

9

A DECISÃO JUDICIAL NO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

Thiago Brega de Assis¹

RESUMO

Ciência, segundo o dicionário, tem, entre outros, os significados de “conhecimento” e “saber que se adquire pela instrução”. Tendo em vista que a decisão judicial decorre da atividade do juiz ao apreciar a matéria do processo, é possível enquadrá-la como um ato científico. O julgamento envolve o conhecimento de questões fáticas e normativas, implicando em análises de ciências naturais e jurídicas. Este trabalho estuda, ainda que sucintamente, o esforço do magistrado para superar os desafios probatórios e normativo-ideológicos e proferir uma decisão justa.

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi apresentado originalmente ao professor Ricardo Nery Falbo, como monografia da disciplina Epistemologia das Ciências Sociais, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, tendo sofrido alterações pontuais para adequá-lo à publicação na Revista Amagis Jurídica.

A finalidade do texto é estudar a decisão judicial no campo do conhecimento, pois é pautada pelo atendimento a uma série de requisitos que são também utilizados pelo cientista na busca da verdade e da explicação racional do objeto de seu estudo.

¹ 165.º Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Se a ciência se preocupa com a melhoria da experiência do ser, esta também é a finalidade do Direito, em que a decisão judicial é fundamental, com suas vertentes fática e normativa.

1. A DECISÃO JUDICIAL NO CAMPO DO CONHECIMENTO

Como a finalidade do conhecimento humano é permitir a superação das dificuldades impostas pela natureza ou pelo próprio homem à satisfação de suas necessidades, pode-se questionar se é possível enquadrar a decisão judicial no campo do conhecimento, na medida em que é proferida para solucionar uma dificuldade, representada por uma pretensão insatisfeita, individual ou social.

No ato de julgar, o magistrado reúne conhecimentos de ordem normativa, valorativa e fática, o que não pode ser feito de forma arbitrária, devendo seguir determinados critérios, em tanto quanto às questões normativas e valorativas, como ao procedimento.

O julgamento, portanto, envolve um ato de conhecimento e também a aplicação de uma série de técnicas para a incidência do Direito ao caso concreto.

Contudo, essa conduta implica em superarpreconceitos, de modo que a decisão signifique a solução mais correta segundo a realidade dos fatos e conforme as normas vigentes, considerando os interesses dos envolvidos, a sua proteção pelo direito, e uma postura teoricamente isenta do julgador perante esses dados.

Desse modo, a conduta do magistrado pode ser equiparada à do cientista, procurando atingir a resposta mais precisa do ponto de vista técnico, de modo a não destoar do sistema jurídico, e científico, que rege os respectivos comportamentos humanos. A decisão não é um ato autônomo, mas a concentração de todo um conjunto de preceitos de ordem moral, social, política, jurídica, econômica etc., haja vista que não é possível isolar completamente um caso judicial do seu contexto.

No atual estágio do conhecimento, o que não pode ser desprezado pelo jurista, a interdependência entre os fatos e eventos deve ser objeto de reflexão e ponderação por parte do julgador.

Infelizmente, isso não é o que sempre ocorre no cotidiano forense, pois assim como o cientista pode não resistir aos “obstáculos epistemológicos” do conhecimento, o juiz também costuma ficar preso aos estágios estacionados do Direito, ou de suas opiniões, a despeito das peculiaridades do caso em análise e da necessidade de enfrentamento dos supostos limites do conhecimento para a melhor solução da questão.

Não basta ao magistrado proferir uma decisão qualquer, é mister fazê-lo oferecendo os argumentos e métodos pelos quais chegou racionalmente à sua conclusão. A juridicidade deve ser demonstrada, não sob um aspecto isolado, mas conforme o sistema jurídico e os valores por ele adotados.

Seguindo um rigor metodológico, num paralelo com o cientista, o juiz deve dar “importância à organização racional de suas experiências”² do caso em análise, pois o Direito é conhecimento teleológico, argumentativo e, também, explicativo, para o qual a exposição linguístico-racional relacionada aos fatos respectivos é fundamental.

A decisão judicial envolve ato de pensamento, de conhecimento, para resolver um problema, exigindo uma resposta racional segundo o sistema jurídico vigente, em postura semelhante à do cientista. Uma diferença consiste no fato de que o conhecimento científico do Direito exige mais do que uma única decisão, envolvendo uma análise do conjunto de decisões sobre o tema, as normas pertinentes, e, por que não, o comportamento das pessoas em face dessas decisões. Como semelhança, tanto o juiz quanto o cientista estão limitados em seu conhecimento da realidade por restrições formais e/ou técnicas, o que leva muitas vezes a resultados dissonantes da “realidade”.

