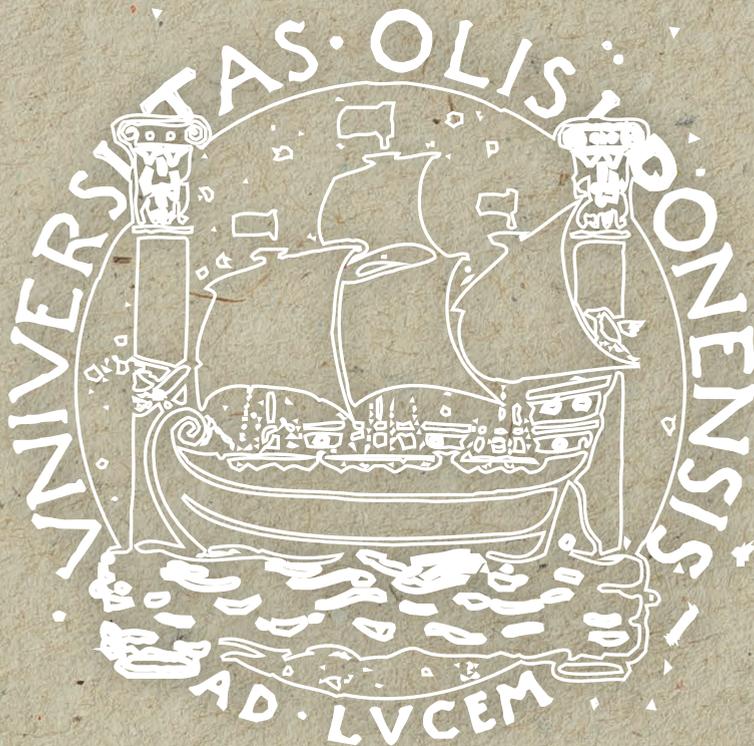


REVISTA DA  
FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)  
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

## TOMO 1

---

M. Januário da Costa Gomes  
13-44 Editorial

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- 
- Alexandre Libório Dias Pereira  
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?  
*Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?*
- 
- Alfredo Calderale  
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese  
*Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition*
- 
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas  
85-133 Sobre a liquidação de fundações  
*On the liquidation of foundations*
- 
- André Moreira Simões  
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A  
*Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts*
- 
- António Barroso Rodrigues  
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna  
*In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics*
- 
- António Menezes Cordeiro  
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local  
*Horizontal property and holiday rentals*
- 
- António Pedro Barbas Homem  
277-296 Legitimidade na revolução de 1820  
*The legitimacy of the 1820 Revolution*
- 
- Aquilino Paulo Antunes  
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?  
*Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?*
- 
- Augusto Teixeira Garcia  
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação  
*Trademark: Revocation for non-use and renewal*

- 
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**  
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional  
*An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities*
- 
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**  
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares  
*On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits*
- 
- 443-466 **Catarina Salgado**  
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios  
*Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies*
- 
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**  
A escolha de lei tácita: alguns problemas  
*Tacit choice of law: difficulties it raises*
- 
- 497-512 **Dário Moura Vicente**  
Desinformação, liberdade e responsabilidade  
*Disinformation, freedom and liability*
- 
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**  
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade  
*Personality Rights Academic Report*
- 
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**  
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório  
*Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition*
- 
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**  
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?  
*Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?*
- 
- 635-668 **Evaristo Mendes**  
Sociedades preliminares e sociedades em formação  
*Companies Before Incorporation*

---

**Filipe A. Henriques Rocha**  
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais  
*Arbitration of personal data disputes*

---

**Filipe de Arede Nunes**  
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares  
*On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes*

## TOMO 2

---

**Flávio Tartuce**  
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão  
*Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão*

---

**Francisco A. C. P. Andrade**  
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?  
*Software agent's defects of will?*

---

**Francisco Mendes Correia**  
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa  
*A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition*

---

**Francisco Paes Marques**  
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional  
*Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy*

---

**Gonçalo Aleixo Nunes**  
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente  
*The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor*

---

**Henrique Marques Candeias**  
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção  
*The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention*

---

**Hugo Ramos Alves**  
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão  
*Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine*

---

**Isabel Alexandre**  
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação  
*Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*

- 
- Isabel Graes**  
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu  
*The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant*
- 
- Ivanildo Figueiredo**  
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão  
*Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão*
- 
- J. P. Remédio Marques**  
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual  
*Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights*
- 
- Jaime Reis**  
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática  
*The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations*
- 
- Joana Costa Lopes**  
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital  
*The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era*
- 
- João de Oliveira Gerales**  
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé  
*On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See*
- 
- João Maurício Adeodato**  
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)  
*Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)*
- 
- Jones Figueirêdo Alves**  
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão  
*Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão*

- **Jorge Miranda**  
1307-1314 A Constituição e a língua  
*The Constitution and the portuguese language*
- **José Alberto Vieira**  
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica  
*Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship*
- **José Ferreira Gomes**  
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas  
*The effectiveness of declarations to legal persons*
- **José Luís Bonifácio Ramos**  
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio  
*Airbnb or Short-Term Rental and Condominium*
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**  
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão  
*Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts*
- **Luís de Lima Pinheiro**  
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem  
*Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration*
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**  
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*  
*The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)*
- **M. Januário da Costa Gomes**  
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão  
*“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão*

## TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**  
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)  
*“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)*

- 
- Marco Caldeira**  
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras  
*The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments*
- 
- Margarida Silva Pereira**  
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro  
*Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law*
- 
- Maria Raquel Rei**  
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento  
*Mandate to assist the vulnerable*
- 
- Marta Boura**  
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado  
*The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party*
- 
- Miguel de Lemos**  
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica  
*Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study*
- 
- Miguel Teixeira de Sousa**  
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas  
*On the powers of the court in labor proceedings: some remarks*
- 
- Míriam Afonso Brigas**  
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas  
*Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes*
- 
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**  
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva  
*Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle*
- 
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**  
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*  
*The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris*

- 
- Paulo Marques**  
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal  
*Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings*
- 
- Pedro de Albuquerque**  
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)  
*The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)*
- 
- Pedro Romano Martinez**  
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)  
*Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)*
- 
- Renata Oliveira Almeida Menezes**  
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado  
*The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest*
- 
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**  
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem  
*The new European digital identity. A first approach*
- 
- Rui Pinto**  
1969-1991 A execução de condenações implícitas  
*The enforcement of implied condemnatory judgments*
- 
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**  
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal  
*On piercing the corporate veil in the criminal realm*
- 
- Silvio Romero Beltrão**  
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade  
*The future of personality rights: the value of human person in society*
- 
- Susana Antas Videira**  
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos  
*Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements*

- **Teresa Quintela de Brito**  
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*  
*Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs*
- **Thomas Hoeren**  
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre  
*Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit*
- **Tiago Henrique Sousa**  
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva  
*Acquisition a non domino an execution sale*
- **Tong Io Cheng**  
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada  
*Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property*
- **Vítor Palmela Fidalgo**  
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*  
*Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?*

## TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**  
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**  
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**  
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

# O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?

## *Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?*

Eduardo Vera-Cruz Pinto<sup>\* \*\*</sup>

**Resumo:** A sociedade digital é diferente da sociedade analógica. O processo de transição do pensamento analógico, que está na base do atual “conhecimento jurídico”, para o pensamento digital passa pela substituição da *analogia legis* pela *analogia iuris* (superando a oposição lógica/dialética); e pela aceitação do Digital como ruptura total. O pensamento analógico-sistemático investiu na “ciência jurídica”; o pensamento digital investe no método jurisprudencial/autorial de criação de regras jurídicas a partir de soluções dadas a casos concretos, com a ajuda das tecnologias computacionais/digitais. O Direito Romano é a referência de juridicidade na sociedade digital, pelo lado intuitivo, prático e etimológico (*etymologia est origo*).

**Abstract:** Digital society is different from analog society. The process of transition from analogical thinking, which is at the base of current “legal knowledge”, to digital thinking involves replacing the *legis* analogy with the *iuris* analogy (overcoming the logical/dialectical opposition); and for the acceptance of Digital as a total disruption. Analogical-systematic thinking invested in “legal science”; digital thinking invests in the jurisprudential/authorial method of creating legal rules from solutions given to concrete cases, with the help of computational/digital technologies. Roman law is the legal reference in the digital society, on the intuitive, practical and etymological side (*etymologia est origo*). The challenge is to integrate AI

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\*\* Elaborei este estudo para homenagear um dos mestres da minha Escola. Com a nossa academia a exercer a implacável *conventio ad excludendum* que vai remetendo a palavra dos mestres nos escritos passados ao silêncio, pela ausência nas notas de rodapé das “coisas que se publicam” (Anthony Grafton, *The Footnote, a curious history*, Harvard University Press, Cambridge, 1997, pp. 9 e ss.; e Giorgio Agamben, “Archeologia di un’Archeologia”, in Enzo Melandri, *La linea e il Circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia*, Quodlibet, 2021, pp. XI-XXXV, loc. de ref. p. XII) é responsabilidade nossa lembrar o professor-autor, a atualidade do seu pensamento e projetar no futuro a sua lição. Por isso, deixo aqui breves notas sobre o pensamento jurídico no nosso futuro digital, tocando uma das temáticas onde o Prof. José de Oliveira Ascensão deixou relevantes contributos.

O desafio é integrar a IA numa rutura jurídica que respeite o humano da pessoa. A interdisciplinaridade é a resposta para criar direito no ciberespaço para a Era digital.

**Palavras-chave:** analogia; digital; cérebro; humano; inteligência artificial; interpretação; integração de lacunas; *auctoritas/imperium*; lógica; dialética; ciência jurídica; filosofia do Direito; justiça; regra; *regulae iuris civilis*; norma; abstração; argumento; *genus/differentia*; círculo/reta; sistema/ordem; razão/vontade; proporção; máquina; dados; sincrónico; disruptão; cognição; *rerum natura*.

into a legal framework that respects the human being. Interdisciplinarity is the answer to creating law in cyberspace for the digital age.

**Keywords:** analogy; digital; brain; human; artificial intelligence; interpretation; gap integration; *autoritas/imperium*; logic; dialectic; legal science; philosophy of law; justice; rule; *regulae iuris civilis*; standard; abstraction; argument; *genus/differentia*; circle/line; system/order; reason/will; proportion; machine; data; synchronous; disruption; cognition; *rerum natura*.

A nossa incapacidade de mudar e de se adaptar ao novo<sup>1</sup>, mesmo quando comprovadamente melhor, tem de ser combatida. Disso depende o futuro do Direito como instrumento de Justiça.

Embora muito debatida, a resistência humana à mudança tem sido tratada como um comportamento irracional de inércia por medo do desconhecido e de insegurança no abandono de rotinas<sup>2</sup>. Não consideramos, no entanto, essa resistência como uma característica da natureza humana.

Aliás, a questão é eminentemente filosófica e passa por uma pedagogia do *conceito de mudança*<sup>3</sup> cruzada com uma *filosofia da diferença* (Gilles Deleuze/Félix

---

<sup>1</sup> Strand Sheldahl-Thomason, “Time and the Untimely: Deleuze, Foucault, and the Production of the New”, in AA, VV. *Deleuze and Time*, Eds. Robert W. Lucecky, Daniel W. Smith, Edimburgo, 2023, II, “History of Time”, 5.

<sup>2</sup> Ver, v.g., J. M. da C. Hernandez e M.P. Caldas, “Resistência à Mudança: uma revisão Crítica”, in *Revista de Administração de Empresas*, 41, nº 2, 2001, pp. 33-45. Disponível em: <https://biblioteca.digital.fgv.br/ojs>. Acesso em: 2 fev. 2023.

<sup>3</sup> Uma mudança que se estrutura, no plano jus filosófico, ligando os conceitos de desconexão; exterioridade; desorientação; e descomunicação, visando a emancipação. Uma desconexão que nos permita compreender a sociedade em que vivemos – superando o que existe e conhecemos – a partir de uma posição de exterioridade, de distância da realidade, para a pensarmos e a ela regressarmos emancipados, com os instrumentos adequados a mudá-la (como na alegoria da *República* de Platão: a saída da caverna, o sol como fonte de conhecimento; e o retorno à caverna para educar os que lá estão). Mudança pelo abandono das certezas, a desorientação/descomunicação (Bernard Stiegler), único caminho para nos orientarmos a seguir.

Guattari)<sup>4</sup>; e por aceitarmos a atual crise comunicacional, que determina a linguagem e molda o pensamento, resultante das plataformas comunicacionais máquina/máquina<sup>5</sup>.

Aqui, o maior desafio para a mudança necessária no Direito está em fazer voltar a acreditar na validade jurídica de um conhecimento que assenta na liberdade criativa e criadora dos jurisperitos (um conhecimento fiável, juridicamente válido e plenamente eficaz) que conta com a mais elevada tecnologia digital/computacional, para o aperfeiçoar, dar-lhe rapidez e mais completa informação, maior possibilidade de conhecimento e mais tempo para a sabedoria; não para substituir o humano/jurisprudencial pelo computacional/digital.

Saber é mais que conhecer e conhecer é mais que estar informado. A atitude cética de Sócrates: “só sei que nada sei”, ao inverter as polaridades entre “o conhecer” e “o não conhecer”, permite dar seriedade filosófico-jurídico a um pensamento jurídico digital em rutura com o pensamento analógico que está na base do atual “conhecimento jurídico”<sup>6</sup>.

O nosso pensamento jurídico ainda é ana-lógico, isto é, dirigido à comparação e orientado para a analogia<sup>7</sup>. A sociedade digital atual é diferente da sociedade analógica, obrigando-nos a pensar sobre as fontes da criação jurídica<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Ver Sandro Kobol Fornazar, “A crítica deleuziana ao primado da identidade em Aristóteles e em Platão (The Deleuzian critique to the primacy of identity on Aristotle and Plato)”, in *Trans/Form/Ação*, Vol. 34, nº 2, 2011 (<https://doi.org/10.1590/S0101-31732011000200002>); Sandro K. Fornazari, *O esplendor do ser: a composição da filosofia da diferença em Gilles Deleuze (1952-1968)*, 2005 (Tese de Doutoramento em Filosofia), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005; André Luis La Salvia, *Problemas de uma pedagogia do conceito: pensando um ensino de filosofia*. Ed. Livros Ilimitados, Rio de Janeiro, 2016; Gilles Deleuze, *Diferença e repetição*, tradução Luiz Orlandi e Roberto Machado. 2ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Graal, 2006; *Conversações, 1972-1990*. trad. Peter Pál Pelbart. 1ª ed. 7ª reimp., Ed. 34, Rio de Janeiro, 1992; Gilles Deleuze e Félix Guattari, *O que é a filosofia?*, trad. Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. 2ª ed. 1ª reimp., Editora 34, São Paulo, 1997; Mil Platôs, *Capitalismo e Esquizofrenia*, vol 4, trad. Suelly Rolnik, Editora 34, São Paulo, 1997. Não podemos aqui desenvolver os efeitos jurídicos da crítica de Deleuze à *filosofia da representação* (Hegel, Leibniz, Kant, Platão e Aristóteles), procurando apoio em Hume, Bergson, Nietzsche e Espinosa.

<sup>5</sup> Frédéric Neyrat, *Biopolitique des catastrophes*, 2008; *La part inconstructible de la Terre. Critique du géo-constructivisme*, 2016, anuncia a doença de Hermes, o Deus da Comunicação, argumentando que, a nível quantitativo, a comunicação atual é mais implementada e praticada por máquinas do que por humanos. A IA modifica o modo como comunicamos. O que fazemos no espaço virtual tem efeitos reais. As regras da artificialidade dominam a construção numérica da realidade (Roland Barthes), pela memorização de tudo (totalitarismo da memória).

<sup>6</sup> Para uma leitura iniciática ver Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, 7ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>7</sup> Aqui considerada como uma *iuxta propria principia* e não como um *remedium* ao direito vigente. Não podemos aqui tratar da construção de um conceito de analogia pela problemática filosófica

A analogia<sup>9</sup> pode continuar a ser a base do pensamento jurídico digital para a criação de Direito nas nossas sociedades?

Depende da forma como a usarmos, começando pelo modo como a entendemos. Não podemos continuar a olhar para a analogia como a metáfora absoluta. Aplicando aqui, com adaptações, a teoria substitutiva da metáfora de M. Black<sup>10</sup>, a analogia/metáfora relativa só deve ser aplicada para interpolar o texto da regra jurídica, preenchendo espaços/lacunas<sup>11</sup>, assim melhorando a compreensão, dificultada pela literalidade<sup>12</sup>.

Partindo de Norberto Bobbio<sup>13</sup> e da ligação, na teoria da analogia jurídica, entre as premissas históricas da construção de um conceito jurídico de analogia e as dificuldades metodológicas da sua aplicação judiciária, podemos dispensar a *analgia legis*. Só a identificação de sentidos do texto das regras jurídicas pelo preenchimento

---

de saber se ela é uma inferência ou apenas uma figura da indução (sobre a indução baconiana ver Paolo Rossi, “Introduzione”, in AA. VV. *Il Pensiero ie Francis Bacon. Una analogia dagli scritti*, org. Paolo Rossi, Turim, 1961, pp. VII-XXVII). Na analogia importa distinguir: conceito; juízo; e argumento. Estas três modalidades não são espécies do mesmo género. O conceito de analogia não pode ser entendido como género inclusivo de todas as suas espécies, porque não existe um género comum *analogia* com as suas espécies a serem definidas *per differentiam*. Logo, em bom rigor não existe um conceito de analogia, mas uma família de conceitos (metafóricos) que, quanto ao género, são espécies afins, mas não nele integráveis para formar um todo como comum. Logo, a analogia é mais uma noção definível na sua plasticidade, que um “termo técnico” ou uma “construção teórica”. Ver Enzo Melandri, *La linea e il Circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia*, Quodlibet, 2021, pp. 311 e ss.

<sup>8</sup> Ver François Ots, “Quelle jurisprudence pour quele société”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 30, 1985, *Jurisprudence*, pp. 9-34.

<sup>9</sup> Aristóteles, *Primeiros Analíticos*, Livro II, Cap. 241, define analogia como um argumento a partir de exemplos, paradigmas (ᾄναᾄᾄᾄᾄᾄᾄ, *exemplum*). Neste trecho Aristóteles trata da diferença entre a analogia ou exemplo (do particular ao particular), a indução e a dedução. Cfr. Aristóteles, *Analítica Primeira* 68b-69<sup>a</sup>, in *Obras*, tradução de Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1967, p. 346. A analogia é proporção; não é género. Para Grenet, *Les origines de l’analogie philosophique dans les dialoges de Platon*, 8, apud Chaim Perelman e Lucie Ollbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação: a nova retórica*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 424, a analogia é uma semelhança de relações e não uma relação de semelhança, logo é semelhança de relações e não igualdade de relações.

<sup>10</sup> M. Black, *Models and Metaphors. Studies in Language and Philosophy*, Cornell University Press, 1962, pp. 38-44, ultrapassados que estão os últimos efeitos da teoria da lógica poética aplicada ao Direito, de G. Vico, *Scienza Nuova Seconda*, I, II sec 2<sup>a</sup>, cap. II, §§ 1-4.

<sup>11</sup> Daí as famosas frases de Black: “Metaphors plugs the gaps in the literal vocabular” (M. Black, *Models and Metaphors*, cit., p. 32); “putting new senses into old world” (idem, p. 33). O uso da metáfora tem a função de usar a palavra com um outro sentido para colmatar uma brecha no vocabulário.

<sup>12</sup> Ver Enzo Melandri, “È logicamente corretto l’uso dell’analogia nel diritto?”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1968, pp. 5-27.

<sup>13</sup> Norberto Bobbio, *L’analogia nella logica del diritto*, Turim, 1938.

dos significados das palavras nelas aplicadas (*analogia iuris*) interessa. Logo, a *analogia iuris* é a única que importa ao Direito.

No atual sistema de totalitarismo monista/legalista de Estado, só através da lei se podem exercer direitos, impor deveres, outorgar direitos subjetivos. Assim sendo, para determinar o significado do texto legal a aplicar pode proceder-se por interpretação ou por integração. Se há lei, interpreta-se (*comprehensio legis* pelas palavras – *verba* – e pela intenção – *mens*). Se não há lei, procede-se pela *extentio legis* (expressão de glosadores e comentadores)<sup>14</sup>.

Afastamos a *analogia legis* do plano jurídico, porque temos tentado mostrar a impossibilidade de, pela interpretação, fazer coincidir os factos do caso concreto com o abstratamente previsto na norma legal para subsumir o apurado pelo aplicador ao texto da lei, de forma a aplicar a consequência nela prevista (previsão, estatuição, sanção). A solução nunca será justa (nem jurídica) seguindo este processo hermenêutico lógico-extensivo *in legis* (como extensão da lei)<sup>15</sup>.

Não pode ser apenas e só o *telos* da lei a orientar a solução a dar à *quaestio iuris* colocada pelo caso concreto a resolver. A *analogia legis* garante a total vinculação do aplicador à lei sem cuidar da justiça da solução, como prioridade do julgador<sup>16</sup>. Está, por isso, fora do Direito.

Só a *analogia iuris*<sup>17</sup> (não a *analogia legis*<sup>18</sup>) permite compreender a regra de Direito e – sendo usada – pode criar Direito a partir da regra existente: ou porque emenda o seu enunciado para melhor ser aplicada; ou porque exceciona a regra

---

<sup>14</sup> Segundo François Génys, *Methodes d'interpretation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., Vol. 1, pp. 313 e 314.

<sup>15</sup> Cfr. Donati, *Il Problema delle Lacune nell'Ordinamento Statale*, Milão, 1910; Norberto Bobbio, *Teoria Generale dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Turim, 1960, p. 150; Fr. Ferrara, *Interpretação e Aplicação das Leis*, Arménio Amado, Coimbra, 1978, p. 159, nota 1. Ver, para uma crítica da *teoria da neutralização do facto regulado abstratamente na norma legal* que vincula o julgador, Eduardo Vera-Cruz Pinto, “A *interpretativo legis* na norma do artigo 9º do Código Civil e a *interpretativo iuris* no Direito Romano (D. 50.16 e 17)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXII, nº 2, 2021, pp. 15-64.

<sup>16</sup> Ver Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, Vol. 1, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 128; Miguel Maria Serpa Lopes, *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. I., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1959, p.11 e ss; e Henri De Page, *De L'Interpretation des lois*, Vols. I-II, Payot, Paris (1925), 1978, p. 247.

<sup>17</sup> A *analogia iuris* é sintética e opera *ad intelligendum* superando – na subjetividade autoral do jurisprudente que a usa – a mera objetividade da lei.

