

MAGISTRATURA BRASILEIRA E IDEOLOGIA FORMALISTA

CLÁUDIO SOUTO

Antigo Pesquisador-Chefe, depois Professor Titular de Sociologia Jurídica da Universidade Federal de Pernambuco, Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Bielefeld (Alemanha).

1. O PROBLEMA DA ABERTURA DO MAGISTRADO PARA O SOCIAL

Por maior que seja o puris-mo teórico-formal da educação jurídica de legisladores e magistrados, nem as leis substantivas, nem as decisões judiciais correspondentes, deixam de ter alguma referência ao social. Não se põe faticamente o problema da existência dessa referência, que é uma constante empírica, mas apenas o do seu grau.

Naturalmente esse grau depende do grau de abertura para o social da formação jurídica de legisladores e juizes: quanto mais acentuadamente formalista seja tal formação, menor a abertura para o social.

Ninguém nega que o direito seja um fenômeno ao mesmo tempo de forma e de conteúdo. Contudo, o juiz brasileiro tinha, até pouco tempo, a sua disposição, apenas uma educação jurídica quase exclusivamente lógico-formal. Configurando-se, assim, como um imperialismo dos estudos voltejantes em torno de dogmas legais.

Esses estudos dogmáticos tradicionais conduzi-
am, por sua natureza dogmática mesma, a uma diminui-
ção real do poder judiciário – pois se confundia uma
maior afirmação substantiva desse poder com
subjetivismo judicial. As partes litigantes do pro-
cesso teriam o remédio contra esse subjetivismo na
submissão do juiz ao dogma legal – o que na prática
poderia significar, e significou com freqüência, uma
interpretação judiciária apenas *secundum legem*.

Desse modo, diminuía o subjetivismo dos juízes,
mas ao alto preço da diminuição real do poder judici-
ário em face dos outros poderes, o executivo e o
legislativo. No Brasil, com um pre-sidencialismo tra-
dicionalmente um tanto caudilhesco, essa dimi-nuição
importou em uma clara quebra do equilíbrio efetivo e
subs-tancial dos poderes, em favor sobretudo do exe-
cutivo. E o execu-tivo, em margem considerável, tem
tido a sua atuação condicionada fortemente pelos in-
teresses econômicos e políticos dos donos do capital
– que também se representam fortemente no poder le-
gisla-tivo (cf. **SURGIK**, 1986:115-118 e *passim*; para
uma comparação com a transição democrática espanhola,
veja-se **OLLERO**, 1982:7-42).

A educação jurídica tradicional, apesar de todo
o seu dis-curso de isenção do juiz, conduzia pois, na
prática real, ao de-sequilíbrio dos poderes, com ames-
quinamento da atuação substantiva dos juízes, leva-
dos a uma tendência de aplicação maquinal da lei –
aplicação que teria seu ideal na cegueira do juiz
para todo social não-legal, o que garantiria sua im-
parcialidade quase ascética. A boa Justiça seria, na
verdade, cega, com a tradicional venda nos olhos.

2. OS PROBLEMAS DA IDEOLOGIA DO MAGISTRADO E DA SUA IDEOLOGIA FORMALISTA

A educação jurídica convencional conduzia também, ao mesmo tempo, em virtude da mencionada cegueira *secundum legem* do juiz, a uma parcialidade real dos efeitos da atuação do poder judiciário. Já que a missão do juiz não era criar regras, mas aplicá-las, teria de aplicar regras que beneficiam, sem imparcialidade, muito mais os detentores do poder econômico e do poder político que todas as outras pessoas da sociedade., O que já acontece pela consagração legislativa meramente formal da igualdade diante da lei, sem especificação legal conducente a uma efetiva diminuição da fortíssima desigualdade econômica e/ou política reais (para uma perspectiva crítica da maneira tradicional de julgar no Brasil, vejam-se **HERKENHOFF**, 1977, XI-XII, 146-148 e *passim*, 1986: 83-140 e *passim*; **FARIA**, 1988:48-56. A tradição sócio-jurídica de estudos desse tipo radica em **TREVES**, 1972: *passim*. Em geral, para a visão crítica de um direito sem dogmas, veja-se Lyra Filho, 1980: *passim*).

O bom juiz, o juiz honesto, o juiz culto das teorias puramente formais sobre o direito, o juiz imparcial, o juiz severamente virtuoso porque de olhos vendados para tudo que não fosse o lícitamente legal, o seguro servidor da lei, se tornava, por um cruel paradoxo, o servidor fiel – embora freqüentemente inconscientemente disso – dos interesses dos donos do poder econômico e do poder político. A opção do juiz pela lei inviabilizava assim qualquer opção fundamental pelos que estivessem à margem dos benefícios econômicos ou políticos maiores – inviabilizava-se sua opção preferencial, portanto, pelo interesse da maioria das pessoas de qualquer macrosistema político moderno real, fosse

qual fosse a ideologia desse macrosistema, Fosse ela política-mente democrática ou ditatorial, economicamente capitalista ou socialista – e possíveis combinações históricas atuais: basicamente democracias capitalistas, ditaduras capitalistas, ditaduras socialistas e tentativas parciais de democracia socialista.