A falha na decisão judicial pode ser comprovada por descoberta de novos fatos, que não haviam sido apreciados no momento do julgamento, seja por meio de um recurso, corrigindo-se o erro ainda em tempo de favorecer a parte com razão, ou posteriormente, quando já consolidadas as consequências do respectivo equívoco. Uma teoria do conhecimento, do mesmo modo, pode ser corrigida após os questio-

² BACHELARD, Gaston. *Epistemologia*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1983, p. 15.

amentos da comunidade científica, até muito depois, quando a evolução da técnica permitir a verificação e a confirmação ou refutação das hipóteses em questão.

Assim, o julgamento é parte integrante do processo científico do Direito, ainda mais quando há evolução sobre o entendimento até então dominante sobre a matéria. Segundo Bachelard, a ciência procura melhorar a experiência do ser, a promoção do ser humano, o que pode ser aplicado no campo jurídico, que tem por finalidade a plena realização da humanidade. O jurista deve elevar seu conhecimento até os limites da sua ciência, e, diante da situação concreta, aplicar o conhecimento sobre o caso, e mesmo superá-lo, quando necessário, reinterpretando o Direito e avançando no saber respectivo.

O conhecimento jurídico evolui, sendo que seu avanço ocorre tanto em razão de alterações legislativas como em virtude de decisões judiciais. Aplicável ao Direito o que Japiassu³ diz da ciência

Ora, hoje em dia, o conhecimento passou a ser considerado como um processo e não como um dado adquirido uma vez por todas. Esta noção de conhecimento foi substituída por outra, que o vê antes de tudo como um processo, como uma história que, aos poucos e incessantemente, fazem-nos captar a realidade a ser conhecida. Devemos falar hoje de conhecimento-processo e não mais conhecimento-estado. Se nosso conhecimento se apresenta em devir, só conhecemos realmente quando passamos de um conhecimento menor para um conhecimento maior.

Os eventos sociais ocorrem de forma rápida, independentemente da existência de normas, o que exige do legislador e do jurista uma constante adaptação e interpretação dos acontecimentos segundo as necessidades, sendo que o processo de mudança na sociedade deve ser considerado na interpretação e aplicação do Direito, aumentando, assim, o conhecimento jurídico sobre as relações humanas.

Outrossim, a decisão judicial está incluída no processo de conhecimento do Direito, servindo de dado para o cientista que irá refletir sobre esse ato, comparando-o com os demais da mesma espécie sobre o assunto e com as previsões do sistema normativo sobre o caso, sua

³ JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p. 21.

manutenção ou evolução, pois “os conhecimentos não são considerados como construções autônomas e individuais, mas como atividades sociais, inseridas num determinado contexto sociocultural”.⁴

2. ENTRE OS FATOS E SEU CONHECIMENTO

O Direito costuma ser enquadrado como ciência social aplicada, na medida em que o seu conhecimento deve ser utilizado para resolver problemas concretos de ordem social. Não é filosofia pura, que teria por finalidade conhecer e explicar os fenômenos da vida, mas sem uma aplicação imediata, como também não está relacionado apenas à análise de caso concretos em si e por si, pois é considerado um sistema, em que existe coerência entre as decisões, ao menos em tese.

A aplicação do conhecimento jurídico envolve dois problemas de ordem cognitiva: quanto aos elementos empíricos, relativamente aos fatos em discussão, e aos seus aspectos legais, sobre as questões normativas do caso.

Segundo Bobbio,⁵ a ciência jurídica é uma ciência formal em sentido amplo, pois não é mera lógica, e também se distingue das ciências empíricas, tendo em vista que sua finalidade não é a simples explicação dos fenômenos físicos enquanto tais, mas sua qualificação jurídica. Fazendo referência a Ihering, citado autor fala de “construção” como fenômeno jurídico por excelência, que consiste em “definir un hecho, un acto, una relación, una institución, com el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos”. Assim, por meio da “construção”, o jurista faz a subsunção de um ato, uma relação ou uma instituição nesta ou naquela categoria jurídica, com a finalidade de lhe atribuir tal ou qual qualificação normativa e ordená-lo dentro do sistema.⁶

Portanto, a ciência do Direito passa dos fatos às normas que os regulam, o que faz dupla a dificuldade do julgador: definir os fatos e o direito.

⁴ JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p. 27.