<sup>18</sup> A *analogia legis* é analítica, segue, por dedução, o princípio *eadem ratio* e está limitada *ad supplendum*. Por isso, encontra-se reduzida na sua ação a limitar o arbítrio do julgador na aplicação de leis vigentes no sistema normativo.

aplicada abrindo um novo processo criador de Direito/*iuris*, pode servir ao pensamento jurídico digital. Só ela (a *analogia iuris*), por ser pessoal/autoral e, nesses exatos termos, subjetiva, cabe no método jurisprudencial de criação de Direito<sup>19</sup>.

O carácter único da solução jurisprudencial dada a um caso também único, ainda que idêntico a outros, pela sua natureza pessoal e autoral visando a Justiça opõem-se frontalmente a um conjunto de leis gerais e abstratas de criação legislativa/política, aplicadas a um caso por juízes burocratas, titulares de soberania e colocados em tribunais, para obter a sua solução no âmbito de um “sistema normativo hierarquizado”. Voltar, com as muitas adaptações necessárias, a um Direito assim criado, pelos jurisperitos, que pode contar com a tecnologia digital e computacional para responder aos desafios atuais assusta – para não dizer que horroriza – os *cientistas do Direito* e os *seguidores da ciência jurídica teórica*<sup>20</sup>, pois põe em causa as suas crenças e convicções.

Só que essas construções “científicas” são o produto específico de um contexto histórico, de matriz positivista, soberanista e analógica, que passou e, nada volta ao que acabou (não permanecerão no tempo que virá, como ensina quem estuda o tema da “durabilidade/precariedade” do Direito). Assusta também os titulares de poderes políticos legislativos e judiciais pois impõe uma transformação política que lhes retira o monopólio de “produção e aplicação do Direito”.

A *analogia iuris* pela sua natureza intrinsecamente jurídica e pelo seu carácter equívoco, sintético, extrapolativo (não interpolativo) e intenso obriga a convocar

---

<sup>19</sup> Está muito além de um uso da *analogia iuris* como interpretação intensiva de regras jurídicas com a função de *Rechtsfindung*, e de uma integração extensiva de textos legais para preenchimento das suas lacunas no adquirido da *Gesetzesauslegung* no pensamento de Savigny interpretado por Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pp. 6 e 66. Não podemos aqui aprofundar a relação complexa entre interpretação lógico-extensiva e analogia, nomeadamente, comparando as perspectivas diversas de Emilio Betti e Norberto Bobbio. Ver, v.g., M. S. Giannini, “L’analogia giuridica”, in *Jus*, 1941, pp. 516-550; e 1942 pp. 35-76. Não se pode confundir “interpretação analógica” (interpretação que se faz de uma norma em confronto com outra) e “analogia” (a analogia é um processo de integração, não de interpretação). Na interpretação lógico-extensiva, o lógico é determinante da *voluntas*; na analogia a *voluntas* é determinante do lógico (exige o processo). A razão é idêntica, o caso é que é semelhante. Cfr. Joaquim Carlos Salgado, “Analogia”, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, pp. 45-76, loc. de ref., p. 70. Tudo à volta da lei e da máxima: “id propter lex lata est, sine quo lata non esset.” Ver George Kalinowski, “Lex et ius (a propòs d’une définition du Droit de Michel Villey)”, in *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, tomo 8, 1963, *Le Dépassement du Droit*, pp. 285-291 (Michel Villey, “Une Définition du Droit”, in *APD*, tomo 4, 1959, pp. 47-65); Giovanni Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, 3ª ed., G. Giappichelli Editore, Turim, 2022.

<sup>20</sup> Friedrich Wilhelm Nietzsche, “Menschliches, Allzumenschliches I und II”, in Friedrich Nietzsche, *Kritische Studienausgabe* – in fünfzehn Bände, Bd. II, eds. Giorgio Colli e Mazzino Montanari, Walter de Gruyter, Berlim, 1988, p. 24, explica.

o direito romano, na sua jurisprudencialidade, para esclarecer os equívocos do princípio: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositivo*<sup>21</sup>. Só por aí se supera a imobilidade de um qualquer sistema de regras, passando de um critério objetivo *eadem ratio* para outro, subjetivo – logo, mais frágil – da *similis ratio*, através da indução jurídica que afasta a dedução normativo-legal.

Havendo a mesma *ratio* (*eadem ratio*) aplica-se a mesma lei. A *ratio legis* é a mesma *ratio decidendi*, para casos semelhantes. A semelhança está entre os casos: o previsto na lei e o não previsto. A igualdade é para os destinatários pela identidade na *ratio* legal. Parte-se da *similitudo casi*, pela *paritas qualitatis*, para chegar à *identitas rationis* ou à causa idêntica.

Entre a lei e a decisão judicial existe um fundamento comum: a realização do justo, que – para o legalismo – se esgota em tratar de forma igual os que se colocam em situações iguais, na previsão normativa estendida pela “semelhante entre caso previsto e caso não previsto”. Que fique claro: isto no plano da *ratio legis*; não da *occasio legis*. A *occasio legis* é de natureza histórica e empírica (acidental e equívoca), não garantindo a mesma decisão judicial. O semelhante leva a uma solução idêntica da lei; o igual possibilita que a solução dada pela lei ao caso se aplique ao caso não previsto na lei.

O critério da *similis ratio* é um dos elementos estruturantes de uma *Rechtsfindung* (procurar a Justiça) necessariamente histórica, positiva e criativa e está apartado do critério tautológico da *Gesetzeauslegung* (interpretação da lei) que se funda na *eadem ratio*<sup>22</sup>. Recordo esta oposição bobbiana (diferente da colocação clássica e savigniana) porque, no plano lógico, a analogia só faz sentido no âmbito da interpretação analítica do direito existente, já colocado em norma, e não para a criação de direito novo.

---

<sup>21</sup> “Onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo dispositivo legal” que se deve ler de forma integrada com a expressão *ad similia procedere atque ita ius dicere debet* (Juliano D. 1.3.12), não significa que o juiz, a partir de semelhanças que encontra entre um fato que a lei prevê e outro que ela não prevê, identifique nos dois a *mesma razão*, devendo, por isso, estender a aplicação da lei que prevê o facto semelhante ao facto nela não previsto. Para os legistas que reduzem a *ratio legis* a *id propter quod lex lata est et sine quo lata non esset* (aquilo pelo qual a lei é posta e sem o qual não seria posta) o que desencadeia a analogia (*analogia legis*) é a máxima: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositivo* (mesma razão, mesma disposição – aqui entendida, pelos interpretes de leis, como norma legal – *dispositio legis* – e não como regra jurídica – *regulae iuris*). Ver C. Grzegorzczyk e Tomasz Studnicki, “Les Rapports entre la Norme et la Disposition Légale”, *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1974, “*La Langage du Droit*”, pp. 234-256. Não podemos tratar dos efeitos deste entendimento do passo de Juliano na elaboração da fórmula de Beccaria, expressa por A. Feuerbach, na máxima: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

<sup>22</sup> Ver N. Bobbio, *L'analogia del diritto*, cit., pp. 66-70.

A analogia procede de modo analítico explicitando o que está escrito na norma e permitindo melhor compreender a razoabilidade do conjunto de normas legais (o sistema normativo)<sup>23</sup>. Logo, com exagero, pode dizer-se que – neste plano – a analogia é um instrumento de objetivação legal. Antes de Bobbio, na concepção historicista do direito, nenhum sistema normativo é definitivo (a analogia ajuda a passar de um sistema para outro) e a sua coerência é imanente, não resultando ou dependendo da analogia.

Não é a analogia que produz a coerência do sistema (vem do passado e está no presente), mas ela pode ajudar a repor ou restaurar (para o futuro) essa coerência. Depois de Bobbio, a analogia não é nem um instrumento de restauração do sistema nem de transição de um sistema para outro. É a analogia, na sua oposição *similis ratio* e *eadem ratio*, que – através da restrição analítica – funda o sistema normativo e garante a sua coerência. Claro, tudo assenta na relação entre lógica e analogia e na dialética de complementaridade entre microestrutura (latente) e macroestrutura (patente) normativo-sistémica do Direito<sup>24</sup>.

Estamos tão habituados à visão kelseniana do Direito que faz da forma um conteúdo, num formalismo que se quer igual ao da lógica ou da matemática, que nos esquecemos de uma incapacidade estrutural do Jurídico de seguir processos similares à indução matemática ou à dedução lógica no âmbito do método jurisprudencial com características específicas no modo de formular inferências indutivas, proporcionais e analógicas.

Em Direito, quando e se a analogia entra em conflito com a lógica o resultado não é uma degeneração irracional, porque a lógica não cobre todo o espaço do racional, deixando a analogia a completar esse espaço, criando um conjunto jurídico de razoabilidade. A razoabilidade é uma palavra que permite fazer uma ligação flexível entre razão e vontade, sem extremar para um ou outro lado. Evitamos,

---

<sup>23</sup> Uma razoabilidade como “razão fraca” ou ténue (a “razoabilidade” verifica se as razões são validadas por uma fundamentação; a “racionalidade” analisa se a decisão tem ou não alguma razão) que não se confunde com a regra da ‘reasonable person’ na qualificação da negligência entre os graus de culpa; com a proibição de ‘unreasonable searches and seizures’ da 4.<sup>a</sup> Emenda em matéria de buscas; com a ‘rule of reason’ como parâmetro de avaliação no direito da concorrência; com a reasonableness ligada ao controlo judicial dos actos da Administração Pública. Ver Susana Tavares da Silva, “O Princípio da Razoabilidade”, in *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, pp. 207-234; “O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 88, 2013, pp. 639-678; v. David Zaring, “Rule by Reasonableness”, in *Administrative Law Review*, n.º 63, 2011, p. 525-560.

<sup>24</sup> Não podemos aqui tratar o tema, ainda que *praeter necessitatem*, no ângulo da “crise da fundação” do sistema jurídico-normativo.

assim, a querela entre seguidores de Savigny e os seus críticos sobre os excessos da vontade<sup>25</sup>.

O pensamento analógico atual liga legitimidade a legalidade (Savigny) mantendo a rigidez mórbida do direito dado/vigente sob a forma de normas legais e sentenças que as aplicam, visando mais a segurança do sistema que a *justiça do caso concreto*<sup>26</sup>. O elemento histórico da criação de Direito (jurisprudencial) tem de superar o elemento lógico do pensamento jurídico que o valida como lei (direito positivo-normativo).

Estamos preparados para pensar e criar o Direito que a Sociedade Digital precisa<sup>27</sup>?

Para criar Direito na Sociedade Digital é preciso uma disrupção<sup>28</sup>. O Digital é a disrupção. Uma disrupção que já se iniciou pelo discurso. As palavras do Direito arrumadas em conceitos jurídicos e instrumentos para expressar ideias e identificar

---

<sup>25</sup> Ver, v.g. M. Brutti, “Storiografia e critica del sistema pandettistico”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, IV, 1979, pp. 317-360; e Pierre Bordieu, *O poder simbólico*, trad. F. Tomaz, Bertrand, Rio de Janeiro, 2009, p. 216. Não cabe aqui tratar do caráter operativo/instrumental da objetividade no raciocínio jurídico mesmo sem qualquer referência semântica literal (logo, sem fundamento objetivo). Retomando o tópico da tragédia de Sófocles entre a vontade de Creonte, que não quer o seu inimigo sepultado, e a vontade de Antígona, que quer o contrário, mas apresenta a “sua vontade” como um imperativo de verdade, uma imposição da lei natural, superior às vontades de cada um, logo que não depende dela porque tem uma “validade objetiva”. Ora, a maior dificuldade do pensamento jurídico digital será a de manter a *retórica da objetividade* expressa na neutralidade das formulações linguísticas do discurso “jurídico” que dão a aparência de imparcialidade dos juízos garantindo a sua aplicação ou efetivação (Freud, Weber).

<sup>26</sup> A *justiça do caso concreto* não se resume a um entendimento restritivo da equidade. Cícero, mais advogado retórico e legislador dialético que jurisprudente empenhado, reduziu a equidade no direito à analogia da filosofia, na sua dupla vertente lógica e axiológica, numa visão racional (operativa e valorativa) que menoriza a razoabilidade jurisprudencial na relação regra jurídica/caso concreto. Ver Marco Túlio Cícero, *Tópica*, IV-23, in *Oeuvres Complètes de Cicéron*, Tomo I, Ed. M. Nisard. T. I. Paris, J.J. Dubochet et Compagnie, 1840, p. 492: “*Quod in re pari valet, valet in hac, quae par est: ut, Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appelliantur, et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus. Valeat aequitas, quae in causis paria iura desiderat*”. A equidade, pela analogia, como justiça do caso concreto não se resume à igualdade de tratamento perante a lei, como se quer fazer crer a partir de Cícero, *De Officiis*, livro II, cap. 12: “*ius enim quaesitum est semper aequabile, neque enim aliter ius esset*”; e *Tópica*, IV-23: “*Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat*”. A igualdade é um elemento da Justiça, mas não é o fundamento da analogia na equidade como justiça do caso concreto. Ver Gabrielle Dufour-Kowalska, “Philosophie du Fondement et Fondement du Droit”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 27, 1982, *Sources du Droit*, pp. 191-208.

<sup>27</sup> É preciso pensar o Direito, no âmbito de uma área específica e autónoma do saber (jurídico) que, visando a Justiça (o conceito universal aceite em cada época), pressupõe um contexto cultural comum centrado na pessoa de cada ser humano (parte) e na coesão social (todo) através de um consenso político.

<sup>28</sup> Ver S. Bresciani, *Le innovazioni dirimpenti*, Turim, 2016, pp. 35 e ss.; G. Corasaniti, *Il diritto nella società digitale*, Milão, 2018, pp. 54 e ss.

institutos no mundo físico apreendido pelo pensamento analógico, com milênios de experiência acumulada, não servem para o mundo virtual do ciberespaço e para a regulação jurídica de que ele carece. O desconhecido tem de ser apreendido com os nomes certos de uma linguagem universal integrada (que não pode ser um novo discurso jurídico, mas uma outra forma de dizer o Direito) para que o Direito tenha a sua oportunidade<sup>29</sup>.

Não podemos manter a *forma mentis*, os meios de compreensão, as representações e significados, o ensino jurídico, as instituições e o pensamento que temos hoje, ligados a uma realidade analógica que se esvanece rapidamente<sup>30</sup>.

As fórmulas tecno-linguísticas usadas pelos legisladores nas normas legais abstratas estão intrinsecamente ligadas a funções dogmáticas desenvolvidas pelos juristas ou a paradigmas teóricos compartilhados pela comunidade jurídica, que procuram apresentar o opinativo como científico ou a escolha maioritária no plano político e o juízo volitivo dos legisladores como pressupostos jurídicos racionais, universalmente inquestionável.

Assim, as sentenças dadas pelos juízes estão limitadas a uma interpretação objetiva uniforme (segurança) das normas legais aplicáveis (certeza) feitas *a priori* (seja a solução judicial do caso justa ou não), como se o direito – mais contingente que necessário – fosse determinável e pudesse ser criado por previsão normativa, em abstrações e generalizações, sem validação jurídica por jurisperitos. A doutrinação no ensino universitário do Direito (a relação entre doutrinador e doutrinado é hierárquica) tem impossibilitado um pensamento crítico capaz de adaptar a criação e aplicação do Direito à realidade social e às expectativas das pessoas<sup>31</sup>. A sociedade digital requer uma mudança destes paradigmas.

---

<sup>29</sup> Sendo um tema com infindável bibliografia, ver os estudos publicados em *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1974, “*La Langue du Droit*”.

<sup>30</sup> Já estamos muito além do que se escreveu sobre os efeitos da quarta revolução industrial (*Klaus Schwab, A Quarta Revolução Industrial*). A revolução digital dispensou as estruturas industriais e impediu a possibilidade da sua adaptação e ergueu bases tecnológicas próprias que obrigam a uma rutura epistemológica e cognitiva no pensamento jurídico atual, pois não existem linhas de continuidade jurídica ou de permanência conceptual e de institutos da dogmática jurídica com a nova realidade virtual do ciberespaço. Podemos pensar analogicamente o direito digital, mas não podemos criar direito digital ou para a Sociedade Digital, com os meios e as mentalidades próprias do pensamento analógico. Ver, v.g., *AA. VV. Frontiere digitali del Diritto*, org. D. Gaspare, S. Pietropaoli, M. Imbrenda e R.M. Agostino, Turim, 2022; A. Koestler, *The Act of Creation* (1964), 2014, pp. 443-444.

<sup>31</sup> Já ensinava Michel Foucault, *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*, trad. L. M. P. Vassallo, Vozes, Petrópolis, 1988, p. 30, que o poder determina as formas de produção do saber e o saber, assim produzido, determina as formas do poder e perpetua as elites e os privilégios através da normação legal (ver M. Wertheimer, *Productive Thinking*, trad. do alemão *Produktives Denken*, Frankfurt-Main, 1957). O

Como mudar e para quê?

O pensamento jurídico analógico procurou ligar o concreto ao geral, isto é, a *iurisprudencia* do caso concreto que o resolve à filosofia geral<sup>32</sup> (ou filosofias universais) que o compreende; ou melhor, visou intermediar entre a lógica que deduz<sup>33</sup> e a dialética que induz<sup>34</sup>. Como pensamento sistemático investiu na ciência, pela abstração na norma legal arrumada no “sistema jurídico”<sup>35</sup>.

---

legislador-jurista e o juiz-jurista são legitimados/validados, politicamente, por uma competência sem *sapientia iuris* (competência no sentido dogmático: autorização para produzir normas legais válidas e eficazes; no sentido epistemológico: conhecimento técnico para criar, interpretar e aplicar normas legais). Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. J. B. Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 363, procurou disfarçar – sem êxito – esta oposição estrutural/identitária entre o Político (poder) e o Jurídico (saber) na diferença entre a interpretação autêntica (políticos) e a não autêntica (juristas.). Ver Giorgio Pino, *L'interpretazione nel Diritto. Come un Trattato*, Giappichelli, Turim, 2021, pp. 315-329.

<sup>32</sup> A compreensão integral de um caso concreto de litígio entre partes desavindas implica a sua integração num conjunto geral de regras jurídicas. A *univocidade* do conjunto das regras implica o *equivocidade* da parte (dos casos específicos) e vice-versa. Daí a dificuldade de uma ontologia unívoca já experimentada por Croce na compreensão do “facto individual” e de Wittgenstein para entender o “facto linguístico”. Por Aquilo a que T. De Mauro, *Introduzione alla semântica*, Bari, 1966, chamou o “quiasma ontológico”. Pode complicar-se esta conexão se subirmos para os *transcendentalia*, onde o analógico se realiza pelo lógico e pelo ontológico e a simetria se materializa numa inversão de sentidos entre *univocidade* e *equivocidade* (sem abdicar da média geométrica como *tertium comparationis*). Teríamos, então, de explorar os “atributos e modos” de Espinosa (*Eth. More geom.*, Def. iv) e a célebre conclusão de Francis Bacon: *naturae non imperatur nisi parendo* (a natureza não é ordenada exceto dando à luz).

<sup>33</sup> Ver Mauro Orlandi, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, 2021, Bolonha, pp. 53 e ss. “Concetto di Fonte. Fonte materiale e immateriale”

<sup>34</sup> Foi Platão que nos deu como instrumentos diversos da simetria a linha e o círculo. Na filosofia opõem-se; no Direito conjugam-se para ligar o concreto ao geral. Ver Enzo Melandri, *La linea e il Circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, (2004), 2021. Aqui, a dialética é entendida como a “lógica da contradição”, logo da complementaridade. Aqui, como na alegoria benjaminiana da linha e do círculo, a antítese não implica uma contradição, mas uma simples contrariedade. A oposição dialética não é nem dicotomia, nem bipolaridade excludentes, mas diferença em coexistência, ligada ao objeto – logo concreta, na realidade casuística. Estamos longe da proposta hegeliana que faz da dialética formal uma lógica (assumindo a separação entre ontologia – irreduzível à semântica – e lógica – sem primado face à ontologia, para não abrir o caminho ao idealismo) independente e afastada do objeto conhecido, a caminho de um dogmatismo. Também estamos afastados de Kant (que dedicou a terceira das suas *Críticas ao Juízo Analógico*) e dos neo-kantianos, que tratam a relação entre a identidade e a analogia, como v.g. H. Hoffding (*Der Begriff der Analogie*, Leipzig, 1924). De uma forma paulatina e indelével, a identidade lógica deu lugar ao analógico da *identitas indiscernibilium*. Não podemos tratar do tema nos pós-hegelianos Marx, Darwin e Freud, nem nos antagônicos Nietzsche e Heidegger. Interessa, apenas, não esquecer, olhando para as origens, que a ciência platônica está fundada na dialética e que a ciência aristotélica impôs a redução da dialética à retórica – depois seguir pelo contraste entre aristotelismo e galileísmo nos nós problemáticos do pensamento jurídico posterior.

<sup>35</sup> Sem poder aqui entrar na dicotomia conceptual sistema/ordenamento em Direito ver Joseph Raz, *O Conceito de sistema Jurídico. Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*, Martins

A atitude metodológica da atual dualidade arte/ciência resulta do *quiasma ontológico*: o que importa é saber se, em Direito, todo o nome, por referência ao seu objeto, é definível<sup>36</sup>. A resposta está na opção pela interpretação realística (procura tornar unívoca a ontologia) ou nominalística (procura tornar unívoca a lógica separando-a da semântica nominal). No discurso jurídico a parte nominal não é

---

Fontes, São Paulo, 2012; Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. Antônio Menezes Cordeiro (*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker und Humblot, 1969), Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 2002 (Antonio Menezes, “Introdução à edição portuguesa da obra Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”); (<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/343067/claus-wilhelm-canaris-o-sistemizador> – coord. de Karina Nunes Fritz); Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Conceito de sistema no direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*, São Paulo, RT, 1976; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª edição, trad. José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997; Giorgio Lazzaro, “Sistema giuridico”, in *Novissimo Digesto Italiano*, T. XVII; Nelson Saldanha, “Sistema jurídico”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Vol. 69; Luciano de Camargo Penteado, “Sistema e direito privado: panorama histórico e perspectivas para uma racionalidade construtiva”, in *Revista de Direito Privado*, n. 16, 2003; Carin Prediger, “A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central”, in AA. VV. *A Reconstrução do Direito Privado*, org. Judith Martins Costa, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002. Ver, também, Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Cláudio De Cicco e Maria Santos, Universidade de Brasília, Brasília, 1994.