A perspectiva tradicional do juiz brasileiro e de sua função não é portanto rigorosamente científico-substantiva, antes é ideológica. Está-se entendendo aqui por ideologia, não seu sentido originário de teoria das idéias, mas aquele (corrente hoje nos meios acadêmicos) de conhecimento errôneo, ou pelo menos duvidoso – em virtude de seu condicionamento social perturbador da objetividade científica, incluído nesse condicionamento o de classe social (sobre diversos modos de interpretar o termo "ideologia", vejam-se **MACKINSON** e **GOLDSTEIN**, 1988:83-84)

Nesse particular, a maneira de ver dialéctica-crítica tem prestado aos estudos jurídicos brasileiros uma importante contri-buição, mostrando como a formação tradicional do juiz lhe é alie-nante das relações sociais reais de dominação no Brasil.

Seria apenas desejável que essa valiosa perspectiva fosse mais crítica de si mesma – fosse mais auto-crítica de seu teor de rigor científico – e que procurasse enfrentar um problema teórico essencial: o de que liberar a mente e a ação social em magistrado de fortes condicionamentos ideológicos que o levam a conservar o *status quo* social, não conduz necessariamente a li-bertá-lo **o mais possível** de condicionamentos ideológicos. Pois substituir um forte condicionamento ideológico conservador por um forte condicionamento esquerdista, não reduz o condicionamento ideológico do juiz, apenas reverte a sua direção.

Ora, se ideologia é conhecimento errôneo, ou duvidoso, o juiz deverá, em sua ação social judicante, ser o menos possível ideológico, caso se pretenda que se informe o mais possível de conhecimento objetivo, de conhecimento o mais possível correspondente ao real.

Naturalmente não estamos pretendendo com isso que haja um conhecimento científico-empírico **totalmente** desprovido do ideológico, mas somente que a contaminação ideológica dele não atinja níveis significativos. Sendo o cientista, produtor do conhecimento, um ser humano, não pode deixar de constituir-se em ser afetivo e, portanto, ideológico em sua mente e nos produtos desta. Apenas, o homem de ciência empírica é treinado a ser o menos possível ideológico **durante** a sua atividade científica. A ideologia que ocorra **antes** ou **depois** dessa atividade não pode, evidentemente, perturbá-la.

Nem se pense que haja um abismo intransponível entre ideologia e ciência: o que era ideologia pode tornar-se ciência, se passa a afirmar-se de modo empiricamente testável por métodos e técnicas de pesquisa (cf. **SHILS**, 1972:73-74).

Na verdade não se pode pretender do juiz – ou de quem quer que seja – uma neutralidade ideológica absoluta, pois isso seria, paradoxalmente, ideológico. Mesmo porque o conhecimento científico-substantivo não é desenvolvido em nenhum dos seus ramos, mas apenas está em desenvolvimento menor ou maior: desse modo não tem resposta para todos os problemas práticos da interação social que o juiz tem de solucionar. O que se pode pretender do magistrado é tão só que, estando disponível um conhecimento científico, que não aplique, em vez deste, um conhecimento ideológico, à resolução dos casos judiciais. Fora daí, o juiz haverá

de ser necessariamente ideológico em sua **praxis**. Mas o pouco de objetividade científica que o juiz possa aplicar já será uma contribuição importante à racionalização modernizante da ação judicial.

Um dos traços fundamentais da modernidade é, de fato, a ênfase na ciência e na tecnologia. Como escreveu Ves Losada: "*Se antes, para elevar à modernidade um país se necessitavam de braços, capital e decidido empenho, em nosso tempo deve somar-se uma proporção considerável de homens de ciência e de técnicos para que aportem as bases da empresa.*" (**VES LOSADA**, 1975:226). Se há a possibilidade de dados científicos serem usados por ideologias desumanas no poder, existe também a possibilidade oposta: a de ideologias humanas se racionalizarem em sua ação política pela informação científico-empírica. Porque "*a influência do cientista sobre os órgãos e mecanismos do poder é indireta*". já que esses é que decidem (**VES LOSADA**, 1975:228-229), Em princípio, parece muito amplamente aceito que conhecer com testabilidade empírica será preferível à ignorância.

Essa ênfase modernizante se refletiu na atual Constituição do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que tem todo um capítulo, o capítulo IV, sobre Ciência e Tecnologia, Em face a esse texto constitucional se torna mais difícil justificar que o juiz brasileiro, em época científica e tecnológica como a nossa, seja apenas leguleio, tímido até para julgar *praeter legem* (o que a própria hermenêutica tradicional recomenda) e se mantenha de olhos vendados para o fenômeno social da ciência substantiva e para os dados disponíveis de ciência substantiva, especialmente de ciência substantiva do homem. Essa cegueira do juiz lhe seria

acentuadamente alienante de sua sociedade, de sua época, e até de sua Constituição.

3. O PROBLEMA DA DIMINUIÇÃO DA IDEOLOGIA JUDICIAL; O CASO BRASILEIRO DENTRO DESSA PROBLEMÁTICA GENÉRICA

A abertura, para o social, do juiz, em tempo de modernidade científica e tecnológica, não se pode limitar a uma abertura para o fático-social visto apenas sob a ótica do senso comum e/ou sob a perspectiva de ideologias pouco críticas de si mesmas. Se essa abertura tem significado um valioso avanço, é preciso agora prosseguir rumo a um aprofundamento da abertura. Pois, se a atividade judicante é uma atividade técnica, não pode deixar, modernamente, de procurar ser, ao mesmo passo, além de técnica formal, também técnica científico-substantiva – aplicação de co-nhecimentos científicos substantivos,

Ver a atividade judicante também como técnica científico-substantiva pode contrariar a tradição ideológica profissional do juiz de uma alegada exclusividade cognitiva (cf. **ZVERIC**, 1985: 56-58), entendida formalmente, mas será decerto uma exigência da racionalidade científico-empírica de hoje. Pois a diferenciação dos subsistemas sociais não implica necessariamente que o juiz feche olhos ao científico-empírico. Se o jurídico não tem a função de conhecer (**LUHMANN**, 1983:104), não há dúvida séria de que se faz do conhecido – e não apenas do conhecido formalmente.

