

MEMÓRIAS  
DA  
ACADEMIA DAS CIÊNCIAS  
DE  
LISBOA

CLASSE DE LETRAS

---

**O papel do jurista no século XXI. Entre a ameaça de um positivismo algorítmico e a afirmação de uma axiologia fundamentante**

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

---



**ACADEMIA DAS CIÊNCIAS  
DE LISBOA**

LISBOA • 2026

*Título:* O papel do jurista no século XXI. Entre a ameaça de um positivismo algorítmico e a afirmação de uma axiologia fundamentante

*Edição:* Academia das Ciências de Lisboa

*Data de edição:* 2026

*DOI:* <https://doi.org/10.58164/1en0-6f74>

# O papel do jurista no século XXI. Entre a ameaça de um positivismo algorítmico e a afirmação de uma axiologia fundamentante

MAFALDA MIRANDA BARBOSA<sup>1</sup>

## 1. PRIMEIRAS PALAVRAS

A Academia das Ciências de Lisboa, congregando académicos de diversas áreas do saber, avulta no horizonte como o fórum privilegiado para refletir sobre as questões mais inquietantes de cada tempo histórico. O futuro do direito, aparentemente ameaçado pela possibilidade de, no futuro, o juiz ser substituído, no seu decidir concreto, por um sistema autónomo, é um desses tópicos que nos convoca para uma reflexão aprofundada sobre o sentido da juridicidade: terá o direito lugar num tempo futuro em que a cientificidade tecnocrática, matemática e tecnológica pode substituir o homem no seu justo ajuizamento concreto?

Esta é uma reflexão que se afigura urgente. Estamos, no fundo, naquele ponto que outros, a outros propósitos, identificaram como o ponto da dialética do tempo, “no momento constitutivo em que o possível se antecipa” e faz emergir a dúvida<sup>2</sup>.

No que a esta reflexão respeita, o possível antecipa-se mesmo em termos fácticos. Há não muito tempo, num caso concreto submetido à consideração do Tribunal da Relação de Lisboa, os advogados de defesa da arguida levantaram suspeitas de que o Acórdão teria sido elaborado com auxílio da inteligência artificial, uma vez que citava legislação e jurisprudência inexistentes, comprometendo a sua legitimidade. Também um polémico Acórdão do Tribunal Arbitral do Desporto, datado de 31 de dezembro de 2024, que decidiu um processo a um antigo diretor de

---

<sup>1</sup> Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/ University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orcid: [0000-0003-0578-4249](https://orcid.org/0000-0003-0578-4249). Professora Catedrática.

<sup>2</sup> Cf. A. Castanheira Neves, “O papel do jurista nos nossos tempos”, *Digesta – Ensaios acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 9-50.

comunicação de um clube desportivo, suscitou dúvidas de se não teria sido escrito com o auxílio do *ChatGPT*, na medida em que cita obras inexistentes, autores que não são juristas e utiliza expressões em português do Brasil.

Idêntico problema já havia sido, aliás, suscitado neste país, tendo sido solicitada por um advogado a proibição do uso do *ChatGPT* na realização de atos processuais<sup>3</sup>. O pedido havia, contudo, de ser julgado improcedente, apesar de se reconhecer que, não obstante o potencial de aprimorar a eficiência e a eficácia do sistema judicial que os sistemas autónomos apresentam, a sua aplicação requer cuidados específicos, no que respeita à ética, à equidade e à responsabilidade no uso de tais ferramentas. Paralelamente, o Conselho Nacional de Justiça, com a Portaria n.º 338, de 30 de novembro de 2023, criou o Grupo de Trabalho sobre IA no Poder Judiciário para estudar a questão.

Entre nós, a discussão tem sido quase exclusivamente académica, oscilando os autores entre um dogmatismo de progresso e um dogmatismo de conservação, ou seja, entre um posicionamento entusiasta e um posicionamento cético em relação às potencialidades do aproveitamento da IA ao nível da realização do direito. Não houve, porém, ainda uma reflexão aprofundada e séria sobre a questão, que é premente.

A mesma ultrapassa em muito um mero posicionamento processual-constitucional acerca dos problemas. Na verdade, embora não estejamos agora a pensar naquele outro magno problema que, resultando da miscigenação entre o homem e a máquina, conduz a que aquilo que de humano há no homem não tenha lugar, com o conseqüente desaparecimento do direito, já que, com o que o transumanismo projeta, o direito surgiria funcionalizado — naquele convívio entre humanos e não humanos, o homem concreto perderia o referencial comunicacional do outro e perder-se-ia a perspetiva do homem-pessoa, para nos encaminharmos para um sistema de regulação global de uma sociedade, que se orientaria pela eficiência e pela planificação computacional —, o certo é que, sendo chamada a máquina a substituir o homem na específica tarefa de realização do direito, seríamos condenados igualmente a um mundo de humanos sem

---

<sup>3</sup> Pedido de Providências n.º 0000416-89.2023.2.00.0000. Cf., ainda, Resolução CNJ n.º 332/2020, que não proíbe o uso da IA, mas sublinha que a sua utilização deve ocorrer de modo a promover uma maior compreensão entre a liberdade e as instituições judiciais.

humanos, no qual o juízo seria substituído pelo cálculo probabilístico e a justiça seria suplantada pela regulação tecnológica, por meio de esquemas objetivo-formalizantes em que redundaria o decidir algorítmico, o que, aliado a uma planificação do ponto de vista legislativo, nos levaria a caminhar para uma sociedade de cibernantropos.

Impõem-se, portanto, três questões:

a) Qual o motivo do entusiasmo inconsequente a que temos assistido nos nossos dias?

b) Qual a viabilidade de, no plano fáctico, se adotar um esquema decisório algorítmico, o que justificaria, afinal, o fundamento da nossa questão pressuponente?

c) Quais as críticas que podemos dirigir a esta impostação dos problemas, agora no plano do dever ser, a implicar uma tomada de posição sobre o sentido da juridicidade e sobre o papel do jurista neste século XXI, marcado pela aceleração tecnológica?

## 2. O ENTUSIASMO INCONSEQUENTE

### 2.1 Considerações genéricas

O tempo atual é marcado, a par da aceleração tecnológica potenciadora de novas soluções, pela perda de referentes de sentido, de tal forma que o homem, buscando o seu prazer — fim último proclamado por uma visão hedonista do mundo —, se deixa entusiasmar inconsequentemente pela possibilidade de libertação de tempo graças à utilização de sistemas autónomos na realização das mais variadas funções, a rememorar uma visão superadora da *terceira vaga* de Toffler. A acompanhar a transformação assiste-se, lentamente, a uma mutação da estrutura social e da organização económica. E, se muitos temem o novo mundo que se anuncia, designadamente pela possibilidade de perda de emprego, outros adotam uma visão otimista, acreditando na prosperidade da época digital.

Neste enquadramento, os sistemas autónomos configurariam isso mesmo: uma oportunidade de aperfeiçoamento dos sistemas jurídico e judicial, garantindo a sua celeridade, a sua eficácia e a sua eficiência, ao mesmo tempo que libertariam o juiz de múltiplas funções que o sufocam na sua específica atuação.

E, por isso mesmo, por referência ao momento presente ou, prospectivamente, tendo como referente o futuro, elencam-se as funções que podem vir a ser atribuídas aos sistemas autônomos.

## 2.2 As possíveis funções da IA no âmbito jurídico

### 2.2.1 Recolha e tratamento de dados

Determinados softwares mostram-se aptos a tratar grandes quantidades de dados, distinguindo entre aqueles que são e os que não são revelantes. A inteligência artificial funcionaria, assim, neste plano, como um importante assistente na pesquisa jurídica<sup>4</sup>. Para além de garantirem o armazenamento de informação, os sistemas de inteligência artificial estariam dotados de mecanismos que permitiriam, a partir da construção de bases de dados e de sistemas de indexação que funcionariam de modo simples ou através da associação de termos que, de forma estatisticamente relevante, surgem próximos nos documentos<sup>5</sup>, um rápido acesso à informação já trabalhada. Dito de outro modo, ofereceriam a possibilidade de acesso a uma lista de casos análogos ao que o jurista tem de decidir ou com base no qual tem de trabalhar e poderiam, inclusivamente, elencá-los em função do grau de semelhança que apresentassem. Ao mesmo tempo, explicitariam os termos da similitude e das diferenças que fossem detetáveis, permitindo, a priori, esboçar argumentos e contra-argumentos no sentido da aplicação da solução pensada para esses mesmos casos decidendi<sup>6</sup>.

São, assim, inúmeras as vantagens que estes sistemas comportam no que diz respeito à pesquisa jurisprudencial e doutrinal. Todas essas vantagens — associadas à celeridade e à comodidade na execução das tarefas — podem compreender-se, igualmente, em termos gerais, de acordo com a ideia de que uma melhor

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, cf. Cass R. SUNSTEIN, “Of artificial intelligence and legal reasoning”, *Chicago Public Law and Legal Theory*, working Paper n. 18, 2001, disponível em [https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles) (acedido em 2-2-2024).

<sup>5</sup> Cf. a diferença entre os *legal retrieval systems* e os *association-factor retrieval systems*. Para outras considerações, vide Bruce G. BUCHANAN/Thomas HEADRICK, “Some speculation about artificial intelligence and legal reasoning”, *Stanford Law Review*, 23, 1979, pp. 40 ss.

<sup>6</sup> Veja-se o sistema HYPO de que nos fala Cass R. Sunstein.

informação potenciaria melhores decisões<sup>7</sup>. Não obstante o ganho de eficiência, a que se aliaria a salvaguarda de uma ideia de igualdade perante a lei e de segurança jurídica<sup>8</sup>, tais sistemas não são imunes a problemas<sup>9</sup>, que, tendo um recorte técnico, não deixam de ter um importante impacto jurídico.

Desde logo, o cabal cumprimento dos objetivos a que se propõem implica que o sistema seja integral ou que, não o sendo, o jurista tenha disso consciência, mobilizando-o apenas como um auxiliar de pesquisa e não o absolutizando. De facto, de outro modo, se o jurista se cingir aos resultados da pesquisa efetuada pelo sistema autónomo, substituindo in totu os meios tradicionais de pressuposição do sistema jurídico, correr-se-ia o risco de encerramento numa caixa de ressonância de soluções cristalizadas, sem qualquer abertura a uma dimensão crítico-reflexiva, naquilo que alguns autores designam por monocultura<sup>10</sup>.

Por outro lado, exige-se que o sistema seja preciso, o nem sempre se conseguirá alcançar atentos os usos linguísticos diferenciados em função dos períodos histórico-sociais e em função das influências doutrinárias que cada autor e cada julgador evidenciam: usos idiossincráticos da linguagem podem determinar imprecisões nos resultados do algoritmo. Além disso, baseando-se o funcionamento da máquina no estabelecimento de correlações estatísticas, sem possibilidade de se aceder a uma dimensão semântica<sup>11</sup>, a imprecisão a que se alude pode ser agravada nos resultados que são oferecidos.