<sup>36</sup> A ligação (*quiasma*) entre o objeto a conhecer e o nome que o designa é, em Direito, conseguido através do conceito jurídico; não da definição legal. O quiasma ontológico-jurídico tem o seu fundamento mais na arte do justo que na ciência jurídica, mas não existe oposição antes complementaridade entre as duas perspectivas (o que existe é uma reabilitação ontológica da noção jurídica de *ars inveniendi* no âmbito da relação eu/outro). O quiasma ontológico foi pensado pelo filósofo da arte M. Merleau-Ponty (*Le Visible et l’Invisible* suivi de Notes de travail. Édition de Claude Lefort, Gallimard, Paris, 1964; *La Nature*, Éd. Seuil, Paris, 1995) na tentativa de ultrapassar a antinomia entre determinismo e livre poder de iniciativa por meio de um vínculo, de um elo, de um quiasma entre natureza e liberdade. É uma alternativa à proposta kantiana: pensar o quiasma é pensar conjuntamente a natureza e a liberdade, o corpo e o espírito. Ver Luiz Damon Santos Moutinho, “Natureza e Liberdade em Quiasma”, in *É. Revista Ética e Filosofia Política*, n.º XXIII, Vol. I, junho de 2020, pp.13-23; Renato dos Santos, O sentido ontológico da alteridade segundo Merleau-Ponty, in *Sapere Aude*, Revista de Filosofia PUC – Minas, vol. 9, n.º 17, jan./jun. 2018, pp. 237-254. (<https://doi.org/10.5752/P.2177-6342.2018v9n17p237-254>); Acylene M.C. Ferreira, *Verdade e interpretação*, Quarteto Editorial, Salvador da Baía, 2013; Renaud Barbaras, *De l’être du phénomène sur l’ontologie de Merleau-Ponty*, Grenoble, Jérôme Millon, 2001; Marilena Chauí, *Experiência do pensamento: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty*, Martins Fontes, São Paulo, 2002; Ericson Falabretti, “Estrutura e ontologia na obra de Merleau-Ponty”, in *Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba, Vol. 25, n.º. 37, jul./dez., 2013, pp. 305-341; Marcus Sacrin Ayres Ferraz, *Fenomenologia e ontologia em Merleau-Ponty*, Papirus, Campinas SP, 2009; Wosvaldo Fontes Filho, “Considerações sobre o lugar da alteridade em Merleau-Ponty”, in *Reflexão*, Campinas, Vol. 31, n.º. 89, 23, jan./jun., 2006, pp. 11 e ss.; AA. VV. *Ontology and alterity in Merleau – Ponty*, eds. Galen A. Johnson e Michel B Smith, Northwestern University, Illinois, 1990.

semântica (*syncategorematica* – G. Occam) e a parte não-nominal é lógica escapando-se assim às implicações ontológicas na escolha dos nomes, termos e expressões que compõem o discurso.

O Direito é, na essência, *ars inveniendi*, que se cria através de uma filosofia que o pensa (não como *facto de pensamento* mas como *modo de pensar*) como instrumento de Justiça e não no âmbito de uma ideologia científica centrada no positivismo sistemático-normativo de Estado. A ciência tem nomes técnicos cujo significado é determinado mais pela hermenêutica que pela semântica. Se a nossa indagação fosse: “o que é a ciência jurídica?”, teríamos de aferir o que é comum ao Direito e às ciências (analogia). Esse seria o critério para dizer o que é científico no Direito.

Só que, o neo-Kantianismo e o positivismo legalista reduziram o objeto do conhecimento jurídico ao normativismo científico, destruindo a ideia de objetividade pelo caso concreto. Ora, não se pode reduzir a gnoseologia jurídica a um problema de “método de conhecimento” sem destruir a autonomia do objeto de conhecimento e a alteridade no processo de conhecer. Em Direito, o método é encontrado em função do objeto e, por isso, os métodos de criação de regras jurídicas – isto é, de Direito – são, apenas um: o jurisprudencial (evitando-se a aporia da pluralidade radical de métodos).

Afastada a criação normativa de Direito pela forma (método) de constituição do seu objeto, podemos reformular a objetividade jurídica pela recusa da hegemonia da racionalização e pela alteridade radical do contraditório expresso pelas partes em conflito (dialética identidade/alteridade, ou melhor, identificação/assimilação). O Direito seria, quando muito, no ideal da *theoretiké episteme*, da *reine Wissenschaft*, uma ciência teórica porque trata do seu objeto sem alterá-lo.

Como pensamento indutivo, o pensamento jurídico tornou-se mais sintático que semântico<sup>37</sup>. Pensamento indutivo que pressupõe o Direito como um todo

---

<sup>37</sup> Ver Hilário Franco Júnior, «*Similibus simile cognoscitur*. O pensamento analógico medieval», in *Medievalista* [Online], 14 | 2013, posto online no dia 01 julho 2013, consultado a 15 janeiro 2023. URL: <http://journals.openedition.org/medievalista/344>; DOI: <https://doi.org/10.4000/medievalista.344> = “Modelo e Imagem: o pensamento analógico medieval”, in *Bulletin du Centre d'Etudes Médiévales*. Hors Série 2 (2008). <http://cem.revues.org/index9152.html> (online desde 28/2/2009), reproduzido em *Os três dedos de Adão. Ensaios de mitologia medieval*, Edusp, São Paulo, 2010, pp. 93-128. O pensamento analógico está mais ligado à oralidade e o pensamento lógico à escrita. Ver Bertrand Russel, *Logic and Knowledge: Essays 1901-1950*, Notthingam, 1956; *Our Knowledge of the External World: as a Field for Scientific Method in Philosophy*, Londres, 1993, pp. 78 e ss.). Também em Roma, a expressão escrita, pelos jurisperitos, dos seus pareceres e respostas levou a maior uso da lógica dedutiva que da analogia indutiva. Como não lembrar aqui Pedro Lombardo, *Sententiae*, III, VIII,2.

coerente onde a heterogeneidade (composta por contiguidades, homologias, simetrias, oposições, correspondências, comparações) não pode ser uniformidade. Mas onde o concreto só se compreende e tem sentido no âmbito do todo. A solução do caso concreto não vale por si só nem tem utilidade ou sentido, se não estiver integrada no conjunto das soluções e das regras que fazem um todo comum e coerente no Direito. Por isso, o pensamento analógico é indutivo, porque extrai as conclusões de elementos exteriores à coisa examinada, enquanto o raciocínio dedutivo o faz a partir da própria coisa observada<sup>38</sup>.

Aqui chegados, podemos colocar as questões fundamentais sobre o modo de pensar o objeto do conhecimento jurídico na sociedade digital pela forma de conhecer o objeto do Direito digital através do pensamento jurídico.

A criação de Direito na Sociedade Digital será compatível com o pensamento analógico<sup>39</sup> que está na base das fontes atuais de Direito? Há uma alternativa viável para pensar o Direito e as suas fontes de criação numa sociedade cada vez mais digitalizada<sup>40</sup>? O pensamento analógico, na sua atual expressão jurídica<sup>41</sup>, será

---

Quaracchi: *Colegii S. Bonaventurae*, 1971, p.429: “*nam cum oramus, cum Deus ipsi loquimur; cum vero legimus, Deus nobiscum loquitur*” (quando oramos falamos com Deus, quando lemos é Deus que fala connosco). Ver também U. Scarpelli, *Contributo alla semântica del linguaggio normativo*, Milão, 1985, pp. 52 e ss.; C. Luzzatti, *La vaghezza delle norme, analisi del linguaggio giuridico*, Milão, 1990.

<sup>38</sup> Cícero, *De l'invention*, trad. Guy Achard, Les Belles Lettres, Paris, 1994, I,31-34, pp.102-107.

<sup>39</sup> Este pensamento compreende relacionando coisas diferentes (semelhança relacional), estruturalmente alinhadas, a partir de representações abstratas (que não se prendem ao pormenor, ao concreto). Ver Luigi Turco, “Il pensiero analógico”, in *Lingue e Stile*, VI, I, 1971, pp. 139-145 (revisão a Enzo Milandri, *La Linea e il circolo*, 1968); Enzo Melandri, “Su quel che c'è, e quel che immaginiamo che sai (O della principale equivocazione del termine “rappresentazione”)”, in *Discipline Filosofiche*, I, 1991, I, pp. 121-136.

<sup>40</sup> Onde se normalizou o uso da Inteligência artificial, *learning machine, blockchain, cloud computing, internet of things, streaming* (distribuição digital), serviços *on demand*, transportes *driverless, smartphones*, etc. Não tratamos aqui da utilização da IA pelo Direito (*AI for Law*), mas de procurar compreender que a criatividade e o discernimento humanos que criam e aplicam Direito não podem ser substituídos pela IA nessas tarefas. Nem a emotividade humana e a especificidade do seu raciocínio podem ser reproduzidas/replicáveis por e em máquinas. A robotização humanóide dos julgadores (que não são meros decisores) é uma utopia negra pois o ser humano não olha o robot humanóide como um outro (a impossível alteridade numa improvável identidade, marcada pela incomunicabilidade). Reconhecer o outro como outro humano diferente, é condição essencial para a pessoa humana se expor à alteridade.

<sup>41</sup> A natureza transhistórica da analogia, como procura de similitudes, garante a sua contínua aplicação ao Direito. Se, no entanto, o pensamento analógico se expressar apenas através de analogismo figurais e interpretação analógicas de normas legais fica muito aquém da sua potencialidade na aplicação ao Direito (sobre a interpretação analógica, que não tratamos aqui, ver o que escrevemos

substituído pelo pensamento digital<sup>42</sup>? Ou será com ele compatibilizado, se soubermos superar o reducionismo científico-legal que hoje o diminui?

Não existe uma resposta consensual para as perguntas feitas, mas existem pistas para pensar os problemas colocados, além das soluções práticas encontradas pelos legisladores para resolverem questões concretas a que precisam de acudir. Fazem-no de forma pavloviana, atomística, improvisada e imprudente com custos indizíveis para os direitos das pessoas, sem preocupação de juridicidade e, por isso, para a credibilidade do Direito<sup>43</sup> em sociedades que tanto dele carecem.

---

em “A *interpretativo legis* na norma do artigo 9º do Código Civil e a *interpretativo iuris* no Direito Romano (D. 50.16 e 17), in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXII, nº 2, 2021, pp. 15-64). O pensamento analógico será dominante se o Direito for integrado e diluído nas ciências sociais (S. Faro, A. Tartaglia Polcini e N. Lettieri, *Diritto e tecnologia. Verso le scienze sociali computazionali. Attualità e orizzonti dell’informatica giuridica*, Nápoles, 2012; Max Turner, *The artful mind: Cognitive science and the riddle of human creativity*, OUP, Oxford, 2006; F. Braudel, *L’identité de la France. Espace et histoire*, Arthaud-Flammarion, Paris, 1986, p.15; AA. VV. *Métaphores et analogies, schèmes argumentatifs des sciences sociales*, número temático da *Revue européenne des sciences sociales*. Genebra. 38, 2000, pp. 117 e ss.; Michel Foucault, *As palavras e as coisas. Uma arqueologia das Ciências Humanas* (1966), trad. António Ramos Rosas, Edições 70, Lisboa, 2005, p.73; Alexandre Kojève, “L’origine chrétienne de la science moderne”, in *Mélanges Alexandre Koyré*, Hermann, Paris, 1964, vol.II, pp.295-306; A. Gnisci e A. Pedon, *La ricerca nelle scienze sociali com i log-lineari*, Roma, 2011). Mas, se o Direito for considerado no âmbito das Humanidades (não reconduzíveis às ciências humanas), a imprescindível analogia terá um papel relevante, no pensamento jurídico digital que, assim, beneficiará do importante contributo do pensamento analógico. Ver, v.g., H.J. Shalin, *Data Analytics in Digital Humanities*, Manhattan (Kansas), 2017, pp. 170 e ss.

<sup>42</sup> Não sabemos ainda o que será pensar digitalmente o Direito, mas estará sempre relacionado com o emprego de tecnologia e ciberespaço, agilidade e interdisciplinaridade, velocidade e criatividade, formação contínua e qualificação constante, abertura à inovação e à mudança, aceitação do outro diferente, na sua integralidade diferenciadora, alteração comportamental e renovação institucional, competências técnicas e sociais e habilidades mentais, mobilidade física e sensibilidade ambiental, intuição e racionalidade, sabedoria jurídica e cultura clássica, atitude futurista e posicionamento vanguardista, combinação de saber com fazer e de experiência com risco, jurimetria e ciberjustiça. Ver U. Pagallo, *Introduzione alla filosofia digitale: da Leibniz a Chaitin*, Turim, 2005; B. Giolito, *Guida filosofica all’intelligenza artificiale*, Reggio Emilia, 2019; Z. Bauman, *L’arte della vita*, Bari, 2008, pp. 86 e ss.; G. Balandier, *Società e dissenso*, Bari, 1977, pp. 262 e ss.; W. Isaacson, *Gli innovatori*, Milão, 2014; R. Borroso, S. Russo e C. Tiberi, *L’informatica per il giurista. Dal Bit a internet*, Milão, 2000. O acento tónico está sempre na inovação. Ver R. Hastings e E. Meyer, *L’unica regola è che non ci sono regole: Netflix e la cultura della reinvenzione*, Milão, 2020; L. Keeley, R. Pikkell, B. Quinn e H. Walters, *I tipi di innovazione: l’arte di costruire svolte decisive*, Milão, 2014, pp. 207 e ss.; S. Vicari, *Innovazione*, Milão, 2016; Enzo Melandri, “Filosofia come critica della conoscenza e impegno interdisciplinare”, in “*Tratti*”, XV, 50, 1999, pp. 92-109.

<sup>43</sup> A credibilidade do Direito requer conceitos diferentes como confiança, transparência, reputação, argumentação, legitimidade, efetividade, validade, juridicidade; funde tópicos tão diferentes como a credibilidade da Justiça, do discurso jurídico, dos tribunais, dos juízes, dos legisladores, dos

Foi já superada a dicotomia entre os métodos axiomático<sup>44</sup> e tópico<sup>45</sup> – com referências autorais em Aristóteles e Cícero – porque o Direito, como criação humana, não pode ser só lógico ou logicamente formalizado em sistemas normativos hierarquizados, uma vez que tem elementos materiais que tornam os seus conteúdos variáveis, instáveis e inintegráveis em esquemas preconcebidos ou sentenças orientadas por *topoi* e fundadas em precedentes<sup>46</sup>. Porque assim é o ser humano e a Humanidade<sup>47</sup>. Hoje estes métodos estão esbatidos pois interconectaram-se<sup>48</sup>.

---

jurisprudentes; e suscita binómios como subjetividade e seriedade, verdade e mentira, saber e poder, simplicidade e complexidade, regra jurídica e norma legal, fontes de direito e representação política. Ver, v.g., Pedro Parini, “Ironia como garantia de credibilidade d discurso jurídico”, in *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, nº 69, jul./dez. 2016, pp. 567-599; Claire Colebrook, *Irony*, Routledge, Londres e Nova York, 2006, p. 23; Giuseppe Vettori, *Effettività fra Legge e Diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milão, 2020.

<sup>44</sup> Método lógico-dedutivo em que conceitos e normas derivam de axiomas inseridos num sistema hierarquizado de normas positivado em Constituições e Códigos. Ver Roberto Vernengo, “Le droit est-il un Système?” in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 36, 1991, *Droit et Science*, pp. 253-264. Na sociedade digital atual está ultrapassado o método de criação jurídica próprio do constitucionalismo estadual oitocentista e suas tentativas de sobrevivência no século XXI e a codificação dos direitos como expressão técnico-normativa da sua juridicidade, resultantes dos movimentos constitucionais e da codificação que marcam a vitória da Política (lei) sobre o Direito (regra jurídica). Ver N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milão, 2007; F. Spina, “Trasformazioni e paradossi della giurisdizione come fenomenologia della stadualità”, in *Sociologia*, I, 2017. Não podemos tratar, na formalização de conceitos jurídicos como projeções formais, da dialética entre a *equivocidade inicial introdutória* e a *equivocidade final ou interpretativa* desenvolvida por L. Wittgenstein no *Tractatus* 5.452.

<sup>45</sup> O método tópico orienta-se para o problema, o conflito, o caso e a técnica de pensar (pensamento aporético). Aqui a norma que tenta resolver o caso não é deduzida do sistema, pois o que aqui importa é encontrar os *topoi* que orientam o julgador na aceitação das premissas e argumentos de cada parte em confronto (Cícero). Logo o método é indutivo e empírico para chegar à justiça material do caso. A tópica (Esser, Viehweg) é o método de criação jurídica que parte do caso concreto.

<sup>46</sup> Ver José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004; Filippo Patroni Griffi, “Consuetudine e usi giudiziari” e diritto giurisprudenziale”, in *AA. VV. Il vincolo giudiziale del passato. I Precedenti*, org. Alessandra Carleo, Il Mulino, Bolonha, 2022, pp. 255-268. D.01-728; V. Capasso, “L’intelligenza artificiale come vettore di “legal transplaint”: la suprema corte del popolo dal “caso” al “precedente””, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, pp. 157 e ss.; Eduardo Vera-Cruz Pinto, *História do Direito Romano I. Síntese Geral*, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 15-34.

<sup>47</sup> Mesmo que – para alguns – em ambiente de pós-humano. Ver M. Farci, *Lo sguardo tecnologico. Il postumono e la Cultura dei consumi*, Milão, 2011, pp. 69 e ss.. A preservação da Humanidade da pessoa humana como sobrevivência do Direito passa pelo humanismo/personalismo digital. Ver D. Fiormonte e T. Numerico e F. Tomasi, *Lumanista digitale*, Bolonha, 2010; *AA. VV. Dall’Informatica umanistica alle culture digitali. Atti del Convegno di Studi (Roma 27-28 ottobre 2011)*, in *Memoria di Giuseppe Gigliozzi*, org. F. Ciotti e G. Crupi, Roma, 2012, pp. 30 e ss.; C. Taylor, *Etica e umanità*, org. P. Costa, Milão, 2004. Também não interessa aqui a “consciência digital” dos jurisprudentes

Ora, o Direito – por natureza – escapa à captura sociopolítica da normatividade *a priori*<sup>49</sup> e à integração no sistema da lógica formal axiomática<sup>50</sup> que se opõe à analogia como forma de acesso ao conhecimento jurídico<sup>51</sup>.

A natureza material do Direito capaz de Justiça, implica valoração autoral na criação, medida social pelo caso concreto na aplicação e analogia na compreensão. Por isso, o Direito Romano é, mais uma vez, a referência de Juridicidade para pensar o Direito nas sociedades digitais<sup>52</sup>.

---

e a resistência à mudança de formas de aprender, conhecer e trabalhar. Ver M.S.A. Graziano, *Ripensare la coscienza. Una teoria scientifica dell'esperienza soggettiva*, Turim, 2020; G. Sartor, M.A. Biasiotti e F. Turchi, *Tecnologie e abilità informatiche per il diritto*, Turim, 2018; AA. VV. *Web e lavoro, profili evolutivi e di tutela*, org. P. Tullini, Turim, 2017 (ver o contributo de M. Daquino, pp. 111 e ss.); Natalino Irti, “Persona e mercato”, in *l'ordine giuridica del mercato*, 2ª ed., Laterza, Roma, 2004. Mas importa ainda perguntar: os objetos digitais inorgânicos podem ser pensados em termos de autoconsciência subjetiva? A ontologia jurídica e o materialismo normativo ainda são chaves para entender as transformações radicais e rápidas a que as tecnologias digitais nos expõem? Continua a ser imprescindível ler Catherine Malabou, “Epigenetic Mimesis: Natural Brains and Synaptic Chips”, in AA. VV. *Life in the Posthuman Condition. Critical Responses to the Anthropocene*, Eds. S. E. Wilmer, Audronė Žukauskaitė, 2023.

<sup>48</sup> Ver *Archives de Philosophie du Droit*, tomo XV, 1970, “Philosophies du Droit Anglaises et Américaines et Divers Essais”.

<sup>49</sup> Sem possibilidade de aprofundar a proposta kantiana de um novo sistema de teorização racional que substitua o pensamento clássico moldado na dualidade de juízos analíticos – *a priori*/sintéticos – *a posteriori* por uma outra dualidade *pars destruens/pars construens*. Não podemos tratar da dimensão jus filosófica da diferença entre *a priori* e *a posteriori* (v.g. a gnoseologia é uma teoria *a priori* da ciência e a epistemologia é um conhecimento *a posteriori* da ciência). Kant na *Crítica da Razão Pura*, formula a *analogia da experiência* como um princípio puro do entendimento, logo, como uma analogia de relações (colocada na categoria das relações: substância, causalidade e reciprocidade). G.W.F. Hegel, *Enzyclopädie der Philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Zurkamp, Frankfurt, 1981, pp. 341 e ss., ao entender a analogia como raciocínio reflexivo em que o termo médio é um singular determinado, ao mesmo tempo, como universal, situa-se na *analogia de atribuição* (aplicada a coisas).

<sup>50</sup> O pensamento sistemático no Direito aceitando os tópicos como axiomas não os consegue fundamentar juridicamente. Ver Engisch, *Studium generale*, 10, 1957, pp. 177 e ss.; contra Klug, *Juristische logik*, 2ª ed., 1958, pp. 15 e ss. e 148 e ss. Ver, também, George Kalinowski, “De la spécificité de la logique juridique”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 11, 1966, *La Logique du Droit*, pp. 7-24; Leandro Martins Zanitelli, “Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura?”, in AA. VV. *A Reconstrução do Direito Privado*, org. Judith Martins Costa, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

<sup>51</sup> Sobre a “guerra civil entre analogia e lógica” (a expressão é de Giorgio Agamben, “Archeologia di un'Archeologia”, cit., p. XIII), ver H. Reichenbach, *Experience and Prediction. Na Analysis of the Foundations and Structur of Knowledge*, Chicago e Londres, (1938), 1961, §§ 35-36.

<sup>52</sup> Sobre a ligação entre Direito Romano e Filosofia do Direito, dos muitos estudos publicados, ver Michel Villey, “Le Droit Romain dans la Philosophie des Rechts de Hegel”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 16, 1971, *Le Droit Investi par la Politique*, pp. 275-290.

No Direito Romano a criação de regras jurídicas e de soluções justas parte sempre do caso, do conflito, que gera a problemática causada pelo contraditório entre as partes<sup>53</sup>. Essa premissa casuística implica a criação de Direito pelos jurisperitos, deixando as leis para os políticos e a sua tarefa de governar a Cidade.

As complicações teóricas ligadas à indução e dedução que, em Roma, partiram dos escritos de Cícero e da crescente politização do Direito e são características do pensamento jurídico analógico precisam de ser afastadas para que o Direito possa ser útil à Justiça nas sociedades digitais em que estamos. Sociedades onde quase todas as bases idiossincráticas e as estruturas mentais para pensar o Direito e as instituições judiciárias não servem para resolver os novos problemas políticos, responder às expectativas sociais e enfrentar as angústias existenciais das pessoas.