A abertura moderna do magistrado para o social terá de ser, portanto, ao mesmo tempo, abertura para o científico-substantivo em geral, e para o científico-social em particular. Na medida, naturalmente, em que haja dados científicos. Que a ideologia tenha seu indeclinável espaço onde não haja ciência empíri-

ca disponível. Mas que tenha seu espaço diminuído ao máximo possível no interior da construção efetivamente científico-substantiva, a qual o juiz moderno não pode desconsiderar, quando existente e pertinente ao caso, sob pena de irracionalidade substantiva da sua decisão. Lembre-se que uma eventual racionalidade quanto à forma, não significa necessariamente racionalidade quanto ao conteúdo,

A abertura do magistrado brasileiro para o social se intensificou a partir da difusão no Brasil dos estudos informais (autodidáticos) ou formais (acadêmicos) de natureza sociológico-jurídica. Esses estudos, como formalmente acadêmicos, se iniciaram na Universidade do Recife, agora chamada Universidade Federal de Pernambuco, em 1963 (na então Divisão de Ciência do Direito do Instituto de Ciências do Homem).

Hoje existem no país nada menos que quatorze universidades brasileiras e quatro escolas de Direito não-universitárias que oferecem cursos superiores de Sociologia do Direito. Além disso, há no Brasil um número considerável de projetos de pesquisa sócio-jurídica empírica concluídos ou em andamento (pelo menos trinta e quatro projetos, dos quais vinte e um já concluídos).

O ensino e a pesquisa sócio-jurídicos acadêmicos têm tido no Brasil diferentes orientações teóricas, mas sobretudo apresentam a influência da idéia do "direito vivo", de natureza social, de Ehrlich, ou de uma perspectiva dialético-crítica. De qualquer forma, têm contribuído poderosamente para contraditar, de um ponto de vista substantivo, o dogma formalista da identificação necessária entre lei estatal e direito como fenômeno social.

Um fato novo já existe: vários juizes mais jovens já re-ceberam nos bancos acadêmicos esse tipo de educação jurídica, se bem que em muito menor dosagem que a educação jurídica dogmática tradicional. Esses juizes tendem a ver o julgamento *praeter legem* como algo perfeitamente natural e a encarar a própria decisão ju-dicial *contra legem* como algo socialmente existente, embora ex-cepcional, e inevitável em sua excepcionalidade.

É exemplo sintomático que mesmo uma Escola de Magistrados, a Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco, se preocupe em manter permanentemente um Curso de Sociologia do Di-reito.

Na medida, contudo, em que os estudos sócio-jurídicos in-formais ou formais apenas contribuam para libertar o juiz brasi-leiro da ingenuidade alienante (do ponto de vista científico-substantivo) da identificação necessária entre lei estatal e di-reito, se tem um avanço, mas avanço ainda bem relativo. Pois se permanece correndo o risco de, libertando o juiz do fetichismo legalista, submeter-se as partes do processo ao subjetivismo ju-dicial – que freqüentemente não se sabe de antemão qual será, pois amiúde não se sabe com antecedência qual é a ideologia do juiz que vai decidir. Freqüentemente as partes não terão, portan-to, expectativa segura do comportamento do juiz – expectativa que a submissão, realmente fiel, do juiz à lei, garantiria.

Esse velho argumento dogmático permanece, com toda força, de pé, se permanecer de pé, com plena força, a antítese legalismo – subjetivismo do juiz. Ou legalismo – ideologia do juiz, o que é, fundamentalmente, o mesmo.

Na medida, porém, em que perde espaço essa antítese – pe-la diminuição do espaço ideológico da decisão judiciária e cor-respondente ocupação desse espaço pela informação científico-substnativa – nessa medida mesma perde espaço o tradicional ar-gumento dogmático.

Na verdade, quanto maior for a abertura do juiz ao científico-substantivo, menor será o seu subjetivismo ideológico. Fundamentando-se no científico-substantivo, ele tem nisso uma base objetiva, aferível amplamente. Nem se pode pretender, em uma época científica e tecnológica como a atual, que a informação cien-tífico-substantiva da decisão judiciária seja algo inesperado e violentador de expectativas sobre o comportamento judicial. Que o magistrado se informe de dados porventura disponíveis de ciência empírica – que seja, além de ser um técnico do saber formal, também um técnico da ciência substantiva – não se pode senão considerar algo de normal nas sociedades modernas.

O que surpreenderia, sim, é que o juiz viesse a julgar normalmente (e não apenas excepcionalmente) *contra legem*. Isso, sim, violentaria expectativas normais sobre o comportamento judi-cial. Mas que o magistrado decida *secundum legem* ou *praeter legem* com base em dados científico-empíricos disponíveis não pode nor-malmente surpreender.

