

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

ALEXANDRE MAGNO VASCONCELOS ALVES

Advogado. Mediador e Árbitro.

Especialista em Direito Processual - UFC.

e-mail: alexiusalves@uol.com.br.

Sumário: 1. Introdução. 2. Situação da função jurisdicional na perspectiva das funções do Estado. 3. Imparcialidade e neutralidade. 3.1 Os valores 3.2. Mecanicismo da função judicante. 3.3. Vinculação administrativa 3.4. A imparcialidade. 3.5. Atividade (re) conhecimento do magistrado. 3.6. A ideologia. 3.7. A neutralidade política. 3.8. A passividade judiciária. 3.9. A imparcialidade e a neutralidade como mitos. 4. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

A temática da jurisdição tomada pela ambiência que envolve seus titulares – os magistrados - tem merecido amplo destaque no cenário sócio-político da atualidade, em que pese sempre ter atraído a atenção da comunidade científica, nomeadamente a dos jusfilósofos.

O revigoramento do exercício das funções do Estado, preterida a experiência do Estado Liberal, contextualizou as discussões acerca da distribuição da justiça. No caso brasileiro, seja porque de um lado fora consagrado, formalmente, o Estado Democrático de Direito - força da Constituição Federal de 1988 - que repeliu, por seu espírito, os regimes de exceção e salvaguardou os interesses das minorias vitimadas pelos regimes pretéritos; seja pela incipiente ressurreição demo-

crática no seio da sociedade que rendeu espaço aos canais institucionais e representativos como o parlamento, a livre associação, a liberdade de expressão, a ressurgência das organizações não governamentais, etc, trazendo à ordem do dia pautas até então incontrastáveis.

A maior pertinência do tema alude, inarredavelmente, à crescente e sistemática recorrência dos cidadãos ao Poder Judiciário face ao renitente malferimento da ordem jurídica por parte dos agentes sociais, salientemente os próprios agentes políticos no exercício do mister das funções estatais, inadaptados ainda ao regime de liberdade compartilhada permeada com os fins de igualdade e dignidade da pessoa humana, não raras vezes, por serem tais agentes egressos daqueles regimes de força.

Não teriam maior destaque a prática de atos administrativos, a produção legislativa, o uso do poder regulamentar, o primado da convivência harmônica e independente entre os Poderes, se tudo isto se devesse unicamente ao pluralismo político e ao regime representativo, que permite que o titular do exercício do poder lance mão de seus programas partidários para alçar os objetivos do Estado.

De modo controverso, o que se observa, correntemente, são os atos viciados pela nódoa da ilegalidade, a feitura de leis em desconformidade com a principiologia constitucional, o exercício abusivo do poder, e, por fim, o primado da harmonia e independência não passar de mito: abrilhantado no plano do discurso mas vilipendiado a cada dia, na realidade sensível.

É neste ambiente que se situa a titularidade da função jurisdicional; sem dúvida, das funções estatais, a mais engessada politicamente, e contra a qual pende a responsabilidade e os deveres ('poderes') de independência e imparcialidade.

A imparcialidade na jurisdição é tema que, embora bem versado na doutrina jurídica, resulta ainda mal situado na atividade judicante, de tal sorte que o erigimos como daqueles fundamentais à integridade do exercício do Poder Jurisdicional e, de modo decorrente, à inteireza do Estado Democrático de Direito.

A imparcialidade é dever cometido ao juiz e, ao mesmo tempo, a salvaguarda da regularidade de seu labor. Deve ser encarada não de modo determinista mas utilitário aos fins da tutela jurisdicional, razão do que, apontamos, não passa de um mito sob aquele ponto de vista.

Quando muito, a imparcialidade consegue ser atendida por manifestações formais dentro do processo, mas com fundamental desprestígio aos poderes instrutórios do juiz e ao poder geral de cautela. Tudo isto é diagnóstico de que não se introjetou ainda suficientemente em nossa ordem jurídica certa dosagem inquisitorial (controlada pelas garantias constitucionais), mitigando-se o princípio dispositivo de forma a

desaguar o provimento judicial o quanto possível útil e, ao mesmo tempo, próximo da verdade real.

2. SITUAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DAS FUNÇÕES DO ESTADO.

Para que a função jurisdicional do Estado se exerça regularmente, imperativo se faz que seja consagrada por condições que conduzam à gestão humana regular desta função.

Antes de um pressuposto de ordem jurídica as prerrogativas cometidas ao Poder Judiciário avizinham-se como condições práticas para que os fins da atividade jurisdicional sejam ordinariamente alcançados. E nem bem só por isto garante-se a consecução dos fins a que é cometida tal função em face do Estado Democrático de Direito.

Ainda que presentes tais prerrogativas, o sistema jurídico lança mão de anteparos político-jurídicos para o desempenho das funções estatais, a dizer: a subsistência latente do sistema de freios e contrapesos ensejador da harmonia e independência entre os poderes.

Sobre este particular calha o entendimento de que o Poder Judiciário não pode, em homenagem desmedida à harmonia, desatender indiscriminadamente ao princípio da independência da função estatal.

Se o poder é uno e indivisível, o que pretende o sistema é que a harmonia se opere no nível dos interesses primários do Estado ou seja os interesses primordialmente eleitos pela Carta Política, verdadeiro prestígio ao princípio da soberania popular e aos objetivos do Estado, em desfavor à forma com que, não raro, sua pessoa política se arvora na defesa dos desideratos do mecanismo administrativo do Estado.

Não se pode olvidar que o fim em si mesmo da propalada independência, aduzida pelo Poder Executivo, seja a pacífica convivência no plano da concretização dos interesses secundários do Estado-administração, porque em ambiente de regime democrático o pluralismo é instrumento de consecução dos interesses sociais, não um óbice a estes, muito embora se renovem chavões políticos das tais crises de governabilidade, tudo isto embalado pelos “mensageiros do apocalipse”, coadjuvantes dos governos de plantão.

À existência, no sistema jurídico, de princípios e garantias de acesso às funções jurisdicionais acrescentam-se mecanismos de coexistência e fiscalização entre os poderes estatais.

Infelizmente, esta ordem de idéias – interlimitação dos poderes – está mitigada na ordem jurídica brasileira. Vale dizer, por exemplo, sobre o mecanismo esdrúxulo das medidas provisórias, verdadeira ressuscitação dos repugnados decretos-leis, pelo menos pelo tratamento que às mesmas vem sendo dispensado pelo Poder Executivo e referendado pelo Supremo Tribunal Federal ou no que respeite ao campo material de atuação que é menos objetivo, portanto menos delimitado, extraído dos requisitos das medidas provisórias do que nos dos decretos-leis.

O STF proferiu, acerca da inconstitucionalidade versada por meio de ação, contra os aludidos mecanismos, entendimento de que, sobre a relevância e urgência de que trata o texto constitucional (art. 62, C. F.) é cometido ao administrador pinçá-las na realidade prática da vida político-administrativa do país e não ao Poder Judiciário, em sede de um processo judicial.

Ora, relevância e urgência são categorias jurídicas, é a ele, ao Poder Judiciário, que é constitucionalmente conferida a competência de dar luz à aplicação e interpretação da lei nos casos postos ao seu exame. Interpretada a norma de índole constitucional e apreendido o seu sentido e alcance, caberia ao administrador aquilatar a conveniência e oportunidade do ato de propor medidas provisórias em face do exame da ocorrência, na realidade prática, de situações que reclamem a edição de medidas provisórias – novamente as de relevância e urgência – informadas pela ordem constitucional, sobre a qual quem profere a declaração de sentido e alcance, como última pronúncia, é a Corte Suprema.

Se relevância e urgência são conceitos cometidos ao administrador, a nosso ver, em cada edição de medida provisória o governo estará se imiscuindo em competência jurisdicional, pois estará criando uma norma individual, fazendo as vezes de Poder Judiciário – verdadeira apropriação subjetiva do conteúdo encartado na norma constitucional – ao que prestamos incondicional resistência.