Nas sociedades digitais o relativismo moral, a fragmentação social, a solidão pessoal, a crise da representação política, a manipulação mediática, a dependência digital, a falta de leitura, os excessos de consumo, a destruição ambiental, o aumento da pobreza e das desigualdades entre pessoas e povos, os perigos da pós-humanidade<sup>54</sup>, a virtualização da identidade e da vida, a desterritorialização da linguagem e a fragilização da soberania nada têm a ver com aquilo que levou à afirmação do pensamento analógico e tornam hoje inoperantes as suas soluções jurídicas.

Por isso, o pensamento analógico deixou de servir para pensar o Direito de que precisamos, para conceber as formas em que o jurídico se deve expressar<sup>55</sup>,

---

<sup>53</sup> Contraditório que suscita a contradição das posições e das opiniões sobre a resolução do caso. Ver AA. VV. *La contraddizione che nol consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milão, 2010; Jan Lukaszewicz, *Dal principio di contraddizione in Aristotele*, Quodlibet, Apresentação de Maurizio Matteuzzi, trad. Grazyna Maszkowska, 2003.

<sup>54</sup> A facilidade com que hoje se usa nos textos jurídicos o conceito de pós-humano, desde que Peter Sloterdijk publicou, em 1999, *Regras para o Parque Humano*, numa espécie de resposta à *Carta sobre o Humanismo*, de Heidegger, para dar significado ao Homem que poderia surgir como resultado da evolução das biotecnologias irem muito além daquilo que caracteriza o Humano. Embora esse texto de Peter Sloterdijk fosse considerado pelos filósofos e sociólogos de Frankfurt, chefiados por Habermas – pela linguagem utilizada – como biologistas e a descambar para o totalitarismo político, o conceito “improvável” ficou e foi normalizado. Com interesse ver H. Ph. Visser’t Hooft, “Développement technologique et responsabilité envers les générations futures”; e Isabelle Lamberterie, “L’adaptation du droit au progrès technologique: l’exemple de la protection des logiciels”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 36, 1991, *Droit et Science*, respetivamente, pp. 31-48 e 155-164.

<sup>55</sup> O Direito não existe sem a linguagem que o expressa. A própria vida está presa à linguagem. É ela que constrói as ficções e molda a realidade. A linguagem é omnipresente no Jurídico. Ora, são os significados expressos em conceitos numa linguagem que cria realidades através de ficções que têm de ser reconstruídos pelos jurisperitos na nova Era Digital. É aí que hoje se joga o futuro do Direito. Temos de questionar as premissas da linguagem jurídica através das condicionantes históricas que as determinaram. É nas palavras novas e nos conceitos “a vir” que temos de vencer

para formar as instituições de que ele necessita e para *rejuridicizar* o Direito com recurso à tradição/experiência romanística<sup>56</sup>.

Aceitando que assim é – e sem ter ainda um substituto – podemos procurar os caminhos para chegar a algo diferente voltando, de novo, aos alicerces originais da Juridicidade, inventados pelos antigos romanos? Existem, nas sociedades digitais, condições e situações idênticas àquelas que permitiram o surgimento de um pensamento fundado na *auctoritas* dos jurisperitos que lhes confie a criação de regras jurídicas e de soluções para conflitos entre partes desavindas?

Comecemos por caracterizar genericamente o modelo jurídico romano, onde a base da criação jurídica e da aplicação do Direito era a intuição – o saber fundado na experiência e na *auctoritas* dos jurisperitos – não na argumentação racional e na dedução lógica. Os fundamentos estavam, sobretudo, nos *mores maiorum* consensualmente aceites, e a inovação/criatividade das soluções na experiência acumulada dos jurisperitos<sup>57</sup>.

---

a *rutura disruptiva* sem a qual o Jurídico dificilmente sobreviverá. Ver, v.g., Elcias Ferreira da Costa, *Do Conteúdo de inteligibilidade do Conceito a que corresponde a realidade Jurídica ao Direito como Propriedade Metafísica do Existir Humano*, tese de doutoramento orientada por João Maurício Adeodato, Faculdade de Direito do Recife, Universidade de Pernambuco, Recife, 2004. Questão conexa, que não podemos aqui tratar, é saber se essa *nova linguagem jurídica* pode ser expressa escrevendo nas teclas de um computador ou apenas através de uma caneta sobre um papel. Aí entraríamos na polémica histórica (um regresso ao Passado com Johannes Gutenberg) sobre o manuscrito e o livro impresso (Douglas C. McMurtrie, *O Livro. Impressão e Fabrico* (1965), Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, s.d.): saber qual deles deve ser o objeto principal de conhecimento do Direito, por só ele preservar o *humanum* do Jurídico.

<sup>56</sup> A passagem da internet das coisas para a internet das pessoas tem de ser uma prioridade da criação jurídica na Sociedade Digital. Cfr. L. Floridi e F. Cabitza, *Intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine*, Milão, 2021; C.A. Simmers e M. Anandarajan, *The internet of People. Things and Services. Workplace Transformations*, BocaRaton (FL), 2018; J. Lingel, *An Internet for the People, the Politics and Promise of Craigslist*, Princeton, 2020, pp. 113 e ss..

<sup>57</sup> A experiência jurídica presente na tradição romanística permite usar a IA para uma alteração radical na forma de pensar, criar, aplicar e comunicar o Direito. A imaginação autoral dos jurisperitos romanos baseava-se na experiência passada, na repetição: era uma imaginação funcionalizada. Este tipo de imaginação jurídica é a base de uma outra imaginação, necessariamente desfuncionalizada. A sua função é romper com a realidade que está – constituída por um contínuo de situações, de conflitos, de soluções de formas iguais de criar, aplicar e comunicar o Direito – criando espaços que são interrupções desse contínuo. É nesse espaço intencionalmente criado na realidade jurídica pela imaginação disfuncional dos jurisperitos que pode ter lugar a criatividade (a solução imaginada), como uma força imaginativa que nega o que existe (o que é dado) capaz de romper com a realidade propondo uma outra realidade (alternativa), com auxílio da IA. Ir além daquilo que existe, cultivar a imaginação disfuncional que insiste em pensar o impossível, construir um lugar simbólico para o Direito capaz de Justiça, criar condições sociais para outra realidade (menos opressiva e estática) são elementos identitários disruptivos do pensamento digital.

Os jurisperitos romanos – tomo como exemplo Cévola<sup>58</sup> – primeiro davam a resposta e só depois, na *disputatio fori*, ofereciam a motivação. Ao fazê-lo, sobretudo a partir do século II a.C., não tinham necessariamente de entrar em concorrência com os oradores e os retóricos. A dialética requerida não era de cariz especulativo ou teórico, mantendo-se os jurisperitos ligados à prática da sua época, à realidade quotidiana nas suas sociedades através do caso a resolver e da intuição, enquanto dimensão valorativa, como meio para o fazer (sem podermos aqui cuidar da oposição entre intuição valorativa e naturalismo ético, onde o justo resulta da natureza das coisas). Mantém-se o procedimento empírico e o pensamento intuitivo na racionalidade da motivação dada à solução<sup>59</sup>.

O Jurídico funda-se na intuição dos jurisperitos, na criação autoral, na *auctoritas* fundada na experiência, na racionalidade da motivação que sustenta a solução<sup>60</sup>,

---

<sup>58</sup> Paulo D. 28.2.19: “Scaevola respondit non videri, et disputando adiciebat ideo non valere, quoniam...”. Cfr. F. Schulz, “Symbolae Friburg”. in *Hon. O. Lenel*, 1935, pp. 143 e ss. Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos* (1ª ed. em cast. 1964, Universidad de Valladolid, Espanha), Ediciones Coyocán, México, 2013, p. 22. Trata-se do tema da palestra proferida em 19 de Janeiro de 1962 no Institut de Droit Romain de la Université de Paris e de outra na Universidade de Valladolid, em 12 de Janeiro de 1963. Este texto é, no entanto, a tradução, por Juan Miquel, de “Zur Methode der römischen Rechtsfindung”, publicado nas *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen* (Phililog-hist. Klasse), Göttingen, 1962. Ver também Riccardo Orestano, “Diritto Romano”, in *NNDI*; e *Introduzione allo studio storico del Diritto Romano*, 2ª ed., 1961; Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, 1946/53; *Principii di Diritto Romano*, trad. ital., 1946 (1ª ed. alemã de 1934 – reimpressão 1954; *Principles of Roman Law*, trad. ingl. de 1936); R. von Ihering, *O Espírito do Direito Romano. Nas diversas Fases do seu Desenvolvimento*, trad. Rafael Benaion; prefácio de Clovis Bevilacqua, Rio de Janeiro, 1934; Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriss der Sozialökonomik*, III, 1922, pp. 461-485; Franz Wieacker, *Sobre o Direito Romano*, 2ª ed., 1961; Theodor Viehweg, *Topik und ius civile*, pp. 26 e ss.; Steinwenter, “Os prolegómenos a uma história da analogia”, in *St. Alberatarario*, II, pp. 105 e ss. e *St. Arangio Ruiz*, II, pp. 168 e ss.; Esser, *Princípio e Norma*, 1956, pp. 44 e ss.; Larenz, *Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1960, pp. 133 e ss.; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 2ª ed., 1959, p. 216, nota 263.

<sup>59</sup> Ver D. Antiseri, *Le ragioni della razionalità, proposte teoriche*, Soveria Mannelli, 2004, pp. 350 e ss.. Sobre a “forma empírica” como premissa do método no direito digital ver Giuseppe Corasaniti, *Data Science e Diritto. Certezze Digitale e benefici del dubbio*, Giappichelli, 2022, pp. 23-28 “Forme empiriche nel diritto digitale: una premissa di método”; e G. Santoro, *Open innovation. Aspetti teorici ed evidenze empiriche*, Turim, 2017, pp. 73 e ss.; Enzo Melandri, “*Rec. A G. Preti, Praxis ed empirismo*, Einaudi, Turim, 1957” in *Mulino*, VII, 1958, 2, Fev., pp. 138-142). O empirismo lógico atual, não interessa, pois, atribui à racionalidade um fundamento separado/independente da experiência (que é a base da intuição jurisprudencial).

<sup>60</sup> Na metodologia da retórica analítica do Direito seria mais adequado falar em razoabilidade jurídica que em racionalidade. Ver Ottmar Ballweg, “Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 44, orgs. R. Alexy,

na adequação da solução dada ao problema pela “natureza das coisas” com os nomes certos<sup>61</sup> e as palavras exatas<sup>62</sup>.

Emoção, sentimento, cognição<sup>63</sup> são essenciais no labor jurisprudencial. A tradição é a suporte e o concreto do caso a base da discussão racional em torno da

---

R. Dreier, U. Neumann, Estugarda, Franz Steiner Verlag, 1991, pp. 45-54; “Entwurf einer analytischen Rhetorik”, in *Rhetorik und Philosophie*, orgs. Schanze e Kopperschmidt, Munique, Wilhelm Fink Verlag, 1989, pp. 229-247; “Phronetik, Semiotik und Rhetorik”, in *Rhetorische Rechtstheorie*, orgs. Ottmar Ballweg e Thomas-Michael Seibert, Frigurgo e Munique, Verlag Karl Alber, 1982, pp. 27-71; *Retórica analítica e direito*, trad. J. M. Adeodato, *Revista Brasileira de Filosofia*, Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991, pp. 175-184. O direito visto como uma estrutura linguística figurativa (George Lakoff e Mark Johnson, *Metaphors we live by*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1980; Torquato Castro Jr., “A bola do jogo. Uma metáfora “performativa” para o “desafio” da pragmática da norma jurídica”, in *AA. VV. Filosofia e teoria geral do direito. Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior*, orgs. João Maurício Adeodato e Eduardo C. B. Bittar, Quartier Latin, São Paulo, 2011, pp. 1075-1087, loc. de ref., p. 1076) fica expresso na *hipocrisia coletiva* dos juristas de que falava Pierre Bordieu. Juristas artistas em jogos de palavras (Wittgenstein), em que a arte é uma *techné*, logo um ofício (Richard Palmer, *Hermenêutica*, trad. M. L. R. Ferreira, Edições 70, Lisboa, 2006, p. 26), não uma expressão criativa (*ars inveniendi*).

<sup>61</sup> Como explicou Marbode (bispo de Rennes em 1096-1123), “*Carmina varia*”, in *Patrologia Latina*, vol. 171, col.1671c.: “a coisa designada pelo nome determina o nome. Por isso devemos procurar a natureza das coisas para então podermos saber a verdade acerca do nome”. Sobre o paradoxo da *verdade de razão*, escreveu William Blake, “Truth can never be told so as to be understood, and not be believ’d”, in *The Writings of William Blake*, ed. G. Keynes (3 vols.), Londres, Vol. I, 1925, p. 186. Para o uso das palavras no Direito da Era Digital ver D. Kerckhove, *Dall’alfabeto a internet. L’homme “litterè”: alfabetizzazione, cultura, tecnologia*, Milão, 2009. Sobre a importância das palavras/nomes no discurso jurídico digital ver R. Libertini, “Perché scrivere chiaro. Dal semplicismo alla pertinenza del linguaggio giuridico (ai fini del discorso e dei suoi destinatari)”, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2020, pp. 43 e ss.. Não podemos tratar da fratura entre nome (*epos*) e discurso (*logos*)/semântica nominal ou do nome (fundada por Heraclito) e semântica proposicional (não definível; fundada por Parmênides). Logo, partindo de Demócrito, Platão e Aristóteles a arqueologia filosófica ocidental substitui o princípio de identidade/unidade pelo princípio da analogia/dualidade que funda a interpretação pelo nome, não pelo discurso (sem especulações sobre a *identitas indiscernibilium* de Leibniz). Não podemos tratar das dicotomias linguagem/discurso e semiótica/semântica no Direito, nomeadamente da necessidade de superar o modelo semiológico da linguística saussuriana.

<sup>62</sup> O uso retórico de palavras polissêmicas nos discursos atuais das elites políticas, judiciárias e acadêmicas é uma prática social anti-jurídica que garante a quem teve acesso ao ensino jurídico a propriedade da palavra para construir uma retórica da realidade, construindo discursos bem elaborados de todos os pontos de vista: da *léxis* (*elocutio*), da *héuresis* (*inventio*) e da *táxis* (*dispositio*). Sobre o tema ver Roland Barthes, *La retorica antica. Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione*, trad. P. Fabbri, Bompiani, Milão, 2000, p. 8.

<sup>63</sup> Ver, por todos, S. Comitelli, *Cognizione del Diritto. Per una sociologia cognitiva dell’agire giuridico*, Milão, 2015, pp. 215 e ss.

solução (Jul. Ner. D. 1.3.20-21)<sup>64</sup>. A razão presente é agora uma *Razão digital*<sup>65</sup>, com expressão mais numérica<sup>66</sup> que nominal<sup>67</sup>.

Quando Roma se expande e a sociedade romana deixa de ser constituída apenas pelos *cives*<sup>68</sup>, por aqueles que conhecem e cumprem os *mores maiores*, como tradição de uma moralidade comprovada, e depois da influência cultural grega que levou à codificação do Direito<sup>69</sup> e de alterações políticas significativas que puseram fim à *res publica*, foi possível manter a *iurisprudencia* como fonte de juridicidade, através de adaptações constantes às fontes da *auctoritas* dos jurisperitos. As fontes de Direito sofreram mutações radicais, mas as fontes de juridicidade, não<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> Ver, v.g., A. Punzi, *Prudentia Iuris. Materiali per una filosofia della giurisprudenza*, Turim, 2013; V. Ferrari, *Diritto e Società, elementi di sociologia del diritto*, Bari, 2005, pp. 110 e ss..

<sup>65</sup> E. Bencivegna, *Critica della ragione digitale: Come si trasforma la rivoluzione tecnologica*, Milão, 2020, pp. 5 e ss. A razão digital como *principium rationis sufficientis* não é a razão artificial como *petitio principii*; como a inteligência digital não é a inteligência artificial. Ver H.L. Dreyfus, *What Computers Still Can't Do: a critique of Artificial Reason* (1972), Nova York, 1992; *Ricostruire la mente o progettare modelli del cervello? L'Intelligenza artificiale torna al bivio*, Turim, 1990, pp. 55 e ss.. Ver, também, AA. *VV. Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, org. A. D'Aloia, Milão, 2020; Henrique Sousa Antunes, *Diritto e Intelligenza Artificiale*, Ed. Universidade Católica, Lisboa, s.d..

<sup>66</sup> O pensamento relacional expresso em números, como *tertium comparationis*, para relacionar *ordine* e *misura* pelo critério pitagórico que associa qualitativo a fenomênico e quantitativo a logos. Sem poder desenvolver a importância do fundamento ontológico do conceito de número para o Direito Digital remetemos para a *Gleichzahligkeit* na unidade do Direito, de P. Baernays, *Die Philosophie der Mathematik und die Hilbertsche Beweistheorie*, “Blätter für deutsche Philosophie”, IV, Heft 3-4, 1930-1931, pp. 326-367, loc. de ref., pp. 336-338. Sobre a formação de conceitos ver C.H. Hempel, *La formazione delle teorie e dei concetti nella scienza empirica*, org. A. Pasquinelli, Milão, 1961 (é a tradução italiana de *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, 1952; e *The Theoretician's Dilemma*, Minneapolis (Minn.), 1958). Não podemos aqui desenvolver a polémica entre Brunschvicg (*La modalité du jugement*) e Meyerson (*Identité et Réalité*) relativa à dialética positivismo e anti-positivismo sobre o “objeto do conhecimento”.

<sup>67</sup> O aprofundamento do tema obrigaria a separar a semântica nominal da proposicional (significado *secundum rem* e *secundum rationem*), explorando a interpretação plural de “nomina synonyma dicuntur, quae significant unum secundum unam rationem”, S. Tomás de Aquino, *Summa Theol.* q.xiii, art. 4, ad 2<sup>o</sup> 1<sup>o</sup>um; entrar na relação Categoria/Juízo; desenvolver a doutrina da *suppositio* nas várias escolas e autores.

<sup>68</sup> Ver Widar Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Quodlibet, 2018. Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Turim, 1952 (2<sup>a</sup> ed., 1953); *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turim, 1953.

<sup>69</sup> Ver Simon Corcoran, “Justinian and his Codification Through the Ages” e Aldo Schiavone, “The Roman Jurists and the invention of Law, in AA. *VV. Codification Throughout Time*, coord. Oliviero Dilberto e Meiling Huang, eds. Gianmatteo sabatino e Megan Tomlinson, Jovene Editore, Nápoles, 2022, pp. 47-80 e pp. 119-129.

<sup>70</sup> Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Introdução ao Estudo do Direito Romano. As Questões Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 39 e ss.

Se soubermos manter a distinção, herdada de Roma, entre as legitimidades política e jurídica, aceitando a diferença entre a norma legal e a regra jurídica podemos preservar a *autoritas* dos jurisperitos em sociedade digitalizadas no século XXI, que distinguem os jurisperitos que sustentam a juridicidade universal e os órgãos legislativos e judiciais das sociedades digitais com as características atrás apontadas<sup>71</sup>.

A integração digital no ciberespaço comum e a educação para o Direito com o uso de meios digitais pode facilitar a superação do atual ceticismo relativista<sup>72</sup> e da crise de confiança no Direito<sup>73</sup>. Combater as causas que impedem a aceitação da *autoritas* dos jurisperitos como fonte de criação jurídica e de soluções justas e adequadas para os litígios entre as partes nas nossas sociedades deve ser uma prioridade política na luta pelo Direito<sup>74</sup>.

Ao identificar o Direito com a lei de uma forma radical e completa, o totalitarismo legalista de Estado, formalizado nas Constituições e nos Códigos, abriu a caixa de pandora argumentativa impedindo a relação entre intuição e razão<sup>75</sup>, que – apesar da frequente fragilização – se ia mantendo. Fazer do sistema normativo<sup>76</sup> o método para *cientificar* a criação de normas legais, colocadas em Códigos e de sentenças

---

<sup>71</sup> Isto nada tem a ver com soluções compatíveis com o chamado “pluralismo jurídico” que mantém uma situação jurídica em que se aceita que o Direito pode ser criado pelo Estado, embora este não seja o único criador de Direito. Numa perspectiva diversa da que aqui apresentamos ver António Manuel Hespanha, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Prospetivas do Direito no Século XXI*, Almedina, 2019; Paolo Grossi, *Il Diritto Civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, Milão, 2021.

<sup>72</sup> Sobre a crítica hegeliana à ironia romântica do ceticismo elegante ver Dennis Joseph Enright, *The alluring problem. An essay on irony*, Oxford University Press, Oxford e Nova York, 1986, p. 20.

<sup>73</sup> Ver Carlos Blanco de Moraes, “Digital Democracy: A Threat to the Democratic System or Oxygenation of Representative Democracy and Free Speech”, in AA. VV. *The Rule of law in Cyberspace*, eds. Carlos Blanco de Moraes, Gilmar Ferreira Mendes, Thomas Vesting, Springer, Lisboa-Brasília, 2022, pp. 9-63.

<sup>74</sup> Retomando o apelo de Rudolf von Ihering, *A Luta pelo Direito* (1872), trad. de Edson Bini e Prefácio de Clóvis Beviláqua, Forense: só pelo Direito se pode chegar à Justiça e só esta permite a Paz – ideal supremo da Humanidade. Para isso, face às injustiças que resultam das relações entre pessoas, povos, instituições é preciso lutar através de políticas adequadas para que o Direito vença. Para Ihering, “a vida do direito é luta, uma luta dos povos, do poder do estado, das classes, dos indivíduos.”

<sup>75</sup> Ver André-Jean Arnaud, *Critique de la Raison Juridique*, 1. *Où va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981; e 2. *Gouvernants sans frontières. Entre Mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003.

<sup>76</sup> Não podemos aqui fazer a separação entre os conceitos de *sistema legal* e *ordenamento jurídico*. Ver Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milão, 1969; *L'Ordinamento Giuridico*, Quodlibet, 2018. Entre os muitos estudos dedicados ao pensamento de Santi Romano ver S. Cassese, “Ipotesi sulla formazione de “l'ordinamento giuridico” di Santi Romano”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, 1, pp. 243 e ss.; AA. VV. *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, org. P. Biscaretti Di Ruffia, Milão, 1977.

dadas com base nelas, por juízes burocratas<sup>77</sup>, fez do Direito do Estado, em cada Estado<sup>78</sup>, a única expressão de um Direito sem Jurídico.

A base científica de criação de Direito dispensou a legitimação pela *auctoritas* dos jurisprudentes e a aceitação pelas partes e a sociedade como critérios para aferir a juridicidade de regras e de soluções. O centro da criação de Direito na Sociedade Digital está mais na cultura jurídica de matriz romano-jurisprudencial e menos na ciência jurídica<sup>79</sup> e na procura de uma impossível certeza científica<sup>80</sup>.