Quando haja surpresa, esta será análoga a que exista em face da aplicação da lei mesma. Assim como nem todos conhecem de fato uma lei específica e freqüentemente só uma minoria a conhe-ce (apesar do princípio dogmático tradicional que se presume que todos conheçam a lei, não escusando a ninguém a sua ignorância), de maneira similar nem todos conhecem de antemão o dado especí-fico de ciência empírica que o juiz aplique. Mas todos aceitam

ou tendem a aceitar os princípios da legalidade e da cientificidade, de tal modo que nem a lei, nem a ciência, são algo de inusitado nesta época de intensa comunicação de massa.

Friedman e Macaulay lembram que a ciência tem aspectos que estão no domínio de peritos, mas apresenta também aspectos que são partes de entendimento comum (**FRIEDMAN** e **MACAULAY**, 1969:630).

Note-se que a modernidade está já operando por vias di-versas, mas convergentes, para o resultado de uma maior racionalidade substantiva da decisão judicial. De um lado, por exemplo, a nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro (Lei nº 7.209, de 11/07/1984) já sintomaticamente se ergue contra o fetichismo legal da tradição quando admite, ao arrepio da ficção formalista tradicional, o desconhecimento da lei como circunstância que sempre atenua a pena (art. 65, II).

Por outro lado, e de modo plenamente moderno, a Constituição da República Democrática Alemã (art. 2 II) estabelece o planejamento e a direção do desenvolvimento social de acordo com o conhecimento científico mais avançado. Isso significa inclusive que o juiz alemão oriental haverá de julgar cientificamente, se quiser ser fiel à Constituição. Se esta última pode ser interpretada ideologicamente em um país de marxismo oficial (o que tem certa analogia com uma religião oficial de Estado), não há dúvida de que o dispositivo constitucional é, em si mesmo, altamente moderno e exemplar (cf. **ROTTER**, 1974:48, 75 e 151, nota 85).

Tanto mais é moderno e exemplar esse dispositivo, que não distingue entre níveis de abstração na cientificidade que manda aplicar, podendo esse nível ser o mais geral. De fato, tanto a ciência substantiva geral, como a aplicada, podem informar leis

estatais e decisões judiciais – conforme o âmbito de abstração dessas leis e decisões. Isso valerá também para as ciências so-ciais, que já possuem proposições teórico-gerais razoáveis e tes-tadas ou testáveis por via empírica. Não há atualmente porque concordar com Kalven, Jr., quando este pretende que "*a aplicação de ciência social a problemas legais (...) pode somente aspirar a fatos no alcance médio*" (KALVEN, JR., 1968:67; cf. SOUTO, 1978: *passim*) .

Num momento substantivamente científico e tecnológico, co-mo marca da própria modernidade, não se pode levar muito a sério que será "*cientificismo*" a aplicação pelo juiz de dados de ciência empírica. Tendem, no Brasil a essa objeção – ou a objeções dela aproximadas – formalismos tradicionais, historicismos dialéticos, culturalismos românticos, e recentes mo-das teórico-sociais que se colocam na perspectiva de uma meta-linguagem dispen-sada de base empírica rigo-rosa (sobre o último ponto, veja-se FEBBRAJJO, 1988;9-10 e *passim*) .

De fato, não há conhecimento científico empírico moderno que seja cientificista: nenhuma ciência sub-stantiva moderna, in-clusive a Física, se considera a si mesma, hoje em dia, ciência exata, mas apenas ciência probabilitária. A "*exatidão*" em ciência se-ria meramente formal, convencional, como a das ciên-cias for-mais, a Lógica e a Matemática. De tal mane-ira que, ainda quando afirme leis substantivas determinísticas (leis que estabelecem que uma relação sempre ocorreria: se X, então sempre Y), essas leis não são exatas, mas probabilitárias.

Muito dificilmente, portanto, qualquer afir-mação que pre-tenda ser apenas provável pode ser vista como cientificista. O grande perigo de fe-chamento mental não está pois na ciência mo-

derna (não confundir, por exemplo, a Física atual – que já se vê a si própria de maneira modesta – com a Física do século passado) . Mas continua a estar, para o juiz, no dogmatismo da sua tradição de conhecimento: pois se a ciência substantiva é essencialmente adogmática, a parte mais prestigiada – entre os juristas – da teoria jurídica persiste em dizer-se, sem pejo, já no final do século, "dogmática".

Preocupa pensar que para grande parte do conhecimento jurídico talvez ainda não tenha chegado, efetivamente, o iluminismo.

Não cabe, decerto, em ciências humanas, um determinismo de fenômenos particulares, a afirmação de que esses fenômenos particulares seriam **sempre** explicativos do comportamento do homem (por exemplo, não cabe um determinismo do econômico, ou do político). Mas o que se parece ter dificuldade em perceber é que nem a Física do passado se tende a afirmar um determinismo de fenômenos particulares. Assim, a mais que clássica lei de Newton da gravitação universal se refere a conceitos altamente abstratos, "matéria", "massa.", "distância." , e não a quaisquer fenômenos físicos particulares. Com efeito, se o nível de abstração de um pretenso determinismo cai em direção ao particular, as exceções ao "determinismo" aparecem, comprometendo-se o "sempre." essencial à proposição determinística.

Mas, se ciência substantiva moderna é necessariamente ciência probabilística, não aspirando à exatidão, à certeza, ao dogma, o juiz é realmente moderno na medida em que se afasta da ficção do exato substantivo e **combina** a exatidão formal da lógica interpretativa das leis estatais com uma ampla abertura para o

científico-substantivo. Abertura essa tão ampla quanto lhe permi-ta o *praeter legem* da sua interpretação.

