

## O PRINCÍPIO “O JUÍZ CONHECE O DIREITO” COMO BARREIRA EPISTEMOLÓGICA PARA A DECISÃO CORRETA

THE PRINCIPLE “THE JUDGE KNOWS THE LAW” AS AN EPISTEMOLOGICAL BARRIER TO THE CORRECT DECISION

EL PRINCIPIO “EL JUEZ CONOCE LA LEY” COMO BARRERA EPISTEMOLÓGICA PARA LA CORRECTA DECISIÓN

Ricardo dos Reis Silveira\*  
Juvêncio Borges Silva\*\*

\* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP, Minas Gerais, Brasil. Mestre e Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos; Docente do Curso de Direito e do Programa de Direitos Coletivos e Cidadania (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Ribeirão Preto.

\*\* Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor pela UNESP. Mestre pela UNICAMP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Licenciado em Ciências Sociais pela faculdade de Filosofia de Passos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto.

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 Conhecer o Direito: condição privilegiada do juiz ou uma construção coletiva?; 3 O princípio “iura novit curia”: uma análise crítica; 4 O princípio iura novit curia e a decidibilidade do direito; 5 Considerações finais; 6 Referências.*

**RESUMO:** No presente artigo se faz uma crítica a ideia arraigada na cultura jurídica brasileira atual de que o juiz conhece o direito, sendo que essa ideia é tratada, inclusive, como princípio do processo. Os processualistas brasileiros estão fincados nessa convicção. Mas, em vez de assumi-la de modo acrítico, tentam mostrar que essa ideia, em vez de colaborar para o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, contribui em contrário, arrimando decisões muitas vezes divorciadas do quanto determina o direito e até mesmo distante do que pretendem as partes do processo e do quanto revelam as provas. Essa ideia se afina muito com as teses positivistas de Kelsen e Hart, dissociando-se do quanto defendido por Dworkin quanto a integridade do direito. Sim, pois, nas conclusões dos positivistas é dado ao julgador um campo amplo para decidir conforme convicções pessoais, o que gera as denominadas decisões solipsistas. Assim, há a proposta de revisão de dito *princípio* ou, pelo menos, sua mitigação, para em vez de se tratar o juiz e suas decisões como imaculados, exigir que as decisões judiciais se pautem no direito, sejam fundamentadas em argumentos jurídicos válidos, depois de um amplo e sincero debate com as partes do processo. Com essa perspectiva crítica em vista, haveria maior rigor no ato decisório, contribuindo-se para um tratamento íntegro do direito, que deve ser um só, antes e depois da decisão judicial. O artigo utilizou o método analítico-dedutivo e se guiou pela pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** decisão judicial; conhecimento; integridade; direito.

**ABSTRACT:** This paper criticizes the idea rooted in the current Brazilian legal culture that the judge knows the law, and this idea is even treated as a principle of the process. The Brazilian proceduralists are rooted in this conviction. But, instead of assuming it in an uncritical way, it tries to show that this idea, instead of collaborating for the improvement of the judicial activity, contributes in the opposite way, supporting decisions that are often divorced from what determines the law and even distant from what the parties to the process intend and how much the evidence reveals. This idea is very much in tune with the positivist theses of Kelsen and Hart, dissociating from what Dworkin defends regarding the integrity of law. Yes, because, in the conclusions of the positivists, the judge is given

Recebido em: 04/10/2023  
Aceito em: 02/04/2024

a wide field to decide according to personal convictions, which generates the so-called solipsistic decisions. Thus, there is a proposal to review this principle or, at least, its mitigation, so that instead of treating the judge and his decisions as immaculate, demanding that judicial decisions be based on the law, be based on valid legal arguments, after a broad and sincere debate with the parties to the process. With this critical perspective in mind, there would be greater rigor in the decision-making act, contributing to an integral treatment of the law, which must be one, before and after the judicial decision. The article used the analytical-deductive method and was guided by bibliographical research.

**KEY WORDS:** judicial decision; knowledge; integrity; right.

**RESUMEN:** Este artículo critica la idea arraigada en la cultura jurídica brasileña actual de que el juez conoce la ley, e incluso trata esa idea como un principio del proceso. Los procesalistas brasileños están arraigados en esta convicción. Pero, en lugar de asumirlo acríticamente, intentan demostrar que esta idea, en lugar de contribuir a la mejora de la actividad judicial, contribuye a todo lo contrario, resultando en decisiones muchas veces divorciadas de lo que determina la ley e incluso alejadas de lo que pretenden. Las partes en el proceso y cuánto revelan las pruebas. Esta idea está muy en la línea de las tesis positivistas de Kelsen y Hart, desvinculándose de lo que defiende Dworkin respecto a la integridad del derecho. Sí, por tanto, en las conclusiones de los positivistas se le da al juez un amplio campo para decidir según sus convicciones personales, lo que genera las llamadas decisiones solipsistas. Así, se propone revisar este principio o, al menos, su atenuación, para que en lugar de tratar al juez y sus decisiones como inmaculadas, se exija que las decisiones judiciales se basen en la ley, se basen en argumentos jurídicos válidos, luego de un debate amplio y sincero con las partes del proceso. Con esta perspectiva crítica, habría mayor rigor en el proceso de toma de decisiones, contribuyendo a un tratamiento integral del derecho, que debe ser uno, antes y después de la decisión judicial. El artículo utilizó el método analítico-deductivo e se guió por una investigación bibliográfica.

**PALABRAS-CLAVE:** decisión judicial; conocimiento; integridad; bien.

## INTRODUÇÃO

O papel desempenhado pelo Poder Judiciário no que se refere ao direito é dotado de grande visibilidade, seja no Brasil, seja em outros países. E no âmbito dos tribunais o juiz se sobressai como sendo aquele que dirá o direito às partes litigantes, aquele que sentenciará e com isso encerrará o processo, devendo sua sentença ser executada e cumprida.