Em mais de dois séculos desta opção totalitária pela lei como expressão única do Direito instalou-se o deserto criativo entre juristas<sup>81</sup>; a extinção dos jurisprudentes; a rigidez dos modelos legais e judiciários; o imobilismo político e institucional; e o conservadorismo universitário. O Direito deixou de ser um instrumento da Justiça, capaz de dar soluções justas e eficazes aos litígios entre as partes. A Justiça passou a ser um poder de Estado (judicial) que aplica decisões de outro poder do Estado (legislativo), sob a forma de leis, esgotado em liturgias institucionais e reivindicações corporativas. Os códigos engessam a realidade da vida e as soluções a dar a casos por acontecer em normas pensadas no presente a partir do passado, que apresentam a generalidade e a abstração como possibilidade de aplicação no futuro<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O futuro da Justiça*, Veja, Lisboa, 2015. Sobre a importância na formação, inicial e contínua, de juízes de uma cultura jurídica romanística de base casuístico-jurisprudencial, com preocupação histórica ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, “O ensino do Direito Romano e o exercício de profissões judiciárias, nomeadamente da magistratura judicial”, in *Interpretatio Prudentium, Direito Romano e Tradição romanística em revista*, IV, 2019, I, pp. 13-19; P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, Turim, 2017, pp. 43 e ss. (retomando ideias de Benedetto Croce, *Filosofia della Pratica*, Economia ed Etica, Bari, 1909, pp. 84 e ss.).

<sup>78</sup> Ver Sandro Schipani, “Le vie dei Codici Civili e il Codice Civile Cinese”; e Michael Martinek, “The German Civil Code: National Unification and rationalism” in *AA. VV. Codification Throughout Time*, coord. Oliviero Diliberto e Meiling Huang, eds. Gianmatteo sabatino e Megan Tomlinson, Jovene Editore, Nápoles, 2022, respetivamente, pp. 99-117 e 129-175.

<sup>79</sup> Ver, v.g., F. Faini e S. Pietropaoli, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Turim, 2017, pp. 192 e ss.; F. Faini, *Data Society, governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milão, pp. 173 e ss..

<sup>80</sup> Ver Giuseppe Corasaniti, *Data Science e Diritto. Certeze Digitale e benefici del dubbio*, Giappichelli, Turim, 2022, pp. 52 e ss.; S. Bertera, *Certeza del Diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Manelli, 2002, pp. 195 e ss.; M. Corsale, *La certeza del diritto*, Milão, 1970; A. Punzi, *Diritto, certeza e sicurezza*, Turim, 2015, pp. 18 e ss.. Benetto Croce, *Lettere a Vittorio Enzo Alfieri (1925-1952)*, Milão, 1976, “Premessa”, pp. X-XI, escreve: “(...) il filosofo, oggi deve (...) esercitare un qualche mestiere, e in primo luogo, il mestiere dell'uomo”.

<sup>81</sup> Ver, por todos, Giorgio Pino, *L'interpretazione nel Diritto. Come un Trattato*, Giappichelli, Turim, 2021, pp. 333-350.

<sup>82</sup> Entre a bibliografia disponível ver Jean-Marc Trigeaud, “Le cercle sans origine ou l'éternel anti-humanisme du ”Droit abstrait””, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 33, 1988, *La Philosophie du Droit Aujourd'hui*, pp. 207-227.

O pensamento analógico, seja qual for a sua variante, separou uma impossível legitimação científica na criação e aplicação do Direito da origem jurisprudencial romana e da cultura multimilenar que sustenta a juridicidade na independência face aos poderes e na liberdade autoral de jurisprudentes que conhecem pela experiência e decidem pela intuição. Por isso, importa voltar à origem (*origo*) do Direito em Roma, à etimologia (“*etymologia est origo*”)<sup>83</sup> das palavras que o dizem, para tratar da criação do Direito na Sociedade Digital<sup>84</sup>.

O pensamento jurídico digital, seja o que for que ele vier a ser, deve considerar que – tal como em Roma – os jurisprudentes devem trabalhar no âmbito de um conjunto aberto de regras jurídicas dinâmicas ligadas por fundamentos sólidos – mas não fixos – que não permitam nem arbítrios e subjetivismos, nem reduções normativas com integrações sistemáticas<sup>85</sup> que confundam as fontes de legitimação para criar Direito e para governar a Cidade.

O que deve – ou pode – orientar o pensamento jurídico na criação do Direito em sociedades digitais é o *sensus juridicus* dos jurisprudentes adquirido pela educação profissionalizada e prolongada, por uma intervenção fundada no pedido das partes litigantes e com uma legitimação resultante da aceitação das suas soluções, quer pelas partes quer pela sociedade onde ocorreu o litígio.

Um pensamento jurídico dirigido à criação de Direito na Sociedade Digital não deturpa o conceito de *segurança jurídica*, fazendo-a assentar na uniformidade das sentenças dos juízes, justificando as injustiças na solução de casos concretos com a segurança da/na sociedade. A justiça é mais importante que a segurança e esta resulta mais de um sistema de invocação pelo jurisprudente que analisa o caso de autores anteriores, com *auctoritas*, que dão a mesma solução proposta por ele, em casos idênticos. Só um Direito Justo pode dar segurança jurídica à sociedade<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> A etimologia explica a origem e o sentido das coisas. Santo Isidoro de Sevilha, nas *Etymologiae* (*Etimologías*), Ed. Wallace Martin Lindsay, trad. José Oroz Reta e Manuel-Antonio Marcos Casquero. BAC, Madrid, 1982. I,29,1, vol.I, p. 320, escreveu na dedicatória ao rei Sisebuto: “*mihi opus de origine quarundam rerum*” (minha obra a respeito da origem de certas coisas). É assim desde o século II a.C., pois superando a tradução/versão gramatical latina da palavra grega ἐτυμολογία, Varrão utilizava a palavra *origo*, derivada do verbo *orior*, “levantar”; “nascer”. Logo, *origo* como expressão aplicada à aparição de uma coisa (por exemplo, o sol que remete para *oriens*, “oriente”). Ver também Santo Isidoro de Sevilha, *Etymologiae*, cit., XII,1,1, vol.II, p.56; I,29,3, p.322.; e Marbode, “*Carmina varia*”, in *Patrologia Latina*, cit., vol. 171, col. 1671c.

<sup>84</sup> Ver Natalino Irti, *Un diritto Incalcolabile*, Milão, 2017, pp. 74 e ss.

<sup>85</sup> Ver, v.g., Goffredo Telles Jr., *O direito quântico. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, Max Limonad, São Paulo, 1980.

<sup>86</sup> A Era Digital requer aos jurisprudentes uma atitude aberta quanto à redefinição teórica do significado de certos conceitos jurídicos. Esse caminho necessário tem de ser feito com rigor e

O que interessa às partes e à sociedade é a *Justiça Material* do caso concreto, a resolução pronta, justa, adequada e eficaz do conflito através da seleção dos factos<sup>87</sup> relevantes e atendendo às circunstâncias específicas do caso. Nesse processo decisório<sup>88</sup> relevam: o *argumentum ad simili* (a analogia)<sup>89</sup>; o *argumentum ad contrarium* (com os argumentos *a maiore ad minus*, *a fortiori* e *a minore ad maius*); *argumentum ad absurdum*; *consequentia mirabilis* (demonstrar que uma proposição resulta da sua negação<sup>90</sup>).

A resolução de um caso concreto com justiça adequada a ele (através de uma solução específica, única) não pode resultar de elaborações teóricas<sup>91</sup>, da aplicação

---

cuidado, através dos instrumentos de construção intelectual/racional próprios da criação jurídica. Para isso, temos de cruzar – complementar – o princípio de identidade (nas suas vertentes elementar e funcional) e o princípio da analogia (nas suas valências lógica e analógica). Podemos, desta forma, retomar a lição platónica – na dualidade contrário/complementar – de cotejar, de um lado a lógica e, de outro a analógica pelos princípios cardeais seguintes: da bivalência ou terceiro excluído/da dipolaridade ou terceiro incluído; da contradição excluída/da contradição incluída; da identidade elementar/ da identidade funcional; da *extensionalidade*/da intencionalidade; da *extensividade*/da intensidade; do critério/da continuidade; da finitude/da infinidade.

<sup>87</sup> Não nos interessa aqui a técnica processual da fixação dos factos na lide judicial. A questão é mais complexa: qual o impacto jurídico das opiniões e crenças sobre aquilo que são ou não são factos?

<sup>88</sup> Do muito que se tem escrito sobre o tema ver F. Petrillo, *La decisione giuridica: politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Turim, 2005 (Emilio Betti, *Teoria generale dell'ermeneutica giuridica*, Milão, 1955); AA. VV. *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti*, org. A. Banfi, E. Stolfi e M. Brutti, Roma, 2020; V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, 2012, pp. 56 e ss..

<sup>89</sup> A analogia dos jurisprudentes romanos nada tem a ver com a analogia como procedimento formal lógico-dedutivo no âmbito de um sistema normativo fechado. Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, Ediciones Coyocán, México, 2013, p. 30, nota 45 e bibliografia aí citada.

<sup>90</sup> Não podemos desenvolver a origem euclidiana. Ver G. Bachelard, *La philosophie du Non. Essai d'une Philosophie du Nouvel Esprit Scientifique*, Paris, 1940; *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, 1934.

<sup>91</sup> A não ser que aceitemos o paradoxo disfuncional de que as elaborações teóricas em Direito só fazem sentido se aumentarem a capacidade para eliminar a necessidade teórica do Jurídico (autoabolição). Logo, uma teoria do Direito só seria aceite pelos jurisprudentes se se eliminasse como teoria (porque incapaz de dar uma solução a um conflito entre partes desavindas com justiça e eficácia). Uma teoria incapaz de aplicação prática. A *exaustibilidade* dos longos tratados teóricos de Direito destinar-se-iam à sua ilegibilidade e incompreensão remetendo para uma exigência prática, casuística, intuitiva e empírica. A teoria do Direito se não serve para resolver/solucionar problemas concretos também não serve para reformular as soluções existentes, pois esse é o papel da Filosofia do Direito. Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, “Filosofia do Direito Digital: pensar juridicamente a relação entre Direito e Tecnologia no ciberespaço”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano LXIII, n.º 1 e 2, 2022, pp. 297-340; e os estudos publicados em *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 7, 1962, *Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?*. Filosofia do Direito que, na época digital, obriga a um redimensionamento do antropomorfismo jurídico e da crença numa ciência que, dando um poder de previsão e anomia, ao legislador, evitaria/atenuaria

de uma norma abstrata e com recurso a um aparato conceptual geral<sup>92</sup> independente do caso a resolver e reduzida a definições legais<sup>93</sup>. É nessa *pantomima coletiva* que vivemos, em ironia situacional/instrumental<sup>94</sup> observável, o *êxito do absurdo* em que a norma legal é fonte de Direito, incapaz de justiça.

Por isso, os jurisperitos constroem *regulae* a partir do que é igual em soluções dadas a casos idênticos. A regra jurídica é geral – no sentido de generalização a partir de casos concretos – mas não é abstrata. Não se trata de dar unidade/uniformidade à casuística pela regra geral, mas de encontrar elementos comuns que possibilitam a justiça comutativa (entre iguais), como elemento importante da justiça material.

---

os conflitos (que, aliás, são “próprios dos humanos”). Como ciência, seja qual for o critério epistemologicamente seguido: literalidade, objetividade, impessoalidade, universalidade, atemporalidade, racionalidade, neutralidade axiológica, previsibilidade, segurança, transmissibilidade do conhecimento – o Direito fica fixo, imóvel e não é confiável. Por isso, preferimos falar em *jurisprudência* como arte retórico-poética, como a capacidade discursiva de construir mundos, com capacidade de adaptação e de inovação, em que a criação de novas metáforas leva a novas formas de ver o mundo e a vida, aproximando-se da *realidade real*. O ponto de partida (indiscutível) de uma conceção científica do Direito será sempre um ponto de vista epistemológico – uma qualquer “verdade” (restringida ao âmbito teórico) – ligada a uma tomada de posição ontológica e epistemológica, útil ao lógico, que é premissa do monismo legal e estranho ao modo jurisprudencial de criação de Direito (único método capaz de criar *juridicidade*) Ver, Anna Pintore, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Turim, 1996, p. 92). Como ensina Luis Alberto Warat, *Introdução geral ao direito*, vol. 2, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1994, p. 45: “a dogmática jurídica é uma ciência sem epistemologia”. Não podemos aqui tratar dos quatro critérios de verdade da “ciência do direito”: verdade como correspondência, verdade como consenso, verdade como coerência e verdade como correção procedimental. As regras jurídicas não são verdadeiras ou falsas, mas legítimas ou ilegítimas na sua validade e justas ou injustas, na sua aplicação. Ver Michel Villey, “Droit et Règles. A propòs de la règle de la justice de M. Perelman”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 7, 1962, *Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?*, pp. 259-268; Bernard Edelman, “Le droit, les “vrais” sciences et les “fausses” sciences”; e Enrique P. Haba, “Sciences du Droit. Quelle “science”? Le droit en tant que science: une question de méthodes”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 36, 1991, *Droit et Science*, respetivamente, pp. 55-70 e 165-189.

<sup>92</sup> Ver Benedetto Croce, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1959, pp. 254 e ss.; *Teoria e storia della storiografia* (1916), reed., Milão, 1989, pp. 106 e ss.

<sup>93</sup> Nem todas as definições são feitas *per genus et differentiam specificam*. A analogia – ao contrário da dedução, que parte do geral para o particular (própria do argumento apodítico) e da indução estrita, que vai do particular ao geral – dentro de uma classificação, estabelece um argumento que vai do particular para o particular, seja ele individual ou espécie (fixando assim uma proposição universalmente válida, como se fosse uma lei da Física). Ver Wesley Salmon, *Lógica*. 2ª ed., trad. Álvaro Cabral, Ed. Pentice-Hallio Brasil, Rio de Janeiro, 1993, p. 54.

<sup>94</sup> Ver Douglas Colin Muecke, *Ironia e o irônico*, trad. G. G. de Souza, Perspectiva, São Paulo, 1995, pp. 37, 44, 57, 72 e 90-92; Wayne C. Booth, *A rhetoric of irony*, Chicago University Press, Chicago, 1974, p. 139.

A regra jurídica é também uma síntese de saberes adquiridos na resolução de cada um dos casos concretos que no seu conjunto permitiram a generalização expressa no enunciado da regra. Podemos aplicar aqui, para compreender e dar coerência ao método jurisprudencial, uma simbiose entre a “teoria das categorias” de Aristóteles e “teoria ramificada dos tipos” de Bertrand Russel.

É sempre o ponto de vista, na pluralidade dos saberes convocados, que constitui uma categoria (integrada pelo *ser* e o *não-ser* explicado por Demócrito e assente por Platão<sup>95</sup>) da realidade (como sabemos pela monodologia de Leibniz). Logo, a construção de uma regra jurídica implica uma exigência teórica de rejeição do monismo sofista (fenomenístico, relativístico e cético) e de uma atitude *cientista*. Em Direito, precisamos questionar a definição de *ciência jurídica* como uma espécie ou uma modalidade de conhecimento específico.

Modalidade entendida como graduação intencional do significado ontológico e *prospetivístico* em que o mesmo efeito se explica pela interação funcional entre as mónadas (de Leibniz). Logo, o conhecimento jurídico não precisa de ser expresso ou caracterizado como ciência que opera *per genus et differentiam*. Reconhecer o Direito como uma ciência obriga a uma crítica epistemológica da gnoseologia implicada nos litígios que opõem as partes desavindas e a compreensão, pela história<sup>96</sup>, do uso da palavra *ciência* aplicada ao Direito (e assim inaugurar a expressão da epistemologia jurídica, nas temáticas gnosiológicas, com um léxico histórico).

As regras jurídicas não são regras vinculativas com vigência *erga omnes* para o futuro. São referências para os jurisperitos daquilo que já foi consensualizado no passado<sup>97</sup>, por jurisperitos anteriores, sobre o tema em análise.

---

<sup>95</sup> Aristóteles, “*Metafísica*”, livro IV, Cap. 2, in *Obras*, cit., p. 943.

<sup>96</sup> Como escreveu Raymond Aron, *Introdução à Filosofia da História*, 1938, lembrado por Pierre Vilar, *Iniciação ao Vocabulário da Análise Histórica*, Edições João Sá da Costa, Lisboa, 1985, p. 21: “Para fazer reviver o passado necessitamos não de uma ciência, mas sim de documentos e da nossa própria experiência (...). O sentido da investigação causal do historiador consiste, não tanto em delinear os grandes traços do relevo histórico, antes sim em devolver ao passado a incerteza do futuro (...). O historiador é um perito, não um físico”.

<sup>97</sup> Sem poder tratar aqui da dimensão da *anterioridade* como conceito de arqueologia jurídica (em contraposição dialética com a racionalização jurídica) remeto para a noção de *regressão* em Nietzsche e para Foucault (*L'archéologie du savoir*) e Ricoeur (*De l'interprétation. Essai sur Freud*). Um consenso sobre o *saber do passado* entendido como “renovação do velho” (Freud), requerendo uma relação nova entre história real (*res gestae*) e historiografia (história *rerum gestarum*), entre lembrar e esquecer, consciente e inconsciente, racional e irracional, significante e significado, todo e parte. Um futuro que se faz recuando, como na célebre frase de Valéry “nous entrons dans l'avenir à reculons (...)”, inspirada no *anjo da história* de Walter Benjamin: um futuro prejudicado pela “tempestade do progresso”. O passado como acesso ao futuro pelo trilho do presente; o presente como ponto

Não existe uma diferença entre *regulae* de conteúdos concretos e *regulae* de conteúdo genérico. Essa diferença, que resulta de uma interpretação que não subcrevemos da definição de *regula* por Paulo D. 50.17.1: *Non ex regula ius sumatur, sede ex iure quod est regula fiat*<sup>98</sup>, parece não ter existido no período clássico<sup>99</sup>.

As *regulae iuris civilis* não o eram por um acréscimo de generalização das outras *regulae* feitas pelos jurisprudentes. Eram apenas as *regulae* dos jurisprudentes mais frequentemente utilizadas e mais densamente consensualizadas. Logo, não tinha a ver com a natureza mais geral dos seus conteúdos – pois não era sobre os conteúdos que incidia o Juízo para a sua integração no *ius civile* – mas resultado da sua utilização mais frequente e a que mais jurisprudentes aderiam.

As *regulae iuris civilis* não resultavam de juízos gerais e abstratos, feitos a priori, com conteúdos jurídicos<sup>100</sup>, mas de conteúdos jurídicos de casos concretos já ocorridos que – sem qualquer modificação – correspondiam ao comum de soluções idênticas dadas a conflitos análogos que ocorriam com mais frequência entre partes desavindas e geravam maior consenso entre jurisprudentes e aceitação das partes e da sociedade.

Logo, a regra jurídica não tinha um conteúdo jurídico posterior colocado sobre um juízo prévio. Antes, era a partir dos conteúdos jurídico-materiais de cada caso colocados em perspetiva, que se traçava – por tangência e usando uma régua – uma linha direita que juntava os pontos comuns a todas as soluções anteriores<sup>101</sup>.

---

equidistante entre dois extremos: passado e futuro. Ver Pietro de Francesci, “Idee per un rinnovamento della Scienza del Diritto”, in *Rivista del Lavoro Commerciale*, 1, 1939, pp. 14 e ss.

<sup>98</sup> Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, Ediciones Coyocán, México, 2013, p. 33; Behrens, in *SZ*, 75, 1958, pp. 363 e ss.; Pringsheim, “Beryt und Bologna”, in *Ges. Abh.* I, pp. 419 e ss = *Festschr. Lenel*, 1921.

<sup>99</sup> A *regula Catoniana* (Celso D. 34.7.1. pr.): “quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret id legatum quandocumque esset, non valere”. Ver, v.g. Robert Val Kleinschmidt, *De Regula Catoniana: Dig. 34.7* (1987), Kessinger Publishing, 2010.

<sup>100</sup> Como afirma Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, Ediciones Coyocán, México, 2013, p. 35.

<sup>101</sup> Uma linha formada pelos pontos que identificam os elementos comuns às várias soluções (representadas por círculos). Mas esses pontos não preenchem toda a linha traçada pela régua que une esses pontos. Logo, entre um ponto e outro unidos pela linha existem espaços (que, no entanto, não correspondem a espaços vazios), lacunas de pontos, que não permitem uma totalização (absolutização) da regra jurídica. Ver D. Lee, “Lineal and Nonlineal Codifications of Reality”, in *AA. Explorations in Communication*, org. E. Carpenter e M. McLuhan, Boston, 1960, pp. 136-154. A criação de regras jurídicas conta com o princípio de moderação expresso na fórmula: *est modus in rebus* (há um jeito nas coisas). A lógica do contínuo (A. Korzybski. *Science and Sanity. An introduction to non-aristotelian System and General Semantics*, Lakeville, Conn., 1958) implica um conceito bi-polar/bicotómico de forma (complementaridade por contrariedade entre analogia e

O recurso aos círculos – representando a solução dada a cada caso concreto<sup>102</sup> – e à régua (*regula*) – como instrumento para traçar uma linha direita (*derectum*) que junta todos os elementos comuns a cada solução (logo pela tangência entre os círculos<sup>103</sup>) – tem a sua base na *analogia*. Isto é, é pela analogia de soluções dadas a conflitos concretos, idênticos entre si, que se chega – por aquilo que nelas é análogo – à regra jurídica<sup>104</sup>. A dialética da generalização<sup>105</sup> é outra coisa.

As regras jurídicas não são fonte de direito, não criam direito nem o dão a conhecer<sup>106</sup>, antes revelam o comum/análogo das soluções dadas a casos concretos idênticos já resolvidos (Alf. D. 9.2.52.2: *respondi in causa ius esse positum*).

---

lógica): qualquer forma é uma tensão entre o elemento de permanência e o elemento de emergência, como explica E. Paci, *Tempo e relazione*, Turim, 1954, pp. 52 e ss. (afastando-se de Bergson, Whitehead e da cibernética de Wiener, *Dall'esistenzialismo al relazionismo*, Messina & Firenze, 1957, pp. 288 e ss.). A interpretação das palavras da forma deve fazer-se numa lógica não-aristotélica (e próxima da proposta de Husserl). Ver G. Günter, *Idee und Grundriss einer nicht-Aristotelischen Logik*, reinventando Fichte e Schelling. Interpretar socorrendo-se de uma lógica empírica do concreto (mais próxima da dialética de Hegel e Marx que da de Fichte, Kierkegaard e Freud).