⁵ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Barcelona: Fontamara, 1994, p. 23.

⁶ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Barcelona: Fontamara, 1994, p. 24.

“Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável”.⁷ Desse modo, os fatos não são simples premissas sobre as quais incidirão as normas, mas também objeto específico do conhecimento e da decisão do julgador.

Ainda que, após os descobrimentos da nova física, sejam questionáveis as conclusões definitivas sobre o que se entende por realidade, o Direito não pode ficar sujeito a simples possibilidades, pois a sociedade precisa de solidez em suas relações jurídicas, vivendo uma expectativa de segurança, ainda que esta não seja concreta. Com a importância da realidade econômica, e seu poder sobre as relações sociais, políticas e jurídicas, é exigido que o Direito tenha um grau máximo possível de previsibilidade, mesmo que sabidamente falível.

A busca por parâmetro, generalização e universalização é cotidiana nas ciências, mesmo nas chamadas humanas, o que é destacado como fundamental para Clifford Geertz:⁸ “a tentativa de restaurar um conceito de ‘Natureza Humana’ independente do contexto como um baluarte contra o relativismo, e a tentativa de reinstaurar igualmente um conceito similar daquela outra velha amiga, ‘A Mente Humana’”. Ainda que o autor se refira aos valores, sua assertiva também se aplica aos fatos, pois é possível chegar a um conhecimento comum dos fatos, uma espécie de consenso, mesmo que parcial, sobre a realidade, de modo que possa ser objeto da incidência normativa, e sua interpretação valorativa.

Há situações em que a concepção dos fatos fica ofuscada, principalmente quando existe maior intensidade emocional do observador ou interlocutor, mas a busca por uma explicação universal dos fenômenos também é estimulada, e mesmo desejada.

Na modernidade, existe uma tentativa de superação do relativismo moral, psíquico e conceitual que procura levar a uma racionalidade

⁷ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 423.

⁸ GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 54.

dade universal. Mesmo sendo inegável a diferença e a existência de situações únicas, mas não mais basta uma aceitação dos fatos por inspiração divina ou por autoridade do soberano, sendo exigida atualmente uma construção racional e dialética dos fatos, que seja compreensível e inteligível ao menos por aqueles membros da sociedade que se convencionou terem acesso ao conhecimento.

Nesse sentido, como os rigores da ciência passaram a ser exigidos em todos os campos do saber, aumentou a conotação científica sobre a matéria de fato no julgamento. Segundo Giovanni Verde,⁹ na questão dos fatos e das provas é preciso ter em conta

a) a necessidade de construir a investigação do juiz como racional; b) a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito; c) a possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional que permita ao juiz a reconstrução dos fatos; d) a articulada qualificação jurídica dos fatos; e) a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e demais cidadãos.

Não se pode esquecer que o conhecimento dos fatos no curso de um processo possui características próprias, algumas vezes permitindo a dissonância entre a realidade fática e a realidade processual, como nas presunções e ficções jurídicas, apesar de haver uma tendência cada vez maior de busca pela verdade real.

Todavia, como regra, o conceito de prova dos fatos está relacionado ao conhecimento comum, sendo que a partir de determinados fatos presumivelmente verdadeiros são extraídos outros como também existentes.

O Direito deve se socorrer das demais ciências para chegar à conclusão acerca dos eventos sobre os quais devem incidir as normas.

Se o método das ciências biológicas é o mais adequado para apurar ou avaliar os dados que podem acertar os fatos, a ele deve recorrer o juiz. E assim, do mesmo modo, deve ele fazer

⁹ *Apud* GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In: Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 431.

uso dos métodos de todas as demais áreas do conhecimento humano, como a psicologia, a física, a matemática, a sociologia etc.¹⁰

Portanto, como o Direito não é ciência abstrata, é necessário definir a realidade a ser qualificada pela norma jurídica. A existência ou não de um acontecimento, ou a forma como ele ocorreu é fundamental para que a decisão judicial possa ser (bem) proferida, haja vista a relevância da dimensão fática para sua correta conjugação com as dimensões normativa e valorativa.

Sabidamente, o ato de conhecimento está sujeito a equívocos, notadamente quanto à efetiva correspondência entre o mundo fenomênico e aquela realidade declarada pelo observador, ou pelo juiz, pois o julgador nem sempre tem o zelo necessário, assim como o próprio cientista, na busca da verdade. Ainda que o juiz possa investigar os fatos, determinando a realização de provas para o seu esclarecimento, é pouco aplicada a regra do art. 130 do Código de Processo Civil – CPC, segundo a qual faculta-se ao magistrado a iniciativa própria da produção das provas.