Há preceito constitucional pertinente aos critérios de relevância e urgência, como ocorre no estado de intervenção (arts. 34 e 35, C. F.). Por regra de hermenêutica jurídica, não há palavra em vão no texto magno, logo relevância e urgência não são conceitos dependentes mas apreendidos a partir da própria hermenêutica constitucional e não de conteúdo conferido ou outorgado ao administrador.

A quem quer que se debruce razoavelmente sobre esta realidade político-jurídica, cumpre indagar que independência municia o Poder Judiciário ante a prática

espúria das tais medidas provisórias. Estaria o Supremo Tribunal Federal fazendo justiça de porte constitucional, ao se apegar à exegese que permite a ‘legitimação’ de um processo legislativo, fartamente destituído de finalidade pública ?

Sem embargo de se amiudar na questiúncula jurídica, serve-nos o exemplo para circundar a discussão sobre a necessidade dos mecanismos constitucionais ora jurídicos, ora políticos, para que se desempenhe qualquer das funções estatais em homenagem aos fins próprios do Estado é à integridade concreta do ordenamento constitucional.

Recorrendo à lição de CELSO RIBEIRO BASTOS *“a função jurisdicional é de índole substitutiva, já que o Estado juiz procura diretamente a satisfação dos interesses tutelados pelo Direito.*

*... De fato, só se pode falar em independência do Poder judiciário na medida em que a resolução dos casos concretos colocados à sua apreciação atenda apenas à lei aplicável, interpretada segundo o entendimento e a consciência do julgador”*¹ (GRIFAMOS)

Complementa MARCELO CAETANO: *“As leis devem conter as providências necessárias para garantir aos juízes que sejam libertos, de direito e de fato, de indesejáveis pressões ou influências exteriores, de modo a que as decisões proferidas expressem, unicamente, a aplicação do direito cabível aos fatos dados como provados no processo.”*²

O que se quer alinhar, “a priori”, é que o ambiente em que se situa o julgador é temperado de circunstâncias que se revestem de garantia ao desempenho da função jurisdicional, ao mesmo compasso em que a realidade concreta lança inúmeros desafios, para que as coisas assim se desenvolvam.

Há dispositivos excertos do ordenamento jurídico que vem a favor do exercício da função jurisdicional, de que seu titular lança mão para seu regular desempenho. Decorrentes do regime de princípios constitucionais estão instituídos como a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos, dentre outros. De outra forma há princípios da jurisdição que ensejam, também, verdadeiros deveres aos magistrados que se reportam à sua situação diante das partes, em face da administração da justiça e diante das outras funções estatais.

De parca valia seria a conduta imparcial e escoreita de um juiz ao decidir demandas onde litigam particulares entre si se, em outro momento, tender o julgador a

1 - Ob. cit. p. 64.

2 - Ob. cit. p. 384.

decidir sistematicamente a favor do Estado, por exemplo, sob o pretexto (que se tenta inculcar) de que assim se está prestigiando o interesse coletivo.

Esta parcialidade não é serviçal da democracia, em particular, pela sistemática subversão e resistência aos direitos subjetivos dos particulares por parte do poder público. Isto se dá por razões as mais diversas, como é o diagnóstico da própria repressão política sobre os membros do Poder Judiciário, das condições inumanas de trabalho dos juizes, do modo da formação e reciclagem dos magistrados, da inaplicabilidade das garantias aos magistrados, dentre outras.

3. IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE.

3.1 Os valores

Os valores são certas aspirações representadas por princípios eleitos consciente ou inconscientemente pelo indivíduo, ou por um grupo social; são, pois, uma intenção essencial, para a qual, espontânea ou deliberadamente, se foca determinada pessoa ou grupo de pessoas.

A par de se aquilatar a quais valores devam corresponder as manifestações do julgador em seu labor judicante, a pauta de referência deve ser aquela justamente informada na Carta Constitucional. Em última análise e em cada instância de influência, os atos do juiz devem ser manifestos em seu raio de ação e na proporção da importância deles para eficácia da ordem jurídica, segundo os valores eleitos pela sociedade por meio de sua Carta de Princípios.

É neste diapasão que vem a calhar a ensino de VERDU quando “*a fórmula política de uma Constituição é uma expressão ideológica fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa em uma estrutura sócio-econômica*”.

A pauta do julgador deve levar em conta o escopo máximo de conciliar o princípio Democrático com o princípio do Estado de Direito, mesmo porque, conforme assinala WILLIS FILHO “*O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado*”.

O Juiz atua para selecionar um, a partir de uma gama de valores de cunho coletivo, latentes no ordenamento normativo; sua atividade permeia um sistema aberto e “*representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se*

compatibilizam perfeitamente, pois, no momento de sua concretização, podem se chocar, por exemplo a segurança jurídica (respeito à legalidade) e a igualdade perante a lei”; o dilema, pois, como conclui o professor cearense, é como melhor compatibilizar os valores em conflito, e isso sempre com a preocupação de sempre preservá-los todos em seu conteúdo mínimo.

Em ambiente de discussão dos valores sociais eleitos, entendemos o núcleo essencial de toda a razão de ser do direito como aquela substância dos direitos fundamentais que não pode ser agredida, com o prejuízo do qual se desrespeitariam fatalmente tais direitos fundamentais. Exprime o limite máximo onde se pode flexibilizar a aplicação dos direitos fundamentais em benefício da prevalência de um desses direitos sem que outro seja essencialmente desatendido.

Ora, logicamente não é recomendável tratar a questão da coexistência e convivência de valores de maneira polarizada, pontual, e sim de maneira dialética, o que se exige, inclusive na perspectiva primordialmente axiológica. Atender extremadamente, radicalmente, a determinado valor é desatender ao próprio pressuposto filosófico e ideológico de sua existência, que é a consonância com os princípios estruturantes da Democracia e do Estado de Direito, que reclamam a coexistência dos princípios decorrentes, que guardam certa dose de derrogação de outros princípios quando privilegiam a aplicação de um deles.

Se há nota de corte de eficácia e aplicação de determinado princípio fundamental quando se tende a dar força valorativa radical a um deles, não menos verdade é que todos os direitos fundamentais guardam entre si a interseção entre a antítese dos princípios mores pressupostos do Estado Democrático e do Estado de Direito.

Invoca-se, na doutrina hodierna, o princípio da proporcionalidade como o catalisador da coexistência restritiva dos direitos fundamentais; seria ele a nota que daria eficácia à atividade de atender ao núcleo essencial de todos os direitos, conducente ao atendimento dos valores sociais, em latente incidência na vida sócio-jurídica. Seria, pois, o princípio da proporcionalidade, o princípio dos princípios, nesta acepção adjetiva e instrumental de fazer valer a coexistência dos princípios de direito fundamental.

Perquirir as funções dos direitos fundamentais (suas gerações) como a abstinência ou a tolerância estatal, a prestação social, a proteção perante terceiros e a não discriminação, nos remete a auscultar o valor consagrado pela filosofia kantiana, de inspiração cristã ortodoxa, constatada pela realidade empírica como norma fundamental inexpugnável *a dignidade humana*.

A intangibilidade da dignidade humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, é nota de interseção entre quaisquer deles, é medida mínima da essência dos mesmos.

Em recente palestra proferida na sede do Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, o Professor Desembargador FERNANDO LUÍS XIMENES ROCHA, em brevírio das suas considerações proferidas em palestra na Pontifícia Universidade de São Paulo, referiu que o destinatário e titular de toda ordem dos direitos fundamentais oriundos da Carta Constitucional era a pessoa humana, como de resto, de toda manifestação de poder; seguiu ainda, em iluminadas ponderações, a dignidade da pessoa humana é o núcleo básico informador de toda interpretação e aplicação do direito constitucional.

Trouxe à baila, ainda, ensinamento de JORGE MIRANDA: a pessoa humana é o fundamento e fim da sociedade.

Sobre a realidade brasileira, referiu que a democracia, para a consecução de seus fins deveria enroupar-se de democracia política, democracia econômica e democracia social. Vislumbra-se, na esteira do processo mundial de globalização, a idéia de globalização econômica, elegendo-se a riqueza, a matéria, como o objeto de direcionamento da atividade estatal; brada, por fim, o Prof. XIMENES, pela “globalização humana” da pessoa, enquanto único ente verdadeiramente legítimo a merecer o destino de qualquer ação da sociedade.