<sup>102</sup> Nem todas as construções formais, expressas como soluções de casos concretos, estão dotadas de poder representativo da realidade. Por isso, existem espaços de irracionalidade nas linhas retas que projetam as regras jurídicas formais (podemos pensá-lo com recurso à distinção entre curvas mecânicas e curvas geométricas de Descartes. Ver J. Vuillemin, *Mathématiques et Métaphysiques chez Descartes*, Paris, 1960). Por isso, é inaceitável a ideia antiga que a regra jurídica é uma linha que separa o racional do irracional e o objetivo do subjetivo. O irracional integra a regra jurídica (os seus conteúdos) destruindo a ilusão racionalista da forma. Aliás, tudo o que separa, distingue ou divide é feito com uma intenção de integrar o diferente, o oposto, o excluído para formar o todo. Estes opostos não se excluem pela identidade; antes integram-se pela analogia.

<sup>103</sup> Uma tangência como tendência (a *Geschick* de Heidegger, “Brief über den Humanismus”, in *Platons Lebre von der Wahrheit, mit einem Brief über den “Humanismus”*, Berna, (1947), 1954, pp. 53-119) que torna a regra jurídica inteligível através do seu desenvolvimento no tempo, logo pela *Geschichte*. Ver, v.g., É. Borel, *L'espace et le temps*, Paris, 1922. Sem confundir genealogia das ideias com cronologia dos factos para não prejudicar a harmonia (sem uniformidade) interna da narrativa. Ver, v.g., Jacques Lenoble, “La Théorie de la Cohérence Narrative en Droit: le Débat Dworkin-MacCormick”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 33, 1988, *La Philosophie du Droit Aujourd'hui*, pp. 121-140.

<sup>104</sup> Ver Enzo Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia* (2004), 2ª ed., Quodlibet, 2021.

<sup>105</sup> Ver AA. VV. *Tradizione Civilistica e Complessità del Sistema. Valutazioni Storiche e Prospettive della parte Generale del Contrato*, org. Francesco Macario e Marco Nicole Miletti, Giuffrè Editore, 2006, Milão, pp. 41 e ss..

<sup>106</sup> O conhecimento digital do Direito envolve a máquina, o programa e o algoritmo. Ver S. Raschka, *Machine Learning com Python: costruire algoritmi per generare conoscenza*, Milão, 2015; J.S. Russel e P. Norvig, *Intelligenza artificiale. Un approccio moderno*, Vol. I, Milão, 2005, pp. 313 e ss.

No Direito dos jurisperitos romanos, *definitio, regula e principium*, não têm valor dogmático, mas meramente heurístico, não se projetam na norma legal<sup>107</sup>, nem são rígidos e fixos. A sua criação é elástica e adaptada à realidade em mutação<sup>108</sup>. Logo, são referências, mas não são dogmas. Reinventam-se e renovam-se, não são fixas ou eternas<sup>109</sup>; são estáveis e admitem derrogações, exceções e revogações (D. 34.7 *De regula catoniana*).

Precisamos de recuperar o método dos jurisperitos romanos de criar regras jurídicas e soluções de litígios para poder responder aos apelos e necessidades das pessoas na Era Digital em que estamos<sup>110</sup>. Para isso, importa aceitar o procedimento analógico<sup>111</sup> – além da lógica *ordenativa* aristotélica<sup>112</sup> – como elemento constitutivo

---

<sup>107</sup> Esser, *Princípio e Norma*, 1956, pp. 185 e ss e 308 e ss. Por exemplo, a lei da XII Tábuas é um conjunto de normas fundadas nos antecedentes gregos sobre a elaboração de normas legais. Mais tarde, um novo influxo da filosofia grega (logo, da lei) permite passar, no plano formal, das regras jurídicas inventadas pelos romanos às normas legais de matriz grega, em Roma. Sobre o tema ver André-Jean Arnaud, *O Direito traído pela Filosofia (Le droit trahi par la philosophie*, Rouen CESP, 1977), trad. port. aumentada e atualizada por W.M. Capeller e L. Oliveira, S. Fabris, Porto Alegre, 1991. Ver, também, Emanuele Stolfi, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, Politica, giustizia*, Carocci editore, 2020, Roma, pp. 41-44 “Diritto e Legge”.

<sup>108</sup> Pedro Parini, “Ironia como garantia de credibilidade do discurso jurídico”, in *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.º 69, jul./dez. 2016, pp. 567-599, loc. de ref. p. 575, define a realidade como: “uma rede interativa de contradições animadas ou absurdidades postas em ação”. Ver Michael A. Arbib e Mary B. Hesse, *The construction of reality*, Cambridge University Press, Nova York, 2008.

<sup>109</sup> Ver R. Hastings e E. Meyer, *L'unica regola è che non ci sono regole: Netflix e la cultura della reinvenzione*, Milão, 2020. Para a diferença entre norma legal e regra jurídica, na sua relação com o Tempo, ver AA. VV. *Repenser le Droit Transitoire*, dirs. Guillaume Dragot et alli, Dalloz, Paris, 2010. Temos ensinado a disciplina de *Princípios de Direito Privado*, no 1º ano do Curso de Direito da Universidade Europeia, a partir da tensão dialética entre identidade e diferença aplicada ao binómio regra jurídica/norma legal (Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Regras de Direito Privado*, Lisboa, 2022 – fotocopiado)

<sup>110</sup> Ver André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos Jours*, Paris, PUF, 1975; *O Direito entre Modernidade e Globalização*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

<sup>111</sup> Nos seus diversos tipos: a metáfora, a metonímia e a sinédoque. A metáfora é analogia de propensão que estabelece ligações entre palavras de áreas diferentes, fazendo a transposição do significado de uma palavra para outra (F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico: saggio sulle metafore nel diritto*, Bolonha, 2010). A metonímia é a analogia de atribuição extrínseca que constrói laços no interior de um mesmo domínio ou área (causa pelo efeito, efeito pela causa, continente pelo conteúdo). A sinédoque é analogia de atribuição intrínseca: o todo pela parte, a parte pelo todo, a espécie pelo género, o género pela espécie, etc.. O elo invisível, explicativo e explicável, entre os *verba* e as *res*, que as relaciona no plano metafísico, é analógico.

<sup>112</sup> S. Tomás de Aquino, *Summae Theologiae*. Ed. Leonina, Polyglotta, Roma, 1888 (Opera omnia, 4), I-I, q.13, a.5, p.147 (*sicut in praedicationibus omnia univoca reducuntur ad unum primum, non univocum, sed analogicum*); I-I, q.1, a.9, p. 24 (*unde convenienter in sacra Scriptura traduntur nobis spiritualia sub metaphoris corporalium*); Guilherme de Auvergne, “*De Universo*”, II. 2.112, in *Opera omnia*, Minerva, Frankfurt, 1963, vol.I, p.964e. Não nos interessa aqui tratar da teoria da analogia

da regra jurídica criada pelos jurisperitos romanos porque estrutural no método jurisprudencial de criar tais regras, que se afirmou na experiência jurídica ocidental<sup>113</sup>; mas também como instrumento cognitivo<sup>114</sup>.

No pensamento analógico o conhecimento não resulta da observação ou da demonstração<sup>115</sup>, mas da interpretação. Se o procedimento analógico é um instrumento para conhecer<sup>116</sup>; no pensamento analógico, a fonte do conhecimento é a interpretação. Uma interpretação jurisprudencial (pessoas com *auctoritas*) onde os modelos matemáticos/algoritmos apoiam o processo interpretativo<sup>117</sup>, não interpretam nem decidem<sup>118</sup>.

---

na Escolástica, até porque isso implicaria não apenas a reconstrução da linha Aristóteles/São Tomás de Aquino, mas outra que liga Estrabão e Alexandre de Afrodísia a Avicena, Avicibrão (Avicbrol/Ibn Gabirol/ لوري بج نب ييحي نب نامي لس / המלש לוריבגוא) e Averróis.

<sup>113</sup> Ver São Paulo, *Romanos* I,14.20; “*Videmus nunc per speculum in aenigmate, tunc autem facie ad faciem*” (1 coríntios XIII,12); e “*Faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram*” (Gênesis I,26); Francis Oakley, *The medieval experience. Foundations of Western cultural singularity* (1974), University of Toronto Press, Medieval Academy of America, Toronto, 1988, pp.154 e ss.; M. Heidegger, *Eraclito: L'inizio del pensiero occidentale – Logica. La dottrina eraclitea del Logos*, org. M.S. Frings, Milão, 2015 (M. Heidegger, “Il detto di Anassimandro”, in *Sentieri interrotti*, Firenze, 1968, pp. 325 e ss.. O texto de Anassimandro de Mileto (546 a.C.) é considerado a mais antiga expressão do pensamento ocidental. Ver Gilles Deleuze, *Spinoza e il problema dell'espressione*, trad. Saverio Ansaldi, Quodlibet, 1999.

<sup>114</sup> Desde Aristóteles, *Rhétorique*, 1410b, trad. Médéric Dufour e André Wartelle, Les Belles Lettres, Paris, 1989, p.63, no desenvolvimento de Boncompagno Da Signa, *Rhetorica*, Ed. Augusto Gaudentio, Libreria dei Fratelli Treves di Pietro Virano, Bolonha, 1892 (Bibliotheca Iuridica Medii Aevi, 2), IX,2, p. 281.

<sup>115</sup> Na *teoria moderna da demonstração* cada demonstração é em si mesma um caso paradigmático de certeza formal (enquanto na silogística aristotélica cada demonstração é fundada no geral – deve partir-se sempre de uma premissa de natureza geral) que funciona como argumento/objeto (cruzando a teoria da demonstração (*Beweistheorie*) de Hilbert com a fenomenologia de Husserl). Ora, no argumento temos de separar a explicação da descrição para fugir à teoria dos símbolos incompletos (*incomplete symbols*) que explora o universo das funções proposicionais a que falta a explicação do argumento, Ver *Principia Mathematica*, vol. I, Introd., cap. III, pp.66-84 “Incomplete Symbols”.

<sup>116</sup> Um conhecimento ainda herdeiro da fenomenologia ontológica de J. Locke (*Ensaio sobre o Intelecto Humano*, 1690): é o conhecimento objetivo que define a sensibilidade; o aprofundamento cognitivo depende da atenção sensorial. Cfr. V. Melchiorre, *Dialettica del senso: percorsi di fenomenologia ontologica*, Milão, 2002; S. Vanni Rovighi, *Filosofia della conoscenza*, Bolonha, 2007; R. Raggiunti, *Conoscenza e linguaggio nel pensiero moderno, da Locke a Kant*, Massarosa (LU), 2000; Edmund Husserl, *Logica Formale e Logica Trascendentale*, Milão, 2009; *Ricerche Logiche*, org. G. Pianna, Milão, 2015; E. Levinas, *La teoria dell'intuizione nella fenomenologia di Husserl*, Milão, 2002; F. Bongiorno e R. Lanfredini, *Intuizione e Riflessione nella fenomenologia di Edmund Husserl*, Roma, 2017.

<sup>117</sup> L. Viola, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milão, 2018; A. De Mauro, *Big Data Analytics. Analizzare e interpretare dati con il machine learning*, Milão, 2019, pp. 67 e ss.; M. D'Amico e L. Peccati, *Metodi matematici, statistici e finanziari, per giuristi*, Milão, 2014.

<sup>118</sup> L.H. Tribe, “Trial by Mathematics. Precision and Ritual in the Legal Process”, in *Harvard Law Review*, 84, 1970/1971, pp. 1330 e ss.; = “Processo e matematica. Precisione e rituale nel procedimento

Existe uma diferença clara entre a interpretação ser instrumento e ser fonte de conhecimento jurídico. Na criação jurídica para a Sociedade Digital, o procedimento analógico-digital é essencial; o pensamento analógico é complementar<sup>119</sup>.

Nessa complementaridade do procedimento analógico à criação de Direito, insere-se a memória coletiva que sustenta a *iurisprudentia* – agora pela inteligência coletiva<sup>120</sup> apoiada pela *memória artificial*<sup>121</sup> – através da citação de jurisperitos anteriores. É assim porque lembrar as *responsae* anteriores e compará-las serve para compreender<sup>122</sup>. Os jurisperitos usam a analogia também para a preservação do conhecimento adquirido (mnemónica) – arrumando/ordenando<sup>123</sup>

---

giudiziario”, in *AA. VV. I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, org. F. Stella, Milão, 2004, pp. 233 e ss.

<sup>119</sup> O conhecimento digital do Direito requer um pensamento jurídico digital que possibilite uma criação de regras e de soluções jurídicas justas e eficazes em sociedades digitalizadas. Aprender nestes contextos digitais implica uma cognição automática através de máquinas inteligentes (Alan Mathison Turing, *Intelligent Machinery. Collected works of A.M. Turing – Mechanical Intelligence*, Nova York, 1992; *AA. VV. Alan Mathison Turing: l’indecibilità della vita*, org. C. Petrocchi, Milão, 2014; *AA. VV. Macchine che pensano: La nuova era dell’intelligenza artificiale*, Bari, 2017; G.L. Linguisti, *Macchine e pensiero: da Wiener alla terza cibernetica*, Milão, 1980.

<sup>120</sup> Ver P. Levy, *L’intelligenza Collettiva. Per un’antropologia del Cyberspazio*, Milão, 2002, pp. 168 e ss.; J. Khalifa, *Cos’è l’intelligenza*, Bari, 1996, pp. 108 e ss.. Sobre a inteligência coletiva como distributiva ver F. Sorrentino e F. Paganelli, *L’intelligenza distribuita: Il futuro delle tecnologie invisibili*, Trento, 2006.

<sup>121</sup> No sentido de instrumentos que recolhem, registam, armazenam, classificam, organizam, dão coerência e tornam acessível um conjunto de informações, feitas dados informáticos. Mas uma memória acríica, certa, previsível, sem percepções ou falhas, marcadas pelas escolhas e emoções humanas. Logo, uma memória apenas instrumental e funcional, incapaz de ser sensível e de se construir para compreender e comunicar. Ver *AA. VV. L’uomo e le macchine. Per un’antropologia della tecnica*, org. N. Russo, contributo de A. Cera, Nápoles, 2007; N.T. Nassim, *Antifragile. Prosperare nel disordine*, Milão, 2013, pp. 10 e ss.; Enzo Melandri, “Emozione, sentimento e conoscenza dal punto di vista fenomenologico”, in *AA. VV. La scuola di Brentano, Suppl. De Topoi* (Vol. VI, n° 1), Dordrecht, 1988, pp. 93-116. Compreender também no sentido de perceber, de formar percepções, cruzando observação (sensível) e interpretação (inteligível). Uma percepção que passa pela “hermenêutica simétrica” (Piaget) e pela “analogia da experiência” (Kant) na compreensão do fenómeno jurídico, superando o *obstacle epistemologique* de Bachelard. Ver G. Bachelard, *La formation de l’esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, 1960, pp. 13-22 “La notion d’obstacle épistémologique”.

<sup>122</sup> Lembrar é um ato analógico. Embora Paul Valéry, *Cahiers I*, Ed. Judith Robinson-Valéry, Gallimard, Paris, 1989 (Pléiade, 242), vol. I, p.1217, escreva: “tudo que não é memória é analogia”; foi Santo Agostinho, *Confessions*, X,8,14. Ed. Martin Skutella, trad. Eugène Tréhorel e Guilhen Bouissou, Desclée de Brouwer, Paris, 1962 (*Œuvres de Saint Augustin*, 14), p.166-167, que ligou (*contexo*), por semelhanças (*similitudines*), experiências e regras do passado ao presente, visando o futuro.

<sup>123</sup> O maior problema da memória não é o esquecimento; é a desordem. Não podemos aqui desenvolver o tópico através de São Bernardo ou de S. Freud. Ver, v.g., Mary Carruthers, *The book*

por matérias e áreas já consensualizadas – projetando-o digitalmente<sup>124</sup> – no futuro<sup>125</sup>.

Mas, se no pensamento jurídico analógico pensar para a criação da solução a dar ao litígio e para formular a regra jurídica é autoral, solitária, só depois inserida no conjunto, pela analogia; no pensamento digital<sup>126</sup>, pensar para conhecer é – cada vez mais por causa do uso da tecnologia digital<sup>127</sup> no ciberespaço – um ato partilhado, coletivo<sup>128</sup>, em rede<sup>129</sup>.

---

*of memory: a study of memory in medieval culture*, CUP, Cambridge, 1990; *The craft of thought: meditation, rhetoric and the making of images, 400-1200*, CUP, Cambridge, 1998.

<sup>124</sup> E. Severino, *Filosofia futura*, Milão, 2016, em torno de “devenir”; AA. VV. *Filosofia dell’avvenire*, org. U. Perrone, Turim, 2010, pp. 122 e ss.; M. Durante, *Il futuro del web. Etica, Diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all’economia dell’informazione in rete*, Turim, 2017; A. Buffardi, *Futuri possibili: Formazione, innovazione, culture digitali*, Milão, 2020, pp. 32 e ss.; E. Dietrich, F. Fields, J.P. Sullins, B. Van Heuveln e R. Zebrowski, *Great Philosophical Objections to Artificial Intelligence*, Londres, 2021, pp. 9 e ss..

<sup>125</sup> Procura-se reter o mais significativo nas soluções passadas e das regras já enunciadas para tentar ver o que se segue; ver (contemplar) a partir das coisas passadas, por analogia, as coisas futuras: “*futura per similitudinarie contemplatur* (Boncompagno Da Signa, *Rhetorica* cit., Bolonha, 1892 (Bibliotheca Iuridica Medii Aevi, 2), VIII,1, p. 275.

<sup>126</sup> Que não se pode confundir com o pensamento computacional. Ver M.J. Wing, “Computational thinking”, in *Communications of The Acm*, Vol. 49, 2006, pp. 33 e ss.; P. Ferragina e F. Luccio, *Il Pensiero Computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bolonha, 2017; P.J. Denning e M. tendre, *Computational Thinking*, Cambridge, 2019, pp. 23 e ss.; AA. VV. *Filosofia del Digitale*, Sesto San Giovanni, 2020; M. Durante, *Il potere computazionale. L’impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Milão, 2019; E. Bassoli, *Algoritmia giuridica. Intelligenza artificiale e diritto*, Pádua, 2022; G. Taddei Elmie A. Contaldo, *Intelligenza artificiale: algoritmi giuridici ius condendum o “fantadiritto”?*, Pisa, 2020. Para uma distinção entre normas “algoritmizáveis” e “não algoritmizáveis” ver R. Borruso, *Computer e Diritto*, vol. II “Profili giuridici dell’informatica”, Milão, 1988, pp. 77 e ss.; A. Rubel, C. Castro e A. Pham, *Algorithms and autonomy: the Ethics of Automated Decision Systems*, Cambridge (Mass.), 2021, pp. 92 e ss.; A. Cowers, *The Threats of Algorithms and AI to Civil Rights, Legal remedies and American Jurisprudence: One Nation Under Algorithms*, Londres, 2020, pp. 207 e ss.; D. Harel e Y. Feldman, *Algoritmi: Lo spirito dell’informatica*, Milão, 2008, pp. 364 e ss..

<sup>127</sup> AA. VV. *Scienza, Tecnologia & Diritto. Atti del Convegno* (Catania 30 maggio 2003); L. Demicheli, *La grande alienazione: Narciso, Pigmalione, Prometeo e il tecno-capitalismo*, Milão, 2018; P. Calzeroni, *Narcisismo Digitale: critica dell’intelligenza collettiva nell’era del capitalismo della sorveglianza*, Milão, 2019; G. De Rita e A. Galdo, *Prigionieri del presente, come uscire dalla trappola della Modernità*, Turim, 2018;

<sup>128</sup> Cfr. S. Sloman e P. Fernbach, *L’illusione della conoscenza: Perché non pensiamo mai da soli*, Milão, 2018; J. Rifkin, *La società a costo marginale zero. L’internet delle cose. L’ascesa del “commons” collaborativo e l’eclissi del capitalismo*, Milão, 2017; Marshall MacLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Milão, 1967, pp. 79 e ss.; P. Dominici, *Dentro la società interconnessa: La cultura della complessità per abitare e confini e le tensioni della civiltà ipertecnologica*, Milão, 2014, pp. 98 e ss.; M.C. Nuñez, *Tutto è collegato. Ecologia integrale e comunicazione nell’era digitali*, Nápoles, 2020; P.G. Rossi, *Tecnologia*

Hoje qualquer ação cognitiva<sup>130</sup> parece passar pelo uso da Inteligência artificial na ilusão<sup>131</sup> (*illusio*) de que pode ser usada como prolongamento da inteligência natural<sup>132</sup> também no Direito<sup>133</sup>.

---

*e costruzione di mondi: post-costruttivismo, linguaggi e ambienti di apprendimento*, Roma, 2010, pp. 124 e ss.; AA. VV. *Internet e comunicazione. Per capire come cambia il modo di comunicare*, org. M. Wiberg e E. Guidotti, Milão, 1997, pp. 98 e ss.; G. Ghidini, D. Manca e A. Massolo, *La nuova civiltà digitale*, Milão, 2020, pp. 50 e ss..

<sup>129</sup> M. Trentin, *Apprendimento in rete e condivisione delle conoscenze: ruolo, dinamiche e tecnologie della comunità professionali online*, Milão, 2004, pp. 46 e ss.; F. Pasquali e B. Scifo, *Consumare la rete: la fruizione di internet e la navigazione del web*, Milão, 2004, pp. 9 e ss. sobre o *social shaping*; M. Barberis, *Ecologia della rete: Come usare internet e vivere felici*, Sesto S. Giovanni, 2021; A. Scavo, *Governare le reti. La multi-network governance*, Milão, 2015, pp. 125 e ss.; Manuel Castells, *La nascita della società in rete*, Milão, 2017; *Galassia Internet*, Milão, 2006.

<sup>130</sup> Ver G. Riva e F. Morganti, *Conoscenza, comunicazione e tecnologia: Aspetti cognitivi della realtà virtuale*, Milão, 2006, pp. 21 e ss.; N.A. Penna e E. Pessa, *La rappresentazione della conoscenza. Introduzione alla psicologia dei processi cognitivi*, Roma, 1994.

<sup>131</sup> Ver, v-g., S. Raczynski, *Modeling and Simulation: The Computer Science of Illusion*, Cichester West Sussex, 2014, pp. 199 e ss.