Combinam-se assim as aspirações por certezas com base na lei, comuns entre os práticos do direito, com a natureza da ciência substantiva contemporânea, testada ou testável faticamente, mas que, apesar disso, ou por isso mesmo, se explica pelo princípio da incerteza, como algo nunca exato e acabado, mas sempre se fazendo e por fazer. Assim é que a ciência empírica tem de entender-se como ciência **atual**.

Se não vale defender, como regra geral, mas só como exceção, um *contra legem* interpretativo – pois de outro modo se negaria às partes processuais uma expectativa do comportamento judicial –, não há problema significativo de expectativa das partes em se estender o *praeter legem* até a informação da cientificidade substantiva moderna.

E quando o juiz, muito excepcionalmente, tenha de decidir *contra legem* em nome do direito, tanto menos se ferirá a expectativa das partes, quanto mais sua decisão se lastreie em informação científico-empírica – todos aceitariam, ou tenderiam a aceitar, modernamente, os dados de ciência substantiva, em virtude da testabilidade desses dados. De qualquer forma, não há dúvida razoável de que o conhecimento testável por métodos e técnicas de pesquisa empírica tem uma aceitação em comum mais ampla, em suas proposições, que outros tipos de conhecimento insuscetíveis desse teste (como o conhecimento filosófico e o ideológico).

Não se pretende neste escrito um cientificismo pouco realista; não se pretende que o sistema legal e o sistema das decisões judiciais tenham um conteúdo totalmente informado de ciência-

cia substantiva, basta notar que a ciência substantiva, seja qual for o seu ramo, nem sempre tem dados disponíveis para a informação da regulação (ainda que básica) das sociedades.

Assim, não raro a lei estatal ou a decisão dos juizes e tribunais têm de contentar-se apenas com uma informação meta-científica, inclusive de natureza ideológica. Desse modo, uma porção considerável do conteúdo de leis e decisões judiciais tem de continuar sendo apenas moral, dada a natureza não testável em-piricamente de sua informação cognitiva,

Isso continuaria sendo em grande parte verdadeiro mesmo que legisladores e juizes tivessem uma formação educativa mais aberta a dados de ciência substantiva. Pois o problema não é só de mentalidade dos técnicos do jurídico, mas também de que as ciências substantivas não dispõem sempre do dado de conhecimento necessário à regulação e decisão sobre a vida humana.

Pretende-se aqui, realisticamente, apenas o seguinte: que legisladores e juizes tenham sua educação feita **também** no sentido do conhecimento da ciência substantiva e de suas possibilidades, o que, aliás, é parte essencial de qualquer educação moderna; e que, com base nessa abertura educacional de mentalidade, apli-quem a suas atividades técnicas dados disponíveis de ciência em-pírica que interessem às suas regulações ou decisões – sem pre-juízo das construções lógico-formais que são tradicionais às suas técnicas.

A magistratura brasileira já enveredou pelo caminho da sua abertura não só para o humano, como também para as ciências empíricas do homem, A abertura para o humano (que nenhum formalismo pode impedir no plano fático), de si só, se marca acentua-

damente do sentimental.. A abertura para as ciências do homem, para o científico-empírico em geral, tem marca acentuada da razão, corrigindo eventuais polarizações afetivas de natureza romanticamente emocional (cf, **MACKINSON DE SOROKIN**, 1987:42),

É preciso ligar o sentimento – sentimento de agradabilidade em face ao que se acha que deve ser – com razão científico-empírica. Pois ai estará substantivamente o direito como fenômeno mental e como fenômeno social. Aí estará a informação substantivamente jurídica do legislador e do juiz modernos. Aí estará o máximo possível de diminuição do condicionamento ideológico (inclusive dogmático-formalista) do legislador e do juiz.

4. A VIA CIENTÍFICO-EMPÍRICA DA DIMINUIÇÃO DA IDEOLOGIA DO JUIZ: ALGUNS EXEMPLOS BRASILEIROS

Essa diminuição do teor ideológico nas decisões judiciais que se faça por via científico-empírica já existe claramente – embora ainda exista de maneira incipiente – na atividade judicial brasileira. A fundamentação no científico-empírico pode ocorrer de maneira explícita – como é mais recomendável, para maior segurança do juiz e das partes – ou de modo implícito – como tudo indica que ainda ocorre com mais freqüência.

Em ensaio anterior, preparado para as Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Sociologia do Direito sob o título "*O Sistema Judicial Brasileiro: O Problema de sua Abertura à Ciência Empírica*", tivemos a oportunidade de referir duas decisões judiciais brasileiras fundamentadas no científico-substantivo.

Uma delas faz menção expressa a dado de ciência psicológica sobre o primeiro momento do acordar, em que, segundo esse

dado, haveria degradação da capacidade frenadora das impulsões e acúmulo de força nervosa no organismo – de tal sorte que a pessoa só perceberia claramente quando está bem acordada. Nisso baseia-se modelar sentença de 1957, do então Juiz Geraldo Maldonado – não por acaso também Professor de Sociologia do Direito – referente a um interdito que matara a tiros, por confundi-la com um assaltante, pessoa de sua amizade, em condições suficientes de luz e apesar do morto ter-se dado a conhecer, Maldonado julgou portanto de modo avesso à ideologia, implícita na prática judiciária, da suficiência do *secundum legem* e dos comentários formais de códigos (cf. **SOUTO e FALCÃO**, 1980;317 e 323-328).