Há respeitável entendimento em sentido contrário à cognição judicial como ato de ciência, uma vez que o julgador se rende à situação concreta posta à sua apreciação, dizendo Leonardo Greco que a decisão judicial se dá “abandonando qualquer correspondência dos fatos do processo com a verdade objetiva e renunciando a qualquer possibilidade de equiparar a cognição judicial à que se desenvolve racionalmente em outras ciências, mesmo experimentais”.¹¹ O mesmo autor, em seguida, reafirma

Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza de validade apenas no caso concreto,

¹⁰ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In: Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 435.

¹¹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In: Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 440.

mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem.¹²

Ainda que a decisão judicial possa não ter seus pressupostos de fato em correspondência com os fenômenos que aprecia, isso não afasta o conhecimento da análise fenomênica ocorrente na decisão judicial. O cientista do século XVI não era menos cientista que o do século XXI em razão de as descobertas deste terem infirmado as daquele. O que se tem é uma diversidade de instrumentos e de meios para a busca dos fenômenos que são observados.

Diante do princípio dispositivo, a maioria dos magistrados acaba por se contentar com as provas ofertadas pelas partes, deixando de lado a autorização do art. 130 do CPC.

Entrementes, não se pode entender como adequada uma despreocupação do juiz com a realidade objetiva, pois a incidência das normas deve ser feita em relação aos fatos concretamente existentes, de modo a realizar efetivamente o direito vigente.

A busca na cognição judicial deve ser pela verdade real, não podendo haver, como regra, satisfação com a verdade formal. Ainda que o contato do juiz com os fatos seja indireto, pois a eles chega por meio das provas, deve procurar ter a máxima certeza em relação aos pontos sobre o que julga, formando sua convicção para decidir e convencer os jurisdicionados, mesmo sendo indiscutível a possibilidade de erro.

Desse modo, a posição do julgador é semelhante à do cientista, na busca da coerência entre a convicção racionalizada dos fatos e a realidade empírica respectiva. Outrossim, o juiz deve buscar não somente a argumentação sobre o objeto probatório, fundamentando seu conhecimento e convencimento, mas fazer com que haja sustentação empírico-processual na sua decisão.

A fundamentação da decisão é, assim, o que a coloca como ato de conhecimento, pois nela está encontrada sua racionalidade. Segundo Rorty,¹³

¹² GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In: Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 441.

¹³ RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Relume-Dumará, 1995, p. 165-166.

podemos pensar no conhecimento como uma relação a proposições e, assim, na justificação como uma relação entre as proposições em questão e outras proposições das quais as primeiras possam ser inferidas. Ou podemos pensar tanto em conhecimento como em justificação enquanto relações privilegiadas aos objetos sobre os quais são essas proposições. Se pensarmos do primeiro modo, não veremos nenhuma necessidade de terminar o regresso potencialmente infinito de proposições-trazidas-em-defesa-de-outras-proposições. Seria uma tolice manter em andamento a conversação sobre o assunto, uma vez que todos, ou a maioria, ou os sábios, estão satisfeitos; mas naturalmente nós *podemos*. Se pensarmos no conhecimento do segundo modo, desejaremos querer chegar às causas por trás das razões, para além do argumento à compulsão do objeto conhecido, a uma situação em que o argumento não seria apenas tolo mas impossível; pois quem quer que seja dominado pelo objeto da maneira requerida será *incapaz* de duvidar ou ver uma alternativa. Chegar a esse ponto é chegar aos fundamentos do conhecimento.

Outrossim, na decisão estão as proposições das partes, em relação às quais existem os elementos de prova, também objeto de proposições, e fazendo a relação de umas e outros o juiz decide a causa de modo que as ligações e argumentações satisfaçam as partes, ou mesmo o tribunal que irá apreciar eventual recurso (*todos, a maioria ou os sábios*). E é necessário que os elementos de convicção encontrem respaldo no processo, que representa a realidade do julgador e que impressionou os seus sentidos, devendo ser capazes de persuadir o interlocutor.

Portanto, o convencimento do julgador acerca da realidade envolve um juízo lógico-cognoscitivo dos fatos, baseando-se em elementos fáticos e linguísticos, pois assim como o filósofo deve examinar suas atividades epistemológicas “limitando suas afirmações ao que pode ser apropriadamente ‘sustentado’”,¹⁴ se o juiz se afastar do que é sustentado, sua decisão será passível de correção pela instância superior.