Por certo, tendo em vista esse caráter destacado do juiz nos deslindes do processo, ele se distingue no que se refere aos demais partícipes do processo.

Nesse contexto, o princípio “*iura novit curia*” acaba tendo o seu lugar, pois indica de forma lapidar ser o juiz o conhecedor do direito e, como tal, aquele a quem cabe proferir as palavras da justiça.

Talvez tal princípio fizesse todo o sentido no contexto do positivismo legalista (exegético), quando o juiz deveria se ater a uma leitura literalista dos códigos, e quando o poder legislativo se afigurava como o principal dos poderes de Estado, sendo o juiz tão somente a boca que deveria proferir as palavras da lei.

Entretanto, as mudanças no que se refere à funcionalidade do Estado se fizeram sentir ao longo dos séculos XX e XXI. Se no século XIX o Poder Legislativo é o que tinha maior protagonismo, na esteira do pensamento liberal, se no século XX o Poder Executivo passou a ter maior protagonismo na esteira do Estado Social, no século XXI o Poder Judiciário passou a ter o seu protagonismo na esteira do Estado Democrático de Direito que trouxe consigo os direitos preconizados no Estado Social, como no caso da Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu texto consagrou vários direitos sociais, contribuindo dessarte para um maior acesso à justiça e de igual forma para a emergência do fenômeno da judicialização.

Dessarte, com as muitas mudanças ocorridas no âmbito do Estado e da sociedade, que contempla perspectivas pluralistas e multiculturais, e com a profusão de conhecimentos e saberes que se multiplicaram, no contexto de uma sociedade complexa, cumpre analisar até que ponto o princípio “*iura novit curia*” ainda faz sentido. É o que o artigo propõe realizar valendo-se do método analítico-dedutivo e lastreado em uma pesquisa bibliográfica, tendo como principais referenciais teóricos Gaston Bachelard e Ronald Dworkin.

175

## 2 CONHECER O DIREITO: CONDIÇÃO PRIVILEGIADA DO JUIZ OU UMA CONSTRUÇÃO COLETIVA?

A ideia ou princípio de que o juiz conhece o direito tem raízes profundas na cultura jurídica atual em nosso país, e por meio dele se alimenta a crença de que é suficiente ao advogado (ou o autor) narrar os fatos ao juiz que ele dará a solução ao caso consentânea ao direito vigente/existente (*iura novit curia, narra mihi factum dabo tibi ius* – além de outras expressões do gênero).

É curioso notar que a começar da graduação o estudante de direito leva essa ideia por toda vida, e passa a ter pra si a convicção de que o juiz conhece o direito (ao ponto de ser catalogada tal ideia como um verdadeiro princípio do processo). Essa prática transforma a ideia em um dos fundamentos de uma esfera do conhecimento, ela passa a ser praticada e reiterada de maneira generalizada.

Pretendemos, todavia, com fulcro no pensamento de Bachelard<sup>1</sup> mostrar que esse “princípio” é, muitas vezes, antagônico com um boa decisão, ou, se preferir, com a melhor decisão possível. De fato, o autor ao abordar os problemas trazidos pelo que chama de obstáculos epistemológicos, anota que: “No fundo, o ato de conhecer dá-se contra um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos mal estabelecidos, superando o que, no próprio espírito, é obstáculo à espiritualização”.<sup>2</sup> De fato, o autor, referindo-se a Bergson, busca mostrar que muitos erros

<sup>1</sup> BACHELARD, Gaston. A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento, Tradução de Estela dos Santos Abreu, Rio de Janeiro: Contraponto, 1.996.

<sup>2</sup> Idem, ibidem, p. 96.

ocorridos na ciência se dão porque “nosso espírito tem a tendência irresistível de considerar como mais clara a ideia que costuma utilizar com frequência.” Nesse sentido o pensamento de Bachelard promove um ataque às ideias formadas de modo açodado, com base no dado imediato, que se revela ao espírito de forma imediata. Contra esse convencimento precário desenvolve sua tese apontando para a necessária dialética duvidosa que o entendimento deve manter com o dado imediato que se revela aos sentidos e que, muitas vezes, já se encontra enraizado como verdade na alma. De modo que, a formação da ciência e de suas proposições, deve evitar todas as seduções da facilidade.<sup>3</sup>

Aplicado ao direito, o jurista deve escrutinar os conceitos prontos e acabados, submetê-los a novas provas experimentais, deformar os conceitos primitivos e as suas condições de aplicação.<sup>4</sup>

Quando uma ideia é incorporada a um ramo do conhecimento e, claro, revelado por um conceito, pode abrigar uma série de erros, de equívocos quando aplicada de modo cego ou automático.

O pressuposto da ação é a ideia, ou seja, a concepção mental de como se deve agir, a partir da qual o agente procura o modo correto de agir. A correção, aqui, significa a correspondência da ação ao mentado anteriormente. Ninguém age sem uma prévia cogitação do modo de agir, o agir pressupõe uma prévia cogitação mental, excepcionados os atos reflexos.

O princípio de que o juiz conhece o direito tornou-se verdadeiro paradigma na ciência do direito no Brasil e ideia fundamental de seus praticantes.

Tal afirmação parece até mesmo colocar o juiz num grau de superioridade aos demais participantes da relação processual, como se ele detivesse uma sapiência exclusiva, como se fosse dotado de um conhecimento quase que transcendente ou até mesmo místico do direito, como se fosse um oráculo a pronunciar as mágicas palavras da lei.