KELSEN, no desenvolvimento do sistema normativo ético, do imperativo categórico, culminou por remeter o conteúdo da norma hipotética fundamental ao valor oriundo de elementos abstratos. Urge associar a medida do conteúdo do imperativo categórico e seu fundamento de validade com a dignidade da pessoa humana. Este núcleo essencial impõe-se seja pinçado na realidade prática, a partir do reconhecimento, nesta realidade, das desigualdades existentes, ensejando-se, de forma substancial, a superação da mera declaração afoita de tal valor no constitucionalismo da metade deste século.

O respeito à dignidade da pessoa humana implica impingir-lhes, invariavelmente, a condição de sujeito, reconhecendo-a titular dos objetivos de toda e qualquer organização social, em magna instância, no direito à vida. Cumpre situar o homem sempre na condição de sujeito, em nada submetendo-o a ocasiões que o equiparem a objeto. Esta medida serve de núcleo e fundamento inspiradores e legitimadores dos direitos fundamentais decorrentes, a par do valor-mor socialmente acatado.

Na esteira deste raciocínio, pode-se, sem receio, apontar a dignidade da pessoa humana como o mais sereno ponto de apoio, na órbita do qual se deve circunscrever a atividade do julgador. É indicador do rumo certo por que labora o magistrado sob pena de que, embora com fiel respeito à forma, se veja inábil a prestação jurisdicional na consecução dos seus fins de justiça.

Este é o dilema do juiz no que concerne aos valores em sociedade.

Não se desconhece, todavia, que ao magistrado se impõe seja portador de aptidões e aspirações, portanto portador de valores individuais que permitam perflustrar os meandros da atividade judicante, o que não é nada fácil, desde que se considere que o juiz não é um justiceiro, mas sim tem sua atividade pautada cientificamente e permeada pelos princípios do Estado Democrático de Direito.

Segundo o Prof. OTACÍLIO PAULA SILVA, *“Há profissão ou atividade cujo êxito acha-se ligado a atitudes intimamente relacionadas a valores éticos, como, v.g., a caridade para o sacerdote, a isenção para o magistrado, a honestidade para o servidor público em geral.”*

O juiz é figura humana e, como tal, passível da falibilidade, tanto acidental:: pelas limitações do espectro social em que está inserido, suas opções ideológicas; como falibilidade técnica: em face de seu conhecimento jurídico que, em última análise, pertine ao conhecimento de mundo.

Ainda, pelo magistério do Prof. Otacílio, deve o juiz ter boa formação, maturidade psicológica e social, visão de universalidade dos fatos e dos problemas, ou seja, saber eger seus próprios valores; saber estimar os valores em jogo nos processos: quer da personalidade humana, quer dos elementos envolvidos, fatos e atitudes; por fim, possuir conduta compatível com os valores por ele *eleitos (capacidade e sentimento para eger para si os valores mais elevados em pauta de sua conduta profissional e pessoal)* bem como os valores que lhe cumpre *estimar (visão e sensibilidade para perceber os valores nas personalidades dos outros)*.

3.2. Mecanicismo da função judicante.

As deficiências do sistema jurídico são interpretadas pelos destinatários da prestação jurisdicional como deficiências meramente do Poder Judiciário.

O sistema parece mesmo ter levado parcela dos juízes a assumirem um papel inerte e “confortável” ante à dinâmica das relações sociais.

A distinção das funções ou a repartição do exercício do poder Soberano é dogma constitucional consagrado nos dias de hoje. A preocupação sinalizada por Platão e Aristóteles e sistematizada por Montesquieu tinha raiz de repelência ao despotismo tão ocorrente em regime de concentração de poder.

A tendência de mecanização do direito esbarra na idéia de que a apreensão do sentido e alcance de uma norma jurídica, ante um caso concreto, é atividade humana e é precisamente o conteúdo axiológico do direito que deve ser revelado na conformidade da formação cultural e ideológica do aplicador do direito.

Nos termos da ilustrada opinião de LUIZ FERNANDO COELHO: “... a automatização do Direito é tarefa impossível. Só o homem é capaz de dar sentido às leis, afinal não é o sentido da norma que se impõe ao jurista, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma, de acordo com sua formação cultural e ideológica.”³

A riqueza dos fatos se revolta contra a frieza dos textos legais, atribuindo-se ao problema da hermenêutica um dos componentes deste drama. Levando-se em conta WALTER JELLINEK, “a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas ... sob um só invólucro verbal, se aconchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto.”⁴

Atrás da palavra tilintam as idéias e estas são absorvidas pelo aplicador segundo seu conhecimento de mundo, do homem, segundo suas ideologias; afinal, o juiz está investido como agente político, enquanto titular do exercício de parcela da função jurisdicional.

Muita vez, o direito aplicado, que é posto em movimento, bem como o exercício da função jurisdicional é tímido, arraigado, desmerecedor do propósito criador e pacificador do direito. Cabe indagar o porquê desta constatação, se há alguma relação, por exemplo, com a deficiente mensuração, no processo seletivo, da capacidade dos candidatos a juiz de solucionarem problemáticas sócio-jurídicas, pelo exercício da função judicante. Muito ao contrário, se tem verificado um conteúdo sobejamente objetivista de tais concursos jurídicos que só se lançam a aquilatar o conhecimento dogmático.

3 - Luiz Fernando COELHO. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro (RJ): Forense: 1991 p. 182.

4 - *apud*. CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, Hermenêutica e Aplicação do Direito. 14.^a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense: 1994. p. 36.

Por vezes, deparamos com a indicação de juízes que apresentam alto grau de manutenção de suas decisões pelo tribunais e se valem desta referência como uma titulação, como critério de mensuração da qualidade de seus julgados e, por decorrência, do esmero em seu labor judicante.

Se são dinâmicas as relações sociais, o direito se faz atual pelo acompanhamento da evolução das relações jurídicas que trazem ao judiciário aspectos antes não tabulados nos códigos.

Fonte de direito não é somente a jurisprudência dominante ou sumulada, mas as exposições de motivos e os fundamentos das decisões que são diagnósticos de casos postos à jurisdição e resolvidos conforme a competência constitucional, informados pelos valores apreendidos pelo magistrado no caso concreto.

O apego ao formalismo é, muita vez, válvula de escape ao sentimento patológico do “ não vou cria cobra par me morder”, ou das estatísticas, promoções, e toda a disciplina administrativa a que está submetido o juiz.

A visão míope da qual podem ainda estar acometidos alguns juizes não lhes permite descortinar que o poder criativo suscita o exercício independente da jurisdição, com ele obtém-se não só a celeridade do processo por desapego às suas formas burocráticas, mas também a própria afirmação de legítimo prestador de justiça, logo, independente, autônomo e imparcial.

Outra consideração imperiosa é a de que o juiz deve ter sua vida minimamente relacionada com o modo de vida do homem médio, de sorte a conservar-se com a sensibilidade humana dos problemas e conflitos sociais sob pena de que o mesmo, desatado à sua vontade, proferir julgamentos e processar os feitos com uma visão fracionada da realidade social, fidedigna à noção da realidade de quem vive no isolacionismo.

3.3. Vinculação administrativa

Outro invólucro que circunscreve a atividade judicante é a organização administrativa que, voluntária ou involuntariamente, por vezes, repercute no grau de parcialidade, independência e autonomia do julgador.

O juiz não pode, a título de atender aos seus deveres administrativos como estatísticas, regime disciplinar, sistema de promoções, relatórios administrativos, dentre outros, atentar contra a imparcialidade.

São pontuados, na praxe forense, casos de juízes portadores de uma determinada predisposição, como, por exemplo, acerca da estipulação tabulada de

percentuais de pensão alimentícia, independentemente de outras particularidade de cada caso; alguns que propalam não concederem liminares; os que sempre julgam pró-fisco ou, ao revés, têm a postura anti-fazendária; ainda os que não conhecem de feitos que, *ex lege*, independam de distribuição ou aqueles que não proferem o juízo de admissibilidade, a dizer sobre a instauração válida do processo, a pretexto da exigüidade temporal e excesso de serviços, dentre outros.