Mesmo sendo claros os limites do conhecimento do juiz, também há limitação para o saber científico, sendo possível ver o ato do juiz como ato científico de conhecimento, ainda que suas conclu-

¹⁴ RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Relume-Dumará, 1995, p. 168.

sões possam ser questionadas por outra instância. Essa revisão pode ser encarada como a verificabilidade da decisão, colocando seu ato em um contexto maior, como o do processo, principalmente porque a confirmação do conhecimento é feita nos desdobramentos desse processo.

Portanto, o julgador realiza um ato de conhecimento quando profere uma decisão, o que não fica afastado pelo fato de eventualmente não haver perfeita correspondência entre os fatos descritos na decisão judicial e a realidade fenomênica, pois também ocorre de o cientista ser questionado e contestado, demonstrando-se, inclusive, sua incorreção. Se o erro não infirma a teoria ou o ato como científico, mas apenas a veracidade e correção de suas conclusões, a falha do juiz também não retira a feição cognoscitiva da sua decisão.

3. A DEFINIÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL

Além de conhecer os fatos da causa, deve o julgador enquadrá-los segundo normas, aplicando o Direito. Essa é outra tarefa que desafia a argúcia e o conhecimento do juiz, notadamente porque as normas não têm aplicação uníssona, havendo muitas hipóteses de divergência na sua interpretação.

A posição ideológica do intérprete pode ser fundamental para que se entenda sua concepção da norma. Consciente ou inconscientemente, o julgador possui uma tendência de julgar a questão posta à sua apreciação segundo visões preconcebidas do Direito.

Assim como o Direito não é neutro, pois as normas são ditas para realizar valores e conformar a realidade segundo modelos de comportamento previamente escolhidos, o magistrado também possui seus valores pessoais, por vezes conflitantes com aqueles adotados pela norma estatal, e que podem influir em sua decisão em maior ou menor escala, inclusive no que se refere à escolha da regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

...todo investigador se situa no interior de um quadro lingüístico que lhe é transmitido pela tradição e que, em geral, não é questionado pelo investigador. Claro, ele não herda somente um

léxico, mas também uma sintaxe, e, a um nível mais elevado ainda de abstração, o que podemos chamar de orientações teóricas e metodológicas ou, se julgarmos este vocábulo mais oportuno, de paradigmas.¹⁵

Ainda que referida passagem de Boudon tenha sido extraída no contexto da influência da ideologia no contexto das ciências, também é aplicável ao Direito, tendo em vista que o juiz realiza um ato de conhecimento estando inserido em um contexto social, com ideologias.

No que se refere ao Direito, pode-se dizer que tradicionalmente houve dois paradigmas para descrever a realidade jurídica, a positivista e a jusnaturalista. E desde a própria faculdade, ou mesmo antes, quando tem os primeiros contatos com a Ciência Jurídica, o jurista recebe orientações dos referidos modelos teóricos do Direito, que irão conformar a sua própria concepção sobre esse objeto.

Segundo Bobbio, a oposição entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, mais do que um contraste entre gerações e entre concepções do Direito, consiste em um conflito entre nossa vocação científica e nossa consciência moral, entre a profissão de cientista e a missão como homem.¹⁶

Desse modo, o julgador, ao escolher a norma aplicável ao caso, ainda que inconscientemente, estará sujeito a influências do positivismo, do jusnaturalismo, e, eventualmente, de ambos. Estará ele entre simplesmente aplicar o comando legal previsto pelo Poder Estatal constituído ou resolver a questão da maneira mais justa, para o que pesam as concepções sociais e pessoais de justiça, ou ainda valores não diretamente positivados, notadamente quando possa haver contradição entre uma possível decisão e outra.

A questão posta sob esse prisma coloca o problema na função que é dada ao Direito segundo a corrente que se escolher, a de dar segurança social ou a de realizar a justiça como valor a ser alcançado.

¹⁵ BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das idéias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989, p. 117.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Barcelona: Fontamara, 1994, p. 9.

O julgador se coloca, mesmo que disso não tenha plena consciência, entre as finalidades do Direito e suas normas. Para Boudon,¹⁷ tratando do peso da ideologia no contexto do conhecimento científico,

a análise funcional consiste em mostrar que tal ou qual instituição faz sentido para um conjunto de indivíduos, seja porque responde a necessidades ou a demandas facilmente inteligíveis por eles, seja porque permite resolver um problema que se coloca para o grupo, dentro de condições aceitáveis por seus membros.