Outra decisão judicial a que nos reportamos naquele ensaio foi a relatada em 1958 pelo Ministro Délio Maranhão no Tribunal Superior do Trabalho, decisão essa fundada implicitamente em saber científico-social. Ainda que **contra a legislação ordinária vigente na época**, o julgamento excluiu a culpabilidade de trabalhador que participara de greve, e a excluiu sob o fundamento de que não é exigível do trabalhador isolado o comportamento de herói, contrariando a posição de seus companheiros e assumindo o partido do empregador. O Relator poderia ter mencionado em favor de seu pronunciamento dados explícitos de teoria e pesquisa científico-social consoante os quais o comportamento individual se altera, inclusive em sua noção habitual de responsabilidade, pela inserção em uma situação grupai, mesmo quando não se trate de uma situação grupal massificada (cf. **SOUTO e FALCÃO**, 1980:318-319 e 332).

Essa memorável decisão contrariou, assim, avançadamente, a ideologia formalista de que os juízes e tribunais não poderiam nunca julgar *contra legem*.

Mas há outras decisões judiciais brasileiras que diminuem a atuação da ideologia dogmático-formalista ao se basearem, im-plícita ou explicitamente, em uma fundamentação científico-substantiva. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal do Brasil se aproximou pioneiramente de uma postura *contra legem* – se bem que não explicitamente –, ao reconhecer ao concubinato, num momento em que este era ignorado pelo sistema legal brasileiro, efeitos jurídicos vivos. Desde a célebre Súmula 380, se admite, entre os concubinos, a dissolução judicial de sua sociedade de fato, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Essa noção de uma sociedade de fato ao arrepio da lei é, decerto, implicitamente sociológica, cabendo apenas uma sua maior explicitação científico-empírica. Por exemplo, a de que a união duradoura dos sexos corresponde a necessidades de segurança e de afeto e não se reduz à gratificação física (cf. **SOUTO** e **FALCÃO**, 1980:321 e 343-345).

Isso que era grande avanço da Suprema Corte, que se colocava a si mesma nas proximidades do *contra legem* em nome do fático-social, já é hoje lei – e até lei constitucional. Pois a recente Constituição do Brasil de 5 de outubro de 1988 estabelece, em seu artigo 226, § 39: "*Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*" .

Explicitamente fundada em saber sociológico é decisão do falecido Juiz Federal Artur Maciel, datada de 1970. Tratava-se do caso de um homem muito pobre, arrimo de família, subempregado na venda de cigarros, inclusive contrabandeados. A sentença de Arthur Maciel decide *contra legem* pela absolvição com base na assertiva do sociólogo Gilberto Freyre de que Recife é uma cidade

"*que incha*", não uma cidade que cresça economicamente de maneira ordenada. De tal modo a receber a miséria de outros pontos do Nordeste, que passa a viver marginalmente na metrópole regional.

O denunciado do caso que chegou a Arthur Maciel não tinha, assim, outro meio para sua subsistência senão a venda de cigarros, inclusive de procedência estrangeira, e de maçãs e confeitos. E o Juiz Federal, demais de julgar *contra legem*, afastando-se, com base em dado sociológico, da ideologia dogmático-formalista, também se afasta dessa ideologia no considerar, muito avançadamente para a sua época (1970), que carecia, na hipótese fática, de sentido aplicar-se o princípio de que a ninguém excusa alegar a ignorância da lei; pois que o comércio de cigarros estrangeiros era feito abertamente, havendo como que "*uma presunção de legalidade*", sobretudo para homens de baixa instrução, como o denunciado (cf. SOUTO e FALCÃO. 1980;317-318 e 229-331).

O hoje Desembargador Benildes Ribeiro, então Juiz de Direito no interior do Estado de Pernambuco, tem decisão de 1981, na qual, com base científico-empírica implícita, contraria ideologia machista, muito forte no interior dos Estados brasileiros do Nordeste, além de colocar sua sentença ao abrigo da ideologia formalista-dogmática do legalismo. Essa decisão indefere medida de busca e apreensão de filho menor de 4 anos, ajuizada pelo pai, sob fundamento de que a mãe separada se tornara prostituta.

Benildes Ribeiro procede em sua avançada decisão rumo ao *contra legem*. Escreve ele: "*Atualmente, com a socialização do direito, não se segue a anacrônica doutrina esposada pelo Código Civil vigente. Hão de preponderar, na hipótese ajuizada, os sagrados interesses do menor. (...) Não basta para reclamar o menor, mesmo quando sob a guarda de terceiros, a condição de pai,*

mãe, tutor ou encarregado de sua guarda. (...) O menor reclamado tem menos de quatro anos de idade (...). Ainda se encontra na primeira instância. Necessita do aconchego materno”.

A fundamentação científico-empírica está implícita na citação de Carvalho Santos, comentarista do Código Civil brasileiro (“Código Civil interpretado”, vol. V, p.459), que Benildes Ribeiro faz: “Os filhos até certa idade, a natureza consta o fato, carecem de amparo, carinho e assistência das mães. Para sua criação. Paia favorecer seu desenvolvimento. Para a manutenção de sua vida”.