<sup>132</sup> Ver R. Cucchiara, *L'Intelligenza non è artificiale. La rivoluzione tecnologica che sta già cambiando il mondo*, Milão, 2021; L. Wolpert, *La natura innaturale della Scienza*, Bari, 1996; R. Spaemann, *Cos'è il naturale: natura, persona, agire morale*, Turim, 2017, pp. 32 e ss.; F. Rossi, *Il confine del futuro: Possiamo fidarci dell'intelligenza artificiale?*, Milão, 2019; S. Schneider, *Artificial you: L'intelligenza artificiale e il futuro della tua mente*, Milão, 2020; J.S. Russel e P. Norvig, *Intelligenza artificiale. Un approccio moderno*, Vol. I, Milão, 2005, pp. 588 e ss.; N.J. Nilson, *Intelligenza artificiale*, Milão, 2002, pp. 321 e ss.; L. Manovich, *L'estetica dell'intelligenza artificiale. Modelli digitali e analitica culturale*, Roma, 2020. Não podemos aqui tratar da *cerebrolização* da máquina para uso da Inteligência Artificial como tentativa de racionalizar as suas respostas. Ver M. Tegmark, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milão, 2017; J. Nida-Rumelin e N. Weidnfeld, *Umanesimo digitale: un'etica per l'epoca dell'intelligenza artificiale*, Milão, 2018; A. Battro e J.P. Denham, *Verso un'intelligenza digitale*, Milão, 2010, pp. 42 e ss.; H.L. Dreyfus, *Ricostruire la mente o progettare modelli del cervello? L'Intelligenza artificiale torna al bivio*, Turim, 1990, pp. 55 e ss.. Uma *cerebrolização* do digital para conter a artificialização tecnológica da mente humana (o homem artificial surgiu com J. Rostand, *Luomo artificiale*, Turim, 1959. Ver V. Frosini, *Luomo artificiale: etica e diritto nell'era planetaria*, Milão, 1986, pp. 218 e ss.; AA. VV. *L'automa spirituale. Menti, cervelli e computer*, org. G. Giorello e P. Strata, Bari, 1991; N. Abbagnano, G. Fornero e P. Rossi, *Filosofia, Storia, Parole, Temi*, Vol. 10 "Dal post moderno all'intelligenza artificiale", org. G. Fornero e F. Restaino, Milão, 2018, pp. 179 e ss..

<sup>133</sup> Ver G. Sartor, "L'intelligenza artificiale e il Diritto. Introduzione", in *Rivista della Filosofia del Diritto*, 2020, pp. 65 e ss.. Não podemos aqui tratar da igualdade e da liberdade no uso da rede para adquirir conhecimento. Ver E. De Marco, *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milão, 2008, pp. 8 e ss.; AA. VV. *l'Illusione. Attori politici e nuovi strumenti di comunicazione*, org. A. Montanari, Milão, 2014, pp. 126 e ss.; I. da Sola Pool, *Tchenologies of Freedom*, Cambridge (Mass.), 1983; G. Fasoli e L. Rossi, *Digital People: Tracce di antropologia digitale. Tra clinical model e development model*, Pádua, 2018; N. Delai, *Internet over 60. Le tecnologie digitali per la generazione matura*, Milão, 2011,

O analógico estava normalmente ligado a procedimentos de cálculo mecânico proporcional não sumativo (*analogical computers*). Na impossibilidade de uma *mathesis universalis* (ou falta a *mathesis* – calculabilidade – ou a *universalitas* – universalidade) procura-se a relação possível entre *calculus ratiocinator* e *universalis*. A *mathesis*, como álgebra da lógica, através da multiplicação ilimitada (até ao infinito – *in infinitum habet rationis locum*) dos cálculos (*infinitesimais*) chega à universalidade (pela soma de todas as possíveis dimensões combinatórias), evitando a redução da lógica à logística (calculabilidade/matемática, entendida como analogia da proporcionalidade). Assim, o cálculo predicativo pode ser feito através de proposições categóricas no âmbito do binómio sujeito-predicado em que o argumento resulta da combinação de palavras (em que a combinatória é um *organon* parcial, provisório e simbólico destinado a aferir a estrutura da *compossibilitas*)<sup>134</sup>.

O cálculo que seguia o “princípio digital” (*digital computers/numerical machines*) era de somatório integral/contínuo<sup>135</sup>. Esta distinção, no âmbito da “filosofia dos

---

pp. 192 e ss.; N. Lucchi, *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Milão, 2009, pp. 29 e ss.; G. Resta, “Governare l’innovazione tecnologica, decisioni algoritmiche, diritti uguali e principio di eguaglianza”, in *Politica del Diritto*, 2019, pp. 199 e ss.. Ver, também, AA. VV. *Dopo la Democrazia? Il potere e la sfera pubblica nell’epoca delle reti*, org. De Kerckhove e D. Tursi, Milão, 2006; M. Barberis, *Comme internet sta uccidendo la democrazia: Populismo digitale*, Milão, 2020.

<sup>134</sup> Tudo isto encontramos em Leibniz, “*De arte combinatortia*”, in *Die philosophischen Schriften*, ed. C.J. Gerhardt, vol. IV, pp. 27-104; *Die mathematischen Schriften*, ed. C.J. Gerhardt, vol. VII, pp. 49-77. Não podemos aqui tratar da relação destas propostas de Leibniz com as características predicativas dos juízos categóricos da *Crítica da Razão Pura* de Kant. O que importa é sabermos que não se resolvem litígios entre partes desavindas apenas com a resposta: “calculemos”; mas, explorando as identidades entre “verdade de razão” e “verdade de facto”. Leibniz, *Die Philosophischen Schriften*, cit., vol. VII, XIV, pp. 198-203, ensina; “*inter veritates necessarias seu demonstratione perceptas et eas quae nobis sola inductione utcunque innotescum*”. Ver K. Fischer, *G. W. Leibniz, Leben, Werke und Lehre*, Heidelberg, 1920 (*Geschichte der neuen Philosophie*, vol. III), cap. VII e cap. XV. Ver Giuseppe Vettori, *Effettività fra Legge e Diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milão, 2020, pp. 169-171 “Il rapporto fra fatti e valori”; P. Zellini, *La dittatura dell’ calcolo*, Adelphi, Milão, 2018. Na retórica de objetividade do discurso jurídico (estrutura retórico-metafórica da linguagem do direito) a verdade é convicção sustentada por discursos intermináveis sobre a sinceridade de quem fala ou escreve. Ver Søren Aabye Kierkegaard, *O conceito de ironia. Constantemente referido a Sócrates*, trad. A. L. Montenegro Valls, São Francisco, Bragança Paulista, 2006, p.215; Aristóteles, *Retorica*, trad. Marco Dorati, Mondadori, Milão, 1996, p. 379 [1419b].

<sup>135</sup> A *lex continui* – ameaçada pela aplicação da física quântica – atua aqui como questão de princípio (não de facto), possibilitando um certo *quantum* de descontinuidade. Para isso, temos de entrar na problemática lógica colocada por Leibniz, na forma como foi interpretada por L. Couturat, *La logique de Leibniz d’après des documents inédits*, Paris, 1901; e *Opusculs et fragments inédits de Leibniz (Extraits des manuscrits de la bibliothèque Royale de Hanovre)*, Paris, 1903; Bertrand Russel, *A Critical Exposition of the Philosophy of Leibniz* (1900), Londres, 1937; *History of Western Philosophy, and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*, Londres,

autômatos”, deixou de fazer sentido. O digital é hoje rápido e preciso, físico e maquinal, artificialmente inteligente<sup>136</sup>, obrigando à revisão do ontologismo jurídico clássico, na adaptação do digital ao lógico-subjetivo que o *jurisprudencialismo* criador suscita. Analógico, lógico e digital são princípios diferentes, até contrários, mas conciliáveis e complementares no pensamento jurídico racional.

A melhor – ou pelo menos a mais segura – maneira de o fazer é por referência ao cérebro humano que opera com base em dois princípios diversos: o lógico-digital (cibernética<sup>137</sup>); e o analógico-proporcional.

Estas referências resultam de uma posição de princípio de que nenhum dos problemas a que o Direito tem de responder deve ser pensado através de um pensamento analítico interno às disciplinas jurídicas. Logo à pergunta: “é legítimo continuar a pensar o Jurídico de forma analógica para criar Direito na sociedade digital?”, a resposta (evitando o “depende...”) só pode ser dada recorrendo a outros conhecimentos que não os jurídicos. Logo, a interdisciplinaridade está na essência/existência do pensamento jurídico-digital.

Juntando a matemática, a lógica, a filosofia, a teoria do Direito podemos responder dizendo que o pensamento analógico não pode estar na base da criação de Direito, mas apenas na transição jurídica da sociedade industrial para a sociedade tecnológico-digital<sup>138</sup>, com a função (embora não-exclusiva) de ajudar a compreender este direito transitório. O Direito digital não colhe a sua legitimidade jurídica na

---

(1946), 1961, liv. III, parte I, cap. XI. Ver, também, F. Barone, *Logica formale e logica trascendentale*, vol. I, *Da Leibniz a Kant*, Turim, 1957, pp. 1-40.

<sup>136</sup> Continuamos à espera de uma regulação normativa capaz de efetivar os compromissos éticos dos cientistas que desenvolver os sistemas de Inteligência Artificial. Uma normação supraestadual que, para ser eficaz, tem de ter a sua *sedes materiae* nos Direitos Fundamentais Universais.

<sup>137</sup> Para a primitiva literatura sobre o tema ver: N. Wiener, *Cybernetics, Or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Nova York-Londres (1948), 1961, pp. 117 e ss.; *The Human Use of Human Beings. Cybernetics and Society*, Nova York (1950), 1954, pp. 151 e ss.; J. von Neumann, *The Brain*, New Haven (Conn.), 1958; W. Sluckin, *Minds and Machines*, Londres (1954), 1960; W. Wieser, *Organismen, Strukturen, Maschinen. Zu einer Lehre vom Organismus*, Frankfurt am Main, 1959, pp. 88-99. O objeto empírico da cibernética só se define pela interdisciplinaridade e o seu objeto teórico pela funcionalidade. Quando a ciência se reduz à técnica (capacidade de produzir/habilidade artística) fica sujeita à Política ameaçando o “progresso científico”. Não podemos aqui tratar do “fim do progresso” no âmbito de uma *gnoseologia do profissional*.

<sup>138</sup> Uma sociedade digital necessariamente mais global e integrada por um direito tendencialmente comum (ou partilhado) que se imporá, sem substituir, às legislações soberanas dos Estados e às regras próprias das comunidades fragmentadas. Uma sociedade digital que rejeitará o “meio tecnológico” criado para elaborar o modo como vemos o mundo, compreendendo que não podem ser os algoritmos a formar ou a validar as nossas opiniões e compreensões. Só uma sociedade que aceite mudar, guiada pelo Direito, pode fazer com êxito, uma transição do analógico para o digital.

sistematicidade normativa. Logo, o analógico-analítico não é fundante do Jurídico-problemático.

Voltando a Bobbio, o critério *eadem ratio* propicia a identidade pelo número, a espécie ou o género e o critério *similis ratio*, tomado em sentido proporcional, permite a identidade pela analogia. Aqui a analogia que permite a identidade entre soluções dadas a casos concretos idênticos (microestrutura) afasta o postulado demonstrativo da lógica que permite a generalização/abstração da norma inserida no sistema (macroestrutura). A solução *ad hoc* de um litígio entre partes inserida, pela analogia, num procedimento jurisprudencial de generalização visando a razoabilidade da regra jurídica tem a virtualidade intrínseca de afastar a lógica que está na base da generalidade abstrativa da norma legal.

Aqui a analogia opõe-se à lógica, na forma como a utilizamos. Por isso, consideramos a tese analítica de Bobbio sobre a analogia em Direito, ultrapassada pela conclusão de Ulrich Klug, de que, em Direito, a analogia exclui a lógica pela ilogicidade da analogia necessária ao método da *similis ratio*. Mas Klog, porque confunde ilógico com irracional, insere a analogia no sintético-indutivo, afastando a analogia da criação jurídica que requer a sociedade digital.

A coexistência entre *analogia iuris* e *analogia legis* na sociedade digital exige o fim da hegemonia do pensamento analógico na criação de Direito. A cobertura ideológica dada pelos Códigos a uma analogia paralisante de interpretações de normas legais capazes de levar justiça à solução do caso concreto nos tribunais judiciais do Estado obriga a afastar o ana-lógico em prol de uma analogia que dê razoabilidade à regra jurídica sem o excesso de racionalidade pela lógica que a preenche.

Afastada a premissa monista-analógica do *Ser Jurídico*, podemos explicar a pluralidade do pensamento digital a partir de um estímulo neuronal inicial tipo ativação/inibição; sim/não; tudo/nada. A frequência na sucessão de estímulos/impulsos nos neurónios transmite informação contínua, não-contraditória, mas variada, que permite pluralidade interpretativa. A mediação estrutura/função do sistema nervoso central – atuando como máquina digital precisa, rápida, sintética – é feita, em termos macroscópicos, em conexões lógicas proporcionais de conteúdos materiais concretos<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> O impulso ou estímulo ao neurónio é a premissa da proposição lógica e a sua reação (impulso-resposta) a conclusão. O cérebro, enquanto faz a virtual convergência das vantagens, elimina os defeitos recíprocos. O sistema funcional complexo de pensar resulta de uma estrutura digital (sim/não) que parte de um impulso ativador para uma proporção integral (conjunção; disjunção; negação), logo mais analógica que lógica – passando do elemento de contacto (*Schaltelement*) para

Vimos que os conteúdos das regras jurídicas são o elemento essencial da possibilidade de justiça material no caso concreto<sup>140</sup>. No pensamento analógico a forma importa mais que o conteúdo<sup>141</sup>. No pensamento digital é o contrário. Hoje o jurisprudente, face à quantidade, intensidade e densidade de dados disponíveis, não pode dispensar as tecnologias digitais para aceder aos conteúdos<sup>142</sup>. Isso implica uma cognição digital plena que supere a *iura novit curia* com a *digitantibus succurrunt iura*<sup>143</sup>.

Está, assim, há muito superada a proposta cibernética para acabar com as ambiguidades, de Norbert Wiener e a justiça preditiva da jurimetria de Lee Loevinger<sup>144</sup> pelo acentuar da natureza preventiva do Direito<sup>145</sup>, pela pre-cognição digital que,

---

a rede de contacto (*Schaltnetzen*). É a equação proporcional que expressa o equilíbrio analógico entre informação e comunicação (controlo das palavras). Daqui se conclui que analógico e digital não são princípios opostos inconciliáveis.

<sup>140</sup> Ver, v.g., M. De Benedetto, M. Martelli e M. Rangone, *La qualità delle regole*, Bolonha, 2011; Claudio Luzzati, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè Editore, Milão, 1990.

<sup>141</sup> Ao conectar pela lógica atributiva, forma e conteúdo a cultura jurídica analógica limitou-se a uma cultura *sub specie formulæ*, incapaz de inserir a crise do racional nos modos de pensar e de criar o Direito. Os limites da sua funcionalidade metodológica comprometeram o equilíbrio dialético entre forma e conteúdo a tal ponto que, a pessoa humana foi secundarizada face às exigências de um pensamento por abstrações, categorias intelectuais e especulações filosóficas numa tentativa inútil de compensar a pobreza jurídica do sistema normativo. Como mostrou Euclides (Eucl., *Elem.* X, Appendix, prop. *civ.* §27, in *Opera*, ed. J.L. Heiberg H. Menge, Vol. V) a irracionalidade só pode ser demonstrada pela aritmética; não pela geometria. Cfr. Bertrand Russel, *Introduction to Mathematical Philosophy*, cit., p. 67. Ora, irracional e ilógico não coincidem. O ilógico tem uma parte racional e outra, irracional. Na parte racional da lógica, são os critérios hermenêuticos que dão significado áquilo que pensamos ou calculamos. Fazemo-lo com recurso a critérios aritméticos que são *causa formal* (para pensar ou calcular), não *causa eficiente* (para produzir, criar). Ver E. Husserl, *Logische Untersuchungen*, 3 voll., Halle and der Saale, (Vol. I, 1900), 1928. No confronto entre regra jurídica e norma legal é diferente pensar “segundo” ou pensar “por causa de”.

<sup>142</sup> O recurso aos *big data* jurídicos depende muito da qualidade da organização dos arquivos com recurso à IA e disponibilização dos dados pelas plataformas para evitar uma quantificação massificada sem qualidade na análise dos conteúdos e na adequação da pesquisa e da análise aos fins pretendidos. Ver AA. VV. *Big Data e processi decisionali: strumenti per l'analisi delle decisioni*, org. S. Gozzo, C. Pennisi, V. Asero e R. Sampugnaro, Milão, 2020 (ver o contributo para o Direito de C. Pennisi, pp. 117 e ss.); K. Kumar Mohbey, A. Pandey e R.D. Singh, *Predictive Analytics Using Statistics and Big data. Concepts and Modeling*, Singapura, 2020. Ver, também, Kai-Fu Lee e Chen Qiufan, *AI 2041* (ed. Port. pela Relógio d'Água a sair este ano de 2023).

<sup>143</sup> Expressão criada por Renato Borruso, *Digitantibus succurrunt iura*, 1989.

<sup>144</sup> Cfr. R. Treves, *Nuovi Sviluppi della sociologia del diritto*, Milão, 1968, pp. 309 e ss..

<sup>145</sup> Ver S. Castiglione, C. Faralli e M. Ripoli, *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Turim, 2002. A História da criação jurídica ocidental insere-se na natureza violenta da sua *civilização* de imposição moralista – hoje decadente (Spengler) – suscitando uma natureza

no entanto, não se funda na sentença do juiz ou na norma do legislador mas nas soluções dos jurisperitos e nas regras que delas resultam. Só esse passado jurisprudencial – inscrito na tradição do Direito como experiência jurídica e fundado na relação texto/contexto e facto/regra – tem possibilidade de projetar juridicidade no futuro: de prever a ocorrência de conflitos<sup>146</sup> sem recorrer à abstração normativa ou ao arbítrio e atomismo decisório judiciário.

---

normativa mais ligada à repressão que à prevenção. Não podemos aqui tratar da dialética de Zenão de Cíntio (estoicismo médio) como contributo da lógica na inserção do *logos* na especulação sobre “como chegar à justiça” (sempre com a sistematização de Crisipo no horizonte da “dialética estóica”). Ver, v.g., S. Luria, “Die Infinitesimalmethode der antiken Atomisten”, in *Quellen und Studien*, I, 1931, pp. 106-185. Para o pensamento digital importa compreender a diferença entre lógica e analógica/analogia na passagem do estado de *techne* ao de *natura*. Zenão reage, pela lógica (ontologia de Parménides), ao pensamento matemático usando a *dedutio ad absurdum*. É pela via analítica que a dialética argumentativa (expondo antinomias, paradoxos e aporias insuperáveis) destrói a pretensão teorética da matemática (que é eminentemente prática – *organon*). Daí a possibilidade de aplicação comparativa adaptada deste esquema ao Direito. É preciso limitar a generalização e a abstração das regras, fixando os limites das categorias jurídicas (a finitude do Direito como princípio) recorrendo a um procedimento concreto *ad hoc* (levando em atenção a “precisão falsa” de Demócrito como uma nova episteme do construtivismo teorético) – logo casuístico sem ser atomístico – em que o jurídico é experimental, não especulativo.

<sup>146</sup> Sem tudo prever ou ser de natureza previsível e indubitável atenta a sua humanidade e as fragilidades e imprevisibilidades do ser humano. Tudo no Direito é humano. Por isso, mesmo o recurso a modelos matemáticos e algoritmos dirigidos à previsão computacional de acontecimentos e antecipação de eventos, reduz os riscos e aumenta a capacidade de responder com prontidão, mas não elimina o imprevisto e a incerteza. Ver M.N. Taleb, *Il cigno nero, come l'improbabile governa la nostra vita*, Milão, 2009, pp. 342 e ss.; N.T. Nassim, *Antifragile. Prosperare nel disordine*, Milão, 2013, pp. 10 e ss. (sobre o imprevisto do cisne negro popperiano como antídoto à teorização geral e abstrata da vida concreta); G. Civallo, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Turim, 2013, pp. 200 e ss.. Podemos, apenas, aqui salientar a importância da dúvida no método jurisprudencial de adquirir conhecimento jurídico e de pensar o Direito (*Dubito ergo cogito, cogito ergo sunt* – duvido logo penso, penso logo existo – R. Descartes). Ver, por todos, A.W. Watts, *La saggezza del dubbio. Messaggio per l'età dell'angoscia*, Roma, 1981; A. Coliva, *Scetticismo: Dubbio, paradosso e conoscenza*, Bari, 2012, pp. 93 e ss.; G. Zabrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Bari, 2009; P. Berger e A. Zijderveld, *Elogio del dubbio*, Bolonha, 2011; V. Camps, *Elogio del dubbio*, Milão, 2021. Para Piaget, *Traité de Logique. Essai de logistique opératoire*, Paris, 1949, pp. 39-49, todas as operações destinadas a prever são lógicas porque são reversíveis. Para os crentes na ciência do Direito (ver K. Stoianovitch, “Y a-t-il une science du droit?”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo IV, 1959, *Droit et Histoire*, pp. 67-98), as dúvidas que apresentam são, paradoxalmente, um corolário das suas certezas científicas que lhes permitem a esperança de que as suas soluções são as únicas verdadeiras, certas e seguras, pois na ciência – não se coloca a questão da Justiça. Ver Friedrich Wilhelm Nietzsche, “Menschliches, Allzumenschliches I und II”, in Friedrich Nietzsche, *Kritische Studienausgabe – in fünfzehn Bände*, Bd. II, eds. Giorgio Colli e Mazzino Montanari, Walter de Gruyter, Berlim, 1988, p. 341; René Poirier, “Rationalité juridique et rationalité scientifique”, in *Archives de Philosophie du Droit*, 23, 1978, *Formes de*

Ora, o pensamento digital precisa de conjugar complexidade com simplicidade<sup>147</sup> e possibilidade de síntese (pela capacidade tecnológica de armazenar, arrumar e sintetizar pelo uso de algoritmos) com rigor analítico. O recurso à técnica da *navalha de Occam*<sup>148</sup> (Guilherme de Occam, 1300)<sup>149</sup> para selecionar o melhor algoritmo que permita um conhecimento jurídico simples (sem ser simplista ou

---

*Rationalité en Droit*, pp. 11-34. Sobre as diferenças entre Sócrates e Platão quanto aos conceitos de *dóxa* e *epistême*, ver Giovanni Casertano, *Paradigmas da verdade em Platão*, trad. M. da G. G. de Pina, Loyola, São Paulo, 2010, p. 44; Giovanni Reale, *Platão. História da filosofia grega e romana*, V. III, trad. H. C. de Lima Vaz e M. Perine, Loyola, São Paulo, 2007, pp. 33-34; Marina Maccoy, *Platão e a retórica de filósofos e sofistas*, trad. L. Oushiro, Madras, São Paulo, 2010, p. 11. Como escreve Pedro Parin, “Ironia como garantia de credibilidade do discurso jurídico”, in *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, nº 69, jul./dez. 2016, pp. 567-599, loc. de ref., p. 587: “Todo conhecimento jurídico está no nível das dóxai, ora mais, ora menos bem fundamentadas. Mas nunca atinge o nível epistêmico do conhecimento seguro”. Logo o conhecimento jurídico fundado nas opiniões dos jurisperitos, questionável, incerto, frágil, humano, ontológico é apresentado como certo, seguro, científico, tecnológico, epistemológico. Ora, o “jurídico-científico” resulta e funda uma crença, não um conhecimento. As opiniões dos jurisperitos não são postulados de um conhecimento científico epistemologicamente fundamentado em busca da solução certa, mas resultado de um percurso intuitivo fundado na experiência que procura a solução justa. A crença na ciência do Direito, com diferentes tipos e graus de racionalidade, pode fazer mergulhar a razoabilidade jurídica numa fria racionalidade computacional, excluindo a racionalidade emotiva. Os elementos computacionais do cérebro humano não se podem separar dos elementos emocionais. O pensamento jurídico digital não pode abdicar de uma retórica que cruze o racional e o emotivo (onde o *éthos*, o *logos* e o *páthos* funcionam como prova *técnica* da retórica). A inteligência não é um conceito jurídico. A ficção de uma inteligência não biológica que prolongue artificialmente e supere as funções do cérebro humano até à substituição do pensamento como livre-arbítrio é uma utopia ou, melhor, uma profecia que se transformou numa ideologia científica sem suficiente suporte filosófico e ainda menos, sustentação jurídica. Ora, a demonstração do logro da *seita cientista* de uma artificialização total do ser humano até à eliminação da pessoa que há nele, passando da dispensabilidade à extinção das pessoas humanas substituídas por robots humanizados, está na possibilidade jurisprudencial de adaptar – sem perder o essencial/existencial – a noção de *persona* construída como conceito jurídico axial do Direito no nosso futuro digital.