Ora, naturalmente, as pessoas guardam radicais diferenças entre si, somos forçados a crer que admitir o contrário seria abolir o poder de criação e a dinâmica da convivência social. O que não se apresenta dedutível é que o juiz não se muna da riqueza dos elementos do caso concreto para seu labor e trace tão somente meras equações subsuntivas para a solução de conflitos postos ao seu exame.

É cediço que o processo de recrutamento e seleção dos juízes se cerca de uma decodificação técnica e ética. Conquanto, na maioria das vezes, seja humanamente mais democrático o processo mediante concurso público de provas e títulos, logo, mais assente com nossa ordem jurídica, não podemos concluir na mesma medida que seja o processo mais eficaz, na esteira de que seja duvidoso aquilatar todas as habilidades dos candidatos mormente a verificação da formação humanística, pelo alto grau de subjetividade por que demandaria tal processo.

Em claríssimo artigo - A formação do juiz contemporâneo (Revista Themis, Fortaleza, V. 1, n. 2, p.75, 1998) SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA preleciona: *“... com maior razão deve ser observada em relação ao juiz, para cuja missão, delicada, difícil e complexa, se exige uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais, cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento técnico.”*

E mais ...

“ Mas é o momento de se substituir sua metodologia para a inserção de critérios mais consistentes de seleção, priorizando-se aspectos éticos e vocacionais, até mesmo em detrimento do apuro técnico, sabido que uma pessoa destinada a julgar seu semelhante se auto-motivará ao estudo permanente, enquanto o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz” (SALIENTAMOS)

O juiz paulista CAETANO LAGASTRA NETO faz a indicação *“ A escolha do 5.º constitucional padece de objetivos definidos, revelando pela política do compadrio, desta forma deixando de cumprir o desejo do legislador de que*

a escolha de seus membros (Ministério Público e Advocacia) arejassem o Poder Judiciário, nos julgamentos de 2.º grau. Se o meio mais adequado e democrático de escolha de magistrados é o concurso público, nada indica que os demais lidadores do Direito, escolhidos por outra instituição, venham a consagrar um novo ideal de juiz. ... Critérios políticos de escolha, seja em que instância for (e prova disto é a do Supremo Tribunal Federal) – desacreditam e desmoralizam o Poder Judiciário.”

Há armadilhas, bem se sabe, relacionadas ao modo de recrutamento dos juízes; à suposta e submissão dos mesmos no período de estágio probatório que é condição de efetividade (logo das garantias constitucionais); a remuneração; as condições de trabalho; o número de processos por juiz etc, imprimindo que tais condições não sejam os mais atrativos porquanto repelem dos quadros do judiciário expoentes nomes da vida jurídica do país.

Outro elemento de continência excessiva dos juízes a outras “instâncias”, que comumente deslocam o titular da jurisdição de sua finalidade primordial, é a própria organização judiciária dos nossos tribunais e a disciplina regimental a que estão afeitos administrativamente os juízes.

Não é novidade que vem a sociedade crescentemente lançando olhos sobre o Poder Judiciário, ora pelos louros da própria redemocratização do país, a liberdade de imprensa ou pela crescente ofensa aos direitos do cidadão por parte do Poder Público. A luz disto vêm os tribunais cobrando ostensivamente a vazão que devem dar os juízes ao número cada vez maior de processos à guisa de demonstrar a celeridade e rapidez das decisões ante as demandas judiciais.

Tudo isto fertiliza o terreno sobre o qual as sementes de algumas teses de ocasião (que só tangenciam o problema da justiça) atentam contra a imparcialidade, independência e autonomia do julgador. Exemplos correntes disto são a adoção da súmula vinculante, a coisa julgada administrativa e o controle externo do Poder Judiciário.

3.4. A imparcialidade.

Para nos situarmos num plano minimamente confortável, para a análise de um instituto jurídico, devemos lançar-nos sobre a natureza e os fundamentos do objeto cognoscível, como aliás, de resto, cumpre-nos para qualquer trabalho científico.

Tendo isto em mente, o princípio da imparcialidade da jurisdição está intrinsecamente engendrado dentro da “principiologia” processual do ordenamento

jurídico brasileiro, de tal modo que impingir-se sua atuação é reclamar peremptoriamente o concurso de outros princípios do direito processual. Compreendemo-lo isoladamente, por facilidade de tratamento, sendo certo que jamais sua aplicabilidade e vida se dissociam do sistema jurídico processual.

Alçando a conceituação amplamente acolhida de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO sobre princípios, temos:

“... mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” ⁵

O princípio da imparcialidade informa ao magistrado o posicionamento equitativo entre as partes e superior a elas, no que diz respeito a não lançar juízo de valor sobre o bem da vida pleiteado, antes do juízo de sentença (ou de verossimilhança) no processo, tão somente lançando mão para a instrução processual de seus poderes mediante o devido processo legal e em atenção às garantias processuais das partes.

Por razão minimamente de coerência, nenhuma substância de justiça poderia conter uma decisão que fosse oriunda de um juiz que tivesse interesse pessoal na causa, ou que, por exemplo, fosse maculado notoriamente de um preconceito prejudicial ao processamento do feito.

No processamento da ação, deve o juiz se lançar sobre a atividade probatória segundo um exame objetivo, independentemente da qualidade dos litigantes, exorcismando elementos espúrios do processo.

Imparcial é, pois, aquele que não se expõe às conveniências de outrem, senão à sua própria consciência e aos comandos de racionalidade do processo e do direito.

A imparcialidade tomada pela raiz ou temperada por determinados conteúdos ideológicos, que propugnam pela mumificação do Poder Judiciário, atendendo muito mais à manutenção do poder político, não passa de mero mito, tal qual a neutralidade ideológica ou política, como se verá proximamente.

5 - Curso de Direito Administrativo., 5.a ed., São Paulo, Malheiros, 1994. p. 450 e 451.

3.5. Atividade (re)conhecimento do magistrado.

O titular da jurisdição se serve da atividade hermenêutica necessariamente para apreender o sentido e alcance da norma e a decodificar e pinçar, na riqueza dos fatos, o substrato que melhor se presta à aplicação do direito justo. Esta atividade é imprescindível ao exame do conteúdo axiológico da norma, verdadeiro espírito que alça o direito à categoria de ciência humana e portador da dinamicidade atinente às relações sociais.

Se nos propusermos proceder a uma análise crítica da atividade do juiz, será nosso ponto de partida a própria atividade do conhecimento, ao que devemos adotar a postura de identificar o que vem a ser a influência ideológica, pertinente aos dogmas e mitos da ciência do direito.

A suposta neutralidade científica – à vista de uma ciência pura – (como se pura fosse por força da neutralidade do sujeito cognoscível) é dos mitos o pior, visto ser improvável a existência de ciência pura, neutra e autônoma.

Entender-se o contrário é esbarrar na própria utilização pelo poder político, do conceito de pura – mito que não resiste ao exame de coerência e lógica.

A contribuição de GADAMER neste particular, retomando a concepção de pré-compreensão (HEIDEGGER) assinala a tradição que há entre os juízos passados, que são juízos prévios dos juízos novos. Uma compreensão surge do horizonte, é uma grandeza aberta e está sempre em formação, sofre aprofundamento e ampliação, complementação e ratificação.

O problema da compreensão se apresenta, não como a panacéia na busca da verdade científica, visto que a compreensão visa à apreensão do sentido, que não pode ser apropriado é apenas a expressão do inteligível, obedece ao círculo hermenêutico espiralado.

Nem bem é princípio cogente levado ao extremo no direito, a busca da verdade ante a sua inutilidade no mundo dos fatos se o seu processamento não for razoavelmente contemporâneo à procura pela atividade jurisdicional, de que se haja dado como lesão ou ameaça a direito.

A conceituação de ciência, de per si, vem abandonando os padrões de certeza e racionalidade cartesianos e assumindo franco teor de investigação do objeto a partir das próprias influências que o ser cognoscente sofre do objeto cognoscível, mormente quando se detém no labor da deontologia científica.