## 2.2.2 Sistemas de aconselhamento e predição do risco

Cumprindo um papel essencial ao nível da predição do risco, os sistemas autónomos podem funcionar, também, como preciosos auxiliares do jurista numa fase de aconselhamento. Abandona-se, a este propósito, o ponto de vista do

---

<sup>7</sup> Jochen SCHNEIDER, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, in A. KAUFMANN e W. HASSEMER (org.), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, p. 551.

<sup>8</sup> *Idem*, *Idem*, p. 551.

<sup>9</sup> Como veremos, *infra*, é, desde logo, duvidoso a possibilidade de construção de argumentos por parte do algoritmo. Do mesmo modo, porque a analogia jurídica não é uma analogia de identidade, é dubitativo que se consiga estabelecer uma lista de casos com base no grau de semelhança (entenda-se, juridicamente relevante).

<sup>10</sup> Jochen SCHNEIDER, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 557.

<sup>11</sup> Bruce G. BUCHANAN/Thomas HEADRICK, *Stanford Law Review*, p. 44.

jugador para nos orientarmos de acordo com a perspectiva do advogado, que assume a defesa do seu constituinte.

Quer ao nível da negociação de contratos, quer ao nível da previsão do eventual sucesso ou insucesso de uma ação judicial, a utilização de sistemas de inteligência artificial pode revelar-se determinante para a ponderação do risco associado a uma tomada de decisão.

No que respeita à negociação de contratos, sobretudo quando, em domínios dotados de especial complexidade, se realizam *due diligences*<sup>12</sup>, os sistemas autónomos podem auxiliar o jurista na descoberta de imparidades ou outros aspetos relevantes para as partes.

---

<sup>12</sup> A *due diligence*, popularizada no âmbito dos processos de fusões e aquisições empresariais pela necessidade de analisar a atividade das empresas, com vista a determinar o grau de conformidade com as normas legais e contratuais aplicáveis, o nível de risco de incumprimento, as potenciais fontes de responsabilidade (Bárbara CORREIA, Rita ALBUQUERQUE e Carolina BRANCO, *Legal due diligence e direitos humanos*, [https://www.plmj.com/xms/files/NL\\_TT\\_Legal\\_due\\_diligence\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](https://www.plmj.com/xms/files/NL_TT_Legal_due_diligence_e_direitos_humanos.pdf), 2021), tem vindo a alargar o seu âmbito, ultrapassando o domínio estritamente financeiro, legal e comercial, para abranger outras vertentes intimamente ligadas com a responsabilidade social das empresas e os fatores ESG cada vez mais relevantes no quadro da atuação societária. Cf., novamente, Bárbara CORREIA, Rita ALBUQUERQUE, Carolina BRANCO, *Legal due diligence e direitos humanos*, dando conta de que em alguns países se criaram diplomas legais que preveem obrigações corporativas de vigilância e a implementação de programas de *due diligence* em direitos humanos, *v.g.*, a lei do dever de vigilância corporativa francesa e a lei britânica sobre escravatura moderna. Veja-se, igualmente, José Ferreira GOMES, M&A. *Aquisição de empresas e de participações sociais*, AADFL, Lisboa, 2022, p. 199. Constituindo uma etapa de um processo de aquisição de empresas ou de participações sociais de controlo, configura-se como uma verdadeira auditoria societária, por meio da qual, através da análise de participações sociais, do património social, das relações entre os sócios e entre estes e a sociedade, se procura atenuar a assimetria informativa — cf. Fábio Castro Russo, “Due diligence e responsabilidade”, in *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 13 ss. e p. 16. Tanto quanto tenha lugar antes da celebração do contrato, ela afigura-se fundamental para a decisão de contratar ou não contratar, para a formação do preço, para a elaboração de eventuais cláusulas de garantia, ou para a decisão relativa aos termos do contrato. No que respeita a este último aspeto, *vide* Fábio Castro Russo, *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, p. 16, dando-nos um exemplo: “se a empresa tiver muitas dívidas, como elas não se transmitem para o trespassário pode ser conveniente uma aquisição direta da empresa”. Além destas funções, Fábio Russo acrescenta, ainda, uma função probatória, no sentido em que a realização da *due diligence* facilita a prova, no futuro, das informações a que o comprador da empresa ou das participações sociais teve acesso. Sobre o ponto, cf., também, José Ferreira GOMES, M&A. *Aquisição de empresas e de participações sociais*, pp. 200 ss., distinguindo uma finalidade imediata (“dar a conhecer ao comprador a situação da empresa ou, num *share deal*, da empresa-objeto, da sociedade titular da mesma e das participações sociais a transmitir”) e uma finalidade mediata (“permitir ao potencial comprador — e também ao vendedor — avaliar a relação risco-benefício inerente ao negócio em causa”), sendo as informações recolhidas fundamentais para as partes “poderem (i) estruturar e planear a operação; (ii) determinar o preço de compra e venda; (iii) negociar, celebrar e executar o contrato de compra e venda e (iv) preparar a administração posterior do negócio pelo comprador”.

No que à possibilidade de predição da decisão concerne, orienta-se o jurista, a este nível, por uma racionalidade de tipo teórico, que olha para o direito como um objeto do conhecimento<sup>13</sup> e que seria compartilhada pelo jusracionalismo normativista e pelo positivismo, confluentes no logicismo do método que partilhavam, mas mais vincadamente, no que agora nos interessa, pelo realismo jurídico (realismo sociológico, realismo escandinavo e realismo americano).

Para este último, o direito seria um facto social e as decisões dos tribunais seriam o resultado de um conjunto de fatores de índole psicológica, ideológica, cultural, económica, política que influenciavam o julgador. Por isso, como explica Castanheira Neves, à ciência do direito caberia “não exclusivamente [...] o estudo das normas jurídicas (legislativas e judiciais) ou de quaisquer outros pretensamente autónomos critérios normativos, mas [...] a investigação empírico-científica daqueles comportamentos-decisões, enquanto explicáveis por aqueles fatores e em ordem a prever, numa qualquer perspectiva de probabilidade, esses mesmos comportamentos no futuro”<sup>14</sup>.

Como bem se compreenderá, não poderá ser esta racionalidade de índole explicativa assumida como a racionalidade especificamente jurídica. Do que se trata, ao nível de cada decisão judicativa, é de fundamentar a decisão em termos normativos; ao invés, para os cultores do realismo jurídico, o que se procura é uma explicação empírica para uma tomada de decisão, que poderá oferecer um horizonte de predição de futuras decisões, mas dificilmente oferecerá ao decisor o critério da própria decisão. Voltando ao verbo de Castanheira Neves, “é [o] guiar pelo *dever-ser* jurídico que constitui justamente o problema metodológico-jurídico, e é esse problema que o *legal realism* verdadeiramente não considera e muito menos resolve”<sup>15</sup>.

Nessa medida, embora com todas as limitações inerentes a esta racionalidade — que passam pela incompreensão do direito como uma validade —, a perspectiva pode ser particularmente relevante para um advogado. Contudo, não serve para cumprir a específica tarefa do julgador<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 50 ss.

<sup>14</sup> *Idem, Idem*, p. 51.

<sup>15</sup> *Idem, Idem*, p. 54.

<sup>16</sup> *Idem, Idem*, p. 54.

Compreende-se, não obstante, que a perspectiva teórico-explicativa acabe por cumprir um importante papel quando esteja em causa a associação entre o direito e a inteligência artificial, se com ela se pretenderem estabelecer modelos preditivos.

Como explicam os estudiosos das ciências da computação, os avanços recentes no que respeita ao processamento de linguagem natural e à aprendizagem de máquinas (*machine learning*) permitem a construção de modelos preditivos, que podem ser utilizados para descobrir os padrões que conduzem às decisões, o que seria particularmente útil para advogados e juízes<sup>17</sup>.

A capacidade preditiva tem vindo, ainda, a ser aproveitada a outros níveis, designadamente no contexto do mercado de investimentos. Na realidade, emerge atualmente a figura do chamado *third party funding*, a traduzir-se no financiamento, total ou parcial, dos custos de uma ação por parte de um terceiro alheio ao litígio. Este terceiro financia uma das partes no processo, suportando os custos envolvidos (custo com os honorários, custas judiciais, ou, no caso de uma arbitragem, os honorários dos árbitros, custos com pareceres, etc.), e, como contrapartida, receberá uma percentagem do valor que vier a ser obtido em caso de ganho de causa. Isto significa que o risco processual é suportado pelo terceiro, garantindo o acesso à justiça por parte de pequenos litigantes (que, de outro modo, se veriam impossibilitados de a ela recorrer pelos elevados custos que envolve e que não podem cobrir de imediato) e a gestão corrente por parte de grandes litigantes (que assim podem alocar os seus capitais ao desenvolvimento da sua atividade empresarial, limpando dos seus balanços o registo de imparidades e libertando capitais próprios, o que, em determinados setores de atividade, em função das exigências regulatórias, se pode afigurar particularmente importante). Ora, é exatamente porque o investidor vai assumir o risco do litígio que o investimento ficará dependente de uma rigorosa ponderação acerca desse mesmo risco, o que implicará uma prévia e profunda análise dos casos. Assumindo-se a função numa escala macroscópica, de múltiplos investimento simultâneos, a rapidez e (pretensa) eficácia dos modelos preditivos baseados na inteligência artificial não podem ser ignoradas.

---

<sup>17</sup> Nikolaos ALETRAS, Vasileios LAMPOS, Dimitrios TSARAPATANIS e Daniel PREOTIUC-Pietro, "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a natural language processing perspective", *PeerJ Computer Science*, 2:e93, 2016.

Se a dimensão de aconselhamento e de investimento podem encontrar, a este nível, um auxiliar importante, tanto quanto seja possível colocar em funcionamento os modelos preditivos a que se alude<sup>18</sup>, não cremos que, a partir daí, seja viável extrair outras conclusões relacionadas com uma eventual tomada de decisão automatizada.

### 3. AUTOMATIZAÇÃO DA DECISÃO: A IMPOSSIBILIDADE DE SURGIMENTO DE UM JUIZ ALGORITMO

Não obstante termos dito que a possibilidade de elaboração de modelos preditivos conhece limites, a sofisticação crescente dos sistemas de inteligência artificial leva muitos autores a aventar a possibilidade de, em breve, se poder substituir o juiz-pessoa pelo juiz-algoritmo. Tal possibilidade esbarra, aos nossos olhos, e logo no plano fáctico-normativo, em obstáculos intransponíveis de diversa ordem.

