



De
LEGIBUS

4



Dezembro de 2022



**O DIREITO (PENAL), A CIÊNCIA E O PARADOXO
DE ZENÃO — A JUSTIÇA PENAL PREDITIVA E A
DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA**

ANABELA MIRANDA RODRIGUES



**REVISTA DE DIREITO
LAW JOURNAL**

EDIÇÃO ESPECIAL
ESTUDOS COMEMORATIVOS
DOS 40 ANOS DO CÓDIGO PENAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

O DIREITO (PENAL), A CIÊNCIA E O PARADOXO DE ZENÃO — A JUSTIÇA PENAL PREDITIVA E A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA*

ANABELA MIRANDA RODRIGUES**

Não nos devemos deixar iludir pelo paradoxo de Zenão, em que por mais que Aquiles (a *Ciência*) corra, sempre haverá um espaço a separá-lo da tartaruga (o *Direito*) e não conseguirá vencer a corrida. Contra as evidências dóxicas em que a atual sociedade tecnológica e algorítmica nos quer fazer crer, o direito tem de ser pensado. Ele é hoje desafiado nos seus princípios e conceitos, na sua normatividade e nas metodologias que utiliza para oferecer soluções — as definições surgem vagas e indeterminadas e correm o risco de cercear o progresso económico e social, as normas não abarcam os problemas e falham as respostas para a responsabilidade de pessoas físicas e coletivas, e os processos de decisão escapam ao domínio humano.

O direito penal, em particular, está especialmente exposto — nas incriminações que conhece, nas suas categorias dogmáticas, no domínio processual, na administração da justiça e da perspetiva internacional e transnacional. Fala-se, hoje, de uma justiça predictiva, a querer significar uma *nova* previsibilidade da justiça penal, que atravessa todo o sistema, desde a atividade policial, passando pela investigação e produção da prova e atingindo o processo de tomada de decisões.

O objeto da minha intervenção situa-se neste último domínio, pelo que se refere à decisão judicial numa específica fase do processo penal, a da determinação da pena. Proponho-me, nesta curta reflexão, pensar — pensar alto

* O presente texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do *Colóquio Comemorativo dos 40 Anos do Código Penal*, realizado no dia 12 de outubro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa, e, por isso, publica-se sem notas. A referência impõe-se, todavia, à obra de Antoine Garapon e Jean Lassègue, *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Puf, 2018; e ao texto de Jean Lassègue, «L'Intelligence Artificielle, Technologie de la Vision Numérique du Monde», *Les Cahiers de la Justice*, 2019/2 n.º 2, p. 205s.

** Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

— sobre a transformação do direito que está a acontecer e sobre as suas repercussões nesta questão.

Para mim, esta escolha impôs-se-me pela clareza com que me conduzia no caminho iniciado há tantos anos com a *Lição* de Eduardo Correia sobre este tema e gravada no novo Código Penal em 1982.

1. A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO

Já se afirmou que o digital introduz uma rutura radical com o direito, inaugurando uma nova semiogénese do direito que deixa de passar pela linguagem. Acompanho esta visão das coisas, destacando que, do meu ponto de vista, o digital introduz uma *outra* legalidade que procede de uma linguagem autónoma que depende muito pouco do direito — a *legalidade digital*, no cruzamento da legalidade jurídica com a legalidade científica e tecnológica. E que, além disso, apresenta uma elevada eficácia, beneficiando de uma autoridade que entra em concorrência frontal com a legalidade e a autoridade e eficácia do direito tal como o conhecemos. O que está em causa vai muito para além do que se poderia considerar como mais um movimento de “law and ...”, no caso sendo *law and mathematics*, e de o direito encontrar o seu critério de validade no exterior de si mesmo. É neste sentido que o digital traz a rutura — constrói um terceiro externo-interno: interno, porque a *Legaltech* não pretende extrair qualquer informação substancial de fora do direito; externo, porque se trata de um terceiro algébrico e não mais simbólico.

Vou mais longe e direi mais. A lei, então, que deve ser transposta para programas, perde o monopólio da expressão da vontade soberana. Ela tem, naturalmente, uma versão escrita numa linguagem jurídica; mas tem de ser codificada, transcrita para a linguagem digital para ser efetiva. Ela é ilegível, embora sendo operativa. É a ideia de *legal by design*.