Essa citação é perfeitamente acorde com, e seria complementável por, dado explícito e minucioso de ciência empírica: “A separação prolongada da mãe e de um ambiente doméstico seguro (como no caso de crianças hospitalizadas ou institucionalizadas) – além da idade de três meses e até cerca de cinco anos, mas especialmente até cerca de 30 meses ou aproximadamente – parece conduzir a sério retardamento emocional e intelectual.” (BERELSON e STEINER, 1964:66; cf. SOUTO e FALCÃO, 1980:336-339).

O embasamento da decisão judicial em dados explícitos ou implícitos de ciência fática faz muita diferença para a prática forense: as decisões podem ser diametralmente opostas conforme se diminua, ou não, por via fática, e especialmente por via científico-fática, a ideologia dogmático-formalista da educação judiciária usual.

Assim é que uma mesma Justiça, a Justiça Federal brasileira, e duas juízas dessa Justiça julgam sobre o mesmo caso de modo acentuadamente oposto.

Uma Juíza Federal, Maria Rita Soares de Andrade, em avançado despacho saneador *praeter legem*, talvez até *contra legem*, datado de 1972, é contrária à retomada, pelo então Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), de imóvel de família promitente compradora. Essa família, que se comprometera com prestações iniciais mínimas, deixou de poder pagar essas prestações com os ônus de correção monetária e juros. A Juíza entendeu em seu despacho que a retomada do imóvel, com retenção das prestações já recebidas, contrariaria a integração social e a preservação da vida familiar.

A outra Juíza Federal, Tânia de Melo Bastos Heine, profere, no caso, em 1977, típica sentença *secundum legem*. Essa sentença, embora afirmando compreensível "a decisão social" da Colega que, em despacho saneador, julgou o INPS carecedor de ação, julga contudo procedente a ação do INPS, condenando inclusive os Réus nas custas e honorários advocatícios. Para a segunda Juíza, importam o contrato de compra e venda e as cláusulas padronizadas do Decreto nº 56.793, de 27/08/65, bem como a notificação dos Réus pelo Autor, conforme determinação do D.L. /45/69, e a citação sem contestação dos Réus. Só há, tipicamente, referência ao formal. Não existe qualquer menção ao fático-social, que pudesse justificar o inadimplemento, e muito menos ao científico-social. "*Dura Lex, sed lex*", sem preocupação manifesta com o "*summum jus, summa injuria*".

A Juíza Federal Maria Rita Andrade, ao invés, se preocupa com a realidade social; "*O promitente comprador citado não se defendeu. É promitente comprador de prestações iniciais mínimas. Claro que não tem como alimentar peleja judicial com o Autor. É luta de gigante contra pigmeu. (...) As partes são legítimas.*

Mas ilegítimo é o interesse de agir. Contra a legitimidade formal, de executar um contrato que deveria ser bilateral, mas, na realidade, o é de adesão (...) levanta-se a ilegitimidade essencial da ação antinatural por desumana, de pretender subtrair o teto a uma família que (...) não tem capacidade financeira para pagar (...) com o ônus da correção monetária e juros”.

E continua a Juíza: *“Um problema social, grave, a transformação em tragédias humanas do sonho da caia própria (...) Está provado que o assalariado, mormente o de salário mínimo, não suporta correção monetária sobre saldo devedor e prestações, tal como vigente. (...) A moradia própria é fator de estabilizar a harmonia familiar, conseqüentemente, de tranqüilidade e energia para o trabalho, a produção, o progresso, em suma (...) Negando curso a estas ações cumpro meu dever de Juiz: preservar a ordem social, fundamento da ordem jurídica.”*

Maria Rita Andrade chama a atenção para o artigo 59 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, consoante o qual a aplicação da norma legal há de atender aos fins sociais da mesma e às exigências do bem comum. Isso não influenciou, porém, o julgamento de Tânia Heine (cf. **SOUTO e FALCÃO**, 1980:339-343),

O despacho saneador de Maria Rita Andrade se fundamenta em saber sociológico implícito. Esse saber poderia ser assim explicitado: *“Nas cidades, as áreas habitacionais mais pobres têm a maior incidência de comportamento criminal e desviante de várias espécies: delinqüência juvenil, prostituição, doença mental grave, alcoolismo e vícios em drogas, deficiências físicas e mentais, crimes de violência (...) ‘A integração moral’ se baseia so-bre a taxa (invertida) de criminalidade e o esforço pelo bem-estar na comunidade.”* (**BERELSON e STEINER**, 1964:605, 608 e 609).

De maneira propositada quisermos concluir o presente en-saio com os pronunciamentos judiciais antitéticos das duas Jul-gadoras da mesma Justiça Federal brasileira. Para uma das Juízas a legitimidade fundada no real social e, implicitamente, no científico-social, é mais importante que a legitimidade formal, mesmo porque é "*a ordem social fundamento da ordem jurídica*"., Para a outra Juíza, aplicar o direito é simplesmente aplicar a lei, não cabendo pois uma "decisão social" como a da sua Colega.

Sendo os pronunciamentos opostos, uma das Juízas é heroí-na, e a outra, viloa? Uma, a boa Juíza, a outra, a má? Não terá sentido esse maniqueísmo, do ponto de vista de um julgamento mo-ral (metacientífico, pois) da conduta das Julgadoras. Pois ambas se orientam em termos de legitimidade, uma legitimidade fundada no real social, e a outra legitimidade fundamentada na forma le-gal. A intenção de ambas as Juízas pode ser boa,

Mas, sendo os pronunciamentos judiciais antitéticos, é preciso optar entre os mesmos. Em termos de modernidade, em função de uma época como a nossa, que é basicamente científica e tecnológica, a opção não parece difícil.