No que se refere à aplicação funcional das normas, a posição do membro no grupo fará grande diferença quanto à aceitação ou não do que se entende pelo Direito, pois enquanto para a “classe dominante” o Direito tem a finalidade de manter a ordem, perpetuando o poder e o *status quo*, haja vista que controla o organismo estatal, os meios de comunicação e os respectivos mecanismos de atuação, para o “grupo dominado” sua função é justamente permitir o acesso àquelas instituições sociais e seus benefícios, que estão nas mãos da classe favorecida. Portanto, o interesse na definição do que é Direito e qual o objetivo das normas irá variar segundo a colocação social do sujeito.

O juiz deve-se colocar entre as posições dos interessados, sendo imparcial, tratando igualmente os envolvidos, em especial no que se refere à importância e à atenção dada às suas pretensões. Mas também o julgador pode-se ver, no seu contexto social, como integrante de uma das classes da comunidade, inclusive identificando-a como uma das partes, mesmo que no campo ideológico, o que não pode, em tese, interferir na solução da causa.

Como o Direito possui grande conotação interpretativa, tanto dos fatos como, principalmente, das normas que lhes regularão, o sentido dos preceitos normativos e seus efeitos ideológicos podem ser percebidos na decisão judicial. Assim, em se tratando de ato interpretativo, “a ideologia é, por assim dizer, imanente à própria interpretação”, dizendo Boudon, ainda, que a “influência ideológica das ciências sociais

¹⁷ BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das idéias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989, p. 204.

é, portanto, muito mais difícil de ser isolada quando se trata de sua dimensão interpretativa”.¹⁸

Desse modo, para o paradigma formalista do Direito, que o vê enquanto norma posta pela autoridade, basta que a interpretação da norma seja logicamente adequada para que esteja em conformidade com as convicções do respectivo grupo e, assim, correta do ponto de vista jurídico.

O positivismo é o modelo dos dogmas, valendo apenas uma interpretação privilegiada do mundo, segundo acepções lógico-dedutivas e critérios máximos de objetividade; e no que se refere ao Direito, segundo as normas positivadas pela autoridade competente.

Contudo, não mais se tem aceitado um conhecimento desvinculado de seus resultados, pois a aplicação cega das normas pode levar não só a injustiça, mas a situações inaceitáveis para a comunidade a que se destina, segundo os padrões dominantes de valor. Daí por que o Direito, como conhecimento na pós-modernidade, deve ser utilizado em conformidade com sua necessidade social, melhorando a vida das pessoas, e não apenas usado artificial e mecanicamente.

O juiz não pode ficar alheio à comunidade em que vive, ou ao que se espera do Poder Judiciário, como autoridade estatal incumbida de aplicar a lei, sendo esta tida, em princípio, como justa. No ato de decidir, a definição a ser dada sobre a quem pertence a razão tutelada pelas normas poderá exigir mais do que mera lógica do julgador.

A ciência é um conjunto de práticas que pressupõe um certo número de virtudes, tais como a imaginação e a criatividade, a disponibilidade para se submeter à crítica e ao teste público, o caráter cooperativo e comunitário da investigação científica, virtudes que, apesar de características do método científico, devem ser cultivadas no plano moral e político para que se concretize o projecto de 'democracia criativa'.¹⁹

¹⁸ BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das idéias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989, p. 221

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Afrontamento, 1993, p. 26-27.

Portanto, assim como o cientista, o jurista se preocupa cada dia mais com aplicação prática do Direito, o que pôde ser notado com facilidade a partir do fim da Segunda Grande Guerra, que levou a humanidade a refletir sobre os reflexos sociais das atividades científicas, e tendo em vista os padrões formais e neutros de Direito que permitiram o massacre de milhões de seres humanos.

Ao Direito se aplicam as advertências de Boaventura de Souza Santos sobre o conhecimento científico, que deve ser utilizado de forma prudente para levar a humanidade a uma vida decente.

A decisão judicial deve ser proferida não apenas sob o aspecto estritamente técnico, mas também “abordando a realidade partindo daquilo a que James chamou as ‘últimas coisas’, isto é, partindo das consequências, do impacto sobre o mundo da vida e sobre a nossa vida pessoal e coletiva”.²⁰

O Direito tem uma finalidade, uma teleologia, que pode ser encontrada nos valores que servem de suporte para a edição das normas. O humanismo teve forte influência no Direito, fazendo com que cada dia mais se procure realizar a justiça por meio das decisões judiciais, como reflexo da sua visão ideológica, senão do jusnaturalismo, ao menos de sua versão mais “científica”, de um racionalismo jurídico humano.

