;
> É feita a soma ponderada dos sinais que produz um nível de atividade;
> Se este nível de atividade exceder um certo limite (threshold) a unidade produz uma determinada resposta de saída. (SILVA, 1998, p. 2).

Todavia, a inteligência artificial é desprovida de espírito, e, acerca da relação entre ciência e fenomenologia do espírito, Hegel explica:

> O que esta Fenomenologia do espírito apresenta é o vir-a-ser da ciência em geral ou do saber. O saber, como é inicialmente – ou o espírito imediato – é algo carente-de-espírito: a consciência sensível. Para tornar-se saber autêntico, ou produzir o elemento da ciência que é seu conceito puro, o saber tem de se esfalfar através de um longo caminho. Esse vir-a-ser, como será apresentado em seu conteúdo e nas figuras que nele se mostram, não será o que obviamente se espera de uma introdução da consciência, não cientificará ciência; e também será algo diverso da fundamentação da ciência (HEGEL, 2017, p. 38).

Eis a distinção antagônica entre a inteligência artificial e a inteligência autêntica (humana). Esta é movida por espírito, e aquela é desprovida, razão pela qual não é ciência, uma vez que não dispõe de consciência. Não apenas é inservível como inteligência, em substituição à humana, mas, sobretudo, aos casos de julgamentos judiciais, principalmente, no tocante ao Direito Penal.

Ora, o indivíduo julga seu par, uma vez que o espírito divino concede entendimento para a justa distribuição da justiça, mas não uma lógica matemática exteriorizada e inerte ao ser. É quando Hegel traz que a tarefa de conduzir o indivíduo, desde seu estado inculto até o saber, devia ser entendida em seu sentido universal, o espírito consciente-de-si na sua formação cultural. No tocante à relação entre os dois indivíduos, cada momento, no indivíduo universal, mostra-se conforme o modo segundo o qual obtém sua forma concreta e sua configuração própria.

Nesse contexto, tem-se a crítica hegeliana, no sentido de que:

> Nos tempos modernos, ao contrário, o indivíduo encontra a forma abstrata pronta. O esforço para apreendê-la e fazê-la sua é mais o jorrar-para-fora, não imediatizado, do interior, e o produzir abreviado do universo, em vez de ser um brotar do universal a partir do concreto e variedade do ser-aí (HEGEL,

2017, p. 42).

Considerando-se o mencionado pensamento de Hegel para avaliar o caso supracitado referente ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, observa-se que o que ocorreu foi o desrespeito à variedade do *ser-aí*. Concentraram-se 280 casos para serem julgados pela matemática da inteligência artificial. Ou seja, a obra de Hegel parece mais moderna do que nunca, pois, em tempos atuais, o indivíduo encontra a forma abstrata pronta, omitindo-se à fenomenologia de um outro, para formar o *ser*.

É imprescindível que cada um dos 280 casos julgados virtualmente seja revisto, pois o elemento do *ser-aí* imediato é a determinidade pela qual essa ciência se diferencia das outras (HEGEL, 2017, p. 43). A ciência desse itinerário é a ciência da experiência, que faz a consciência; a substância é tratada de forma que ela e seu movimento sejam objetos da consciência.

A experiência, segundo Hegel, é justamente o nome desse movimento em que o imediato, o não experimentado, ou seja, o abstrato – quer do sensível, quer do simples apenas pensando – aliena-se e depois retorna a si dessa alienação; e, por isso – como é também propriedade da consciência –, somente então é exposto em sua efetividade e verdade (HEGEL, 2017, p. 43). Então, mostra-se impossível, a verdade, propriamente dita, nos julgamentos sem a consciência.

Há necessidade da relação entre o julgador e o objeto, ora, o caso a ser julgado. A desigualdade que se estabelece na consciência entre o *eu* e a substância – que é o seu objeto – é a chamada “diferença” entre eles, o que apenas haverá entre um juiz togado e um processo em mãos. É o que Hegel denomina “negativo geral”. Pode se considerar como falha dos dois, mas trata-se de sua alma, ou seja, é o que os move (HEGEL, 2017, p. 44):

> Foi por isso que alguns dos antigos conceberam o vazio como o motor. De fato, o que conceberam foi o motor como o negativo, mas ainda não o negativo como o si. Ora, se esse negativo aparecesse primeiro como desigualdade do Eu em relação ao objeto, é do mesmo modo desigualdade da substância consigo mesma. O que parece ocorrer fora dela – ser uma atividade dirigida contra ela – é o seu próprio agir; e ela se mostra ser essencialmente sujeito. (HEGEL, 2017, p. 44).