---

<sup>18</sup> As conclusões a que se chegam nos estudos conduzidos a este propósito não são seguras. Veja-se, a este propósito, para além do estudo citado anteriormente — Nikolaos ALETRAS, Vasileios LAMPOS, Dimitrios TSARAPATANIS e Daniel PREOTIUC-Pietro, PeerJ Computer Science —, Conor O’SULLIVAN e Joeran BEEL, “Predicting the outcome of judicial decisions made by the European Court of Human Rights”, arXiv:1912.10819. No último estudo citado, procura-se determinar com que precisão podem ser previstas as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), sendo para tanto utilizados documentos finais dos julgamentos, enquanto inputs. A partir daí, com base em técnicas de processamento de linguagem natural, são obtidos recursos textuais, que servem para treinar modelos de *machine learning*, procurando saber-se em que medida cada caso resultou ou não na violação de um direito humano. O objetivo seria construir um modelo preditivo capaz de decidir casos concretos e, assim, funcionar como importante instrumento no sentido da resolução do problema das pendências no TEDH. Haveria, ainda, a possibilidade de o modelo ser usado como modelo para priorizar casos, no sentido de que os casos relativamente aos quais a probabilidade de ter existido violação de direitos humanos era superior poderiam ter prioridade no julgamento. Simplesmente, com os resultados obtidos a partir do modelo criado, a conclusão dos autores foi no sentido da improbabilidade de o mesmo ser utilizado para a realização de julgamentos, uma vez que mais de 30% das decisões estariam incorretas. Restaria, portanto, a possibilidade de ser utilizado o modelo para priorização dos processos, numa lógica que, independentemente das questões técnicas associadas, pode pôr em causa princípios processuais relevantes. Mais otimistas parecem ser as conclusões a que se chega no primeiro estudo citado. Construindo-se, aí, um modelo preditivo a partir de uma classificação binária na qual o input é o conteúdo textual extraído de um conjunto de casos e o output é o real julgamento sobre se houve violação de um preceito da CEDH, chega-se à conclusão que tal modelo pode prever as decisões dos tribunais com um elevado grau de precisão em cerca de 79% dos casos, assumindo-se como elementos preditivos primordiais os factos e as circunstâncias do caso, o que, segundo os autores do estudo, seria consonante com a teoria dos *legal realist*, no sentido de considerarem que os juízes atendem mais a questões circunstanciais do que a argumentos legais, quando decidem casos complexos.

### 3.1 Objeções ao nível processual

Nos termos do artigo 203.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei. Esta independência é ela própria garantia da imparcialidade. Ora, se muitos sustentam que a atuação algorítmica do *software* oferece garantias acrescidas de independência, objetividade e imparcialidade, pela falta de condicionantes emocionais e pela falta de ligação a interesses do sistema computacional, importa não esquecer que o *software*, contra o que se pode pensar, não é neutro, sendo condicionado pelos vieses introduzidos pelo programador.

Significa isto que o problema da imparcialidade e independência sofre uma deslocação da figura central do juiz para a figura do programador que, a montante, permite o funcionamento do algoritmo, o que, em si, comporta uma dificuldade acrescida.

No que à imparcialidade do julgador diz respeito, ela é salvaguardada por uma série de regras que o vinculam. Assim, nos termos do artigo 216.º CRP, prevê-se um regime de incompatibilidades. Os juízes em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza científica, não remuneradas; e não podem ser nomeados para comissões de serviço estranhas à atividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente. Além disso, a lei pode estabelecer outras incompatibilidades.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil prevê garantias de imparcialidade particularmente relevantes, tanto mais que o diploma é de aplicação subsidiária a outros domínios do direito adjetivo. Desde logo, estão em causa hipóteses de impedimento. Nos termos do n.º 1 do artigo 115.º Código de Processo Civil (doravante CPC), “nenhum juiz pode exercer as suas funções, em jurisdição contenciosa ou voluntária: a) quando seja parte na causa, por si ou como representante de outra pessoa, ou quando nela tenha um interesse que lhe permitisse ser parte principal; b) quando seja parte da causa, por si ou como representante de outra pessoa, o seu cônjuge ou algum seu parente ou afim, ou em linha reta ou no 2.º grau da linha colateral, ou quando alguma destas pessoas tenha na causa um interesse que lhe permita figurar nela como parte principal; c) quando tenha intervindo na causa como mandatário ou perito ou

quando haja que decidir questão sobre que tenha dado parecer ou se tenha pronunciado, ainda que oralmente; d) quando tenha intervindo na causa como mandatário judicial o seu cônjuge ou algum seu parente ou afim na linha reta ou no 2.º grau da linha colateral; e) quando se trate de recurso interposto em processo no qual tenha tido intervenção como juiz de outro tribunal, quer proferindo a decisão recorrida quer tomando de outro modo posição sobre questões suscitadas no recurso; f) quando se trate de recurso de decisão proferida por algum seu parente ou afim, em linha reta ou no 2.º grau da linha colateral, ou de decisão que se tenha pronunciado sobre a proferida por algum seu parente ou afim nessas condições; g) quando seja parte na causa pessoa que contra ele propôs ação civil para indemnização de danos, ou que contra ele deduziu acusação penal, em consequência de factos praticados no exercício das suas funções ou por causa delas, ou quando seja parte o cônjuge dessa pessoa ou um parente dela ou afim, em linha reta ou no 2.º grau da linha colateral, desde que a ação ou a acusação já tenha sido admitida; h) quando haja deposto ou tenha de depor como testemunha”.

Com idêntica intencionalidade problemática e valorativa, o artigo 120.º CPC dispõe que “as partes podem opor suspeição ao juiz quando ocorrer motivo, sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade, nomeadamente: a) se existir parentesco ou afinidade, não compreendidos no artigo 115.º, em linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, entre o juiz ou o seu cônjuge e alguma das partes ou pessoa que tenha, em relação ao objeto da causa, interesse que lhe permitisse ser nela parte principal; b) se houver causa em que seja parte o juiz ou o seu cônjuge ou unido de facto ou algum parente ou afim de qualquer deles em linha reta e alguma das partes for juiz nessa causa; c) se houver, ou tiver havido nos três anos antecedentes, qualquer causa, não compreendida na alínea g) do n.º 1 do artigo 115.º, entre alguma das partes ou o seu cônjuge e o juiz ou seu cônjuge ou algum parente ou afim de qualquer deles em linha reta; d) se o juiz ou o seu cônjuge, ou algum parente ou afim de qualquer deles em linha reta, for credor ou devedor de alguma das partes, ou tiver interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a uma das partes; e) se o juiz for protutor, herdeiro presumido, donatário ou patrão de alguma das partes, ou membro da direção ou administração de qualquer pessoa coletiva parte na causa; f) se o juiz tiver recebido dádivas antes ou depois de instaurado o processo e por causa dele, ou se

tiver fornecido meios para as despesas do processo; g) se houver inimizade grave ou grande intimidade entre o juiz e alguma das partes ou seus mandatários”.

Estes mesmos fundamentos podem servir para o juiz, que não se pode declarar voluntariamente suspeito, pedir dispensa da causa, por entender que se pode suspeitar da sua imparcialidade.

Acresce que o julgador tem, nos termos do artigo 154.º CPC, o dever de fundamentar todas as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo, o que garante não só a recondução da decisão necessária à fundamentação exigível, que se retira do sistema já constituído (e a constituir), como a sindicabilidade das sentenças proferidas.

Ora, não só estes incidentes não estão previstos por referência aos programadores, como a decisão do *software*, não sendo argumentativamente construída, não oferece um ponto de apoio seguro para o controlo da imparcialidade que deve imperar. Não só o tipo de racionalidade que o sistema de inteligência artificial mobiliza é completamente diverso da racionalidade especificamente jurídica — como veremos infra mais pormenorizadamente —, como a opacidade característica dos sistemas algorítmicos de aprendizagem autónoma pode determinar a impossibilidade de se reconstituir o *iter* que o *software* percorreu para chegar à decisão final, perdendo-se assim o controlo da fundamentação, espelho da própria imparcialidade.

A opacidade de que se fala é, aliás, analisada pelos autores de forma tripartida: opacidade corporativa, deliberadamente gerada como forma de resguardar os segredos de negócios das empresas que desenvolvem os algoritmos; opacidade cognitiva, resultante da incapacidade que as pessoas em geral (e o destinatário da decisão judicial) têm de entender o funcionamento do algoritmo e de perceber a linguagem que o mesmo utiliza; e opacidade técnica, inerente ao recurso ao *deep learning*, inviabilizador da explicitação do percurso decisório do *software*, mesmo por parte dos seus programadores<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Jenna BURRELL, *How the machine thinks: understanding opacity in machine learning algorithms*, Big Data & Society, January–June 2016, 1-12. Veja-se, também, a este propósito, F. PASQUALE, *The black box society*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2015, p. 79 s.; Mariana Marques RIELLI, “Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos”, *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa* (coord. Mafalda Miranda Barbosa, Filipe Braga Netto, Michael César Silva e José Luiz de Moura Faleiros Júnior), Editora Foco, Cotia (São Paulo), 2021, p. 440.

Isto mostra-nos que, para além da falta de controlo da fundamentação (e da imparcialidade que se requer) e para além de qualquer intuito desvalioso por parte do programador, se torna complexa a sindicância do resultado judicial se a função for automatizada.

Aliás, parecem ter sido estas algumas das razões que, a par da preocupação com a proscrição de comportamentos discriminatórios, estiveram na base da proibição de decisões totalmente automatizadas, quando envolvam dados pessoais e produzam efeitos na esfera jurídica de um sujeito ou o afetem significativamente de forma similar, de acordo com o artigo 22.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante RGPD). O que subjaz ao preceito é a consciência de que, fruto da opacidade algorítmica, a incolumidade dos direitos dos titulares dos dados pessoais não se pode garantir com o mero cumprimento de deveres de informação prestados pelo responsável pelo tratamento, pelo que há que proibir que certas decisões sejam tomadas de forma totalmente automatizada. Sendo certo que a decisão do software não deixará de ser controlada pelo juiz humano nomeado, conseguem antever-se desta forma alguns dos problemas que se poderão suscitar a este nível, se a pessoa não conseguir reconstituir o *iter* de fundamentação da máquina.

### 3.2 Objeções do ponto de vista metodológico

A inteligência artificial está longe de configurar um magma uniforme. Em termos muito amplos (e porventura imprecisos), pode definir-se como a tentativa de replicar a capacidade cognitiva e decisória do ser humano através de um modelo sintético (computacional). Esta amplitude esconde diversas perspetivas de abordagem do fenómeno, entre as quais se destacam os simbolistas, os conexionistas, os evolucionistas, os bayesianos e os analogistas.

Os primeiros detêm-se na compreensão da lógica simbólica transposta para o plano computacional, já que a aprendizagem decorre da extração de ideias da filosofia e da lógica; os conexionistas colocam o acento tónico nas potencialidades autopoieticas do sistema algorítmico, procurando estabelecer uma engenharia reversa do cérebro, ligando-se à física e à neurociência; os evolucionistas recorrem à genética e à biologia evolucionária; os bayesianos, relevando preferencialmente a capacidade de padronização estatística operada pelo algoritmo, a partir da qual

se operam deduções, parecem estar na base do triunfo da *machine learning*; e, por último, os analogistas consideram que a aprendizagem é feita através de juízos de similitude, devendo-se os avanços tecnológicos à psicologia e à otimização matemática<sup>20</sup>.

