

1. Introdução.

“Como poderia ser eu verdadeiramente justo? Como poderia dar a cada um o seu? Basta-me isso: eu dou a cada um o meu.”¹

A imparcialidade absoluta é figura extraterrena, transcendental, e “seria um ser tão extraordinário que teria de viver amarrado num pé de mesa”². Ainda que possível, não poderia ser desejada, pois “para alcançar a isenção ideal, o sujeito teria que ter por dentro algodão, em vez de entranhas vivas”³.

Mais do que conceitos, são os preconceitos, as antecipações, que constituem a historicidade da existência, que perfazem o ser daquele que, à primeira vista, se permite vir ao encontro das partes, munido de uma compreensão prévia, para lhes dizer algo⁴. A caricatura do racionalismo, no qual se vislumbra alcançar a verdadeira vontade da lei, o seu sentido unívoco, não se adapta à ciência processual.

A busca por um caminho de libertação do peso da parcialidade e a tentação de seguir posturas procedimentais pseudo-imparciais – o palco ideológico – tem se mostrado um obstáculo à concretização dos postulados atuais, desvelando-se dos princípios e garantias fundamentais previstos em nosso ordenamento jurídico. Se o processo encontra na decisão judicial emanada pelos magistrados a sua forma de expressão, os juízes, investidos da atividade de jurisdição, são indivíduos acometidos da responsabilidade da parcialidade inerente aos seres humanos, que invade domínios alheios ao direito.

A decisão pelo direito apresenta-se como uma entre muitas possibilidades que superam a capacidade intelectual do juiz. “Longe vai o tempo” em que se atribuía ao cérebro o pensamento, “o homem pensa com todo o seu ser”⁵. A vivência adentra o pensamento jurídico, dando-lhe maleabilidade. Ultrapassam-se as tentações da herança racionalista e das posturas procedimentalistas para, a partir do ineliminável caráter da pessoalidade, permitir a compreensão.

Partindo do rompimento com a ideia da racionalidade intrassistêmica jurídico formal, o presente artigo possui o escopo de fomentar a relativização das grandes referências doutrinárias instituídas pelo positivismo jurídico e pelo direito legislado, a fim de entender o juiz como um agente ativo, efetivamente atuante no processo de construção e aperfeiçoamento do Direito.

Pretende-se sugerir uma nova formação filosófica do julgador, que, através de uma parcialidade

¹ Nietzsche, Friedrich. Assim falou Zaratustra.

² Rodrigues, Nelson, in “Brasil em campo”, RJ, Nova Fronteira, 2012, p. 127.

³ Rodrigues, Nelson, in “Brasil em campo”, RJ, Nova Fronteira, 2012, p. 127.

⁴ Gadamer, Hans-Georg, in “Verdade e Método II”, Petrópolis, Vozes, 2007, p. 261

⁵ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, in “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n° 1, de 1969”, RT, SP, 1970, p. 151.

positiva, introduzida no âmbito da relação jurídica processual, se permite envolver a fim de proporcionar uma visão mais humana do Processo Civil.

Nesse viés, em que pese os limites impostos ao ativismo judicial e os desafios históricos e ideológicos necessários para o encobrimento da “*lex*” para o descobrimento do “*ius*”, almeja-se, através de uma abordagem acerca do princípio da imparcialidade do juiz, expor alguns dos obstáculos que deverão ser superados para a construção de uma jurisdição imersa no contexto e nos valores do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

2. O novo com olhos do velho...

“Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*).”⁶

A teoria tradicional, que encontrou seu marco principal no final do Século XIX, utilizava o princípio da subsunção legal. Reconhecia-se apenas a lei e os princípios informadores do direito, sendo qualquer influência externa do legislador e, posteriormente, dos magistrados, descartada.

A atividade jurisdicional era sobremaneira limitada, legislava-se através de minuciosos tipos normativos. Eram os tempos da aplicação mecânica do direito, da teoria do silogismo judicial. Tempos em que as lides deveriam ser decididas com base em normas certas e imutáveis.

Historicamente o texto do Código de Hammurabi já atribuía graves penalidades ao juiz que mudasse de opinião após a prolação da sentença⁷. E assim o fazia porque a vinculação do juiz à lei era

⁶ Ferraz Junior, Tércio Sampaio. Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In Revista da Universidade de São Paulo, São Paulo: Coordenação de Comunicação Social da USP, n. 21, mar./mai. 1994, p. 19.

⁷ “If a judge has judged a judgment, decided a decision, granted a sealed sentence, and afterwards has altered his judgment, that judge, for the alteration of the judgment that he judged, one shall put him to account, and he shall pay twelfold the penalty which was in said judgment, and in the assembly one shall expel him from his judgment seat, and he shall not return, and with the judges at a judgment he shall not take his seat”. Tradução: Se um juiz julgou um julgamento, decidiu uma decisão, proferiu uma sentença selada e depois alterou seu julgamento, aquele juiz, por sua alteração do julgamento, deverá

imperativa e as decisões jurídicas podiam ser, de antemão, previstas, eis que brotavam da lei antecipadamente formulada.

Essa concepção não tardou a ser superada, reconhecendo-se um positivismo crítico no qual o juiz possui possibilidades reais de, afirmando o conteúdo da lei, criar o direito⁸.