Aqui, encerra-se a fenomenologia do espírito, segundo Hegel. Portanto, imprescindível o *eu*, o *outro*, para a relação de negatividade formar a *alma*, que assim move o fluxo transformativo do *ser*. Agora, expandem-se, nesse elemento, os

momentos do espírito da forma de simplicidade, que entende seu objeto como si próprio. Então, esses momentos deixam de ser oposição entre o *ser* e o *saber* de forma distinta, mas, na “simplicidade do saber”, ficam como o verdadeiro na forma de verdadeiro, e a sua diversidade é apenas de conteúdo. O seu movimento, nesse elemento, organiza-se em um todo, que é o que Hegel chama de Lógica ou Filosofia especulativa (HEGEL, 2017, p. 44).

Quando o sistema de experiência do espírito (consciência) capta somente sua aparição, então, aparecerá como apenas negativo, o processo que conduz por meio do sistema de experiência à ciência do verdadeiro, que está na forma do verdadeiro. Existe a hipótese de alguém se dispensar do negativo enquanto falso e ser conduzido, sem mais delongas, à verdade, no afã de manter-se como falso, pretendendo atingi-lo, apenas no *finalmente* do processo, com o rótulo de verdadeiro, embora sem merecê-lo. Como um atalho sem sucesso.

Hegel responde a isso a partir do ponto de vista sobre a natureza do negativo, que toma como falso em geral. As representações a propósito impedem, obviamente, o acesso à verdade. Destarte, tem-se ocasionalmente que falar sobre o conhecimento matemático, que o saber filosófico considera como o ideal que a Filosofia deve esforçar-se para atingir, mas, até o presente momento, não obteve êxito. Nesse sentido:

> O falso – pois só dele aqui se trata – seria o Outro, o negativo da substância, a qual é o verdadeiro, como conteúdo do saber. Mas a substância mesma é essencialmente o negativo; em parte como diferenciação e determinação do conteúdo, em parte como um diferenciar simples, isto é, como Si e saber em geral. É bem possível saber falsamente. Saber algo falsamente significa que o saber está em desigualdade com sua substância. Ora, essa desigualdade é precisamente o diferenciar em geral, é o momento essencial. É dessa diferenciação que provém sua igualdade; e essa igualdade que veio-a-ser é a verdade. (HEGEL, 2017, p. 45).

O algoritmo não tem a capacidade consciente para reagir com um segundo elemento que sequer possa ser chamado *outro*, pois, por *outro,* idealiza-se que há um primeiro semelhante ao segundo. O professor de Engenharia Elétrica e Computação da Universidade Estadual de Campinas, Castro, leciona:

> A auto-organização demonstrada nas redes neurais não-supervisionadas envolve o processo de competição e o processo de cooperação entre os neurônios da rede. Muitos pesquisadores têm utilizado esse tipo de rede como detector de características, dada sua capacidade de aprender a discriminar estímulos ocorrendo em partes especialmente diferentes.

> O treinamento pode-se assim dizer, inicia quando um exemplo é mostrado à rede e termina quando todas as conexões estão devidamente ajustadas (treinadas) para reconhecer os exemplos mostrados à rede (ou pelo menos uma boa parte dos exemplos). A partir deste momento, a Rede Neural está pronta para a fase de testes e, a seguir, para a execução.
> Do conjunto de dados que será submetido à rede, pode-se dizer que, quanto mais completo seja, mais tempo computacional (processamento) será utilizado para ajustar as conexões e, certamente, melhor será o seu treinamento.
> Existem diferentes algoritmos de aprendizagem utilizados nos treinamentos não supervisionados, entre os mais conhecidos temos a aprendizagem de Hebbian, o aprendizado competitivo, aprendizado winner-take-all entre outros.
> O material relacionado com redes neurais e com treinamento não supervisionado é apresentado à continuação. (CASTRO, 2019, p. 14).