A *machine learning surge*, assim, como um campo das ciências da computação que estuda os programas de computadores capazes de aprender com base na experiência e, assim, capazes de desenvolver as suas próprias potencialidades ao longo dos tempos<sup>21</sup>. Trata-se, como os autores sublinham, de uma aprendizagem em termos funcionais: a modificação do comportamento do algoritmo dá-se como forma de desenvolvimento do seu desempenho na realização de certa tarefa e opera através da experiência<sup>22</sup>. Em termos simplistas, o algoritmo analisa grandes quantidades de dados (que podem ser oferecidos em bruto ou de forma estruturada, permitindo assim a distinção entre a *unsupervised* e a *supervised machine learning*) e, a partir deles, estabelece padrões ou realiza tarefas mais ou menos complexas<sup>23</sup>, ou, dito de outro modo, o algoritmo é programado para, por exemplo, detetar nos diversos emails recebidos o *spam*, funcionando como um filtro, analisar o email considerado pela pessoa como tal e procurar reconhecer, noutra correspondência eletrónica, as características que, com base no padrão estabelecido, indicam que é mais provável que um certo email seja spam. No fundo, o algoritmo analisa cada novo exemplo que surge e compara-o com os anteriormente agregados de modo a descobrir os elementos comuns que possam ser generalizados<sup>24</sup>. Em certa medida, programa-se a si mesmo com regras que vai formulando ao desenvolver a tarefa para a qual foi ordenado; as regras são inferidas a partir dos dados analisados, e os modelos são construídos à medida que os dados são analisados<sup>25</sup>.

Os primeiros sistemas de computação que reproduziram a capacidade de tomar decisões de um ser humano, conhecidos por *expert systems* e desenhados

---

<sup>20</sup> Pedro DOMINGOS, *A revolução do algoritmo mestre. Como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*, Lisboa, Manuscrito Editora, 2017. Veja-se, também, Matilde LAVOURAS, "O algoritmo mestre: um bem público global?", *Boletim de Ciências Económicas*, LXII, 1, 2019, pp. 36 ss.

<sup>21</sup> Harry SURDEN, "Machine Learning and Law", *Washington Law Review*, 89, 2014, p. 89.

<sup>22</sup> Idem, *Idem*, p. 89.

<sup>23</sup> Idem, *Idem*, p. 89.

<sup>24</sup> Idem, *Idem*, p. 91.

<sup>25</sup> Idem, *Idem*, p. 93.

para resolver problemas mais ou menos complexos, através do conhecimento pré-adquirido, de acordo com a regra *if/then (se/então)*<sup>26</sup>, baseavam-se em dois subsistemas: um mecanismo inferencial e uma base de conhecimento, representativo de factos e regras, de tal forma que o mecanismo inferencial aplicava as regras aos factos conhecidos para deduzir novos factos. Adotados em inúmeros domínios, conheceriam limitações pela utilização de métodos tradicionais, relativos à teoria probabilística e ao encaixe de padrões estatísticos<sup>27</sup>. Foram exatamente tais limitações que levaram os especialistas na matéria a procurar novos tipos de abordagens que se mostrassem mais eficientes e flexíveis, de modo a simular o processo de decisão humana. O acesso ao *big data* viria facilitar a aceleração desta evolução<sup>28</sup>. A disponibilidade generalizada de dados fornecidos a partir da internet viabilizou o predomínio da investigação centrada em algoritmos que, acedendo a tais informações, aprendem com base em exemplos, gerando o seu próprio conhecimento, que representam através de regras (*inductive learning*). A máquina deixa de atuar em termos meramente dedutivos, para garantir a dedução a partir da indução que ela própria protagoniza<sup>29</sup>.

Do mesmo modo, desenvolvem-se algoritmos que, acedendo à vastíssima quantidade de informação disponível, acumulam experiência acerca da contri-buição das regras para um correto conselho que seja formulado (*problem solving learning*) ou que colecionam casos numa base de dados aberta, e processada em redes de alta velocidade, para resolver problemas com base na procura de um caso similar, inferindo a favor da melhor experiência, numa lógica abdu-tiva (*case-based learning*)<sup>30</sup>. Seja qual for o tipo de algoritmo processado, a *machine learning* surge como o resultado de uma técnica estatística.

O predomínio da padronização estatística permite aos autores concluir que determinadas tarefas habitualmente associadas à inteligência humana, por implicarem a compreensão, a razão, uma perceção contextual e conceitos abstratos, não

---

<sup>26</sup> Peter JACKSON, *Introduction to Expert Systems*, Addison Wesley, Portland, 1998, pp. 2 ss.

<sup>27</sup> Pamela K. COATS, "Why expert systems fail", *Financial Management*, 17-3, 1988, pp. 77 ss.

<sup>28</sup> Ning SHAN, Wojciech ZIARKO, "Data-based acquisition and incremental modification of classification rules", *Computational Intelligence*, 11-2, 1995, pp. 357 ss.

<sup>29</sup> Kailash JOSHI, "Expert Systems and Applied Artificial Intelligence", disponível em <https://www.umsl.edu/~joshik/msis480/chapt11.htm> (acedido em 2-2-2024).

<sup>30</sup> Kailash JOSHI, "Expert Systems and Applied Artificial Intelligence".

podem ser levadas a cabo automaticamente através de sistemas computacionais não cognitivos que empreguem correlações estatísticas para produzir resultados inteligentes<sup>31</sup>. A inteligência associada à computação é perspeticada em função do resultado e não do modo como o processo é levado a cabo, de tal forma que pode emergir sem associação a complexos esquemas cognitivos humanos, ou seja, o algoritmo não tem de compreender os conceitos abstratos com que lida, que são unicamente captados através das correlações estatísticas que se geram.

A inteligência artificial haveria, contudo, de sofrer desenvolvimentos, com muitos estudiosos a procurar replicar o processo cognitivo humano em versões computacionais<sup>32</sup>. Se essa evolução é já espelhada pelas diversas formas de *machine learning* a que nos referimos, torna-se mais patente com o desenvolvimento da *deep learning*, que envolve a mobilização de enormes quantidades de dados através de múltiplas camadas de algoritmos. Conforme explicam os estudiosos, cada camada é programada para filtrar um dado específico a partir do conjunto geral dos dados e, depois de cada camada detetar um dado específico, o sistema irá fundir todas estas camadas para obter uma micro e macro compreensão dos dados disponíveis<sup>33</sup>. Com estas enormes quantidades de dados, o sistema pode aprender com base em exemplos, quer sejam fornecidos de forma estruturada, no caso da aprendizagem supervisionada, quer não sejam fornecidos de forma estruturada. Ou seja, com base em grandes quantidades de dados que se fazem correr, o sistema de inteligência artificial deteta tendências e recursos a partir dos quais extrai as suas próprias regras<sup>34</sup>.

Os desenvolvimentos a que perfuntoriamente fazemos referência não são, contudo, suficientes para se abandonar a padronização típica que os resultados oferecidos pelos sistemas de inteligência artificial envolvem. O tipo de racionalidade subjacente ao funcionamento dos algoritmos continua assente em axiomas numéricos, não se abandonando a trilogia indução, dedução e abdução.

É exatamente a prisão a este tipo de racionalidade que torna muito problemática a emergência de um *software* juiz. Vejamos porquê.

---

<sup>31</sup> Harry SURDEN, *Washington Law Review*, p. 95.

<sup>32</sup> *Idem, Idem*, p. 98.

<sup>33</sup> Irene NG, "The Art of Contract Drafting in the Age of Artificial Intelligence: A Comparative Study Based on US, UK and Austrian Law", *Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 26, 2017, p. 25, disponível em <http://tlf.stanford.edu> (acedido em 2-2-2024).

<sup>34</sup> Irene NG, *Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, p. 27.

O direito realiza-se através de uma decisão judicativa, na qual concorrem dois momentos distintos: “um exigido pelos princípios capitais (...) da objetividade, da fundamentação e da possibilidade de controle das decisões jurídicas”; e outro que “resulta da própria natureza do ato mediador”<sup>35</sup>. As palavras são de Castanheira Neves e comunicam-nos a essência do objeto intencional da metodologia jurídica. Na verdade, o juízo decisório, na sua unidade dialética, é integrado por duas dimensões que se articulam entre si: o juízo e a decisão. O primeiro é definido pelo mestre como “a resolução de uma controvérsia prática mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada que conduz a uma solução comunicativamente fundada”; o segundo é tido como “uma opção resolutiva que a si própria se afirma ou impõe”, “um *originarium* que radica na *voluntas* que assim, ou nessa medida, se postula desvinculada”, manifestando uma vontade autoritária ou impositiva<sup>36</sup>. No momento da realização do direito em concreto, esta dimensão de decisão estará sempre presente. Sendo inapagável, ela haverá, contudo, de ser reconduzida a uma fundamentação bastante que nos aparte de qualquer arbítrio e garanta a sua própria sindicabilidade. Entra, então, em jogo o juízo jurídico que “tem como função reconduzir a decisão necessária (...) à fundamentação exigível”, revertendo “a *voluntas* decisória à *ratio* normativa”, “o que afasta o carácter apodítico” do juízo e “a possibilidade de fundamentação como simples demonstração”<sup>37</sup>. O juízo estabelece, portanto, a “mediação concreta” entre a *lex* e a decisão, pelo que se pode afirmar que ele constitui uma fundamentação que convoca como fundamentos e critérios o direito vigente<sup>38</sup>.

Da lição de Castanheira Neves sobressai a distância que separa o juízo típico do método jurídico positivista do juízo enquanto momento de fundamentação da decisão judicativa em que se traduz, na perspetiva metodológica encabeçada, o concreto modo de realização do direito. Estamos, de facto, longe de uma racionalidade de tipo lógico-dedutivo que convoca premissas em vez de argumentos.

A consideração de que o direito se realizava através de um juízo puramente lógico é acompanhada da perceção, histórica e filosoficamente circunstanciada, do método que era prescrito ao jurista. Mergulhando no pensamento positivista

---

<sup>35</sup> A. Castanheira NEVES, Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais, p. 30.

<sup>36</sup> *Idem, Idem*, pp. 31-32.

<sup>37</sup> *Idem, Idem*, p. 32.

<sup>38</sup> *Idem, Idem*, p. 33.

e colhendo os contributos da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos, resultado da degenerescência da Escola Histórica do Direito, podemos distinguir três momentos naquele método: o momento hermenêutico (no qual se interpretava a norma — à qual se reduzia todo o direito — em termos filológico-gramaticais); o momento da conceptualização (a partir do conteúdo da norma interpretada construir-se-iam conceitos, que seriam autoprodutivos de novos conceitos, contribuindo assim para a plenitude do sistema); e o momento lógico (da subsunção da premissa menor — o caso concreto — à premissa maior — a norma já interpretada). Ora, para que o silogismo judiciário se pudesse operar, era necessário olhar para o caso como um mero correlato lógico da hipótese normativa. Ele deixa de ser olhado na sua individualidade, para ser considerado nos seus elementos típicos, com o que verdadeiramente é desconsiderado<sup>39</sup>.

O tipo de racionalidade convocada pelo Método Jurídico poderia, de algum modo, ser compaginável com o tipo de resultados obtidos por via da operatividade dos sistemas de inteligência artificial.

Não nos podemos, contudo, esquecer que o positivismo ficou ferido de morte com os movimentos metodológicos de orientação prática e, mais sustentadamente, pelo pensamento jurisprudencialista, entre nós protagonizado por Castanheira Neves.