176

O “princípio” em comento parece indicar que o juiz é detentor de um conhecimento personalíssimo, que faz dele um ente capaz de, uma vez colocado diante de uma narrativa fática, proferir as palavras de *Diké*, expressão do verdadeiro e do justo.

Não obstante a existência do “duplo grau de jurisdição” que, em tese, mitiga essa pretensão, de fato, o princípio *iura novit curia* acaba indicando que na figura do juiz encontra-se a encarnação personalizada do direito, o que é reforçado simbolicamente e continuamente através dos ritos, das liturgias, das indumentárias e de todo o aparato físico de que se revestem os tribunais.

Seria, de fato, difícil se libertar dessa ideia, especialmente se percebermos que o judiciário é o bastião da justiça, o legítimo corretor/corregidor de qualquer lesão ou ameaça a direito. De acordo com a Constituição de 1.988, máximo paradigma do direito vigente, a expressão “qualquer lesão” tem largura excessiva, pois permite que o judiciário angarie para si funções que até então eram de outros poderes (sempre no pressuposto de sua inércia e provocação necessária) e, possa conhecer litígios que eram, pelo modelo anterior, alheios ao seu conhecimento, mesmo porque o princípio da inafastabilidade da jurisdição debelou do sistema a via administrativa de curso forçado (CF/88, art. 5º, XXXV). Além disso, todo litígio que ameace ou lese direito pode ser levado à solução judicial, em todas as esferas da vida.

Além da ampla margem competencial conferida ao judiciário, que pode conhecer e julgar qualquer lesão ou ameaça a direito, suas decisões são irresistíveis, pois a coisa julgada se mostra como a mais forte manifestação da segurança jurídica. Se o judiciário é provocado a decidir uma questão, sua decisão se impõe de modo irrecusável. E,

---

<sup>3</sup> Idem, ibidem, p. 69.

<sup>4</sup> Idem, ibidem, p. 76.

talvez a ideia sobre a correção da decisão, que promana de alguém que conhece o direito, seja mesmo fundamental para sua credibilidade, para a credibilidade de sua autoridade; o alento necessário para que o perdedor se resigne com a derrota, eis que a verdade judicial é suposta.

É cômoda e alentadora a equação, em casos de violação ou mera ameaça a direito, o judiciário pode intervir como cura precisa, e para se escusar de qualquer excesso interventivo, o próprio judiciário se diz inerte, mas que deve responder quando provocado. Só é possível essa afirmação a partir do alentador princípio *iura novit curia*. Ou se admite a autoridade do erro! A ideia é, pois, um excelente argumento de persuasão.

O problema é que enquanto ideia fundamental do processo, esse princípio pode levar a muitas decisões equivocadas, díspares do quanto determina o direito, mas, muitas vezes, maquiada pela aura de decisão correta, já que o pressuposto é o acerto do juiz. Sim, pois, a fé na infalibilidade do julgador justifica quaisquer de suas decisões e dá ao próprio julgador o argumento inabalável de que “esse é meu convencimento”. O problema é que esse convencimento, que chamamos de precário, muitas vezes é equivocado, mas sempre chancelado por uma ideia maior que o garante.

De qualquer forma, pensar o direito de forma solipsista conduz a equívocos, tendo em vista que ele é produzido a partir de relações processuais, envolvendo vários atores, e circunscrito por uma dada realidade social.

A questão que se põe é: é necessário construirmos o direito, especialmente o processual, lastreados no suposto de que o juiz conhece o direito, ou esta ilusão ou falsa ideia pode ser escamoteada?

### 3 O PRINCÍPIO “*IURA NOVIT CURIA*”: UMA ANÁLISE CRÍTICA.

177

Quando se assume uma ideia a tendência é praticá-la. Quanto mais forte é a convicção na sua verdade e certeza, mais condicionada estará a ação do sujeito. E, dentre essas últimas, existem algumas matrizes valorativas que fundamentam várias outras, as quais se denominam “princípios”.

A expressão princípio tem gerado uma série de indagações no campo jurídico, especialmente sobre seu conteúdo e natureza e, especialmente, sobre o critério que os separariam das outras normas jurídicas. Parece existir uníssono em fixar um princípio como um ponto de partida, uma ideia fundamental do ramo da ciência a partir e com base na qual outras podem ser desenvolvidas. Funcionam como o alicerce na construção de um ramo do conhecimento. Conforme Miguel Reale<sup>5</sup>:

O jurista não precisaria estar autorizado pelo legislador a invocar princípios gerais, aos quais deve recorrer sempre, até mesmo quando encontra a lei própria ou adequada ao caso. Não há ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo do saber, ou para um sistema de enunciados lógicos. Privar-se uma ciência de seus princípios, e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes.

Então veja que construir a ideia de que o juiz conhece o direito, tratando-a como um verdadeiro princípio da ciência (ou subciência) processual, leva todos os juristas a terem a convicção acerca da correção das decisões judiciais, a ideia de que o juiz sempre aplica o direito de forma correta, gerando o acerto da decisão.

Na esteira desta formulação, vêm outras, tais como o “princípio da persuasão racional do juiz”, “do livre convencimento motivado”, a não vinculação do julgador a qualquer prova, podendo valorá-las livremente e, tantas

<sup>5</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*: São Paulo: Saraiva, 17ª edição, 1996, p. 62.

outras. Não é incomum, inclusive, que se ouça de um juiz a expressão “é o meu convencimento”. Nada mais antagônico a um modelo democrático no qual se exige decisões fundamentadas.