O julgamento virtual, enquanto Direito (que se enquadra nas ciências humanas ou sociais aplicadas), não pode(ria) ser regido pela Engenharia de Computação, ora ciências exatas. Não que o procedimento virtual deva ser evitado, pois é muito eficiente enquanto ferramenta, mas jamais como consciência. Eis a questão. A filosofia hegeliana aborda:

> Quanto às verdades matemáticas, ainda seria menos tudo como geômetra quem soubesse os teoremas de Euclides exteriormente, sem conhecer suas demonstrações (ou conhecer interiormente, para exprimir-se por contraste). Também não seria considerado satisfatório o conhecimento da relação bem conhecida entre os lados do triângulo retângulo, se fosse adquirido medindo muitos triângulos retângulos. Mas a essencialidade da demonstração não tem ainda, mesmo no conhecimento matemático, a significação e a natureza de ser um momento do resultado mesmo; ao contrário, no resultado da demonstração some e desvanece. Sem dúvida, como resultado, o teorema é reconhecido como um teorema verdadeiro. Mas essa circunstância, que se acrescentou depois, não concerne ao seu conteúdo, mas sim à relação para com o sujeito. O movimento da prova matemática não pertence àquilo que é objeto, mas é um agir exterior à Coisa.
> Assim, não é a natureza do triângulo retângulo que se decompõe tal como é representada na construção necessária à demonstração do teorema que exprime sua relação; todo o processo de produzir o resultado é um caminho e um meio de conhecimento (HEGEL, 2017, p. 47).

Todavia, em relação ao conhecimento filosófico, diversamente do matemático, o *vir-a-ser* do *ser-aí* como tal é diferente do *vir-a-ser* da essência, ou melhor, da natureza interior da coisa. É que, primeiramente, o conhecimento filosófico possui os dois, enquanto o conhecimento matemático apenas apresenta o *vir-a-ser* do ser-aí, isto é, do ser da natureza da coisa, no conhecer como tal deva ser. Pelo conhecimento filosófico, unem-se também esses dois movimentos particulares. O nascer interior, ou o *vir-a-ser* da substância, é inseparavelmente transitar para o exterior ou para o *ser-aí*; é ser para o *outro*.

Ao contrário, o *vir-a-ser* do *ser-aí* é o recuperar a si mesmo na essência. O movimento, então, é o duplo processo de *vir-a-ser* do todo; de modo que cada momento põe, ao mesmo tempo, o outro, e, por isso, cada qual tem em si, como dois aspectos, ambos os momentos; e eles, conjuntamente, constituem o todo, enquanto se dissolvem a si mesmos e se fazem momentos seus (HEGEL, 2017, p. 47).

Na Matemática é bem diferente. Seu conhecer, a intelecção é para a coisa um agir exterior, seguindo, a partir daí, a verdadeira coisa que é por ele alterada. O meio desse conhecimento, a construção e demonstração, até contém proposições verdadeiras, mas também se deve dizer que o conteúdo é falso. Isso porque, por exemplo, na solução do Teorema de Euclides, desmembra-se o triângulo, e suas partes são articuladas em outras figuras que a construção faz nele surgir. Apenas ao final, é que se restabelece o triângulo, aquele de que justamente se tratava, mas que se perdeu de vista no processo demonstrativo, reduzido a peças que compreendiam partes de outras totalidades. É, então, nesse ponto, que se ressalta, a negatividade do conteúdo, ao dizer que é falso, e que, por isso, é uma falsidade o desvanecer dos pensamentos que se tinham por fixos no movimento do conceito.

9.6 Decisão judicial, ciências exatas e ciências sociais

Segundo Hegel (2017, p. 46), a Matemática esnoba a Filosofia, justamente por causa desse conhecimento *defeituoso*, cuja evidência reside apenas na pobreza de seu fim e na deficiência de sua matéria, sendo, portanto, algo que a Filosofia despreza. O fim, o conceito da Matemática é a grandeza, justamente a relação inessencial carente de conceito. Por isso mesmo, o movimento do saber matemático perpassa a superfície, e não toca a coisa mesma, nem a essência ou o conceito, e, portanto, não é um conceber. Jamais pode-se dar que um julgamento virtual concebeu um parecer *decisum.*

A matéria, onde a Matemática preserva um tesouro gratificante de verdades, é o espaço e o uno. O espaço é o *ser-aí*, no qual o conceito inscreve suas diferenças, como num elemento vazio e morto, no qual as diferenças são igualmente imóveis e sem vida. O efetivo não é algo espacial, como é tratado na Matemática, e, com tal inefetividade, como são as coisas da Matemática, não se ocupa, nem a intuição sensível concreta, nem a Filosofia. Por conseguinte, nesse elemento inefetivo, apenas se tem também um verdadeiro inefetivo, ou seja, proposições mortas e rígidas. Em cada uma dessas proposições, pode parar; a seguinte recomeça tudo por sua conta,

sem que a primeira se movesse até ela, e sem que, assim, surgisse alguma conexão necessária através da natureza da coisa mesma (HEGEL, 2017, p. 48).