Desde logo, retomando o que se dizia supra, o positivismo jurídico e o método jurídico que preconizava, imbuído de uma racionalidade lógico-formal, mostram-se imprestáveis para captar o fenómeno jurídico.

O direito não se reduz a um conjunto de normas postas ou predispostas pelo legislador, nem se capta por meio de conceitos abstratos, desnudados de toda a materialidade; pelo contrário, o direito faz apelo a um sentido material ético-axiologicamente densificado. Por outro lado, não só o legislador não consegue prever todo o direito, como as normas na sua auto(in)subsistência nada nos transmitem, não podendo ser encaradas como meros enunciados linguísticos, sob pena de incomprendermos o seu sentido normativo. Ao invés, na

---

<sup>39</sup> Cf. A. Castanheira Neves, "Escola da Exegese", in *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 181-191; Id., "Escola Histórica do Direito", in *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 203-214.

interpretação que delas se faça não podemos deixar de as remeter para os princípios normativos que sustentam o sistema e para o caso concreto que, com as suas particularidades, as convoca. O que se indaga, portanto, é se a solução pensada em abstrato para um determinado caso configurado pelo legislador é ou não adequada para resolver o caso concreto. Simplesmente, porque a realidade é complexa, aquele caso não surge como um correlato lógico da hipótese normativa, donde só poderemos concluir acerca da sua efetiva “aplicação” ao problema *decidendum* se, confrontando-se âmbitos de relevância materiais e pressupondo quer a teleologia da norma, quer os princípios normativos em que ela se louva, concluirmos que, por detrás de todas as diferenças, as semelhanças sobrelevam-nas. Para que tal conclusão possa ser extraída, porque a regra é geral e abstrata e o caso é concreto, é necessário que se convoque um *tertium datum* que faça apelo ao sentido axiológico último da norma e à sua teleologia, donde se conclui que nunca a racionalidade jurídica se pode bastar com uma lógica formal conducente a um silogismo assente em meras deduções<sup>40</sup>. Ademais, a partir do momento em que o caso surge como o *prius* e a perspetiva que tudo condiciona<sup>41</sup>, não é possível prescindir de considerações de carácter prático no momento da *applicatio*, que, verdadeiramente, não se distingue da atividade interpretativa, antes servindo para a concluir.

*In fine*, importa não esquecer que na realização do direito vamos encontrar fatores de carácter valorativo e emocional, que, sendo negados pelo silogismo, são inapagáveis. Dito de outro modo, a decisão do juiz evidencia uma inexorável dimensão de *voluntas* que a si mesma se impõe e que escapa à arbitrariedade pela sua recondução a uma fundamentação bastante, que se opera por via do juízo. Este está, portanto, muito longe do juízo lógico do positivismo, superando-o e nunca apagando aquela primeira dimensão.

Nessa medida, a mediação constitutiva do julgador estará sempre presente. Sem ela, o direito perde aquilo que radicalmente o caracteriza como expressão cultural humana. Mais do que isso: conforme explica Castanheira Neves, sem a mediação constitutiva do julgador que faça apelo a uma específica axiologia, o direito degrada-se em mero instrumento teorético, na inteira e exclusiva dispo-

---

<sup>40</sup> A. Castanheira NEVES, Metodologia Jurídica, pp. 80 ss. e pp. 130 ss.

<sup>41</sup> *Idem*, *Idem*, pp. 80 ss. e pp. 130 ss.

nibilidade de um legislador, podendo legitimar os mais ignóbeis fins<sup>42</sup>.

De facto, o positivismo envolvia um agnosticismo axiológico, uma deliberada recusa de uma intenção axiológica, levando o jurídico a desligar-se da eticidade humana para se volver num dado, alienando o homem, ao ponto de o pensamento jurídico se tornar ou poder tornar colaborador de possíveis despotismos<sup>43</sup>.

Estes males do positivismo acabariam por ser acompanhados por outros males da modernidade, diagnosticados por Castanheira Neves: dissolução das estruturas orgânicas e comunitárias da família, da aldeia, da própria cidade antiga; massificação, com a conseqüente impessoalidade e obnubilação da autonomia responsável; funcionalização do homem, que passa a ser compreendido como titular de uma função no todo social; possibilidade de domínio opressivo e tendencialmente totalitário do político, de tal modo que compete ao direito afirmar-se como alternativa especificamente humana<sup>44</sup>.

Na verdade, consoante nos explica Castanheira Neves, “fora de si, o homem deixou de encontrar apoios naturais e sente nítido o vazio ou a opressão. Volta-se, então, para si mesmo. E encontra aquela dimensão de transcendência que, abrindo-o ao Ser e ao valor, o abre à comunicação com o outro, possibilitando a convivência ética. O homem passa a compreender-se como pessoa. E isto leva pressuposto um mundo em que o axiológico seja momento constitutivo — uma comunidade de pessoas. Reconhecendo-me como pessoa, dirijo aos outros exigências éticas e isso é possível porque os outros participam na mesma comunidade ética e responsabilizam-se perante mim (e eu perante eles)”<sup>45</sup>. Ora, esta intenção comunitária das pessoas não é outra coisa senão a própria ideia do direito. “E assim se diferencia o direito (juridicidade, ideia do direito) do direito positivo (direito historicamente realizado), sem deixar de subsistir no direito positivo e como direito positivo: só no direito positivo a ideia do direito realiza o direito; só pela ideia de direito o direito positivo se realiza como direito”, donde o jurista tem, portanto, uma função axiológica, enquanto mediador na comunidade da Ideia de Direito<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> A. Castanheira NEVES, “O papel do jurista nos nossos tempos”, *Digesta – Ensaios acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 9-50.

<sup>43</sup> A. Castanheira NEVES, *Digesta – Ensaios acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, I, pp. 46 s.

<sup>44</sup> *Idem, Idem*, p. 47.

<sup>45</sup> *Idem, Idem*, p. 48.

<sup>46</sup> A. Castanheira NEVES, *Digesta – Ensaios acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodo-*

Ou seja, o direito não se confunde com o sistema de direito positivo, sendo duplamente transcendido pelo projeto axiológico comunitário e pela realidade concreta da sua aplicação, assumindo-se o problema da realização do direito como um problema normativo e não meramente teórico.

É exatamente esta intencionalidade predicativa do direito, associada à sua racionalidade assente na conjugação simbiótica entre uma dimensão axiológica e uma dimensão analógica, que inviabiliza a substituição do juiz-homem pelo juiz-*software*. Como aduz Cass Sunstein, “os computadores não são capazes de raciocinar por analogia, porque eles são incapazes de levar a cabo a tarefa primordial de identificar os princípios normativos que ligam ou separam os casos”<sup>47</sup>.

Como explicam os autores, a *machine learning* e a *deep learning* não traduzem a verdadeira aprendizagem humana: aquilo que o algoritmo apreende num determinado contexto não é transponível para outros contextos<sup>48</sup>. A inteligência artificial encontra limitações óbvias que resultam do modo de ser estatístico e padronizado do funcionamento do *software*. Estamos, neste domínio, longe do modo de pensar tipicamente humano. A ideia de que o computador pode, por meio do processamento de dados, reproduzir as características da inteligência humana assenta na ideia de que a mente humana é uma espécie de computador, que armazena informação e a processa, de tal modo que o corpo humano não desempenha qualquer papel, exceto ao nível das perceções (tidas como *inputs*) e no comportamento subsequente (tido como *output*)<sup>49</sup>.

---

logia e outros, I, p. 48.

<sup>47</sup> Cass R. SUNSTEIN, *Chicago Public Law and Legal Theory*, p. 3.

<sup>48</sup> Melanie MITCHELL, “Why AI is Harder Than We Think”, *Computer Science. Artificial Intelligence*, arXiv:2104.12871, 2021, pp. 5 ss., disponível em [\[2104.12871v2\] Why AI is Harder Than We Think \(arxiv.org\)](https://arxiv.org/abs/2104.12871v2) (acedido em 2-2-2024).

<sup>49</sup> Melanie MITCHELL, *Computer Science. Artificial Intelligence*, p. 6. O corolário extremo desta perspetiva passa por considerar que, no futuro, será possível fazer um upload do cérebro humano (da sua cognição e consciência) num computador. Acerca desta perspetiva, cf. Ray KURZWEIL, *Singularity is near, When Humans Transcend Biology*, Viking, New York, 2005. Veja-se, ainda, Nick BOSTROM, “A history of transhumanist thought”, *Journal of Evolution and Technology*, vol. 14, 1, 2005, pp. 10 ss. disponível em <https://nickbostrom.com/papers/history.pdf> (acedido em 2-2-2024). Se esta perspetiva esteve originariamente ligada à corrente simbólica, ela não se alterou sobremaneira com o advento da corrente estatística, nem com o desenvolvimento de ulteriores correntes e o aprofundamento do deep learning. Pelo contrário, entende-se que, ao reproduzirem-se os trilhões de conexões presentes no cérebro humano num network computacional, se conseguiria um aperfeiçoamento da inteligência artificial aproximando-a do modo de pensar humano. Trata-se, contudo, de uma pretensão demasiado otimista, tanto quanto a inteligência humana não se reduza ao processamento de informações contidas dentro do cérebro.

Trata-se, contudo, de uma falácia, tanto quanto a inteligência humana não só está dependente da corporeidade do ser humano, como se encontra profundamente conexcionada com elementos não racionais, como a emoção e a intuição, fundamentais para a adequada percepção da realidade, que não se esgota num conjunto de dados positivos, antes o transcende.

Significa isto que, nem no presente, nem no futuro, contra todas as expectativas otimistas dos estudiosos na matéria, será possível encontrar um software capaz de realizar uma tarefa radicalmente humana, que envolva uma componente volitiva, intuitiva, emocional. Do mesmo modo, todas as tarefas marcadamente especulativas, bem como todas as funções que envolvam a criatividade, a interpretação contextualizada e a valoração ético-axiológica não podem ser levadas a cabo por um ente artificialmente inteligente, ainda que tal inteligência seja exponencialmente potenciada pelos avanços ao nível da computação.

Mesmo o famoso e recente *ChatGPT*, treinado para conseguir gerar textos escritos de forma autónoma, com capacidade de reproduzir o contexto, como se aquele fosse obra de um humano<sup>50</sup>, não parece apto a cumprir uma tarefa especificamente humana. Se é verdade que o sistema foi treinado, através da análise de biliões de palavras, para prever, num enunciado linguístico, a palavra seguinte, a partir da compreensão das frases, de modo a poder, posteriormente, dar resposta a perguntas ou criar histórias, de tal sorte que do *input* inicial — a traduzir-se nas palavras que compõem a questão colocada — pode gerar-se automaticamente, como *output*, um texto, o certo é que o que a sua utilização denota é que o sistema gera um texto baseado nas probabilidades da conexão entre palavras. Ora, em muitas hipóteses, as ligações individuais entre os signos linguísticos podem fazer sentido e, não obstante, não serem verdadeiras, o que significa que o sistema não garante a correção da resposta e muito menos a justeza de uma decisão, até porque a dita “compreensão” contextual mantém-se muito longe da compressão semântica e da possibilidade de mobilização dos princípios. Como explicam os estudiosos na matéria, “a razão pela qual não podemos usar uma rede neural *feed-forward* simples para apreender um texto (ou qualquer

---

<sup>50</sup> O *ChatGPT* foi criado pela OpenAI, fundada em 2015 por um grupo de investidores na matéria, entre os quais se contam Elon Musk, Sam Altman, Greg Brockman, Ilya Sutskever e Wojciech Zaremba. Trata-se de um *chatbot* que usa a chamada *transfer learning* para funcionar.

sistema conexionado) tem uma razão teórica simples, mas profunda: não podemos construir um espaço de probabilidade a partir de objetos emaranhados. Para construir tal espaço de probabilidade, precisamos que os objetos sejam independentes. É por isso que nosso cérebro não nasce com a capacidade de ler e escrever e precisamos passar anos na escola a aprender a entender as conexões entre as palavras”<sup>51</sup>. Mais se acrescenta que apreender as conexões não é sequer suficiente para resolver o problema de fundo, uma vez que, depois de um ponto identificado por singularidade, aquelas deixam de ser estatisticamente independentes e o problema de base reproduz-se nas conexões subsequentes<sup>52</sup>.