Tanto o direito brasileiro quanto o direito italiano foram demasiadamente influenciados pela teoria alemã de Oskar von Bülow denominada de Teoria do Processo como Relação Jurídica. Essa teoria coloca o juiz no centro da decisão judicial, em uma posição de superparte, acima dos próprios litigantes, e com vontade imperante e inabalável, qualificando-o como um ser de “virtudes, sensibilidade, intuição e senso de justiça pressupostamente superiores às qualidades dos demais participantes do discurso”<sup>6</sup>. Ou seja, o processo, cuja gênese é a dialética, fica estancado na ideia de que seu condutor principal, o juiz, sempre terá uma decisão certa, mesmo que seja impermeável às pretensões das partes e ao próprio direito estabelecido no passado.

Esta foi a teoria adotada por grandes processualistas brasileiros como Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Calos Cintra e outros, muitos deles mentores doutrinários e filosóficos dos acadêmicos que hoje ocupam os centros de poder jurídico, com assento nos Tribunais, inclusive superiores. Suas obras foram e ainda são de grande penetração na sociedade jurídica brasileira. De modo que o agir dos juristas lastreia-se, dentre outras, na ideia do juiz infalível. Os diletos processualistas tiveram ampla influência de seus mestres italianos, alguns deles radicados no Brasil no período da Segunda Grande Guerra.

Adotar essa ideia como um paradigma do direito permite a sacralização da atividade jurisdicional, pois se deposita uma “crença” mágica na pessoa do juiz, tal como um valor religioso. Sendo assim, a atividade jurisdicional é potencializada em torno do “eu” do juiz, na sua subjetividade, fazendo com que o mesmo, muitas vezes, ignore o necessário diálogo com as fontes, com as “decisões políticas do passado”, conforme insiste Dworkin<sup>7</sup>, bem como permite que se leve a efeito o julgamento em um processo, sem que o magistrado atente-se para o necessário diálogo com as partes, ignorando suas considerações, argumentos e pretensões, em síntese, esse paradigma deposita uma fé quase cega na atividade pessoal e personalíssima do julgador. Se ele tudo sabe, sempre terá decisões certas.

178

Se o julgador não promove um legítimo debate com as fontes do direito, numa atividade de cognição, pela qual conhece o modelo jurídico anterior que deve ser aplicado, bem como despreza ou não dá a devida consideração às pretensões e argumentos das partes, a tendência é a produção de decisões solipsistas, que revelam muito mais a subjetividade de quem julga, do que uma correta resposta de acordo com os modelos consolidados e o que querem as partes. Nesse caso, a atividade jurisdicional tende a ser mais volitiva do que cognitiva, já que em vez de conhecer e reproduzir um direito pré-existente, o julgador finca-se em supostos pessoais e subjetivos, manifestando uma alta dosagem de sua própria vontade.

A subjetividade das pessoas sempre é marcada, em grande medida, pelas percepções pessoais e imediatas do sujeito em relação ao mundo, sem a devida decantação pelo método e espírito científico.

A decisão lastreada na vontade pessoal do julgador faz com que se crie um verdadeiro direito novo, que é aplicado retroativamente ao caso que já foi submetido ao órgão julgante. Não se desconsidera a possibilidade – insista-se – de evolução do entendimento jurisprudencial, mas não é legítimo o casuísmo.

Os paradigmas nas ciências, ao se introjetarem no modo geral de se raciocinar dos cientistas, tem uma vida longa, até sua superação. São utilizados como “verdades” até que sejam abalados por críticas e ideias quanto às suas inverdades. É só pensarmos na revolução ocorrida na medicina a partir do momento que se deixa de supor que as doenças não são causadas por fluidos misteriosos e ininteligíveis e, se passa a supor que microrganismos são os verdadeiros causadores de muitas delas. Veja a física depois dos enunciados de Newton, a matemática após os Elementos de Euclides.

---

<sup>6</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 126, p. 197, 28 maio 2020. Biblioteca da Presidência da República. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916>. Acesso em: 19 abr. 2023.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald, Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Barbosa, São Paulo: Martins fontes, 2017,.

Hipoteticamente podemos pensar na retirada do princípio do devido processo legal ou do contraditório e ampla defesa enquanto princípios que norteiam o processo. Nesse caso, sem ditos princípios, poderia ser considerada válida uma decisão tirada num processo no qual não houve citação do réu (ou seja, o processo teve seu curso sem que o réu sequer soubesse de sua existência), ou decisão em processo criminal no qual o réu não teve defesa, ou decisão tirada de processo no qual o juiz, simplesmente, ignorou provas contundentes produzidas pela defesa, inclusive decisões sem fundamentação! Outras hipóteses podem ser pensadas, como a supressão do princípio da propriedade privada de um sistema de direito, ou o princípio da liberdade, *et cetera*. De outro lado é só analisarmos a inserção do princípio da proteção do meio ambiente nos textos constitucionais e declarações de direito e seu impacto na legislação civil, trabalhista, criminal, etc. E, nessa esteira de raciocínio, muitos outros exemplos seriam possíveis.

Além disso, o sistema do direito, por muitos autores e pensadores do direito é visto como formado por um ordenamento de normas organizado, dentro do qual as normas são válidas porque deduzidas de uma outra norma superior, até a Constituição ou, para ser fiel a Kelsen, até a norma fundamental. À parte a concepção da norma fundamental, que na teoria de Kelsen é uma hipótese que representa o último corte epistemológico, a própria Constituição é formada por princípios que informam e orientam toda a construção do direito, dos quais as regras e normas jurídicas são deduzidos. Nessa esteira os paradigmas constitucionais são os fundamentos da construção jurídica e lá, não encontramos qualquer presunção de que o juiz conhece do direito, mas ao contrário, encontramos ordem para que as decisões judiciais sejam fundamentadas, tanto no direito, como nas provas existentes no processo.