Com esta ascensão do digital, é uma *revolutio* do direito que se prefigura. Só que ela não é obra de juristas, mas de informáticos que não sabem direito. Esta ignorância permite-lhes estabelecer padrões que escapam à teorização dos juristas e não são assimiláveis a regras com força normativa, mas que constituem uma referência importante para os práticos. Isto significa,

sobretudo para estes, a passagem da *interpretação* para a exploração de uma massa de informações heterogêneas; da atuação com base em normas para a identificação de padrões; da utilização da lei geral e abstrata para as injunções situacionais e pessoais.

Pelo lado do juiz, a interrogação que se coloca diz respeito a saber como se vai justificar a permanência do ser humano — a *sua* permanência! — no processo, se os resultados das decisões tomadas por sistemas inteligentes podem reunir uma série de condições que as tornam mais objetivas e credíveis, mais eficazes. A questão passa, a meu modo de ver, pelo determinismo que o digital imprime ao direito, que retira à decisão judicial a dimensão *humana* e de *responsabilidade* que, como tal, envolve, e o *sentido jurídico*.

Necessário à construção deste sentido jurídico é a manutenção e mesmo a preservação de um indeterminismo não calculável. Este aspeto é indispensável à constituição do direito como forma simbólica. Ora, o cálculo preditivo fecha o direito. A questão pode ser formulada assim: porque é que a *relação* dos humanos com o mundo tem de se fazer de acordo com o modelo matemático de uma função, se *ela é existencial*?

A passagem da escrita alfabética para uma escrita digital projeta o discurso de uma decisão judicial “para fora do direito”, produzindo uma alteração do seu sentido e colocando-a no domínio de uma “mitologia geral” que admite que a noção de ser humano pode desaparecer do conceito de inteligência.

2. REPERCUSSÕES NA DECISÃO JUDICIAL

Os programas informáticos não são da mesma ordem da construção coletiva (humana) do sentido. É o pensamento que, com a sua reflexividade e originalidade, lhe confere a especificidade *humana*. O sentido humano é plurivocal e vale tanto para a linguagem como para as condutas simbólicas (por exemplo, vestir-se de uma determinada forma em um certo contexto). Nada disto vale para o tratamento informático, num sistema de *inputs* e *outputs*, exatamente porque a informação supõe que o *sentido* está definido antes e mantém-se fixo e determinado durante a interação. Mas... o facto de se criar ou armazenar na íntegra um dicionário de português, por exemplo, nada nos

diz sobre como vai evoluir o sentido das palavras no futuro, o que nenhum dicionário pode conter, por mais digital que seja! Fala-se de uma nova normatividade preditiva que, diferentemente da normatividade jurídica, não estabelece ligações entre proposições através da escrita alfabética, mas através de uma “pura correlação matemática” que não se funda no que as pessoas *vivem* na interação social em que participam. O simples tratamento digital de dados codificados desapoessa a “nova norma” das duas dimensões, “social e hermenêutica”, que caracterizam a norma jurídica e lhe conferem tantos conteúdos quantos os diversos tipos de ligações que a escrita alfabética permite. Com a nova norma, a decisão judicial procede da massa de dados a favor de uma solução e não do sentido da norma jurídica, obtido com a sua seleção, hierarquização e integração no direito. O sentido da decisão judicial resulta, “quer do próprio texto da decisão, quer do seu tratamento pela instituição para o erigir em jurisprudência”. É exatamente esta relação que “é desnudada pelos *Big Data*”. É a massa das correlações — e não o raciocínio jurídico ou a *auctoritas* dos princípios — que *faz* a decisão.

Isto convida, assim, a repensar as condições do exercício da função judicial com independência, mesmo quando se entende que a decisão judicial não se torna totalmente automática. Tendo em conta a tendência humana para confiar nos resultados de um procedimento automatizado, a submissão do juiz à máquina e a devolução da decisão sobre a punição ao algoritmo são riscos que não devem ser ignorados. Refiro-me ao fenómeno conhecido por *enviesamento automático* (*automation bias*).