Para nosso tempo, lei estatal parece claramente ser forma a impor qualquer conteúdo social. Assim, aplicar a lei não é necessariamente aplicar um padrão de acordo com o conhecimento científico-empírico atual da realidade e de acordo com o sentimento de dever ser (sentimento de preponderante agradabilidade) do homem normal. Aplicar a lei não é necessariamente, pois, aplicar o ético-científico substantivo.

Aplicar o direito, visto este substantivamente, será aplicar o científico-empírico a informar a idéia e o sentimento do

dever ser. Aplicar a lei não é necessariamente aplicar o direito, embora seja necessariamente aplicar o poder econômico e o poder político. Confundir de modo necessário lei em direito, com legítimidade ou Justiça científico-substantiva, é apenas ideologia a mascarar os jogos reais do poder em momento de dessemelhanças ainda profundas nos estratos sociais.

CONCLUSÕES

A educação jurídica tradicional conduz ao desequilíbrio dos poderes, com amesquinamento da atuação substantiva dos juizes, levados a uma tendência de aplicação maquinal da lei (esta última condicionada fortemente pelos interesses dos donos do econômico e do político). A perspectiva tradicional do juiz brasileiro não é assim científico-substantiva, antes é ideológica. Ora, se ideologia é conhecimento errôneo, ou duvidoso, o juiz deverá, em sua ação social judicante, ser o menos possível ideológico.

A atividade judicante, modernamente, haverá de ser, ao mesmo passo, além de técnica formal, também técnica científico-substantiva. Pois todos tendem a aceitar os princípios da legalidade e da cientificidade, de tal modo que nem a lei, nem a ciência, são algo de inusitado nesta época de intensa comunicação da massa.

A magistratura brasileira já enveredou pelo caminho da sua abertura para as ciências substantivas. É preciso, de fato, ligar o sentimento em face ao que se acha que deve ser — com razão científico-empírica. Pois aí estará, substantivamente, o direito, e o máximo possível de diminuição do condicionamento ideológico (inclusive formalista) do juiz.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERELSON, Bernard e STEINER, Gary A. **Human Behavior, An Inventory of Scientific Findings**, New York; Harcourt, Brace & World, Inc., 1964.
- FARIA, José Eduardo. "A Justiça e a Formação da Magistratura". **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, nº 43/48, Inverno, 1988. pp.48-56.
- FEBRAJO, Alberto. "From Hierarchical to Circular Models in the Sociology of Law. Some Introductory Remarks". **European Year-book in the Sociology of Law**, 1988. Pp.3-21.
- FRIEDMAN, Lawrence M. & MACAULAY, Stewart. "Expert Opinion: The Influence of Science and Knowledge on Law". In: **Law and the Behavioral Sciences**, Lawrence M. Friedman and Stewart Macaulay (eds.). Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1969.
- HERKENHOFF, João Baptista. **A Função Judiciária no Interior** (Pesquisa sócio-jurídica empírica realizada no Espírito Santo). São Paulo; Editora Resenha Universitária, 1977.
- _____. **Como Aplicar o Direito** (À luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política). Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1986.
- KALVEN JR., Harry. "The Quest for the Middle Range: Inquiry and Legal Policy". In: **Law in a Changing América**, Geoffrey C. Hazard Jr. (ed.). Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1968.
- LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.
- LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem Dogmas**, Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor, 1980.

- MACKINSON DE SOROKIN, Gladys J. **Sociologia dei Poder Judicial**, Buenos Aires: Ediciones Sociologia del Derecho, 1987.
- MACKINSON, Gladys J. & GOLDSTEIN, Mabel R. **La Magistratura de Buenos Aires, Un Estudio Sociológico**. Buenos Aires: Libreria Jurídica, 1988.
- OLLERO, Andrés. "Poder Judicial y Transición Democrática en España". **Sociologia y Psicologia Jurídicas**, Anuário 1982 (Barcelona), pp.7-42.
- ROTTER, Frank. **Verfassung und sozialer Wandel. Studien zur systemtheoretischen Rechtssoziologie**. Hamburg: Hoffmann and Campe Verlag, 1974.
- SHILS, Edward. "The Concept and Function of Ideology". In: **International Encyclopedia of the Social Sciences**, v. 7, David L. Sills (ed.). New York-London: The Macmillan Company & The Free Press, Collier Macmillan Publishers, 1972. pp.66-76.
- SOUTO, Cláudio. **Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense**. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor, 1978.
- SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (orgs.). **Sociologia e Direito, Leituras Básicas de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Livreria Pioneira Editora, 1980.
- SURGIK, Aloísio. "O Judiciário e o Povo". In: **Desordem e Pro-cesso, Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho**. Doreodó Araújo Lyra (org.). Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor, 1986. pp.111-127.
- TREVES, Renato. **Giustizia e Giudici nella Società Italiana: Problemi e Ricerche di Sociologia dei Diritto**. Bari; Editori Laterza, 1972.

VES LOSADA, Alfredo E. **Sociologia del Derecho**,
Buenos Aires; Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma,
1975.

ZVEKIC, Ugljesa. "Professionalism Scale; an
Empirical Assessment of Judges' Professional
Ideology in Yugoslavia". **Sociologia del Diritto**,
XII/1985/2, pp.55-67,