A propugnada neutralidade axiológica da ciência se presta ao poder político plantonista, em conformidade com a “principiologia” *democrática* ou *totalitária* dos titulares do mesmo.

Na dicção do festejado mestre MIGUEL REALE, a dizer do prenúncio da apreensão do valor encartado na aplicação do direito: “...os valores não se aplicam segundo nexos de causalidade, mas podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente, como é o próprio estudo de qualquer estrutura social.” (GRIFO ORIGINAL) ⁶

A crítica à pureza da ciência, a despeito de alguns, não é subjetivista, não se estuda o homem sem um mínimo de pré-juízo que aproxime sujeito de objeto, é sim a crítica conducente a se confrontar o ser da ciência com seu próprio objeto social. Há inclusive aqueles que identificam o direito com ideologia, conforme preleciona ANTÔNIO CARLOS WOLKMER ao definir o direito “ a projeção lingüístico-normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos e os esquemas mentais de um determinado grupo social homogêneo”.⁷

Na mesma linha de raciocínio, o direito processual também não se impinge a propalada neutralidade ideológica, pois se assim não o fosse não haveria como prevenir o processo dos excessos do formalismo e do mecanicismo – privilégio do instrumento em prejuízo do bem da vida.

A impossibilidade de neutralidade ideológica é fruto da própria condição do ser humano – inclusive condição psicanalítica – a este propósito preleciona JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, fruto de pesquisa realizada nos idos de 1970, onde conclui - “a ideologia dos juízes é assinalada por moderado conservadorismo, zelo pela ordem, senso de legalidade, preferência pelo formal e solene”.⁸

Já se observa que mesmo a própria arquitetura do Poder Judiciário desvela o espírito de poder e força, o que exatamente não guarda assentimento com os postulados do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Outro dado que revela a desconfiança na neutralidade do judiciário é a noção popular de que a justiça é mais ‘justiça’ com os pobres que com os ricos, com os negros que com os brancos, com as prostitutas que com os filhos da classe média, enfim com as maiorias excluídas que com os cidadãos comuns, o que é de indubitável contradição.

6 - Lições Preliminares de Direito. São Paulo, Saraiva, 1994. P. 286.

7 - Ideologia, Estado e Direito. São Paulo: RT, 1989.

8 - O Direito Processual e o Resgate do Humanismo. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.

3.6. A ideologia.

A neutralidade respeita à relação da pessoa com o invólucro social circundante ao passo que a imparcialidade se referencia ao tratamento no *iter* processual que seja dispensado às partes, de tal sorte que esta sim não poderia ser impunemente defendida ante o escopo democrático do processo e ao valor de justiça pelo qual ele propugna.

Muito se tem questionado sobre a inexigibilidade da imparcialidade à vista da inserção social que deve pautar a conduta do juiz. Como pode o juiz, em face de seu *status* de ao menos *cidadão*, encontrar-se imparcial ante a sujeição *in vitro*, no seu labor judicante, daquilo que o permeia e o influencia política, moral e psicologicamente, de modo permanente em sua vida ?

O juiz não é destituído de sentidos, de sentimentos, de humanismo, e é em face deles que o próprio direito posto flexiona a aplicação das normas, em atenção aos fins sociais das previsões sancionadoras de conduta.

O processualismo italiano alça-se de desconfiança quanto ao postulado da imparcialidade com endereço certo em CALAMANDREI. Na verdade é uma armadilha ideológica acreditar-se que à imparcialidade corresponde um posicionamento apolítico ou amorfo ideologicamente. Muita vez, este doutrinamento científico é até desonesto, à guisa de atenção ao poderio econômico e político e, neste diapasão, não raro, encontram-se aqueles que prenunciam o extermínio da instituição processual, se admitida postura político-ideológica permeando o escopo do processo.

MÁRCIO PUGGINA leciona que “ *Nenhum cientista político, com um mínimo de seriedade, ousaria afirmar que os membros do Poder Judiciário são apolíticos. Isto soaria tão absurdo quanto a ciência afirmar que os religiosos, aos quais se impõe o dever da castidade, são assexuados.*”

A exigência de neutralidade política já é nota ideológica no modo de apreensão do sentido da atividade jurisdicional. Muita vez, a pretensa neutralidade político-ideológica, que não passa de mito, faz o texto normativo trabalhar muito mais que o próprio juiz; ou se desconhece que este postulado é permissivo do vala comum e confortante do legalismo ?

Aparentemente democrático é aquele que invoca os textos legais, em sua apreensão rarefeita, e esta aparência é uma salvaguarda para a responsabilidade do julgador, porque justamente remete a autoria da “opção de valores” para o legislador pretérito, lavando-se as mãos e deixando inerte o direito latente, e infértil o terreno para o poder criador da atividade jurisdicional.

O direito não se confunde com o instrumento que o expressa; pouco é encontrado na folha de papel, seu brilho se regenera a cada vez que o Estado é sensibilizado a aplicá-lo – reproduzindo-o e atualizando-o. O julgado singular faz direito não pelo que decide mas pelo que se elegeu para se fundar e se pautar a decisão, dentro da ordem jurídica e social atual; isto é, em desacordo com a idéia de que só a jurisprudência sumulada, reiterada, faz direito, não raro a obstinação de determinados juízes faz ressuscitar ulteriores posicionamentos. Não que a realidade social os tem por acolhidos contemporaneamente mas porque o julgado, outrora repellido, se manifestara realmente o mais consentâneo com o ideal de justiça.

Ainda aponta o Professor a confusão que há entre a imparcialidade na condução do processo e a neutralidade política, no exercício da função jurisdicional. Para conduzir o processo, embora sem abrir mão dos poderes instrutórios de que dispõe ante a atual disciplina processual brasileira, o juiz deve conservar-se imparcial, o seu momento de parcialidade, aí sim, não-introspectivo e sim judicializado, é a entrega do provimento jurisdicional, é a prolação da sentença, na dicção do magistrado sulista “... a sentença que dá pela procedência (total ou parcial) ou improcedência da ação é ato por excelência de parcialização do juiz frente à causa” (GRIFAMOS)

A excelência da atividade jurisdicional é que a parcialização referida seja aquela que conduza à melhor expressão do valor de justiça – é fim mesmo da função se parcializar por quem tenha razão e não se parcializar no atendimento às pretensões daquele que malferiu a ordem jurídica. O juiz se desnuda no caso concreto, ao tornar pública a operação técnica que pressupõe pré-juízos humanos, aplicando o direito, o que pode ser aquilatado no declinar da motivação e fundamentos de suas decisões.

3.7. A neutralidade política.

Detendo-se sobre o judiciário brasileiro, JOSÉ RENATO NAILINI, a quem se atribuem as maiores acuidades sobre o tema, escreve “ a Constituição de 1988 foi a que mais acreditou na solução judicial dos conflitos. Enfatizou a missão da Justiça humana, confiou-lhe a tutela dos direitos fundamentais, destacados por longa enunciação e singular alteração topográfica. Criou direitos, cuja fruição ficou vinculada à assunção, pelo juiz, de papel político ampliado e, até certo ponto, desafiador da tradicional inércia.” (GRIFOS NOSSOS)⁹

9 - Apud. Sálvio de Figueiredo Teixeira. ‘A formação do juiz contemporânea’ in Themis, Fortaleza, v 1, n 2, p.79, 1998.

A negativa de legitimidade do papel político do titular da função jurisdicional é premissa que obedece à vontade da pessoa política, ocupante do poder ou de quem produz ciência em nome destes, não subsistindo a um exame de coerência, como procuraremos reforçar.

O Estado de Direito burguês suscitou certa marginalização política da função jurisdicional, de sorte que institucionalmente fora situada no âmbito de uma função de expectativa; tanto mais visibilidade teria quanto mais democrático fosse o regime político; e de vaga lembrança são os momentos da história brasileira em que, por exercício livre e democrático, os canais institucionais levaram os cidadãos a fazer brilhar a função jurisdicional em nível de ter expressão política destacada, no desempenho das funções do Estado.