Significa isto que, em contração com o entusiasmo gerado em torno do novo software, ele está muito longe de poder reproduzir o modo de raciocínio analógico que predica a atuação do decidente. Luciano Floridi denuncia-o de forma clara<sup>53</sup>. Segundo o seu estudo, estes *large language models* podem processar texto com um enorme sucesso e muitas vezes de uma maneira que não se distingue de uma produção humana. Contudo, falta-lhes a inteligência, a capacidade de compreensão e a capacidade cognitiva: não pensam e não compreendem; agem estatisticamente (com base em estruturas formais), enquanto o ser humano o faz semanticamente<sup>54</sup>. Não será, por isso, possível utilizar o sistema para levar a cabo raciocínios complexos ou para tratamento de informações tidas por cruciais.

No plano que nos interessa, o sistema de inteligência artificial não conseguirá, pelas suas características limitadas, aceder ao raciocínio jurídico que, marcado

---

<sup>51</sup> João Pires da CRUZ, Comentário ao funcionamento do ChatGPT, disponível em <https://www.linkedin.com/in/jo%C3%A3o-pires-da-cruz-531272/> (acedido em 2-2-2024).

<sup>52</sup> João Pires da CRUZ, Comentário ao funcionamento do *ChatGPT*.

<sup>53</sup> Luciano FLORIDI, “AI as agency without intelligence: on ChatGPT, large language models and other generative models”, *Philosophy and Technology*, 36, 15, 2023, pp. 1 ss., disponível em <https://ssrn.com/abstract=4358789> (acedido e, 2-2-2024).

<sup>54</sup> O autor explica, de uma forma muito simples, o que está por detrás do funcionamento dos modelos em questão. Para tanto, chama à colação quatro ideias velhas (1.<sup>a</sup> – todos os textos estão presentes no dicionário. A diferença está na sintaxe, isto é, no modo como as palavras do dicionário estão estruturadas em frases; 2.<sup>a</sup> – todas as palavras do dicionário estão presentes no alfabeto. A diferença está no modo como as letras do alfabeto estão estruturadas em palavras; 3.<sup>a</sup> – todas as letras do alfabeto estão presentes no código digital. A diferença está no modo como a sequência de zeros e uns do código está estruturada em letras; 4.<sup>a</sup> – Todos os zeros e uns estão presentes em duas propriedades eletromagnéticas [corrente alta/baixa; magnetização presente/ausente]. A diferença está no modo como tais propriedades podem ser tratadas por sistemas eletrónicos através de dispositivos computacionais e uma ideia revolucionária (hoje, a IA desenvolve as propriedades do eletromagnetismo para processar texto com extraordinário sucesso). Tais ideias permitem-nos perceber que o modelo de inteligência artificial de linguagem em larga escala age estatisticamente, enquanto nós o fazemos semanticamente.

pela analogia, envolve a pressuposição e a consideração de uma dimensão valorativa que ultrapassa a mera conceptualização abstrata. São, portanto, dois os aspetos que tornam inviável a substituição de um juiz por um *software*. Por um lado, não sendo a analogia jurídica uma analogia matemática, isto é, não pressupondo uma verdadeira identidade, mas a sobrestimação das semelhantes por detrás das diferenças, envolve a consideração de *nuances* que não estão ao alcance da inteligência artificial; por outro lado, na medida em que o exercício pressupõe a mobilização de um referente valorativo imanente ou transcendente, fica fora do alcance da dedução alicerçada na padronização estatística própria dos *softwares* inteligentes, ainda que se trate de uma padronização estatística com vista a prever conexões entre signos linguísticos. A impossibilidade parece ser tanto mais evidente quanto maior seja o recurso a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais. Como explicam os autores, as regras jurídicas não podem ser compreendidas como teoremas, sendo o seu sentido muitas vezes indeterminado<sup>55</sup>.

Dito de outro modo, a partir do momento em que o juízo que integra a decisão judicativa não se consubstancia num puro juízo lógico-subsuntivo, o computador deixa de estar apto para cumprir a função.

E, se concludentemente percebemos que o juiz não pode ser convertido num autómato de subsunções<sup>56</sup>, exceto se admitirmos o retorno às formas mais radicais de positivismo, então facilmente percebemos não ser possível conceber um algoritmo julgador<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Cf. Edwina L. RISSLAND, “Anne von der Lieth Gardner, An artificial intelligence approach to legal reasoning, Cambridge, MIT Press, 1987 reviewed by”, *Harvard Journal of Law and Technology*, I, 1988, pp. 223 ss.

<sup>56</sup> A expressão é de Jochen SCHNEIDER, in Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, p. 576. Veja-se, ainda, quanto a esta possibilidade de transformação de um *software* num juiz, Walter POPP/Dieter SUHR, *Computer als juristischer Gesprächspartner: ein Arbeitspapier zu programmierten dialogischen Denkhilfen für die Jurisprudenz*, J. Schweitzer, Berlim, 1970.

<sup>57</sup> Mesmo por referência a outras formas de racionalidade, não seria viável defender o cenário da substituição de um juiz-pessoa por um juiz-algoritmo. Pense-se, por exemplo, nas racionalidades de índole prático-procedimental, entre as quais se destacam a tópica-retórica e argumentativa. Do que se trata é de, ultrapassando a mera lógica formal, mobilizar as estruturas referenciais de índole cultural comungadas pelos membros mais esclarecidos de uma comunidade como critérios relevantes para a solução de problemas concretos, “em ordem a operar com esses critérios segundo uma argumentativa dialética *inveniendi* situacionalmente pragmática em que participam os interessados no problema e com o objetivo de um *consensus* que essa dialética *possibilite*” – cf. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, p. 72. Já a perspectiva argumentativa — “com base, quer na teoria da argumentação, recuperada por Perelman [...], quer na teoria do discurso prático (trabalhado de modo especial por Habermas) [...] quer mesmo na última filosofia linguística de sentido pragmático de Wittgenstein — acentua particularmente a estrutura discursiva, as

### 3.3 O algoritmo assessor

Não obstante as conclusões a que chegámos, importa alargar a nossa reflexão. Na verdade, muitos juristas, mesmo concordando com a inviabilidade de se substituir totalmente a pessoa por um algoritmo na decisão de casos concretos, admitem que o algoritmo possa funcionar como um assessor do juiz, cumprindo certas funções que fazem parte da sua tarefa. Não seria, neste caso, um mero auxiliar na preparação das decisões, mas funcionaria como um seu colaborador, libertando-o de algumas tarefas. Entre os principais aspetos processuais que poderiam ser relegados para a competência do algoritmo, os autores falam de análise de eventuais exceções dilatórias; processos de conciliação, procurando obter o melhor acordo; tradução automática de documentos; apreciação da prova com base em dados biométricos (ex. tensão arterial mais elevada correlacionada com a falsidade do depoimento); determinação da autenticidade de assinaturas; identificação de situações de incompetência de tribunais; graduação de créditos; auxílio na formulação de um juízo de proporcionalidade, transpondo a fórmula de Posner; identificação dos bens que podem ser nomeados à penhora, etc.<sup>58</sup>

A lista de possíveis tarefas a imputar ao algoritmo assessor é grande e não exaustiva. Mas, se isso condiciona a possibilidade de, num estudo desta índole, nos debruçarmos especificamente sobre cada uma delas, a diferente natureza que apresentam afasta um tratamento macroscópico, que não tenha em conta as especificidades que revestem.

---

condições, os princípios e as regras da argumentação” (cf. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, p. 72). Convergindo ambas, pelo consenso que procuram obter e pelo facto de a tópica implicar uma argumentação e a argumentação uma tópica na construção dos seus argumentos (cf. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, p. 72), compreende-se que, ao implicarem a mobilização de um referente de sentido e sobretudo a construção de argumentos, não possa ser captada segundo um modelo meramente algorítmico que não atende às condições do auditório a que se dirige. Do mesmo modo, a compreensão da realização do direito segundo uma racionalidade de índole hermenêutica, que olharia para o pensamento jurídico segundo um pensamento interpretativo, não poderia ser cabalmente cumprida por via de uma dimensão matemática algorítmica, exatamente pela insusceptibilidade de a máquina aceder a uma dimensão semântica dos símbolos que mobiliza. O que significa que, também por via de racionalidades alternativas (embora a rejeitar se devidamente compreendido o problema do direito), devemos concluir que não é possível a idealização de decisões automatizadas proferidas por algoritmos inteligentes.

<sup>58</sup> A listagem meramente exemplificativa foi extraída da intervenção do Senhor Professor Doutor Marco Carvalho Gonçalves, que partilhou connosco o painel Tecnologia e Justiça no colóquio *Tendências atuais no processo civil*, que teve lugar no dia 17 de junho de 2024, na Universidade Autónoma de Lisboa. Aproveitamos o ensejo para lhe agradecer a possibilidade de uma troca de argumentos a partir da sua preleção.

Diríamos, portanto, numa tentativa de sistematização que, entre as tarefas enunciadas, umas são insuscetíveis de ser levadas a cabo pela inteligência artificial por porem em causa quer direitos fundamentais, quer princípios processuais, como é o caso da eventual apreciação da prova com base em dados biométricos, hipótese que, aliás, acaba por ferir o princípio da livre apreciação da prova e da prudente convicção do julgador; outras apenas se tornam viáveis, do ponto de vista computacional, se se abdicar da racionalidade especificamente jurídica para se contaminar a juridicidade com raciocínios de índole economicista, capazes de ser captados de acordo com uma fórmula matemática que, contudo, contraria o sentido do justo, como é o caso do eventual cálculo de probabilidades a partir da transposição da fórmula de Posner<sup>59</sup>; outras ainda, centrando-se numa dimensão puramente adjetiva, parecem esquecer que esta não pode deixar de ser contaminada por dados atinentes ao plano substantivo. Assim no caso da identificação de situações de incompetência de tribunais, da apreciação de eventuais exceções dilatórias. Pense-se, por exemplo, na hipótese de A demandar B, exigindo a condenação ao pagamento de um crédito que é fruto de um contrato de prestação de serviços que A tenta configurar como um contrato de trabalho. A competência do tribunal fica dependente de aspetos substantivos. Do mesmo modo, a legitimidade processual é irremediavelmente condicionada por dados atinentes à materialidade da situação controvertida que, pressupondo uma avaliação à luz do ordenamento jurídico, não estão ao abrigo da capacidade decisória de um algoritmo. Por outro lado, se a contagem de prazos processuais parece estar ao alcance da máquina, importa não esquecer que o regime da prescrição está eivado de problemas específicos que não podem ser solucionados senão de acordo com uma pressuposição do justo, afastando-se de uma mera operação matemática de contagem de dias ou anos.