Ainda assim, o ato de conhecimento da decisão judicial não pode ser arbitrário, devendo seguir critérios para que seja o mais adequado à realidade fática e jurídica, e uma vez que haja abuso por parte do magistrado, em um ou outro ponto, haverá a possibilidade de correção por uma corte revisora, que, como regra, possuindo mais experiência, poderá corrigir os eventuais equívocos do primeiro julgador.

Ao decidir um caso, o juiz deve se afastar de seus preconceitos para receber as alegações das partes sobre as normas aplicáveis, do mesmo modo como o cientista deve procurar se afastar das influências ideológicas, organizando racionalmente os dados constantes do processo, para buscar a sua melhor classificação jurídica. Para uma definição mais isenta do fenômeno que lhe é colocado para análise,

²⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 103.

inicialmente o juiz deve abrir sua mente para receber as novas informações e, então, decidir com isenção.

Todavia, ainda que deva abstrair a questão posta inicialmente à sua apreciação para não ser influenciado por preconceitos, no momento da decisão é importante verificar as consequências que advirão para os envolvidos, segundo os ditames normativos do caso, atentando para os valores que lhes estão subjacentes. É cada dia maior a preocupação do julgador, e do Poder Judiciário, com os reflexos sociais de sua decisão, e a ordem que representa, ainda que não seja unânime, ou mesmo totalmente consciente, essa questão.

Nesse sentido, é possível aplicar à decisão judicial a dupla ruptura epistemológica que Boaventura de Souza Santos entende dever ser usada na metodologia científica, pois, para o referido autor, depois de o cientista se desvincular de seus preconceitos e conhecimentos não científicos, deve novamente romper com a primeira ruptura epistemológica, transformando “o conhecimento científico num novo senso comum”,²¹ pois o julgamento irá afetar a vida de seres humanos, que devem ser considerados como tais, dignos de consideração e respeito.

Outrossim, como o Direito moderno está ligado ao Estado Democrático, em que, em tese, o poder tem origem na comunidade e é exercido em benefício desta, o julgador deve voltar sua decisão para que esteja devidamente inserida em seu contexto sociopolítico, atentando para os seus valores sociais e culturais, que não podem ser ignorados, mas devem ser realizados pelo Estado, pois as normas que este dita e aplica pelo Judiciário manifestam os aludidos valores.

E é justamente nesse ponto que importará mais a postura ideológica em que estiver inserido o julgador, que pode ter suas concepções do mundo jurídico incluídas no paradigma positivista ou no paradigma jusnaturalista, ou segundo uma visão mais liberal ou intervencionista da atividade estatal, existindo em ambos os casos posturas mais moderadas e mais extremas.

²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 107.

Nos dias atuais, a inserção ideológica em uma ou outra corrente do pensamento jurídico é muito mais sutil, mas não deixa de existir.

O Direito possui uma instância ética ou axiológica, havendo nas Constituições modernas do mundo ocidental menção aos valores e princípios jurídicos em seus textos, o que dá uma nova conotação ao positivismo e ao jusnaturalismo, assim como ao que representa o Direito.

Portanto, com a era principiológica no Direito, o dilema na definição da norma a ser aplicável não é mais tanto quanto à sua previsão no sistema normativo, mas ao sentido de determinados preceitos, ou mesmo sua extensão. Segundo o positivismo, as normas, notadamente os princípios, devem ser interpretadas de forma estrita, de modo que a decisão judicial não implique em inovação no ordenamento jurídico, mas em expressão concreta da regra prevista pelo legislador. Para Teubner²²

Este é, de resto, o caso do moderno direito “positivo”: as normas jurídicas podem apenas ser produzidas através de actos jurídicos especificamente definidos, consistam estes em leis, em decisões judiciais, ou em estatutos organizacionais ou associativos; nos nossos dias, o próprio direito consuetudinário deve ser visto como um direito de criação jurisprudencial, já que a sua validade jurídico-positiva depende de um acto jurídico “constitutivo” (e não meramente “declaratório”).

Saliente-se que no sistema da *common law* é possível a criação do direito por decisão judicial, como regra, diferentemente da *civil law*, em que a formação do direito depende de ato do Poder Legislativo, que, em tese, dita o único direito existente, o direito positivo, como *ato jurídico especificamente definido*.