Em miúdos, a separação do direito do poder político fez aquele usar as vestes do legalismo de sorte a conduzir o titular do poder judicante à atividade mecânica, remetendo o conteúdo de sua função tão somente “às funções verdadeiramente políticas”, o legislativo e o executivo.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI avalia que *“é insustentável pretender que um juiz não seja cidadão, que não participe de certa ordem de idéias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade (...), por pífia e errada que possa ser julgada.”*

Ainda aponta as raízes da imparcialidade por uma burocratização excessiva do poder judiciário, no nível subjetivo (do juiz) que conduz a uma ritualização do comportamento; a resistência a decisões, de modo consciente ou inconsciente, quando resultar em situações conflituvas, apegando-se demasiadamente à óbices procedimentais; a crescente perda de poder criativo a ao conservadorismo das decisões.

Combater o mito da neutralização política para não levar pela raiz a exigência de imparcialidade é tarefa difícil, se tomada pelo prisma sistemático, já que o próprio ordenamento constitucional prevê premissas de influência entre os poderes que não guardam coerência com os fins da limitação recíproca entre eles – como a previsão da indicação dos integrantes dos Tribunais pelo chefe do poder executivo e a relatividade da autonomia econômico-financeira do Poder Judiciário, já que o orçamento é uma previsão, como se diz, é uma lei de meios e os titulares mores destes meios são os agentes políticos do Poder Executivo.

O Judiciário, é verdade, recebeu maior atenção do legislador constituinte há muito reclamada, muito embora o sistema político tenha conservado institutos

indesejáveis em nossa vida política como já referido - disciplina das medidas provisórias. Não obstante isto, a realidade sócio-política brasileira é aquela que funciona ainda pelos escândalos do dia, pelas maiorias de ocasião e pelo casuísmo em desfavor do bom direito legislativo ou jurisdicional.

Não raro o poder executivo se serve de gráficos e indicadores para insinuar que determinados direitos embora justos, não podem ser prestados ou atendidos, mercê do esfacelamento do estrutura financeira do Estado.

Têm-se constituído na vida brasileira, verdadeiramente, ataques frontais à soberania do poder, em cada momento de seu exercício. Diariamente se verifica que ministros de estado divisam argumentos contra decisões de desembargadores e ministros dos tribunais, quando não, as prenunciando favoravelmente aos interesses secundários da administração pública, num aberto jogo de poder político.

Imputa-se de antidemocrática a intenção de se impugnar atos do Poder Executivo, com presunção de que estes foram acolhidos por um manto de regularidade formal, ratificados, muita vez, pela própria Corte Suprema. Os agentes públicos, exacerbando a ordem jurídica e o razoável exercício de suas funções, de mão-própria, desafiam das decisões do Poder Judiciário. De longe, os agentes públicos introjetam a imprescindibilidade do atendimento aos princípios da administração pública, para quem são mera figura de retórica que atendem a um pressuposto formal do cargo ocupado.

Não se desconhece também que o próprio Executivo, ladeado pela inércia fiscalizatória inexplicada do parlamento, sucessivamente molda situação na realidade econômica do país insuscetíveis de darem vida prática aos comandos emanados do Poder Judiciário. E isto é ocorrente ao ponto de, de modo casuístico e acidental, o Poder Judiciário estar enfrentando um ritmo quase industrial para conseguir decidir os milhares de processos que chegam às varas e Tribunais do País, ao ponto de eles mesmos clamarem para que o Congresso Nacional aprove, com rapidez, uma “Reforma do Poder Judiciário”.

Não se identifica nela uma reforma estrutural, que conduza a maior independência, mas sim aquela que a par de resolver um problema reflexo (excesso de processos) de causa doméstica estatal (promiscuidade legislativa e abuso administrativo), vem como remédio de um problema que é aparente frente aos verdadeiros e que só atenua o estresse dos julgadores (momentaneamente) e não debela o problema da justiça.

O aumento da procura pelo Judiciário é atribuído, biunivocamente, em grande medida aos direitos conquistados pelos cidadãos com a Constituição Federal de 1988 e às ocorrências dos abusos do poder executivo, às vezes a pretexto de uma

pretensa crise de governabilidade, adjetivada, caso a caso, por um argumento coerente com o calor do momento.

Este fenômeno evidenciou o Judiciário. Atos do presidente da República e do Congresso Nacional passaram a ser questionados com mais frequência no Supremo Tribunal Federal (STF) e, ato contínuo, as decisões desfavoráveis ao governo concedidas pelo STF causaram crises entre os Poderes, ao que corresponde por parte do governo às insurreições às decisões da Corte e a suspeição levantada na grande imprensa sobre os atos dos ministros do judiciário.

A mais recente distensão havida entre os poderes concerne ao teto remuneratório que decorrentemente resultaria em aumento salarial em cadeia aos membros do Poder Judiciário, o que vem sendo meticulosamente acordado entre os Poderes, o que se opera sem a audiência translúcida da sociedade.

3.8. A passividade judiciária.

O juiz deve ser, antes de tudo, um cidadão muito bem sintonizado com a realidade sócio-política, portanto senhor da sensibilidade do mundo dos fatos e não um simples prisioneiro do manancial tecnocrático, de incontrastável saber dogmático.

O Dr. MÁRCIO PUGGINA brada: *“nada mais longe da neutralidade do que um juiz positivista”*. A moldura positivista, tomada pela raiz, conduz à possibilidade do emprego de conteúdo indeterminado, volátil, portanto, de livre escolha pelo juiz, sem o controle substancial dos motivos e fundamentos, já que estes se apresentam com as vestimentas da “vontade da lei” fria, insensível à riqueza dos fatos, ambiente fértil para acobertar leque extenso de interesses nada afeitos com o da função jurisdicional ou da parte juridicamente arrazoada.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE adverte que *“Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo, principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca.”* A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário. Para manter sua imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo dos fatos, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa sim que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos”.¹⁰

10 - Poderes Instrutórios do Juiz. 2.ª ED. São Paulo: RT, 1994.

“De resto, o compromisso do juiz é com a lei e com a justiça. Deve ele ser independente e neutro com relação a interesses outros, pois no que se refere àqueles amparados pela lei, não há independência ou neutralidade possível.”

A iniciativa oficial a par dos poderes instrutórios do juiz, de amparo até jurídico-positivo, não contamina a atividade judicante com a pecha da imparcialidade, considerando o primado do livre convencimento racional da prova, o juiz, em nível razoável, deve debelar a dúvida em sua consciência em virtude do destemor em se aproximar da verdade real.

Ao suscitar por uma prova a ser produzida, a acuidade a ser observada perpassa pela informação necessária de sua produção bem como pela possibilidade de reação ante o ato processual, a dizer da inteireza, da validade e da regularidade da mesma, não havendo razão porque preconceber o resultado de uma prova, já que a mesma sofrerá uma purificação na sede do processo.

É melhor o juiz determinar por provas, garantindo a regularidade de sua produção, que deixar o processo carente de elementos que permitam julgamento justo. Ademais, o sistema de controle de legalidade dos atos do juiz permanece intacto seja no que respeite à atuação inafastável dos advogados das partes, seja ainda pela presença institucional do Ministério Público no que concerne aos feitos que versam direitos indisponíveis.

O que, em verdade, não é razoável admitir é a participação do juiz no processo, de forma mecânica, a reproduzir, de próprio punho, meramente, o impulso dos atos processuais para ultimar uma sentença, ou fugir dela, pondo fim ao processo. O juiz não está adstrito a se conformar com as fontes de provas movimentadas pelas partes; dispõe de certa dosagem inquisitorial que é fruto da onda de cientificismo por que passou o direito processual.

O juiz situa-se entre as partes e, acima delas, debruçando-se sobre os meios de prova, faz um balanceamento; se as provas de uma parte são maciças não há motivo por que demandar dilação probatória, apostando nas provas da outra parte; mas, se as provas do autor se anulam com as do réu, após valoradas ao livre convencimento racional, estaremos diante da necessidade de requisição de provas pelo magistrado, sem qualquer ofensa ao princípio da imparcialidade.

Ainda percuciente ressalva é trazida por BEDAQUE, ao apontar a irrelevância das regras de distribuição do ônus da prova, concluindo que a perquirição do mérito da norma processual sobre distribuição do ônus da prova será exercida no juízo da sentença e não na instrução; nesta, o que há de fazer o magistrado é resguar-

dar o objeto do processo, de modo a estancar o estado de dúvida em sua consciência, aproximando-se racionalmente da verdade real.