Esta forma de “pressão” sobre o juiz é nova, não tanto ou não só na medida em que equivale, sob forma digital, à consciência coletiva — da instituição judiciária — presente na consciência do juiz quando decide o caso particular, mas enquanto funciona como um controlo de natureza diferente do hierárquico — que tem no recurso para os tribunais superiores a sua expressão —, exercido diretamente sobre o medo de fazer ou ser diferente do juiz. Esta espécie de “normatividade secundária que se substitui à norma de direito” e em que se transforma a justiça preditiva impele ao conformismo. Esta pressão, que não é assumida pelo juiz, arrisca-se a distrair o juiz da sua própria experiência profissional e a impedi-lo de fazer valer a interpretação na decisão. O que mais teme este novo juiz é estar isolado no sistema, ser diferente, desviar-se

do padrão dado pela máquina. A nova pressão evoca o poder performativo do digital. É “horizontal”, “dissimulada” ou “inconsciente”, enquanto lhe indica “o que cem colegas seus decidiriam em casos semelhantes”. Esta pressão sobre o juiz coloca a justiça como *fairness* em contraponto com uma justiça como *fitness*.

A jurisprudência é um sistema de sabedoria coletiva *autocorretiva*. A lição contida na publicação da opinião dissidente colhida do *common law* incentiva a argumentação jurídica e ilustra bem como um julgamento é um raciocínio coletivo, com uma dinâmica que impede o juiz de se deixar formatar.

A questão vai para além da opacidade do algoritmo e das soluções que podem ser pensadas para se obter uma explicação de uma tomada de decisão.

Acontece que, numa tomada de decisão judicial, sobretudo quando se trata de decidir sobre a culpa e a punição, está em causa um processo que, para ser compreendido e aceite pelos seus destinatários, imediatos e pela comunidade, exige o que os juristas designam por fundamentação, que *obriga* o juiz a demonstrar o raciocínio feito para alcançar a decisão e a indicar os motivos pelos quais *aquela é a melhor decisão para o caso* — em termos dworkianos, *correta*: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas sim o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem em relação ao direito de uma comunidade política — não podendo, pois, tomar decisões com base unicamente em cálculos de sistemas algorítmicos.

O problema prende-se com o *método* e o lugar do observador na sua relação com o objetivo. É aqui que surge a *interpretação* como uma exigência permanente, porque o que se considera como objetivo releva de um acoplamento de que não se conhece antecipadamente a forma, que não está fixado definitivamente em uma regra.

Não vou entrar em detalhes, mas todos os que me ouvem entenderão que eu diga que, nem a explicabilidade substitui a interpretação, nem a racionalidade que se exprime na decisão judicial prescinde da interpretação.

Isto tem a ver com o que António Damásio nos ensinou em *O Erro de Descartes* e com o Caso Eliot, ou o filósofo e cientista Michael Brady, no seu *Emotional Insight: the Epistemic Role of Emotional Experience*: as emoções, que têm raízes no *self* físico do ser humano, são uma componente essencial do raciocínio e da decisão. Sem emoções, uma pessoa pode raciocinar, mas não

pode decidir. As emoções motivam-nos a encontrar razões, que, elas próprias, não são razões; mas são reflexivas: quando refletimos, as emoções podem alargar a perspetiva do agente, corrigir preconceitos e refinar o julgamento. Isto é essencial para a decisão, também judicial. Por seu turno, os destinatários estão mais dispostos a aceitar uma decisão se pensam que é *fair*. Por vezes, uma decisão tem de ser adaptada às partes por forma a permitir-lhes partilhar o seu próprio conteúdo. Isto é um aspeto fundamental da decisão, que o raciocínio dedutivo reproduzido por um sistema de inteligência artificial não pode incluir.

Outro aspeto tem a ver com o processo de decisão do juiz. Não precisamos de ir ao realismo jurídico nem ao seu renomado intérprete, o juiz norte-americano Jerome Frank, ou relembrar a sua fórmula caricatural — a justiça “*is what the judge ate for breakfast*” —, hoje desmistificada em vários estudos. A “ilusão de Ponzo” é suficiente para nos manter alerta perante a hipótese de arbitrariedade da decisão judicial e para nos conduzir na tentativa de perceber como é que é possível melhorar o processo de raciocínio humano. Que, entretanto, não se deixa aprisionar nas teorizações de cognitivistas ou em raciocínios dedutivos. Já Aristóteles se referiu ao “silogismo imperfeito” que não pode ser reproduzido por agentes artificiais. Um exemplo do que está em causa é o da ponderação entre direitos ou liberdades, que depende das particulares circunstâncias do caso que não podem ser reduzidas a uma dedução perfeita. Ou... o das decisões sobre a determinação da pena.