---

<sup>59</sup> Sobre a recusa da *law and economics* para captar a racionalidade especificamente jurídica, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Economia e direito: a recusa de conformação do jurídico pelo económico. Breves considerações a propósito da responsabilidade civil”, *Boletim de Ciências Económicas, volume de homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes*, LVII, I, 2014, pp. 547 s., bem como as demais referências bibliográficas aí contidas. Para além de haver fundadas razões para rejeitar em bloco a racionalidade tecnocrática de pendor economicista, quer na sua ligação a Posner, quer na sua ligação a Calabresi, o exemplo do autor parece esquecer que não é possível combinar de forma congruente tipos de racionalidade diversa no âmbito da fundamentação das decisões, uma vez que elas não são compatíveis entre si nos resultados a que chegam.

#### 4. A INTENCIONALIDADE DO DIREITO E FUNÇÃO DO JULGADOR

As considerações pretéritas situam-se no plano fáctico-normativo e metodológico. Mas as objeções que dizemos serem intransponíveis podem ser ultrapassadas se assumirmos um sentido diverso para o direito. Basta para tanto que conscientemente se assuma o formalismo e o logicismo do juízo como a pedra de toque de uma ordenação social, considerando-se anacrónico o anterior jurista jurisprudente do período romano, o jurista que, no período medieval, encontrava numa intenção ordenada a Deus o fundamento do direito, ou o jurista superador do positivismo seja ele de base exegética, de base normativa, com Kelsen, ou de base sociológica<sup>60</sup>.

De facto, o direito não é um produto acabado que se nos ofereça de modo insofismável e inelutável. Pelo contrário, o modo como compreendemos o jurídico é, na historicidade que o contamina, o resultado de uma opção de base acerca do próprio homem<sup>61</sup>, pelo que, a aceitar-se uma nova compreensão deste, ainda que ela desemboque num totalitarismo tecnológico e nos transforme em números programados com a precisão matemática, como no romance de Zamiátin, nada parece haver a opor a uma normatividade de tipo abstrato, sistemático-conceptual que poderia ser facilmente mobilizada em termos operativos por um sistema algorítmico.

A recusa da eticidade e a proclamação da neutralidade axiológica estariam, aliás, em sintonia com a defesa de um modo pós-moderno de pensar o pluralismo, apostado na edificação de uma homogeneização relativizante e de um certo relativismo niilista, por aquela determinado<sup>62</sup>. Na verdade, nos tempos atuais a universalidade que se almeja transforma-se em universalismo; o pluralismo que se tem de admitir conduz-nos ao relativismo niilista, não como consequência necessária — que o poderia ser — mas como expediente de alteração

---

<sup>60</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre o papel do jurista ao longo dos tempos, cf. A. Castanheira NEVES, "O papel do jurista nos nossos tempos", pp. 10 s.

<sup>61</sup> A. Castanheira NEVES, "O papel do jurista nos nossos tempos", pp. 12 s.

<sup>62</sup> Sobre o ponto, cf. Aroso LINHARES, "O sujeito-pessoa constitutivamente comparável: uma convenção profunda do jogo do direito?", *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2, 2020, 500 s. e Aroso LINHARES, "A "avidez da uniformidade" e a celebração incondicional da diferença: dois desafios contrários no contexto contemporâneo do projecto do Direito?" in Eduardo BITTAR (coord.), *Filosofia do direito: diálogos globais, temas polémicos e desafios da Justiça*, Quartier Latin, São Paulo, 2019, pp. 251-264.

dinâmica da própria civilização, pelo que, afinal, a aceitação do diferente não corresponde senão à imposição de um quadro referencial totalitarista da cultura do politicamente correto, com os seus tiques identitários e desumanizantes.

Em certa medida, não haveria, pois, nada a opor ao totalitarismo tecnológico a que poderíamos ser conduzidos pelo domínio ou predomínio da máquina.

Simplemente, sabemos — pela experiência do positivismo moderno e das nefastas consequências a que ele nos conduziu, não só no plano metodológico (pela irrealizabilidade do método jurídico), mas também no plano das concretas soluções a que aportou — que as consequências práticas se revelaram desastrosas. Ao prescindir de um conteúdo material para o direito, assimilando-o a uma intenção técnica — hoje convertida em tecnológica —, a juridicidade prescindiu igualmente de qualquer fundamento transpositivo e, ao fazê-lo, passou a aceitar-se qualquer direito, independentemente do seu conteúdo e da sua eventual contrariedade a um sentido de justiça, que se se perdeu, abrindo-se as portas a todos os tipos de despotismo, alguns dos quais concretizados historicamente.

Não se estranha, por isso, que, sobretudo depois dos horrores protagonizados pela II Guerra Mundial, se tenha tentado reabilitar o jusnaturalismo, um jusnaturalismo que, contudo, não pode ser perspectivado de forma unívoca.

Pais de Vasconcelos identifica quatro linhas de desenvolvimento do pensamento da natureza das coisas: neotomismo, de Welzel, Kaufmann e Oliveira Ascensão; o neokantismo, de Radbruch; o neohegelianismo, de Larenz; e o existencialismo de Maihofer<sup>63</sup>.

Repare-se, contudo, que nem sempre o apelo à natureza das coisas envolve, pelo menos confessadamente, a adesão a uma forma clássica de jusnaturalismo, com as suas notas de a-historicidade e universalidade. Radbruch é disso exemplo claro. Na sua *Die Natur des Sache als juristische Denkform*<sup>64</sup>, o autor sustenta claramente que a natureza das coisas não deve ser confundida com o direito natural, já que este se traduz na descoberta, a partir das características do homem, de um direito válido para todos os tempos e todos os povos, enquanto a partir da

---

<sup>63</sup> Pedro Pais de VASCONCELOS, “Teoria Geral do Direito Civil – relatório”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, p. 30.

<sup>64</sup> RADBRUCH, “La natura delle cose come forma giuridica del pensiero”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21, 1941, pp. 145 s.

natureza das coisas chegamos ao pluralismo histórico e nacional. À imutabilidade do direito natural contrapor-se-ia um direito historicamente situado. Partindo de uma base sociológica, pretende, por meio dela, aceder ao sentido ontológico, postulando-se a imanência do valor no ser, que assim se quedaria em fundamento do *dever-ser*: há, por isso, que ter em conta os dados e formas sociais como os costumes, as tradições, os usos, a factualidade jurídica relevante, dentro da qual se integram as próprias pessoas, e o direito vigente.

Também Maihofer vê na natureza das coisas uma estrutura objetivo-histórica e existencial<sup>65</sup>. Para ele o homem não o é apenas na sua unicidade e irrepetibilidade, dotado de uma total subjetividade que tornaria imprópria qualquer imposição exterior, mas seria portador — em simultâneo — de uma dimensão social, pela qual estaria investido em papéis e posições que o colocariam em face dos outros homens numa determinada condição. O “homem deixa de ser considerado pela perspectiva da sua subjetividade (da sua autonomia individual) para ser considerado pela perspectiva dos outros e personificado através da função ou posição social que para eles ocupa (pai, filho, médico, juiz, comprador, etc.)”<sup>66</sup>. Ao transcender-se a individualidade, encontrar-se-iam as estruturas de objetividade e nelas o fundamento para a imposição normativa. Opõe-se, desta feita, o pensamento de Maihofer ao dos autores que, partindo exclusivamente da subjetividade — e arredando dela a partícula *inter* —, consideram qualquer imposição normativa heterónoma como algo a evitar, pelo que se deveria circunscrever ao mínimo elementar para disciplinar a vida comunitária, renunciando sempre a impor uma dada conceção do mundo. Para ele, envergando um dos papéis que a comunidade lhe reserva, o homem encontraria o seu lugar no mundo, justificando-se e fundamentando-se a ordem social que mais não é do que a localização dele no contexto societário. No fundo, as situações sociais típicas em que sucessivamente o homem vai sendo inserido conteriam em si critérios de *dever-ser*, que se extrairiam das posições paradigmáticas em que se encontrasse, a envolver relações, significações, expectativas, interesses, pretensões.

Só que, como alerta Castanheira Neves, no diálogo crítico que entretece com o autor, pode haver um “conflito irredutível entre o ser individual e o ser social

<sup>65</sup> Maihofer, *Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Vitorio Klostermann Verlag, Frankfurt, 1954.

<sup>66</sup> Cf. Castanheira NEVES, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *A Crise*, Almedina, Coimbra, 1967, p. 784.

integrado. Este é o problema que se coloca no quadro de um pensamento que quer ver em posições socialmente objetivadas o critério de uma objetividade axiológico-normativa<sup>67</sup>. Acresce que não só Maihofer não consegue verdadeiramente superar a antítese entre o dever de realizar o geral e o direito de afirmar a individualidade, pela consunção dialética do *Selbstsein im Alssein* (exata estrutura ontológica do ser no mundo)<sup>68</sup>, como, ao considerar que a natureza das coisas remete unicamente para as objetivações conseguidas e institucionalizadas, não encontra arrimo de sustentação para a resolução das questões mais complexas e problemáticas que ultrapassam aquela institucionalização<sup>69</sup>. Ou seja, a Maihofer devemos o mérito de ter percebido que o homem não é pensável na sua redutível individualidade. Mas podemos apontar-lhe o erro de ter procurado encontrar o critério de resolução dos conflitos de interesses nas constelações destes, tipificadas no contexto social. Ora, como nos diz Castanheira Neves, “não tem o homem de adaptar-se e aceitar o desenvolvimento desumano das coisas, mas, pelo contrário, deve intervir na própria natureza para a humanizar constantemente”<sup>70</sup>. Donde se conclui, de acordo com o ensinamento com que concordamos, não poder o critério de ordenação das condutas ser encontrado na imanência das estruturas objetivadas. Indaga o Professor de Coimbra, “de que modo se pode deduzir da natureza das coisas um critério normativo? Em que termos vai, nesta, entendido um possível sentido axiológico?”<sup>71</sup>. Maihofer encontra o conteúdo intencional nas estruturas sociais objetivadas na medida em que elas determinam o surgimento de determinadas expectativas recíprocas que, encontrando o seu fundamento nos interesses, são tidos como razoáveis<sup>72</sup>. Ou seja, da natureza ontológica relacional do ser humano resultariam determinadas estruturas sociais objetivadas, traduzidas nos papéis que cada um assume diante do outro. Investidos neles, cada um assume determinados interesses e gera

---

<sup>67</sup> Cf. Castanheira NEVES, *Questão de Facto*, p. 786. Para outras considerações, veja-se, também, Mafalda Miranda Barbosa, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia Editora, Cascais, 2013, 856 s., que aqui acompanhamos de perto.