Orgulha-se, o Tribunal de Justiça mineiro, dos julgamentos por inteligência artificial que funcionam a partir de ciência matemática:

> De acordo com o 1º vice-presidente, desembargador Afrânio Vilela, a tecnologia empregada nesse novo tipo de julgamento foi totalmente desenvolvida pelos servidores da Diretoria de Informática. O magistrado explicou que os profissionais da informática, utilizando-se da tecnologia da informação e vertentes da inteligência artificial, criaram a ferramenta Radar, que identifica e separa recursos com pedidos similares. (MINAS GERAIS, 2018).

Pertinente, é a concepção trazida por Hegel, quanto a espaço e tempo, pois as decisões repetidas não poderiam servir como total fundamento de fatos por vir, como se fosse uma regra matemática aplicada em qualquer equação. A matemática imanente não põe o tempo como o tempo, frente ao espaço, como a segunda matéria de sua consideração. A matemática aplicada trata de fato do tempo, do movimento e de várias outras coisas efetivas. Mas toma da experiência as proposições sintéticas, isto é, proposições sobre suas relações que são determinadas por meio de seu conceito, e apenas essas aplicam as suas fórmulas. Enfim, não é a alma da consciência, mas artificialmente, uma réplica infiel da verdade, que decide o futuro do ser e ousa dar a isso o nome de Justiça.

O que serve para a decisão judicial é o fundamento jurídico, não a repetição do que um dia foi em outro espaço e tempo, tratando de caso distinto. Portanto, para Hegel, a Matemática aplicada oferece em abundância o que chama de demonstrações: como a do equilíbrio da alavanca e a relação entre o espaço e o tempo no movimento da queda livre. Mas o fato de que sejam dadas e aceitas como demonstrações prova apenas a grande necessidade da prova para o conhecimento, pois, quando não se tem mais provas, valoriza-se até sua aparência vazia, e ali se encontra alguma satisfação (HEGEL, 2017, p. 49).

> Uma crítica dessas demonstrações seria tão digna de nota quanto instrutiva; de um lado, por expurgar a matemática dessas bijuterias, e, de outro, por mostrar seus limites, e, portanto, a necessidade de um outro saber [...].
> [...] Mas o tempo é o próprio conceito aí-essente. O princípio da grandeza – a diferença carente de conceito, e o princípio da igualdade, a unidade abstrata sem vida, não são capazes de apreender o tempo, essa pura inquietude da vida e diferenciação absoluta. (HEGEL, 2017, p. 49).

O intento de padronizar o sujeito como um *ser* é técnica antiga, que o sistema penal judicial reinventa, seja desta atualidade, como a inteligência virtual, que tem o programa de um elemento padronizado como o correto:

> Meu objetivo será mostrar-lhes como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetivos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objeto, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história. (FOUCAULT, 1999, p. 8).

A desigualdade é compelida à igualdade, mas que seja aquela que serve à manutenção do poder, do que intitulam de *ordem pública*, expressão vaga que comporta a interpretação pretendida em favor do julgador. Se ninguém é igual, nem mesmo o tempo se repete, e se há a lei e o devido processo legal, é desnecessário configurar no computador o modelo de cidadão a ocupar a sociedade.

O Direito tem sua proposta teórica como integridade, ou seja, uma atividade interpretativa em um empreendimento coletivo em construção, não devendo admitir, pura e simplesmente, que a implementação de algoritmos de inteligência artificial de função decisória promova a concretização adequada quando se trata de processos argumentativos mais sofisticados. Até mesmo porque, “não se pode esquecer que o conjunto de decisões judiciais que serve de base para a Inteligência Artificial é texto e, como tal, carece de interpretação comparticipada” (SEKHON; VIANA, 2020, 694).

Não se olvide que é o ser humano quem detém, na verdade, o *input* e o *output,* a coleta e manejo de dados para a consecução, construção, fabricação e desenvolvimento das máquinas e seus algoritmos. Destarte, deve-se preocupar em debater também com o manejo, pois as informações devem ser claras, repassadas à sociedade, com a efetiva possibilidade de controle das atividades desenvolvidas por aqueles que trabalham com a robótica judiciária (PEREIRA, 2021a, p. 336).