Para o jusnaturalismo, é possível a aplicação dos princípios, ainda que não positivados, para solucionar um caso com base tão somente nos princípios, de textura aberta e que permitem uma abrangência mais ampla, sem as restrições das regras concretas. A finalidade da norma, e do Direito, é realizar justiça, e ainda que não prevista determinada solução

²² TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 85.

de forma direta ou expressa pelas regras, deve ser inferida do sistema para que a decisão satisfaça aos ideais de equidade, pois o direito natural é superior ao direito positivo, podendo a este se sobrepor.

Desse modo, a concepção do que é Direito irá variar segundo posição do julgador, segundo sua posição conceitual na teoria do Direito.

Para o positivismo deve-se entender o “derecho como voluntad del soberano”,²³ enquanto a corrente jusnaturalista o vê como “una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía”.²⁴

Contudo, a postura radical em um ou outro lado não pode ser aceita sem críticas, havendo como compatibilizar uma ideologia axiológica do Direito a uma aplicação crítica das leis, sem que haja um completo abandono destas. Segundo Bobbio,²⁵

ningún jurista puede sensatamente rechazar la exigencia de una crítica de las leyes, de la que ha sido portador históricamente el jusnaturalismo en sus diversas formas, entendida esta crítica “como el filtro al que la conciencia no puede dejar de someter todo precepto que se presente como algo querido por otro, pero todavía no por nosotros”. Desde este punto de vista, el jusnaturalismo, con respecto al positivismo jurídico, no es otra cosa que una invitación dirigida al jurista para que tenga en cuenta que frente al derecho, como frente a todo fenómeno de la comunidad humana, se puede adoptar, además de la actitud del investigador escrupuloso, imparcial, metódico, también la actitud valorativa del crítico, y que del ejercicio de esta segunda actividad dependen el cambio, la transformación y la evolución del derecho.

Desse modo, a definição do Direito deve ser criativa e adequada às necessidades sociais, pelo que a decisão judicial deve realizar a norma que melhor represente os anseios fundamentais da comunidade, de forma crítica e proveitosa para os interessados, para aperfeiçoar

²³ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Barcelona: Fontamara, 1994, p. 80.

²⁴ *Ibidem*, p. 81.

²⁵ *Idem*, p. 85.

o sistema social, valendo-se de critérios de julgamento aceitos pela comunidade jurídica, servindo como um instrumento da plena cidadania e de realização da pessoa humana e seus mais elevados valores, em uma lógica humana, razoável e dinâmica, assim como o conhecimento científico.

CONCLUSÃO

A decisão judicial pode ser enquadrada como um ato de conhecimento, equiparando-se a conduta do julgador à do cientista.

O erro eventual de julgamento não afasta o seu caráter cognoscitivo, pois também o cientista está sujeito a falhas.

O conhecimento pode ser considerado um processo, no que se inclui o jurídico, permitindo, assim, sua evolução, passando de um estado de ciência a outro, que possa ser mais útil para a comunidade a que deve servir.

Existem duas questões básicas de ordem cognitiva no conhecimento realizado na decisão judicial, as relativas aos fatos e as referentes aos seus aspectos normativos.

A ciência moderna exige rigor na apreciação dos fenômenos, o que também se aplica à análise fática feita na decisão judicial, de modo a se permitir o controle da sua racionalidade, notadamente pela fundamentação.

O Direito não é neutro, pois existe para realizar valores e conformar a realidade, sendo que também o magistrado tem seus valores pessoais, que podem divergir daqueles adotados pela norma estatal e influir em sua decisão. Por essa razão, deve o julgador se desfazer de seus preconceitos para que possa decidir de forma mais justa e imparcial.

Por possuir conotação interpretativa, sofre o Direito influências ideológicas, que podem interferir na sua aplicação, inclusive alterando o próprio sentido e alcance da norma. A definição do Direito, portanto, pode variar segundo a visão do intérprete, o que tem repercussão em sua aplicação, notadamente na decisão judicial.

O Direito é um conhecimento teleológico, possuindo um fim a ser atingido, no sentido de realizar os valores considerados dignos de respeito, voltados para permitir que a humanidade tenha uma vida descente.

É possível adequar a ideologia axiológica do Direito a uma aplicação crítica das leis, sem radicalismo, pois não há como negar a norma e sua importância na experiência jurídica, que deve ser aplicada segundo sua função de servir a comunidade e permitir sua evolução, pelo que a decisão judicial deve ser um instrumento da cidadania para a realização da pessoa humana, seus valores e dignidade.