<sup>68</sup> *Idem, Idem*, p. 790.

<sup>69</sup> *Idem, Idem*, p. 798.

<sup>70</sup> *Idem, Idem*, p. 798.

<sup>71</sup> *Idem, Idem*, p. 807.

<sup>72</sup> Cf. Castanheira NEVES, *Questão de Facto*, p. 808.

expectativas razoáveis em relação ao comportamento dos outros, que assim se pode considerar valioso ou desvalioso. Tais expectativas, nas quais se ancoraria o dever ser, seriam mera expressão da estrutura relacional da sociedade. A elas se aliaria, depois, uma certeza científica. Sem que isso nos resolva, ainda que da perspectiva comprometida com o autor, o problema de base da fundamentação da normatividade. Pois, como determinar, diante de interesses antagônicos, aqueles que se devem sobrepor como validade? Maihofer adianta a solução do problema. Por um lado, apela à regra de ouro do encontro entre iguais (tratar o outro como gostaríamos que fossemos tratados); por outro lado, sustenta ser necessário operar uma tarefa de generalização. Quer dizer, olhar-se-ia para cada uma dessas expectativas para, em relação a elas, se discernir se podem ou não ser arvoradas em leis gerais do comportamento, numa clara inspiração kantiana.

Ora, conforme salienta Castanheira Neves<sup>73</sup>, “o recurso à regra de ouro para aferir dos interesses e obrigações não é justificado pelo sentido das relações da coexistência definidas por *Alseïn*. O *Alseïn* que eu sou para outrem define uma constelação socialmente típica de exigências ou pretensões, mas a sua objetivação, e enquanto objetivação, não tem nada que fundamente uma obrigação minha. Pensar o contrário implicaria anular o próprio princípio normativo”<sup>74</sup>. No fundo, “se o *Alseïn* traduz oposição de existências, ele não pode ser vinculante ou critério de um vínculo normativo”<sup>75</sup>, pelo que, “no domínio da ordem humana, a regra de ouro só adquire sentido ao pressupor uma comunidade ética que fundamente a corresponsabilidade ou solidariedade moral”<sup>76</sup>.

É nesta medida que não podemos aceitar a perspectiva civilista entre nós defendida e apresentada por Pais de Vasconcelos<sup>77</sup>. De facto, ainda que a recuperação feita por Maihofer dos *entia moralia* de Pufendorf pudesse corresponder à normatividade jurídico-culturalmente vigente, esta não se confunde por antonomásia com o princípio normativo da fundamentação do direito como direito que, implicando o salto para o patamar da axiologia, não nos pode remeter imanentemente para o plano do ser como forma de se alcançar o *dever-ser*.

---

<sup>73</sup> Idem, *Idem*, p. 811.

<sup>74</sup> Idem, *Idem*, p. 813-814.

<sup>75</sup> Idem, *Idem*, p. 816.

<sup>76</sup> Idem, *Idem*, p. 815.

<sup>77</sup> Pais de VASCONCELOS, Teoria Geral do Direito Civil – Relatório, pp. 45 s..

Do mesmo modo, não parece colher a proposta de Welzel e de Stratenwerth de fundamentação do direito a partir das estruturas lógico-ontológicas. De facto, Welzel — e, na sua linha, o seu discípulo — tentou apoiar o direito nas estruturas ônticas e nas estruturas sociais, procurando a partir delas aceder às características do dever ser. Nessa medida, o direito ancorar-se-ia em dados pré-legais que correspondessem a tais estruturas ônticas, de que seria exemplo a construção da teoria finalista da ação<sup>78</sup>. Nessa perspetiva, parece filiar-se também Oliveira Ascensão, razão pela qual estrutura a sua teoria geral do direito civil a partir de quatro dados pré-legais: pessoas, bens, ações e relações.

Simplemente, a recusa do formalismo e da neutralidade não se alcança por via da mobilização destas estruturas lógico-ontológicas. É que o sentido que delas se extrai pode ser contrário ao sentido da própria dignidade humana, dependendo do desenvolvimento que se conheça. De facto, ainda que o direito natural se refira a uma ordem social, enquanto ordem de cultura, ordem imanente na sociedade histórica e que corresponde às determinações que a caracterizam<sup>79</sup>, e assim se distinga de uma ordem de necessidade mutável consoante as circunstâncias, nada nos permitirá qualifica-la, como pretende Oliveira Ascensão, como uma ordem de valor se não pressupusermos um sentido de validade que vai intencionada no jurídico e que não pode ser descoberto no próprio objeto a valorar.

Ademais, o valor que se pressupõe há de ser, numa recusa do imanentismo de ideias hegeliano, resultado do entendimento dialético do Absoluto e da sua realização em termos panteístas, transcendente e não imanente, de tal sorte que não é possível mobilizar como seguros dados fundamentais da natureza física e espiritual da pessoa que, sendo inalteráveis no tempo, devem ser tidos em conta pelo direito, de acordo com o ensinamento de Larenz<sup>80</sup>.

Como explica Castanheira Neves, “uma certa valoração remete necessariamente para um objeto com uma determinada e correlativa estrutura do ser. E essa estrutura ou modo de ser implica necessariamente um certo tipo de valoração (...)”. Uma certa valoração “vai implicada se entre o objeto e a valoração se

---

<sup>78</sup> WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Vandenhöck & Ruprecht, Göttingen, 1962, pp. 236 s.; Oliveira Ascensão, “A teoria finalista e o ilícito civil”, *Direito e Justiça*, II, p. 81; Id., *Acção finalista e nexa causal*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1956.

<sup>79</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito: introdução e teoria geral*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 193 s.

<sup>80</sup> LARENZ, *Richtiges Recht*, Beck, München, 1979, pp. 43 s.

antecipasse uma unidade constitutiva intencional de que eles fossem faces correlativas. Ou então, se a estrutura objeto a ter em conta fosse mero correlato objetivo da valoração<sup>81</sup>. Ou seja, “a valoração pressupõe o objeto que valora. E fá-lo para o julgar ou valorar. (...) Mas não se pode concluir que a valoração lhe vai referida em termos de nele próprio irem traçadas as linhas da sua integração axiológica”. Dito de uma forma mais direta, se o fundamento último da valoração for o próprio objeto valorado, o juízo a que acedemos não ultrapassa a mera explicitação do sentido daquele. Donde se conclui que o fundamento da juridicidade – não podendo ignorar a estrutura ontológica do ser humano — há de fazer apelo a uma dimensão axiológica sem a qual a judicativa tarefa em que ela se realiza não se logrará cumprir.

Castanheira Neves alerta que o verdadeiro fundamento do jurídico deve ser encontrado na comunidade, assumida como comunidade de pessoas, o que implica uma “comunhão axiológica em que cada um se compreende como pessoa”: “fundo-me no valor de que estou revestido para dirigir aos outros exigências éticas e isto porque os outros participam comigo nessa comunidade ética e nessa participação se responsabilizam perante mim. Desvincular-me para com os outros é negar-lhes a qualidade de pessoas”, e assim “negar-me a mim como pessoa”<sup>82</sup>.

Significa isto que o autor encontra o fundamento do direito num necessário salto para o plano da axiologia que protagoniza. A ordem jurídica que se queira de direito e do direito há de pressupor a pessoa humana, diversa do indivíduo. Se este era uma construção oitocentista, que encerrava o homem sobre si mesmo e o tornava antagonista de qualquer outro homem, visto como um obstáculo à livre fruição do mundo por si, a Pessoa é necessariamente um ser de relação. O homem, porque é pessoa, só se realiza no encontro com o outro, ao qual dirige uma pretensão de respeito e ao qual se dirige reconhecendo a sua ineliminável dignidade ética. Repare-se que esta necessidade do outro não é uma necessidade materialística e finalística, mas uma necessidade ética, já que sem o outro o «eu» deixa de o ser na sua plenitude. A Pessoa a que nos referimos não é, portanto,

---

<sup>81</sup> Cf. Castanheira NEVES, *Questão de Facto*, p. 725 s.

<sup>82</sup> *Idem*, *Idem*, p. 818.

uma categoria ontológica ou antropológica, mas ético-axiológica<sup>83</sup>. E é exatamente na sua dignidade que vamos conseguir fundar a juridicidade.

É esse projeto axiológico — alicerçado na totalidade do ser e de valor, aberto ao outro e à transcendência, caracterizado pela autonomia e responsabilidade, em que se traduz a pessoa — que permite, como explica Castanheira Neves, que “a vida social, dinamizada por forças ideológicas e sob pressão do jogo de interesses, se submeta à totalização de um projeto axiológico”<sup>84</sup>. E, nessa medida, o jurista — mais precisamente, o julgador — deixa de ter uma função técnico operativa para assumir uma função primacialmente axiológica, que consiste na realização histórico-concreta da ideia do direito<sup>85</sup>.

Abdicar-se deste sentido da juridicidade e da função do jurista, em nome de uma planificação efficientista, célere e tecnocrata, é uma opção ao alcance do pensamento jurídico. Duas são as vias para que o formalismo algorítmico se possa impor ao jurídico.

A primeira via é a de impor, por meio da utilização de sistemas autónomos de decisão, um método à prática, através da sua incorporação na programação que a si mesmo se supera através de esquemas de aprendizagem; a segunda via passa pela recompreensão do homem com base num transumanismo transformador do mundo que conhecemos num espaço técnico e mecânico.

Se a segunda via resulta de um processo lento em que o pensamento dominante se impõe ao jurídico, degradando-o, a primeira via pode ser imposta em termos de exterioridade constitutiva. A uni-las têm o ponto comum de cada uma delas implicar a negação do próprio direito, pela desconsideração do homem, ou porque o homem pessoa é esquecido, ou porque no decidir concreto ele é apagado. O mundo humano ficaria vazio da pessoa em qualquer das hipóteses.

Nessa medida, cumpre ao jurista assumir comprometidamente a sua tarefa.

Tal como, em *Nós*, de Zamiatine, o cientifismo, conducente à estupidificação do homem, que passa a viver sem a tensão e a consideração dos mistérios da

---

<sup>83</sup> Sobre o ponto, cf. Diogo Costa Gonçalves, “O que é o homem?”, *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 38 s.; Mafalda Miranda Barbosa, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013, cap. V.

<sup>84</sup> A. Castanheira NEVES, “O papel do jurista nos nossos tempos”, p. 43.

<sup>85</sup> *Idem*, *Idem*, p. 43.

existência, é desafiado pela poesia, apresentada pela I-330, jovem revolucionária, ao narrador, engenheiro responsável pela nave espacial Integral, que assim o salva do mundo limitado e planificado em que tinha mergulhado, cabe ao jurista salvar o homem da perda de humanidade, através do projeto axiológico que o direito envolve.

COMUNICAÇÃO APRESENTADA À CLASSE DE LETRAS  
NA SESSÃO DE 30 DE JANEIRO DE 2025

COMUNICAÇÃO RECEBIDA A 31 DE JANEIRO DE 2025