10 CONCLUSÃO

Buscou-se, em forma de texto dissertativo-argumentativo, a tese de que na história do Direito, este se adequou, embora claudicante, às formas de cultura das respectivas épocas, e, com isso, a sociedade sempre refutou formas e metodologias por uma razão, qual seja, a deficiência na racionalidade de julgar como tradução de justiça.

> O que procuramos no conhecimento do passado é a mesma coisa que procuramos no conhecimento dos homens contemporâneos. Primeiro as atitudes fundamentais dos indivíduos e dos grupos humanos em face de valores, da comunidade e do universo (ASSIS; KÜMPEL, 2009, p. 15).

Os julgamentos virtuais funcionam a partir de inteligência artificial de engenharia matemática, especificamente, o algoritmo, acerca do qual foi comprovado que não permite a essência imprescindível do julgador, ora consciência do *eu* para com o objeto. O orgulho da equivocada eficiência de julgar centenas de processos em segundos, a partir de repetições de outros julgados, não confecciona o devido processo legal, muito distante da Filosofia jurídica – a alma da questão.

Trata-se de uma réplica de análise humana, letra morta, que, no modismo de tempos líquidos e para satisfazer o imediatismo de celeridade e resposta frente às ondas de notícias de injustiças, acaba por não solucionar, mas agrava a má distribuição da justiça. Como exemplo, vale se lembrar dos tempos de ouro do avanço das ciências biológicas, que, assim como ocorre hoje, a Matemática se atreve a invadir as ciências jurídicas, preteritamente, as biológicas ousaram introduzir o método lombrosiano como meio eficiente, padronizando o bioperfil do delinquente, intentando padronizar o *ser*.

A Escola Funcionalista chegou ao direito penal brasileiro, redesenhando-o ao molde da teoria do direito penal do inimigo, como se houvessem exceções de negar o ser, anulando o outro, como se este não fosse mais digno daquele direito penal democrático tão caro à humanidade, conforme tentou demonstrar no pequeno caminhar da história da jurisdição penal.

O tão sonhado e adquirido direito penal com garantias e limitações das violências do Estado contra o sujeito, estão sendo perdidas sob o manto de benefício ao réu, como algo benéfico para a sociedade, aparentando-se eficiência que o mundo

globalizado diz merecer.

A inteligência artificial emerge nesse contexto, de praticidade, de mãos dadas ao direito penal do inimigo, entrando como facilidade da digitalização, depois da virtualização e no direito civil, por exemplo, MG publica e comemora julgamento virtual.

O STF, STJ e muitos Tribunais adotam robôs para triagem de processos. O próximo passo, ao que tudo indica, é o julgamento virtual no direito penal, terminando com o discurso racional e jurídco, dialética com equivalência, para que a convicção do juiz seja aquela cientifíca, neltra, portanto democrática, mantendo-se o ser, cuja dignidade lhe é inerente.

Hegel demonstra o que é o *ser*, ora distinto de qualquer padronização ou fórmula, tampouco de sequências algorítmicas matemáticas camufladas de algo ainda pior, que são decisões pretéritas de outros fenômenos espirituais, como se o *ser* pudesse ser padronizado, furtando, do processado, o contraditório, o discurso e as regras do discurso jurídico. Como se pode ilustrar, por meio da alusão às prateleiras de supermercado etiquetadas, é fixado o famigerado e indevidamente festejado julgamento virtual.

E assim pretendeu emonstrar, ao longo do trabalho, que a forma de fazer e o conceito de justiça evolui desde sua origem, diante dos fracassos das respectivas modernidades, nos idos do antigo povo oriental até atualmente, mas é preocupante, a tamanha regressão do período Moderno e do pós-Moderno, sobretudo, por culminar nos julgamentos por inteligência artificial, uma vez que o erro é cometido quando se sabe que a essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório. Os atos do procedimento miram o provimento final e estão inter-relacionados, de modo que a validade da sentença depende da validade de todos eles (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 40).

O Direito Penal, ramo de intervenção mais violenta pelo Estado, carece de meticulosidade científica para operar. Cada modelo de legitimação interna dos pressupostos da pena remete a um correspondente modelo de legitimação de seus meios de investigação no processo penal. E, inversamente, cada modelo de processo penal, seja considerado sob o ponto de vista normativo, seja da efetividade, assinala sempre, por sua vez, um correlativo sistema normativo ou efetivo direito penal substancial (FERRAJOLI, 2014, p. 495).