<sup>147</sup> Edgar Morin, “La lettura. Sei poeti cantano l’emergenza”, in *Corriere della Sera*, 5 de Abril de 2020, considera que as tecnologias digitais estão a reduzir a complexidade do nosso pensamento. Ver AA. VV. *Il primato delle tecnologie. Guida per una nuova iperaumanità*, Milão, 2020; M. Ainis, *Il regno dell’uroboro. Benvenuti nell’era della solitudine di massa*, Milão, 2018; Giuseppe Vettori, *Effettività fra legge e Diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milão, 2020, pp.123-132; F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del Diritto*, Roma-Bari, 1999, pp. 161 e ss..

<sup>148</sup> Com a seguinte estrutura: “*Etia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*”; “*Pluralitas non est ponenda sine necessitate*”; *Frustra fit per plura quod fieri potest per pauciora* (procurar sempre, mas não complicar se não for necessário e não há motivo para complicar o que é simples). J.J. MacFadden, *La vita è semplice. Come il rasoio di Occam há liberato la scienza e modellato l’universo*, Turim, 2021

<sup>149</sup> P. Muller, *La logica di Occam*, Milão, 2012.

simples) e sintético/tópico (sem ser reducionista ou reduzido) continua a ser estudada<sup>150</sup>. O mesmo com *os teoremas das causas* de Thomas Bayes (1763)<sup>151</sup>; e da *integridade/completude* de Kurt Gödel (1929)<sup>152</sup>.

Em conclusão: o percurso metodológico de refundação jurídica do Direito para a Sociedade Digital requer uma disrupção epistemológica, ontológica e cognitiva dirigida aos meios de criar e aplicar Direito nas nossas sociedades e convoca a comunidade jurídica à reflexão e ao compromisso com o futuro próximo, sobretudo às Academias atentas aos efeitos dos avanços tecnológicos nas relações entre as pessoas e à coesão das sociedades e aos limites jurídicos da invasão digital à Humanidade do ser humano<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> H.C. Von Baeyer, *Informazione. Il nuovo linguaggio della scienza*, Bari, 2003, pp. 131 e ss.; M. Malvadi, D. Leporin, *Capra e calcoli. L'eterna lotta tra gli algoritmi e il caos*, Bari, 2015; G. Corasaniti, *Il diritto nella società digitale*, Milão, 2018, pp. 116 e ss..

<sup>151</sup> Thomas Bayes, *An Essay towards solving a Problem in the Doctrine of Chances*, 1763. Sobretudo aplicado no direito probatório como teorema de probabilidades. Ver A. Mura, “Teorema de Bayes e valutazione della prova”, in *Cassazione penale*, 2004, pp. 1812 e ss.. Sobre o grau de confirmação da probabilidade (o cartesiano *gradus realitatis sive entitatis*) ver, também, J.M. Keynes, *A Treatise on Probability*, Cambridge, 1921, cap. III, § 4; R. Carnap, “The Two Concepts of Probability in Philosophy and Phenomenological Research”, V, 1945, pp. 513-532 = in *Readings in the Philosophy of Science*, ed. H. Feigl e M. Brodbeck, Nova York, 1953, pp. 438-455; *Probability and induction*, I. *Logical Foundations of Probability*, Chicago, 1950; E. Nagel, *Principles of the Theory of Probability* (1939), Chicago, 1958, pp. 42-43. Não podemos continuar nesta senda explorando as similitudes entre lógica modal e lógica probabilística, semântico e ontológico, *dictum e factum*. Ver Everardus Nicolaus, *Loci argumentarum legales*, Venetius, 1564, c. 42 r., apud Norberto Bobbio, *Contributi ad uno Dizionario Giuridico*, Giappiechielli, Turim, 1994, p. 10: “*Similitudo est recta adaptatio quando fit processus ab uno particulari ad aliud particularem per aliquid quod est commune utriusque, puta per eadem rationem*”. Ver também Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, UNB, Brasília, 1995, p. 152.

<sup>152</sup> Trata-se de um teorema fundamental na lógica matemática dos algoritmos pois enuncia que cada algoritmo deve responder a requisitos concretos e precisos como a coerência ou não-contraditoriedade, a integridade sintática, a *decidibilidade* e a definição de axiomas tendencialmente estáveis. Ver Berto F. Gödel, *Logica da zero a Godel*, Bari, 2008; E. Dietrich, F. Fields, J.P. Sullins, B. Van Heuveln e R. Zebrowski, *Great Philosophical Objections to Artificial Intelligence*, Londres, 2021, pp. 9 e ss.. Seria necessário desenvolver a ligação entre umbilical entre matemática e Filosofia (ver S. Körner, *The Philosophy of Mathematics. An Introduction*, Londres, 1960). Para Proclus Diodachus, In *Primum Euclidis Element. Libr. Comm.*, ed. G. Friedlein, Leipzig, 1873, p. 65 e ss., Tales de Mileto foi o primeiro matemático e o primeiro filósofo. Ver B. Russel, *History of Western Philosophy*, Londres (1946), 1961, p. 49; e *Introduction to Mathematical Philosophy*, Londres, 1919, p. 194; e P. Zellini, *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Adelphi, Milão, 2016.

<sup>153</sup> J.G. Gibert, *Sobre el viejo humanismo: exposición y defensa de una tradición*, Madrid, 2010, pp. 264 e ss.; G. Leonhard, *Tecnologia vs umanità, lo scontro prossimo venturo*, Milão, 2016; P. Galina, *La mente liquida: Come le macchine condizionano, modificano o potenziano il cervello*, Bari, 2019, pp. 138 e ss.; Hannah Arendt, *La vita della mente*, Bolonha, 2009; P. Benanti, *Homo Faber: The*

Nesse *iter*, a substituição do pensamento analógico totalitário pelo pensamento jurídico digital na criação de Direito (fontes), sem perder os procedimentos analógicos inerentes ao raciocínio jurídico, adaptado ao poliformismo universalista digital, é fundamental para separar o Direito das regras de criação jurisprudencial, visando a Justiça, da governança da sociedade numérica por normas legais e regulamentares feitas pelos poderes políticos.

Essa opção metodológica é estrutural na desarticulação de um positivismo político-ideológico<sup>154</sup> que submeteu o Direito dos jurisperitos (*auctoritas*) à lei dos legisladores que fundamenta a sentença dos juizes (*imperium*) – enganadoramente designadas como Direito (fontes de “direito”)<sup>155</sup> – desconstruindo o grande sistema normativo<sup>156</sup> legitimador de fontes científicas de criação jurídica que atenta mais à forma que aos conteúdos materiais visando a segurança e a certeza, primeiro que a Justiça<sup>157</sup>.

---

*Techno-Human condition*, Bolonha, 2016; J. Nida-Rumelin e N. Weidnfeld, *Umanesimo digitale: un'etica oper l'epoca dell'intelligenza artificiale*, Milão, 2018. Não há uma transferência de processos cognitivos e volitivos dos humanos para as máquinas, mas uma tentativa de reproduzir certos aspetos do fazer humano no operar de máquinas. As tentativas de transferir o discurso racional de um saber jurídico humano para as máquinas ignora que o direito positivo tem um discurso volitivo, próprio de uma forma de exercício do poder, que preenche as lacunas criadas pelas aporias do raciocínio jurídico, que permite aos juristas uma *retórica do certo e do verdadeiro*, assente no factual e no estrutural/institucional, quando aqui tudo é incerto, circunstancial, verossímil, frágil, conjetural. Logo, dificilmente compatível com o operar mecânico dos aparelhos digitais. Sobre este último tópico ver Pedro Parini, “Ironia como garantia de credibilidade do discurso jurídico”, in *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, nº 69, jul./dez. 2016, pp. 567-599, loc. de ref. p. 575. O “eu sei” dos juristas não é, ironicamente, o “eu posso” das máquinas. Ver Søren Aabye Kierkegaard, *O conceito de ironia. Constantemente referido a Sócrates*, trad. A. L. Montenegro Valls, São Francisco, Bragança Paulista, 2006, p. 214; A. Punzi, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvetius D'Holbach. L'uomo macchina verso l'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Turim, 2003.

<sup>154</sup> Nomeadamente, o positivismo realista escandinavo, com a sua atitude epistemológica de matriz sociológica e psicológica, define cientificamente o Direito como um facto (uma relação física de causa/efeito que designa como “realidade”), recorrendo à metodologia dessas duas ciências. Ver Karl Olivecrona, *El derecho como hecho*, trad. G. Cortés Funes, Roque Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 7-11 e 26; Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Critica del dualismo en el derecho*, trad. J. Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 26.

<sup>155</sup> Ver Carl Schmitt, *Imperium. Conversazioni con Klaus Figgge e Dieter Grob*, Quodlibet, 1971.

<sup>156</sup> Cuja crise era já evidente no final do século XX. Ver Enzo Melandri, “La crisi dei grandi sistemi e l'avvento della filosofia esistenziale”, in *AA. VV. Questo nostro tempo. Studi e Riflessioni sull'evolversi della nostra epoca*, org. M. Ariati e I. Negrini, Bolonha, 1997, pp. 123-139.

<sup>157</sup> Longe das polémicas sobre a descodificação/recodificação do Direito Civil, aqui o tópico metodológico está em usar as alterações introduzidas pelos meios digitais da tecnologia ciber espacial para desarticular um sistema normativo-legal – cientificamente legitimado – hierarquizado e rígido que fixou a pluralidade relacional da experiência humana de conflito e contradição em normas gerais

Essa é a dimensão e profundidade da disrupção imposta pela Sociedade Humana<sup>158</sup> Digital que quer preservar o Direito como instrumento da Justiça, através do apelo à substância original<sup>159</sup> do Jurídico no método dos jurisperitos romanos<sup>160</sup>. Logo, a esse *Jurídico* como referência absoluta das normas que organizam tal Sociedade como Estado<sup>161</sup> e disciplinam as relações entre as pessoas que a integram pelo Direito, para chegar à Justiça que trás a Paz.

---

e abstratas de previsão ideológica – que procura sobreviver além das condições e circunstâncias históricas que o criaram e mantiveram (as revoluções burguesas e os seus valores, o totalitarismo de Estado, o contrato social reduzido à Constituição, a mentalidade positivista pelo Código, a didática da repetição e do compêndio, o pensamento analógico e o método axiomático lógico-dedutivo (John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª ed., trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 2001). Ver, sobre a política da interpretação, Giorgio Pino, *L'interpretazione nel Diritto. Come un Trattato*, Giappichelli, Turim, 2021, pp. 315-332.

<sup>158</sup> Em que o controlo humano e a exigência de Humanidade se mantêm. A necessidade de afirmar, face à deriva pós-humana de robots-pessoas “pensantes” e de automatismos decisórios, a dimensão existencialmente humana da Sociedade Digital (S. Moravia, *L'enigma dell'esistenza: soggetto, morale, passioni nell'età del desincanto*, Milão, 1996, pp. 220 e ss.) e o Direito como criação humana de regras e de soluções para essa Sociedade, destina-se a lembrar a fragilidade, o erro, a incerteza e a dúvida do Direito como manifestação de *culturalidade*, não como expressão de ciência e perfeição. Metodologia e lógica como *sub specie transcendentali* na criação jurídica digital permitem passar – pela interpretação – da ciência para a filosofia na análise do caso concreto a solucionar como problema de pensamento que necessita da metáfora, logo, da analogia. Cfr. Paul Ricoeur, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, 1965. A relação *genus/species* – como matriz analógica – atribui o significado (metáfora por analogia) ao nome (definição nominal) e determina (não coincidem sempre a determinação ontológica e a gnosiológica) o algoritmo a usar. Ver, Enzo Melandri, *La linea e il Circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, 2021, pp. 290-293 “Semantica e definizione”; Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Critica del dualismo en el derecho*, trad. J. Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

<sup>159</sup> No sentido dado por Descartes (*Princ. Phil.* I, §51) a *substantia*: tudo quanto *nihil aliud intelligere possumus, quam rem ita existit, ut nulla alia re indigeat ad existendum*. Sobre o conceito ver B. Russel, “On Denoting”, in *Mind*, XIV, 1905, pp. 479-493; K. Jaspers, “La Pensée de Descartes et la philosophie”, in *Descartes*, Paris, 1937, pp. 39-148.

<sup>160</sup> Sem retorno, ainda que meramente referencial, a qualquer forma de expressão jurídica, a conteúdos materiais, a procedimentos ou expedientes processuais, a regressões culturais ou invocações civilizacionais. Muito menos a tentativas anacrônicas de *imatio iurisprudentialis* marcadas por um *presencialismo* acríptico e irrealista. Por isso, ensinamos o Direito Romano como uma arqueologia do saber jurídico projetado no futuro, como um instrumento crítico do presente, não como um precedente das normas legais vigentes ou um antecedente histórico de construções institucionais ou de discursos legitimadores de juridicidade no presente. Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano*, Vol. I, Principia, Cascais, 2009, pp. 11-148. Ver, também, Pierrette Poncela, “L'archéologie du savoir juridique”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 33, 1988, *La Philosophie du Droit Aujourd'hui*, pp. 169-176.

<sup>161</sup> O Estado Digital de Direito não pode ser apenas uma criação política por adaptação constituinte de normas das Constituições velhas, sempre vigentes na sua neutralidade jurídica; mas o resultado

Aqui chegados, sem conseguir completar as leituras devidas e sem maturar o que delas se pode retirar quanto aos efeitos da disrupção digital<sup>162</sup> nas formas e modos de pensar, dizer, criar e aplicar regras jurídicas, em ambiente de obstinada resistência legalista, resta-nos colocar as perguntas possíveis:

Qual o limite para um pensamento jurídico disruptivo<sup>163</sup> que sustente a criação *ex nihilo* de Direito desde o concreto (conflito entre as partes) ao geral (regra jurídica), no âmbito de um materialismo físico-digital de significados, que não dispensa a representação intelectual e faz da gnoseologia apriorística<sup>164</sup> uma metodologia intuitiva<sup>165</sup> que parte da *rerum natura*? Qual o impacto na efetivação

---

de uma revolução como rutura, por disrupção, na comunidade jurídica: das mentalidades, praxes decisórias, vícios burocráticos, rotinas instaladas, instituições paralisadas, discursos situacionistas, doutrinas distanciadas da realidade; métodos académicos sem possibilidade de aplicação concreta; teorias especulativas sem compromisso com soluções eficazes; desatenção aos ritmos de mudança ignorando as exigências do tempo acelerado, manutenção de estruturas de poder distanciadas das sociedades que governam. O impacto da revolução tecnológica digital nas nossas vidas, com mudanças aceleradas nos padrões comportamentais e nas estruturas, arquétipos e convívios sociais, impõe aos jurisperdentes um pensamento adequado a compreender as novas vulnerabilidades e a responder a esse desconhecido. O que torna obsoletas as ideias e estruturas atuais de um direito positivo, legitimado pelo exercício do poder político, com pretensões de racionalidade, representado pelo pensamento de Robert Alexy. Ver, v.g., R. Alexy, “Idée et structure d’un système du droit rationnel”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 33, 1988, *La Philosophie du Droit Aujourd’hui*, pp. 23-38.

<sup>162</sup> Trata-se de uma expressão criada pelo Professor de Harvard Clayton Christensen, para expressar o efeito das novas tecnologias de realidade aumentada – pela convergência de tecnologias que está a redesenhar as fronteiras e o uso do ciberespaço – nas formas tradicionais de pensar e de fazer. Ver, v.g., AA. VV. O Direito no Metaverso. O caminho para uma nova realidade, org. Luís Barreto Xavier et alli, Abreu Advogados, Outubro 2022; Bernardo de Azevedo e Souza, *Metaverso e Direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.

<sup>163</sup> Além dos impactos da *Ontologie des Noch-Nicht-Seiendes*, de Bloch; da Tabela de Mendeleev; da teoria das partículas elementares de Bohm; da teoria atómica de Rutherford; do *Sein und Zeit* de Heidegger; do princípio: *eadem sunt quorum unum potest substitui alteri*, de Leibniz; da matemática dos fractais; da física quântica...

<sup>164</sup> Que leve a sério a noção de “juízo sintético a priori” pela recuperação da *teoria dos semelhantes* na crítica anti-metafísica do empirismo lógico e – sem eruditismo – recupere o *intelecto criador* de Plotino, o *cogito ergo sunt* de Descartes, o *circulus in probando* de B. Spinoza, a crítica racional pura de Kant; o *axioma de especificação* de P.R. Halmos, pela mão de Bertrand Russel, *History of Western Philosophy, and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*, Londres (1946), 1961, liv. III, part. I, cap. XI.

<sup>165</sup> A metodologia deve ser aqui, no plano jurídico, equiparada à poética o que implica a separação entre ciência e arte (a distinção é essencial também para separar ciência e moral/política) e entre filosofia (como metateoria) e estética (como teoria normativa). Na apodítica aristotélica a natureza da ciência impõe uma divisão entre teóricas e práticas, pragmáticas ou poéticas (a velha dicotomia aristotélica teoria/prática que na ciência pós-Galileu se traduz em estrutural/funcional). A ciência reduzida à técnica da *produção industrial* fica dependente da economia política, subordinando, em

da justiça de uma criação de Direito para a sociedade digital pensada pelos juristas prudentes como um problema da Filosofia<sup>166</sup>, superando o tópico das *two cultures*? Preservar o Direito como *ars inveniendi*, do lado do provável contra o certo e verdadeiro<sup>167</sup>, em tempo de digitalização mecanicista é a melhor forma de assegurar que a Justiça do caso concreto é o fim último do labor jurisprudencial?

---

termos semióticos, a semântica à pragmática. Longe do ideal da *Wissenschaftlichkeit*, a ciência jurídica, orientada pelo legislador, seria apenas uma expressão das escolhas políticas e da sua positivação normativa. Ver, em outro sentido, António Castanheira Neves, “O sentido atual da metodologia jurídica”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Volume comemorativo*, n.º. 75, Coimbra, 2003.

<sup>166</sup> Ver, v.g., Jerzy Wroblewski, “L’attitude philosophique et l’attitude aphiosophique dans la théorie contemporaine du Droit”, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 11, 1966, *La Logique du Droit*, pp. 273-294; André-Jean Arnaud, *Critique de la raison Juridique. Ou va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981; *Governants sans frontières. Entre Mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003; *O Direito traído pela Filosofia (Le droit trahi par la philosophie*, Rouen CESP, 1977), trad. port. aumentada e atualizada por W.M. Capeller e L. Oliveira, S. Fabris, Porto Alegre, 1991; *Le Droit trahi par la sociologie. Una pratique de l’histoire*, LGDJ, Paris, 1998; *O Direito entre Modernidade e Globalização*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999; *O Pensamento Jurídico europeu*, Editora Internacional, Lisboa, 1995; *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos Jours*, Paris, PUF, 1975.

<sup>167</sup> A *analogia iuris* através de uma dimensão teórica que visa a prática produz conhecimento jurídico provável válido e eficaz, não verdadeiro e certo. Logo, situa-se no plano da *similitudo*, não da *certitudo*. Cfr. Rodrigo Guerizoli, “Polissemia e Rigor. Tomás de Aquino e o Método Interpretativo Escolástico (Suma Teológica, I, q. 1.)”, in *Síntese*, vol. 26, n.º. 86, Belo Horizonte, 1999, pp. 325 e ss.; Alípio Silveira, *Hermenêutica Jurídica. Seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*, Ed. Leia Livros, São Paulo, s.d., pp. 37 e ss.. Logo, a *analogia iuris* não é a mera aplicação de um princípio geral de Direito em que o geral é a totalidade do sistema normativo e o particular o caso a resolver, como pretende N. Bobbio, *Contributi...*, cit., p. 11, reduzindo a *analogia iuris* à *analogia legis* pois “a analogia surge no direito por exigência técnica, por exigência social e por exigência axiológica”, como escreve Joaquim Carlos Salgado, “Analogia”, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, pp. 45-76, loc. de ref., p. 59. Ora, a analogia não é apenas uma técnica de decisão para suprir lacunas da lei a que recorre o juiz aplicador de leis, como se pretende através de uma interpretação enviesada da expressão de Pédio “jurisdictione suppleri” em Ulpiano D. 1. 3. 13. A analogia é sobretudo uma forma jurisprudencial de encontrar o Direito (a regra jurídica) para resolver com justiça o caso concreto, isto é, *ad similia procedere atque ita ius dicere debet* (Juliano D. 1.3.12). Esta expressão de Juliano não pode ser reduzida a um processo lógico em que o aplicador da lei, a partir de semelhanças entre um fato regulado na lei e outro por ela não regulado, identifica neste último a mesma razão (ou fundamento) pela qual a prescrição prevista pelo legislador foi atribuída ao facto pela lei, devendo, por isso, a ele ser estendida ou aplicada.