3. AS REPERCUSSÕES DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO NA DECISÃO JUDICIAL DE DETERMINAÇÃO DA PENA

Vou partir aqui da ideia de que a racionalização do processo de determinação da pena é uma preocupação comum aos dois lados do Atlântico e além-Mancha, embora as vias para alcançar este objetivo sejam diferentes.

Do lado continental, ela procura alcançar-se na base da indicação legal e da forma como se relacionam entre si os critérios de determinação da pena. O modelo que, quanto à questão da pena, assim se oferece à doutrina e à jurisprudência ficou inscrito no novo Código Penal, no seu significado

transformador, numa formulação até hoje intocada (apenas retocada!). Já do lado dos sistemas de direito comum, aquela preocupação implicou a tomada de decisões com recurso a instrumentos cada vez mais sofisticados de avaliação do risco. A racionalização do processo liga-se, aqui, ao facto de que os algoritmos preditivos sumariam a informação relevante de uma maneira mais eficiente do que o cérebro humano. Foi neste contexto que, em 1984, nos Estados Unidos, a Sentencing Reform Act criou as *Sentencing Tables*. Apesar de se terem tornado meramente indicativas (*advisory*) em 2005 (*United States v. Booker*), com elas e na base da filosofia a elas subjacente, procura alcançar-se precisamente o objetivo da *justiça* do sistema punitivo e a *redução de injustificadas disparidades* na fase de *sentencing*. Neste quadro, não quero passar em claro a questão da inconstitucionalidade dos algoritmos preditivos que se tem levantado nos Estados Unidos: em 2003, a American Civil Liberties Union da Virgínia suscitou a questão da constitucionalidade de *Guidelines* de análise de risco relativas a crimes sexuais, com fundamento em que as pessoas têm o direito de ser tratadas e punidas como «indivíduos» e não por causa das suas características de risco associadas ao grupo a que pertencem, argumentando que a determinação da medida da pena baseada em generalizações estatísticas “colocam em causa o núcleo essencial dos princípios constitucionais fundamentais da *equality* e *fairness*”. O princípio da individualização da (medida da) pena foi também suscitado na decisão fundamental tomada no Supreme Court de Wisconsin, no caso *State v. Loomis* (2016), que já configura um caso de estudo.

A este respeito, direi apenas que o determinismo da nova normatividade faz sentir os seus efeitos (também) pelo lado do delincente. Um aspeto pode equacionar-se como *o desaparecimento da lei*. A escrita alfabética da lei operava uma mediação essencial e indispensável à realização de duas qualidades essenciais do direito: a sua generalidade e igualdade face a todos. Agora, o futuro do delincente está comprometido numa nova relação entre ele e os *Big Data*, que produz o oxímoro de uma “lei individual”. A lei geral e abstrata é substituída por injunções pessoais. Para além disso, *a lei tornou-se muda*: a capacidade de resposta do delincente é supérflua, já que a solução para o seu comportamento futuro é encontrada numa previsão determinista saída de um cálculo. Mais: a punição desliga-se da gravidade do facto, para passar

a ser baseada no risco que o indivíduo representa para a sociedade. Esta prática de uma “punição baseada em risco” (*evidence based sentencing*) vai contra séculos de doutrina penal que se reclama de um direito penal do facto. Agora, é o perfil algorítmico — aquilo que o agente é algoritmicamente — que faz desaparecer o facto praticado.

Concluo.

Não é de hoje a denúncia do carácter isotérico das discussões dogmáticas sobre a determinação da pena, isoladas da *praxis*, salientando-se a necessidade de um maior diálogo entre ambas. Mas, entre a impossibilidade de juridificação e a pura algoritmização do problema, julgo que poderá situar-se uma via que, como defendi há alguns anos, tem arrimo num “tipo de medida da pena”.

É este caminho que procuro agora desbravar, confessando que o estou a fazer suspeitando que talvez me leve — ironia das ironias! — às mal queridas “circunstâncias”... E que me dará ensejo de voltar à *Lição* de Eduardo Correia.