Considerando-se que a principal garantia processual que forma o pressuposto

de todas as demais é a submissão à jurisdição, e que indubitavelmente a inteligência artificial avança aceleradamente em todos os domínios, trazendo benefícios à sociedade e, simultaneamente, levantando questões éticas e sociais de grande impacto, é preciso intervenção – com base na problemática das agressões promovidas pelo julgamento através de inteligência artificial, porque foge dos requisitos essenciais de democracia –, no sentido de, em concordância com Pereira (2021, p. 408):

a) continuar com a política de dados abertos para o Poder Judiciário, com expansão da digitalização e disponibilização ao público dos pronunciamentos judiciais e autos dos processos;
b) aperfeiçoar o sistema de disponibilização de dados, por meio do desenvolvimento de projeto próprio, que proporcione a interoperabilidade entre as diversas plataformas digitais de tramitação de processos;
c) estimular a adoção de políticas de cache;
d) avaliar a realização de projeto sobre anonimização de dados pessoais das pessoas físicas mencionadas em pronunciamentos judiciais e em documentos disponibilizados ao público, para conciliar o amplo acesso aos dados processuais com a proteção de dados pessoais;
e) evitar a introdução de restrições ao acesso a documentos presentes nos autos do processo, que possam limitar o controle democrático das instituições;
f) garantir mecanismos de requisição de confidencialidade de documentos de natureza sigilosa;
g) difundir conhecimento sobre as exigências postas pela Lei Geral de Proteção de Dados para o acesso a dados judiciais.

Nesse último tópico, importa perceber que, com a Lei Geral de Proteção de Dados, dar-se-á progressão significativa para alcançar a transparência informacional algorítmica e o devido processo legal substancial tecnológico. O mais importante é salvaguardar o devido processo legal, para expulsar a tirania dos julgamentos automatizados, pois o uso de inteligência artificial, que torna possível, a tomada de decisões exclusivamente automatizadas, gera discriminações abusivas, resultando em erros ilegítimos e sistêmicos (PEREIRA, 2021, p. 410).

Por derradeiro, perante toda a tese construída, o objetivo das reflexões trazidas não é fazer uma análise histórica de várias formas de poder invisível, mas confrontar com a realidade o ideal de democracia como governo do poder visível (BOBBIO, 1986,

p. 100), dignificando o ser, acautelando-se contra a onda de anulação do outro, resgatando a consagração da democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALIMENA, Bernardino. **Principii di Diritto Penali**. V. I. Napoliu: Luigi Pierro, 1910.

ALVES, Isabella Fonseca Alves. **Inteligência artificial e processo**. Belo Horizonte; São Paulo: D´Plácido, 2020.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
ANTIGUIDADE oriental. **Portal São Francisco**, [*S.l.*], 01 Dez. 2015. Disponível em: https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/imperio-pers. Acesso em: 09 jul. 2022.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1988.

ARISTÓTELES. **Poética e tópicos I, II, II e IV**. Tradução de Marcos Ribeiro de Lima. São Paulo: Hunter Books, 2013.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **A história da cultura jurídica**: o direito em Roma. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico; SPAOLONZI, Ana Elisa. **História da cultura jurídica**: o direito na Grécia. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociologia jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARROS, Gilda Naécia Maciel de. **Sólon de Atenas**. São Paulo: Humanitas, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edpro, 2015.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 411-436, jan./dez. 2008. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67812/70420. Acesso em: 01 maio 2022.

BENTHAM, Jeremy. **As recompensas em matéria penal**. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2007.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luis Flávio.

Direito Penal: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BONGER, W. A. **Introducción a la Criminología**, Traducción de Antonio Pña. Pánuco: Fundo de Cultura Económica, 1963.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Certidão no Habeas Corpus n. 626196/MG**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Certidão emitida em 05 de fevereiro de 2021. Brasília: STJ, 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202002994279&aplicacao=processos. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Habeas Corpus n. 626196/MG.** Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 23 de novembro de 2020. Brasília: STJ, 2020a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=118177967&tipo_documento=documento&num_registro=202002994279&data=20201124&formato=PDF. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 626196/MG**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 16 de novembro de 2020. Brasília: STJ, 2020b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=117720090&tipo_documento=documento&num_registro=202002994279&data=20201117&formato=PDF. Acesso em: 01 maio 2022.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Saravanda, 2012.

CARRARA, Francesco. **Como nasce o Direito**. Traducción de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia. São Paulo: Brasilense, 1998.

CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Empório do Direito**, 18 abr. 2015. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal. Acesso em: 02 maio 2022.