Quando se pensa ou se desafia os paradigmas existentes na ciência, há uma natural resistência dos próprios cientistas que os professam, o descortinar de novas verdades geralmente não é aceito. (Janeira, 2.014, p. 632):

A resistência nasce, por conseguinte, dentro de categorias antievolutivas que lembram a reacção natural, mesmo noutros planos, ao risco de se pôr em causa a ordem estabelecida; tanto mais que «o domínio das ideias originais é, por definição, aquele onde os critérios estão mais ausentes, dado que o bom senso só tem como padrão a medida pela qual as ideias novas se assemelhem às antigas, isto é, o facto de não serem novas (Whitehead).<sup>8</sup>

No nosso caso, a concepção de que o juiz conhece o direito é ideia fixa dos juristas brasileiros, já há algum tempo e, merece ser superada, por exigência constitucional (art. 93, IX, CF/88), legal e, por necessidade prática, para que, com base em outros postulados, possa se exigir do julgador uma decisão o mais correta possível, ou se preferirmos, a única decisão correta possível!

Com base no paradigma que aqui se questiona, o modelo processual adotado, em suas regras legais, exige que a decisão seja fundamentada, mas, em relação aos fundamentos exarados na decisão, após a prolação da mesma, fixa que deixam de ser relevantes, que não constituem verdade, que não transitam em julgado e que, apenas o dispositivo, que faz lei entre as partes, atinge a autoridade da coisa julgada. Os fundamentos da decisão, pois, são descartados como se descarta um saco de lixo, sem qualquer serventia para o processo depois de fixada a obrigação entre as partes! A preocupação, pois, gira única e exclusivamente na solução necessária do litígio e na autoridade da decisão.

Existe uma necessidade prática em não se reconhecer que os fundamentos da decisão não fixam qualquer verdade para além daquela necessária para o processo, mas, mais do isso, o paradigma ou presunção de que o juiz conhece o direito, permite que os próprios fundamentos da decisão estejam distanciados de uma verdade aferível por métodos científicos, o que, mais uma vez, demonstra a fragilidade da dita presunção.

<sup>8</sup> JANEIRA, Ana Luísa. Ruptura epistemológica, corte epistemológico e ciência. *Análise social*. N° 35-36, 1972. pp. 632. Disponível em: <https://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224260984P0tKE6sa0Ch37TP8.pdf>. acesso em 20-03-2023.

Toda mudança de paradigma, quando a proposta é introduzida, gera certa resistência do meio no qual ela é debatida, há uma refrega quase que natural contra o novo. É certo que a analogia não guarda as mesmas proporções, mas é só olhar a reação às pregações de Jesus Cristo, às teses de Galileu Galilei, Giordano Bruno, etc. Todas as duas doutrinas, inicialmente, foram rechaçadas. Como o conhecimento representa poder, aqueles que o dominam não querem abrir mão dos instrumentos de poder que têm em mãos.

Mas, nesse caso soa como contraditória a propagação da ideia de imaculação das decisões judiciais e, da própria pessoa do julgador, quando o principal paradigma normativo que se tem é a Constituição e ela diz exatamente o contrário. Sim, pois o comando constitucional é a exigência de decisões judiciais fundamentadas.

Mais do que isso, a própria Constituição, atenta ao estado da arte inerente aos direitos fundamentais, não só autoriza mais resguarda o progresso científico, chancelando a possibilidade da mudança por meio da inovação do conhecimento. E essa, a possibilidade de inovar, de criar, de gerar o novo é, talvez, o lado mais eminente da alma humana.

Daí o necessário questionamento, é necessário supormos que o juiz tudo conhece e que suas decisões são corretas?

#### 4 O PRINCÍPIO “TURA NOVIT CURIA” E A DECIDIBILIDADE NO DIREITO.

180

Se partimos do suposto de que todo o direito é criação da vontade humana, na esteira da perspectiva kantiana de que não se extrai um *dever ser de um ser*, podemos chegar à conclusão de que o direito, pelo menos seus máximos problemas, é decorrente da tomada de decisões.

O próprio Kelsen estabelece a diferenciação entre *mundo do ser*, regido pelo princípio da causalidade, e *mundo do dever ser*, regido pelo princípio da imputação, e aponta que no primeiro caso não incide a vontade humana, tendo em vista que as leis a que se referem são as leis da natureza, que têm caráter explicativo/descritivo, diferente do segundo caso, das leis da liberdade, pertencentes ao universo cultural, onde incide a vontade humana.<sup>9</sup>

A vontade humana, manifestada em decisões/externações do querer, está na base tanto dos costumes, da legislação, como também das decisões dos tribunais ou da administração. Mesmo as ideias mais gerais do direito, seus princípios, não fogem da criação humana. É claro que muitas vezes, a criação de um *standard* jurídico demanda a concorrência de várias vontades, é difícil imaginar o império de uma única vontade normativa numa situação em que os agentes da história, os seres humanos, estão mergulhados em um universo cultural (alguns insistiriam em seu caráter eminentemente linguístico) e, têm que se comunicar o tempo todo, num incessante diálogo com os princípios que regem uma sociedade, com as fontes do direito, com as fontes históricas, com as partes do processo, durante o processo legislativo, no dia a dia dos negócios, nas decisões dos tribunais, etc.<sup>10</sup>

Quando se manifestam os contratualistas dos séculos XVII e XVIII – pensamos especialmente em Hobbes, Locke e Rousseau- com suas teses de que uma sociedade humana, politicamente organizada, funda-se num contrato, é ingênuo imaginar que eles pensassem que teria ocorrido ou que, necessariamente deveria ocorrer um grande acordo entre os homens, num dado momento certo da história, pelo qual fosse possível fixar o início da civilização,