Em vista disto, não desafia a imparcialidade o juiz que determina a produção de prova sobre a qual caiba a parte e em face da qual seja acalentadora a sua produção, força do estado de dúvida em que está inserido o juiz. Para quem pende razão não há interesse suficiente de atacar a diligência do juiz em espancar a própria dúvida, no exercício de seu mister público, visto que só mais legitimidade enseja o provimento à parte arrazoada – naturalmente não estamos aqui considerando o elemento patológico da morosidade do judiciário, a qual estaria fomentada pela produção de mais uma prova (ou das suficientes) mesmo porque a esta mazela não se faz correspondência à imparcialidade, ao menos em linha direta.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, dos que mais se ativeram ao tema, refuta os argumentos que inadmitem a ocorrência da imparcialidade em ambiente de exercício dos poderes instrutórios do juiz, elencando que, na determinação da prova, o juiz não sabe de seu resultado, com certeza; se é verdade que a iniciativa oficial quanto às provas ofende a imparcialidade, não seria justificável a previsão legal da mesma em vários momentos do nosso direito processual; na mesma linha de raciocínio se admitiria a inexistência de imparcialidade no processo penal, já que ali há campo fertilíssimo desta determinação oficial; o risco da parcialidade do juiz está presente na requisição oficial do mesmo modo que está na condução da instrução em si, ou seja é antevisto pelo sistema e contra o mesmo há anteparos igualmente idôneos como a responsabilidade do juiz e os mecanismos processuais de mudança de competência ante a suspeição e o impedimento do juiz.

Os mecanismos de controle, típicos do direito fundamental à tutela efetiva, são afeitos às próprias garantias da tutela como o contraditório e a fundamentação das decisões, aí se insurge a parte por força do exame lógico da coerência entre a decisão e sua inspiração jurídica.

Neste particular, vem a doutrina repelindo os chavões e as fórmulas prontas que só reproduzem os textos legais; o que não basta; o juiz, ao decidir algo, deve alinhar a previsibilidade dos pressupostos jurídicos à ocorrência fática daquela previsão, sob pena da pecha de nulidade, suscitada pelas garantias do processo.

O ativismo judicial recomenda que o juiz, partícipe e, condutor do processo, promova dentro dele o restabelecimento do equilíbrio da relação no nível da demanda e da contrademanda, levando em conta a situação jurídica subjetiva das partes a teor das próprias desigualdades sociais que o Estado visa debelar, de sorte a não dar força

peremptória às formas do processo em desprestígio do ver-se aproximado da verdade real quanto à lesão ou ameaça ao direito subjetivo.

A dizer sobre os contemporâneos mecanismos, conduzidos pela onda de efetividade da tutela jurisdicional, de entrega da prestação de justiça, não há por que desmerecer o juízo de verossimilhança como ativismo judicial em atenção àquele direito fundamental. Por seu turno, também não há se falar em parcialidade já que o juízo de verossimilhança não conduz certeza e está salvaguardado pela reversibilidade da medida.

Hoje, com a dinâmica das relações sociais, o postulado da verdade real, embora haja franco elenco de meios para sua consecução pelo processo, adquire um teor utilitário diante da exaustão da máquina judiciária, de sorte que, muita vez, não se submete o provimento de mérito à demora, mesmo fisiológica, ordinária do processo, mas à antecipação da entrega da prestação jurisdicional por meio de juízo de verossimilhança, sem, com isto se preterir direitos das partes, força dos próprios mecanismos jurídico-positivos do instituto, do poder geral de cautela e da responsabilidade referente à cooperação intersubjetiva do processo (lealdade processual).

A este respeito, CÂNDIDO DINAMARCO preleciona, *“O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu.”*

Sintoma de que o mecanismo de antecipação de tutela é fruto de grande acuidade jurídica, embora, em parte, resultado da insatisfatória aplicação do juízo cautelar em nossa ordem jurídica, é que a sua aplicação efetiva pelos juízes redundou em reações nomeadamente casuísticas por parte dos agentes públicos, tais quais aquelas que saboreiam a impunidade dos governos ante o abuso de poder e a agressão sistemática dos direitos individuais e coletivos, bem como o acesso ao Judiciário.

No magistério de LAÉRCIO ALEXANDRE BECKER, *“É preciso dizer então que, sendo mito, não há que se falar mais em busca da verdade. Logo, abre-se a possibilidade das tutelas de urgência, com base em verossimilhança e probabilidade. Isso não deve significar, no entanto, que se deve manter o princípio dispositivo em matéria probatória. Só é preciso dizer*

que a possibilidade de medidas instrutórias “ex officio” não têm mais por fundamento a busca da verdade, mas sim um maior grau de verossimilhança na decisão. ”

3.9. A imparcialidade e a neutralidade como mitos.

Em lúcida monografia sobre o tema, BECKER apregoa:

“ Como foi dito no início deste capítulo, há algumas conclusões possíveis, embora de aceitabilidade restrita às tendências críticas dentro da processualística. Eis algumas delas: 1) nenhum processualista pode defender, em sã consciência, a parcialidade do juiz; 2) a passividade judicial não é garantia de imparcialidade; 3) o legalismo não é garantia de imparcialidade; 4) a indiferença política diante do conflito não é garantia de imparcialidade. Então, trata-se de um mito? Se a imparcialidade for pensada somente em termos de passividade, legalismo, indiferença e inércia, é um mito.

Para a desmitização da imparcialidade, é preciso: 1) romper com a idéia de que imparcialidade se consegue através desses atributos negativos elencados supra; 2) romper com a idéia de que a neutralidade do juiz é condição “sine qua non” da imparcialidade, senão seria impossível o juiz imparcial, da mesma forma que não existe o juiz neutro; 3) pensar numa forma de efetivar a independência do juiz frente ao governante que o nomeia (em especial nas instâncias superiores), eliminando a odiosa figura do juiz comprometido politicamente com o poder político de plantão; 3) enfrentar o tabu da politização do juiz, de modo que, se encarada em termos de pluralidade democrática, dentro do Judiciário, e responsabilidade judicial frente às causas e frente à sociedade, possa tornar-se não um problema, mas uma solução.

Extraída da mesma fonte, BECKER apresenta passagem de ZAFARONI, que ensaia: *“ as divergências de interpretações das normas jurídicas, quando causadas por diferenças ideológicas entre juízes, não constituem uma “patologia institucional”, mas obedecem “a uma certa coerência necessária e saudável entre a concepção do mundo de cada um e a sua concepção do direito (que é algo que ‘está no mundo’).”*

Ainda, esmiuçando a linha de pensamento ...

“Em oposição à imparcialidade garantida pelo pluralismo ideológico dentro da magistratura, a única coisa que se oferece como alternativa é a falsa imagem de um juiz ideologicamente asséptico, o que não passa de uma constru-

ção artificial, um produto da retórica ideológica, um homúnculo repelido pela sociedade. (...) Se a estrutura judiciária estiver muito deteriorada e já nem sequer tratar de produzir juízes assépticos no sentido burocrático, mas homens completamente submetidos aos desígnios do poder de plantão, com o conseqüente efeito corruptor, a 'asepsia' passa a ser a máscara ou o pretexto para os comportamentos mais inconfessáveis."

É drama recorrente do magistrado ter de compatibilizar o princípio dispositivo com os poderes instrutórios do juiz. Daí decorre a neutralidade processual, liberando o magistrado, após a instrução (e somente aí) para lançar o juízo de sentença, onde se sedia, inarredavelmente, a parcialidade do julgador.

Não é o juiz mero espectador da dinâmica processual; de outra forma, não deve o magistrado se desvencilhar de sua imparcialidade, não recebida com a noção mítica, mas restrita, resistida, ante a pluralidade e falibilidade humana.