DANIEL. *In*: BÍBLIA sagrada. Traduzida de João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

DEUTERONÔMIO. *In*: BÍBLIA sagrada. Traduzida de João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

DEVIR. *In*: GREGÓRIO, Sérgio Biagi. **Dicionário de Filosofia**, [S.l.], 2022. Disponível em: https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/devir. Acesso em: 18 jun. 2022.

DIAS, Fernanda. O que é e como funciona a mineração de dados (Data Mining)? **Voitto**, [*S.l.*], 01 jul. 2020. Disponível em: https://www.voitto.com.br/blog/artigo/data-mining. Acesso em: 18 jun. 2022.

FERNANDES, Cláudio. Civilização persa. **Rede Omnia**, História do Mundo, 2022. Disponível em: https://www.historiadomundo.com.br/persa/civilizacao-persa.htm. Acesso em: 01 maio 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRARI, Isabela; INSTITUTO NEW LAW (Coords.). **Justiça digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal** – o criminoso e o crime. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FLORIAN, Eugenio. **Enrico Ferri** – Maestro Della Scienza Criminologica. Milano: Fratele Bocca Editori, 1941.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** – Parte Geral. 3. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 1994.

FUX discursa na abertura do ano do Judiciário. Produzido por Supremo Tribunal Federal. Brasília: TV Justiça, 01 fev. 2022. 1 vídeo (55min55seg). Publicado por Poder360. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=3uHNKoJPm34. Acesso em: 11 jul. 2022.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de Criminologia**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

GARGIONI, Paola Venzon. 8 castigos persas brutais. **Mega Curioso**, 07 set. 2018. Disponível em: https://www.megacurioso.com.br/artes-cultura/108905-8-castigos-persas-brutais.htm. Acesso em: 08 jul. 2022.

GENS. In: **Infopédia dicionário**. Porto: Porto editora, 2022. Disponível em: https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$gens. Acesso em: 19 jun. 2022.

GIULLIANO, Thomas. Entenda a complexidade da história da Inquisição, na opinião do historiador Thomas Giulliano: entrevista Thomas Giulliano. [Entrevista concedida a Brasil Paralelo]. **Brasil Paralelo**, São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.brasilparalelo.com.br/entrevistas/o-que-foi-a-inquisicao?gclid=Cj0KCQjwof6WbhD4ARIsAOi65ahgN6xxDQIZU5FhMKeJ7oF-XYDT-9FSICEHB1tHg-uAhSJQSORmUXwaAm6EEALw_wcB. Acesso em: 19 jun. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Tradução por Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

HEIDEGGER, Martin. **Carta ao humanismo**. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2009.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Tradução, apresentação e notas de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. **Princípios de Derecho Penal**. La ley y el Delito. Buenos Aires: Sudamericana, 1958.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1956.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed., Niterói: Luan, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KAUFMAN, Dora. **A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana?** Seminário Dartmouth Summer Research Project on Artificial intelligence (DRSPAI). Barueri: Estação das Letras e Cores, 2019.

KUNDERA, Milan. **A arte do romance**. Tradução de Teresa Bulhões Carvalho Fonseca. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAÉRCIO, Diógenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. 2. ed. Brasília: UnB, 1977.

LEITE, Rafael. Tecnologia e corte: panorama brasileiro I. *In:* FERRARI, Isabela; INSTITUTO NEW LAW (Coords.). **Justiça digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2020. Cap. 9, p. 105-116.

LEVÍTICO. *In*: BÍBLIA sagrada. Traduzida de João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, Márcia. Código de Hamurabi. **Educa Mais Brasil**, 20 jul. 2020. Disponível em: https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/codigo-de-hamurabi. Acesso em: 08 jul. 2022.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal** – Parte Geral (arts. 1º a 120). 14. ed. São. Paulo: Método, 2020.

MATEUS. *In*: BÍBLIA sagrada. Traduzida de João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MAYOR, Adrienne. **Gods and Robots**: Myths, Machines, and Ancient Dreams of Technology. Princeton: Princeton University Press, 2018.

MEZGER, Edmund. **Criminologia**. Traducción del alemán por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1950.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Tomo I. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. 08 nov. 2018. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XGapQVVKhdg. Acesso em: 08 jul. 2022.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2003.

MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal** – Parte General. Tomo I. Chile: Editorial Jurídico de Chile, 1997.

MUNHOZ, Júlia Vidigal. **TEDx**: conheça a proposta desse modelo de conferências! MobLee, Florianópolis, 2022. Disponível em: https://www.moblee.com.br/blog/tedx-modelo-de-conferencias/. Acesso em: 09 jul. 2022.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de Derecho Penal** – Parte General. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de Derecho Penal** – Parte General. Córdoba: Córdoba, 1999.