---

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução Dr. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1976.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jeferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2.007.



com as regras necessárias para a solução de todos os problemas – litígios - humanos e fixadas todas as regras de direito. Acreditamos que até mesmo a crença interpretativa de que eles imaginavam um contrato transcendental e necessário entre os homens é ingênua. A melhor interpretação de suas obras é a de que, a convivência entre os homens apenas pode ser lastreada em sua vontade, que o homem vive em comunidade porque quer e não porque exista algo entranhado em sua natureza que lhe (pro)mova a tal condição (tal como a natureza humana que revelaria o *zoon politikón*). A situação humana e de uma comunidade em específico é criação humana, e pode ser mudada a qualquer tempo pela mesma vontade. A cultura de uma comunidade, apesar de sedimentada, pode ser alterada. Por certo a linguagem é o meio necessário para tanto.

De acordo com os contratualistas, e Kant faz parte integrante deste seletor time, o homem, por meio de seu querer, de sua vontade cria todas as condições de sua vida cultural.

Kant, ao invés de buscar fundamentação histórica para o contrato social, busca-a tão somente na razão: “o consenso é necessário para que o homem viva em sociedade”? Pergunta Kant. Ao responder afirmativamente a essa pergunta ele conclui que o Contrato Social é uma ideia da razão, uma necessidade racional e não um fenômeno histórico.<sup>11</sup>

Kant, não obstante sua busca de fundamentação estritamente racional do direito, está ciente da dimensão da liberdade da pessoa humana. E é no exercício de seu arbítrio que o homem constrói o mundo e a vida orientada por uma perspectiva ética, a vida cultural. Essa postura nos permite uma visão claríssima do direito, tanto sob os aspectos de fundo, como sob os aspectos metodológicos de investigação jurídica. Isso porque, o homem percebe e conhece a natureza ou, age de modo finalístico criando a moral/ética no mundo da cultura, por meio do seu querer. Essa divisão do entendimento, esmerada por Kant, parece irrecusável.<sup>12</sup>

Se o direito é criação da vontade humana, conclui-se que todas as suas fontes, que seus lugares de habitação (locus), têm como nascimento o querer humano; a fonte do direito é a vontade humana. É possível demonstrar, pois, que o direito é mutável, que progride e regride, conserva e transforma, conforme os parâmetros de avaliação/valoração adotados. O direito se estabiliza e muda, fixa-se e progride. A depuração da vontade criadora do direito se faz por meio da linguagem, pela qual signos inteligíveis marcam como o mundo do jurídico deve funcionar. O meio próprio de fixação do direito, de suas ideias primárias, de seus princípios e normas, se dá pela linguagem; o direito é dito.<sup>13</sup>

Toda e qualquer regra de direito é produto da sedimentação linguística. Sua percepção mais imediata é a própria lei, que por meio de preceitos linguísticos procura sintetizar o ponto nodal do dever ser como exigência de conduta. Por isso não é difícil se apegar ao preceito de lei, porque ele revela a depuração e sedimentação de uma vontade criadora do direito em um resumo de palavras dotadas de sentido, em relação às quais, se acredita, haja legitimidade criadora por quem de direito, geralmente uma autoridade. Mesmo a ideia de justiça, que parece ser algo transcendente a qualquer construção jurídica, é preenchida por conteúdos linguísticos depurados pela vontade de quem pode e de fato cria o direito. Mesmo que se diga que depois da síntese permanece o ideal de justiça.

Nesse passo, o problema das teses positivistas, tanto de Kelsen, como de Hart, falham em um aspecto fundamental. Quanto a Kelsen, em sua clássica Teoria Pura, defende que o direito, enquanto norma jurídica, faz um

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000.

<sup>12</sup> KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2008.

<sup>13</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: 2021.

recorte da realidade e dá a ela uma interpretação específica, uma interpretação que se convola em norma e, nessa perspectiva, apenas a norma passa a ter validade jurídica, enquanto única fonte do direito; todo o mais não é direito, mas questões marginais ao próprio direito, já que o direito se consolidou enquanto dogma normativo. Como se houvesse um estancamento da linguagem, um represamento da língua e alguns dogmas que resumiriam e dariam conta de solver qualquer possível questão jurídica relevante, esquecendo-se, inclusive, que o novo direito que surge com a nova norma é escrito com a linguagem do passado e com base nos aspectos valorativos sedimentados no passado. Lembrando, também, que o passado é sempre reinterpretado no presente, está aberto a novas leituras.

Mas, no último capítulo da sua clássica Teoria Pura, ao tratar da hermenêutica jurídica e das decisões judiciais, afirma que o juiz tem apenas moldes, modelos jurídicos normativos, dos quais se utilizará para a solução dos casos sub judice, ficando a cargo do juiz a escolha da norma a ser aplicada com vistas à solução do caso. Logo, para Kelsen, o juiz primeiro realiza um *ato de conhecimento* (cognitivo) para na sequência realizar um *ato de vontade*. A ideia inicial de que a decisão judicial, já está contida e pronta na lei, e somente é deduzida dela no caminho de uma operação lógica, mostra-se incompleta justamente quando Kelsen toca na decisão judicial. Isso porque tem que admitir que todos os fatos e circunstâncias que permeiam o julgamento e que não estão compreendidos, de antemão, nos moldes normativos, são solvidos de acordo com a percepção do julgador. Logo, o juiz não é mera “bouche de la loi”. Notemos essa postura na própria obra referida.