4. CONCLUSÕES

Grande parte da expectativa que o jurisdicionado tem do Poder Judiciário tem estreita relação com o condicionamento ético no exercício desta função. Sob este manto é que se conduz o juiz imparcialmente, não obstante seja condição necessária é, porém, às vezes, insuficiente, dado que nem toda parcialidade é preordenada, é deliberada. 0

Da capacidade técnico-jurídica, da honestidade e do humanismo da maioria dos juízes há conhecimento, porém, da parcela que desatende a estes requisitos, somada à postura de passividade e legalismo - estas sim, mais ocorrentes - decorrem boa parte das queixas que se tem do Poder Judiciário.

A magistratura deve conservar-se independente e isenta da influência de outros agentes tanto no aspecto do objeto do seu mister – a prestação da jurisdição – como também no aspecto administrativo que, não raro, repercute danosamente no núcleo da atividade judicante.

O juiz deve ser, antes de tudo, um cidadão muito bem sintonizado com a realidade sócio-política; portanto, antes senhor da sensibilidade sobre o mundo dos fatos e da realidade sociológica, do que um prisioneiro do manancial tecnocrático, de incontrastável saber dogmático.

Deve o juiz atender sim à sua consciência, no confronto com a realidade social, decodificada pelos mais elevados princípios do direito e da justiça. Por esta preleção, é que o juiz deve ter sua vida minimamente relacionada com o modo de vida do homem médio, de sorte a conservar-lhe a sensibilidade humana dos problemas e conflitos sociais sob pena de, desatado à sua vontade, proferir julgamentos e processar os feitos com uma visão fracionada da realidade social, fidedigna à noção da realidade de quem vive no isolacionismo.

O juiz é recrutado dentro de normas técnicas e éticas para sim atuar o direito e a justiça fazendo dos juízos da sua consciência jurídica e humanística a própria voz da jurisdição e não se assinalando um subscritor de fórmulas pré-concebidas, ritualísticas e herméticas.

A imparcialidade deve figurar na pautar dos deveres maiores do juiz, deixando seus próprios interesses particulares em segundo plano, considerando a possibilidade mesma de submissão às próprias seduções do arcabouço administrativo da organização judiciária.

O julgador que se presta a curvar-se ao sabor dos interesses secundários do Estado, sem valorá-los em seus juízos, é parcial, visto que estes comumente se dissociam dos instrumentos de atuação dos interesses primários; são ilegítimos. Os valores em fricção no processo devem ser decodificados no nível de suas estimativas em face do espectro de valores sociais eleitos.

À guisa de atuação imparcial o que não se apresenta dedutível é que o juiz não se muna da riqueza dos elementos do caso concreto para seu labor e trace tão somente meras equações subsuntivas para a solução de conflitos postos ao seu exame. A compreensão exercida pelo juiz é norteadada pelo liame assinalado entre os juízos passados, que são juízos prévios dos juízos novos; logo, a atividade cognitiva do juiz rege-se por uma grandeza aberta que está sempre em formação e sobre o fato social que é mutante.

A imparcialidade não pode ser confundida com isolacionismo ou passividade do juiz. Juiz imparcial é aquele que dá vida à garantia do devido processo legal, sem se submeter a outras influências (incidentes ou não) no desempenho de seu mister.

A imparcialidade comumente procura ser atendida por manifestações formais e passivas dentro do processo, mas com fundamental desprestígio aos poderes instrutórios do juiz e ao poder geral de cautela. Tudo isto é diagnóstico de que não se introjetou ainda suficientemente em nossa ordem jurídica, certa dosagem inquisitorial (controlada pelas garantias constitucionais) mitigando-se o princípio dispositivo de forma

a desaguar, o provimento judicial, o quanto possível útil e, nesta medida, próximo da verdade real.

O juiz deve despojar-se das formalidades processuais, apegando-se à finalidade com vista a prestação da justiça e à entrega do bem da vida, do direito substancial – pois é o processo instrumento deste direito.

Uno e indivisível o Poder, o que pretende o sistema é harmonizar o exercício das funções estatais no nível dos interesses primários do Estado, a dizer, os interesses primordialmente eleitos pela Carta Política, verdadeiro prestígio ao princípio da soberania popular em desfavor à forma com que, não raro, sua pessoa política hipertrofiada se arvora na defesa dos desideratos do estrito mecanismo administrativo do Estado.

Os magistrados devem sim organizar-se politicamente, não unicamente para a defesa de interesses corporativos (só de modo reflexo) mas para discutir e influenciar a vida política do país, de sorte a garantirem a autonomia, independência e imparcialidade da titularidade da função jurisdicional e, por substância, a parcela do poder soberano desta função estatal.

Quanto mais próximo do ideal da justiça e da paz social estiver inserido o Poder Judiciário tanto mais seus julgadores serão intransigentes na defesa superlativa das instituições democráticas.

Na verdade constitui-se uma armadilha ideológica acreditar-se que à imparcialidade corresponde um posicionamento apolítico ou amorfo ideologicamente. Encontra-se doutrinamento científico até desonesto à guisa de atenção ao poderio econômico e político; e, neste diapasão, não raro encontram-se aqueles que prenunciam o extermínio da instituição processual, se admitida postura político-ideológica, permeando o escopo do processo.

Vê-se, pois, que não se há de associar a imparcialidade com os requisitos de passividade, legalismo ou neutralidade político-ideológica; estes não garantem aquela e se forem colocados em forçosa coincidência de rota com a imparcialidade, esta não passará de mero mito.

A excelência da atividade jurisdicional impõe que a parcialização exercida no juízo da sentença seja aquela que conduza à melhor expressão do valor de justiça – é fim mesmo da função se parcializar por quem tenha razão e não se parcializar no atendimento às pretensões daquele que malferiu a ordem jurídica. O juiz se desnuda ao caso concreto ao tornar pública a operação técnica que pressupõe pré-juízos humanos aplicando o direito, o que pode ser aquilatado (e controlado) no declinar da motivação e fundamento de suas decisões.

A iniciativa oficial, a par dos poderes instrutórios do juiz, de amparo até jurídico-positivo, não contamina a atividade judicante com a pecha da imparcialidade, tendo em vista o primado do livre convencimento racional da prova, o juiz, em nível razoável, deve debelar a dúvida em sua consciência em virtude do destemor em se aproximar da verdade real, útil ao resultado prático do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança*. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. In *Revista de Processo*, n° 37. São Paulo: RT, 1985.
3. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. In *Revista de Processo*, n° 35. São Paulo: RT, 1984.
4. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz*. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
5. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
6. BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil, 4.º Volume, Tomo III*. São Paulo: Saraiva, 1997.
7. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1994.
8. BEMFICA, Francisco Vani. *O Juiz. O Promotor. O Advogado*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
9. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
10. CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. V2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
11. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

12. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
13. CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. São Paulo, José Bushastsky, 1972.
14. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
15. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
16. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência ?* In Revista USP, n° 21. São Paulo: USP, 1994.
17. GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direto*. São Paulo: RT, 1997.
18. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Anotações sobre institutos de direito processual constitucional no Brasil (Mandado de segurança e mandado de injunção)*. RPGE. Fortaleza, 6 (8), 90-108, 1989.
19. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais e realidade normativa*. RT – 713, 1995.
20. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Epistemologia jurídica e teoria processual do direito e da Constituição*. Fortaleza: Tese de Docência-livre em Filosofia do Direito (UFC), 1997.
21. HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito dos Códigos e o Direito da Vida*. Porto Alegre: Fabris, 1993.
22. HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*. Thex Editora: Rio de Janeiro, 1997.
23. JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. Coleção Estudos de direito de processo – Enrico Tullio Liebman. Vol. 21. 2.^a ed. Rio de Janeiro: RT, 1995.
24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.
25. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1993.
26. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
27. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Vol IV*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

28. MIRANDA, Vicente. *Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
29. NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1995.
30. PUGGINA, Márcio Oliveira. *Deontologia, magistratura e alienação*. In *Ajuris*, n.º. 59. Porto Alegre: Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, 1993.
31. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
32. ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997
33. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Programáticas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, n.º 11. Fortaleza: IOCE, 1993.
34. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992
35. SILVA, Otacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do Direito Comparado*. São Paulo: RT, 1994.
36. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito, Vol I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.
37. WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1989.
38. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: RT, 1995.