O que é target? **Canal do Consultor**, [*S.l.*], 01 jun. 2018. Disponível em: https://canaldoconsultor.com.br/o-que-e-target/. Acesso em: 09 jul. 2022.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito**, [*S.l.*], v. 12, n. 2, p. 146-153, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/9312/1/ARTIGO_Delibera%c3%a7%c3%a3oCondi%c3%a7%c3%a3oAplica%c3%a7%c3%a3o.pdf. Acesso em: 09 jul. 2022.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Traduzido por Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães. **Direito Penal e Processual Penal**: tópicos especiais. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014.

PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. A padronização decisória na era da inteligência artificial: uma possível leitura hermenêutica e da autonomia do direito. *In:* WAMBIER, Luiz Rodrigues; QUINTAS, Fábio L.; ABBOUD, Georges (Coord.). Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021a. (Direito Processual na ordem constitucional).

PEREIRA, Newton Gomes. Pequeno glossário heideggeriano. **Cult**, São Paulo: Bregantini, 16 jul. 2021b. Disponível em:

https://revistacult.uol.com.br/home/pequeno-glossario-heideggeriano/. Acesso em: 09 jul. 2022.

PESSINA, Enrico. **Teoria do delito e da pena**. São Paulo: Rideel, 2006.

PRINS, A. **La defensa social y las transformaciones del derecho penal**. Tradução ao espanhol por Federico Castejon y Martinez de Arizala. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1912.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REALE, Miguel. **Lições de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, Alexandre Moraes; BOEING, Henrique Arruda. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Academia, 2020.

ROSTOVTZEFF, V. **História da Grécia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed., 3. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. 2. ed. reimpr. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

RUDÁ, Antonio Sólon. **Breve história do Direito Penal e da Criminologia**. 5. ed. Brasília: IJASR, 2018.

RUSSEL, Stuart; NORWIG, Peter. **Inteligência Artificial**. 2 ed. RJ: Elsevier, 2004.

SANTOS, Boaventura Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 6. ed. Porto: Afrontamento, 1989. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/livros.php. Acesso em: 22 fev. 2021.

SAPORI, Luís Flávio; SOARES, Gláucio Ary Dillon. **Por que cresce a criminalidade no Brasil?** Belo Horizonte: Autêntica - PUC Minas, 2014.

SEKHON, Patrícia; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

SILVA, Leandro Nunes de Castro. **Análise e síntese de estratégias de aprendizado para redes neurais artificiais**. 1998. 248 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Engenharia de Computação e Automação Industrial, Faculdade de Engenharia Elétrica e de Computação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. Disponível em: https://www.dca.fee.unicamp.br/~vonzuben/research/lnunes_mest.html. Acesso em:

06 jul. 2022.

SURATA. *In:* ALCORÃO. Arresala, [*S.l.*], 2017.Disponível em: https://www.arresala.org.br/alcorao-sagrado/5-2. Acesso em: 10 jul. 2022.

TEDESCO, Ignacio F. **El acusado en el ritual judicial**. Ficción e imagen cultural. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

TEIXEIRA, Tarcisio; CHELIGA, Vinicius. **Inteligência artificial**: aspectos jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2020.
THE Social Dilemma (Brasil: O Dilema das Redes; Portugal: O Dilema das Redes Sociais). Direção: Jeff Orlowski. Escrita: Orlowski, Davis Coombe e Vickie Curtis. EUA: Netflix, 09 set. 2020. 1 vídeo (1h 34min). Disponível em: https://www.netflix.com/br/title/81254224. Acesso em: 06 jul. 2022.

TRIVOSONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização e tradução por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Universitária, 2014.

TURING, Alan M. Computing Machinery and Intelligence. **Mind** – A quarterly review of Psychology and Philosophy, Oxford University Press, v. 59, n. 236, pp. 433-460, oct. 1950. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2251299?origin=-JSTOR-pdf&seq=1. Acesso em: 06 jul. 2022.

VANNI, Icilio. **Lições de filosofia do direito.** SP: Pocai Weiss, 1916.

VERNANT, Jean Pierre. **As origens do pensamento grego**. São Paulo: Difel, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal** – Parte General. Tomo I, 4. reimpr. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal** – Parte General. Tomo II. 4. reimpr. Buenos Aires: Ediar, 2006.