(...) todo o acto criador de Direito deve ser um acto aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao acto, para poder valer como acto da comunidade jurídica.<sup>14</sup>

(...) quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.<sup>15</sup>

(...) se por <interposição> se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.<sup>16</sup>

Na evolução do raciocínio acima reproduzido, vê-se que ao final o teórico admite existirem várias decisões possíveis, não deixando margem para outra interpretação senão a de que a opção por uma delas ficará a cargo de quem julga! E, assim, estão abertas as portas para as decisões solipsistas!

Ora, a decisão judicial também é um ato de vontade, mas, questiona-se, essa vontade é subjetiva, ou seja, lastreada em sentimentos pessoais do julgador (senão completamente, em grande medida) ou essa vontade deve ser objetiva, fundada e construída num diálogo com as fontes e os paradigmas morais forjados na sociedade? Se a resposta aponta para a primeira opção, cai-se num verdadeiro solipsismo subjetivista (idiosincrasia), na segunda hipótese salva-se a história do direito, numa continuidade estabilizante (mas que permite distinções e remodelações). A vontade do julgador deve ser reveladora de algo existente fora do próprio julgador, captada no mundo da cultura, do que historicamente se convencionou ser o melhor direito e, não a mera reprodução da subjetividade de quem julga.

Hart aprofunda a tese positivista e dá a ela um toque de refinamento. Em sua argumentação na obra *O Conceito de Direito*, pois, para ele, faz uma divisão das normas jurídicas em as normas primárias, criadoras de

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução Dr. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1976, p. 326.

<sup>15</sup> Idem, ibidem, p. 464.

<sup>16</sup> Idem, ibidem, p. 467.

obrigações e vínculos jurídicos entre os sujeitos de direito.<sup>17</sup> Mas ao seu sentir, as normas jurídicas – estas, primárias – têm textura aberta e devem ser complementadas pelas normas secundárias, que são normas autorizativas de decisões, que fixam competências ou atribuições para aqueles que podem dizer o que o direito é. Desse modo, admite, mesmo que subliminarmente, que o direito será aquilo que as autoridades competentes para tanto, disserem que o direito é. Refina a argumentação kelsiana, mas cai no mesmo labirinto, na mesma cilada, ao não rechaçar decisões solipsistas, lastreadas em sentimentos pessoais de quem julga!

Ora, a crítica de Dworkin em relação ao seu mestre é justamente essa: se as normas primárias devem ser, necessariamente, complementadas pelas normas secundárias e estas conferem a algumas autoridades a capacidade de dizer, inclusive de modo inovador e pessoal, o que o direito é, então se chega à hipótese absurda de se admitir que existem dois direitos, um antes do julgamento e outro depois: “se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista.”<sup>18</sup>

Em sua belíssima obra, Ost analisando o *tempo do direito* trata de modo fecundo das relações que o direito (seu aplicador) deve ter com o passado, num movimento de memória e perdão. Mas, mesmo quando rememorado o direito, numa tentativa de preservar a tradição, ele é recomposto no presente pelo intérprete: “o que sustentamos é que, nutrida de tradição, a interpretação jurídica lança uma ponte entre a atualidade do litígio e a anterioridade da tradição”.<sup>19</sup>

Note que o “princípio” ou postulado de que o juiz conhece o direito alimenta, justamente, as teses positivistas, eis que para os positivistas o ato de julgar não é meramente um ato de cognição de algo (direito) que existe antes do julgamento, mas em grande medida, também é um ato volitivo, pelo qual a vontade do julgador colmata todos os vazios existentes no sistema. Como, pois, poderia o julgador, em especial a Corte Suprema, que tem natureza eminentemente contramajoritária, negar o mesmo respeito e consideração àqueles que querem constituir família com outra pessoa do mesmo sexo! Mesmo que essa posição contraste, pelo menos em aparência, como direito legislado. Como poderia a Corte Suprema manter o entendimento de que uma mulher grávida de feto anencefálico deveria manter a gravidez se ali, naquela específica gestação, não há perspectiva de vida, sabendo que o crime de aborto visa, justamente, a defesa da vida!

Essa ideia, pois, em um Estado de Direito, no qual se exige o respeito, justamente, ao Direito, não pode prevalecer e, muito menos, deve ser difundida como uma verdade autoevidente, porque corrói o sistema, dissemina uma falsa ideia profética, que, admitida em larga escala, poderíamos dizer até uníssona, faz com que o jurisdicionado e, pior, seus representantes creiam na correção e legitimidade da decisão, qualquer que seja ela, quaisquer que sejam seus fundamentos.

## 5. CONCLUSÃO

Se se admite que o direito é um só, se o direito é íntegro, é o mesmo direito antes e depois das decisões judiciais, então só se admite uma única decisão correta, tanto para casos denominados fáceis, como para os casos reputados difíceis (*hard cases*). Mesmo que não se encontre em uma norma a resposta exata para o caso a ser solucionado, o sistema de direito funda-se em grandes ideias, em princípios que informam toda a construção jurídica,

<sup>17</sup> HART, Herbert. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Edição, 1.994.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald, Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Barbosa, São Paulo: Martins fontes, 2017, p. 59.

<sup>19</sup> OST, François. O tempo do direito: Tradução de Élcio Fernandes, São Paulo: Editora do Sagrado Coração-EDUSC, 2.005, p. 96.

e que, em muitos casos, são determinantes para a solução de litígios ou de uma qualquer questão de direito, tais como o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, que exige que todos devam ser tratados com o mesmo respeito e consideração, ente outros. Além disso, a linguagem que fixa o direito não é estanque, não está repesada em um mundo que não se comunica com os mundos inicialmente tidos como fora do direito, de modo que, em casos difíceis, a moral estabelecida numa sociedade serve também como padrão de julgamento, como norte decisório. O valores sociais, aqueles praticados pela sociedade, mesmo que não expressamente admitidos pelas normas jurídicas, comunicam-se com o mundo do direito, como o exemplo da conduta honesta. Ora, mesmo que não declarado por lei, é amplamente admitido que as pessoas devem agir honestamente!

A conclusão resulta do seguinte raciocínio, se se admite a possibilidade de mais de uma resposta correta para a solução de um caso, se confere ao decididor margem de conveniência, margem de escolha, a qual pode ser preenchida com as convicções pessoais de quem decide, que por sua vez, podem estar ou não conforme ao que o direito exige, admite-se a existência de mais de “uma direito” aplicável ao caso. Assim, admitindo-se a integridade do direito, necessariamente deve-se supor que existe apenas uma resposta correta, uma única decisão certa para os casos que demandem solução.

Nesse diapasão, em vez de se produzir enquanto cultura jurídica a ideia de que o juiz conhece o direito, dever-se-ia propagar enquanto ideia fundante do direito e, especialmente do processo, que o juiz tem o dever de encontrar a única decisão correta ou, no mínimo, dar a resposta mais adequada para o caso a si submetido. Em vez de se propagar a ideia de que o juiz conhece o direito, seria mais prudente disseminar que é dever do juiz dar a resposta correta.

184

Essa postura seria mais consentânea ao estágio evolutivo no qual se encontra o direito, especialmente se tomado como parâmetro o direito nacional. Essa é uma exigência da tese ou convicção acerca da integridade do direito, de sua unidade lógica e conceitual. E, notem, essa é a postura encampada pela Constituição Federal, que a todo momento busca dissipar o arbítrio nas tomadas de posição ou decisões pelas autoridades constituídas.

Sim, pois, o direito é refratário ao arbítrio, a constituição teve e tem como missão, justamente, afastar o arbítrio e a ilegalidade dos atos do poder público e, para isso, declara o Brasil um Estado de Direito (art. 1º, “caput”, CF/88), exige que os atos da administração estejam revestidos de legalidade (art. 37, “caput”, CF/88) e, quando trata em específico das decisões judiciais, exige que as mesmas sejam fundamentadas (art. 93, IX, CF/88).

Ora, a fundamentação à qual se refere a Constituição quando trata das decisões judiciais tem, no mínimo, um duplo sentido. Em primeiro lugar, a decisão judicial deve assentar-se no direito, ou seja, os fundamentos expendidos na decisão judicial devem ser consoantes ao direito vigente e aos argumentos e ideias em direito admitidos como válidos. E, num segundo momento, se exige também que a decisão judicial, quando for o caso, deve assentar-se os elementos de prova existentes e a disposição do julgador. Lembrando, é claro, na necessária comunicação efetiva do juiz com as partes para que possa entender efetivamente suas pretensões. Assim, a decisão judicial fundamentada deve assentar-se em fundamentos de direito e de fato, ou seja, o direito revelado na decisão e os fatos tomados como verdadeiros devem arrimar-se em elementos de convicção existentes nas provas do processo, objetivos, cuja verificação é comum a qualquer agente ou operador do direito. A verificabilidade do enunciado sentencial deve ser universal. Ou seja, a decisão deve ser a única melhor decisão possível, tomando-se como parâmetro o entendimento comum, universal sobre o que é o direito.

A necessidade de exigir-se do julgador obtenha a decisão correta para o caso em análise é tanto mais relevante se pensarmos no grau de importância ou autoridade de que se reveste a coisa julgada em nosso sistema. Sim, pois,

a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88) revela-se como consumação de “uma verdade” que não mais poderá ser modificada, pelo menos em regra. É tanto melhor exigir do juiz uma busca implacável da “verdade”, do que partir da premissa que sua decisão, qualquer que seja ela estará correta, eis que, de antemão, o juiz conhece o direito.

Daí que a exigência de uma decisão correta, enquanto princípio informador do direito é muito mais consentâneo ao sistema constitucional vigente, do que o prévio entendimento, do que a prévia defesa de que o juiz conhece o direito. Em vez disso, a premissa deve ser: o juiz tem o dever de dar a única e melhor decisão possível de acordo com o direito.

Ademais, o direito se afigura na contemporaneidade como uma construção coletiva, na qual devem ser contempladas as partes, os advogados, a Defensoria Pública, o Ministério Público e a sociedade como um todo, haja vista a realização de audiências públicas em matérias controvertidas para as quais estudiosos de várias áreas do conhecimento são chamados para serem ouvidos e contribuir com sua expertise.

Essa compreensão parece bem mais consentânea com o Estado Democrático de Direito, no qual a dignidade da pessoa humana e a cidadania se colocam como valores fundamentais. Logo, todas as partes envolvidas na relação processual devem ser tratadas nesta perspectiva, não obstante a função específica desempenhada por cada qual, sendo ao final, o direito, uma construção que decorre de uma participação coletiva e não de decisões solipsistas.

## REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**, Tradução de Estela dos Santos Abreu, Rio de Janeiro: Contraponto, 1.996.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Barbosa, São Paulo: Martins fontes, 2017,.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2.007.

JANEIRA, Ana Luísa. Ruptura epistemológica, corte epistemológico e ciência. **Análise social**. Nº 35-36, 1972. pp. 629 – 643. Disponível: em :<https://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224260984P0tKE6sa0Ch37TP8.pdf>. acesso em 20-03-2.022.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Edição, 1.994.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução Dr. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1976.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 126, p. 191-210, 28 maio 2020. Biblioteca da Presidência da República. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916>. Acesso em: 19 abr. 2021.

OST, François. **O tempo do direito**: Tradução de Élcio Fernandes, São Paulo: Editora do Sagrado Coração-EDUSC, 2.005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 17ª edição, 1996.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: 2021.