Mas se o mundo perfeito e se a jurisdição previsível não existem, o ponto nevrálgico passa a ser o modelo de juiz que melhor se adapta a essa nova construção.

Nesse ponto, parece unânime que ele deveria agir com absoluta imparcialidade, vale dizer, o juiz deveria se colocar “entre as partes e acima delas”⁹ a fim de que a composição da lide se realizasse com toda a autoridade que o Estado deveria imprimir aos atos jurisdicionais.

E aqui, encontram-se a figura abstrata de um juiz neutro – como característica do Poder Judiciário no Estado Liberal – e a assertiva de que o magistrado não é parte da relação jurídica processual.

Apesar de a visão do juiz como ser passivo, servo da lei, ter sido considerada superada diante da falta de eco no sistema da coletivização dos conflitos (complexidade das tensões), o antigo modelo permanece. Grande parte da doutrina ainda ignora a influência de valores extrajurídicos e constantemente afasta o Direito dos problemas mundanos. A necessidade de transmitir segurança aos jurisdicionados faz com que a mesma receita se reproduza constantemente.

Todos os resquícios preconizados pelo liberalismo francês ainda irradiam efeitos no sentido de configurar o juiz imparcial como um produto de uma postura neutra. Ainda se vê na imparcialidade do juiz “uma elementar garantia de seu prestígio em face das partes e da opinião pública, que deriva da certeza de sua independência”¹⁰.

A atividade jurisdicional vista como uma via autônoma, livre de quaisquer influências e imersa no pensamento jurídico formalista, no entanto, fazia sentido em uma época de sedimentação dos direitos fundamentais do homem, em um período em que era preciso concretizar os valores adotados na Revolução Francesa, mas não em pleno Século XXI. Ao contrário, a continuidade desse imaginário hoje se traduz em um mecanismo de autodefesa do sistema dominante.

Nesse aspecto, a fim de aniquilar qualquer possibilidade de má interpretação, não se discute que a parcialidade negativa é perniciosa e legítima as regras de impedimento e suspeição do magistrado. É inegável que o juiz não pode permanecer vinculado à uma determinada ordem ou a um programa partidário, no entanto, pretender que um juiz não se vincule a determinados postulados sociais, não

pagar por isso, e ele deverá pagar doze vezes a pena que estava no julgamento, e na assembleia, ele deverá ser expulso de seu assento de julgamento, e ele não deverá retornar, e com os juízes em um julgamento ele não poderá tomar assento.

⁸ Nesse aspecto, podemos citar a técnica de interpretação de acordo, a teoria dos princípios, o controle de constitucionalidade por omissão, entre outras modalidades que conferem ao juiz uma função produtiva.

⁹ Cintra, Antonio Carlos de Araujo, Grinover, Ada Pellegrini, e Dinamarco, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. SP, Ed. Malheiros, p. 51

¹⁰ Liebman, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Ed. Intelectus, 2003, p. 81.

possua uma compreensão do mundo, o juiz eunuco político de Griffith, não passa de uma impossibilidade antropológica.

Assim, ao se postular a “neutralidade” como essência da imparcialidade na função jurisdicional, elevam-se os magistrados a um corolário sobre-humano, divino, que representa um produto de manipulação da imaginação coletiva que passa a assimilar e, inclusive, exigir uma conduta nesse sentido.

Só que o Direito não é a ciência da explicação, clara, que superou o peso do pensamento liberal-iluminista e do paradigma cartesiano. A normatividade só se mostra através da realização. Faz-se necessário uma compreensão prática.

Hoje, acreditar em uma prestação jurisdicional forjada no paradigma racionalista, em um magistrado senhor das certezas jurídicas e na previsibilidade das decisões judiciais com uma ideal de atuação judicial, é não se debruçar sobre as aflições concretas da sociedade. É, através de uma elegante fuga da realidade, compreender o Direito pela mesma perspectiva de outrora.

3. Decidir é tomar parte?!

“Amigos, eu não sou imparcial e digo mais: - acho que o imparcial só merece a nossa gargalhada. ‘Como assim’, perguntará o leitor em sua espessa ingenuidade. Vejamos. o imparcial é cômico por vários motivos. Primeiro, porque não existe e, apesar disso, faz uma séria de coisas: - namora, casa, tem filhos etc, etc. Segundo, porque o ser humano pode ter todos os defeitos, e os tem, menos o da imparcialidade”¹¹

Na medida em que se reconhece que não há uma verdade absoluta, única, para a formação de um juízo de cognição sobre determinado caso concreto, a possibilidade de racionalizar as decisões se mostra reduzida e o papel assumido pelo juiz ultrapassa o de mero funcionário, servidor passivo do legislador, para o de um profissional que assume para si uma responsabilidade ética.

Essa responsabilidade atribuída aos magistrados corresponde a um inegável vetor da democracia e de consolidação dos direitos fundamentais e encontra na desigualdade social, econômica e cultural, a mola propulsora para se postular uma nova leitura da imparcialidade daquele que constitui o direito como expressão humana.

Assim, partindo tanto do pressuposto da imparcialidade como um direito fundamental, quanto da imparcialidade como um princípio geral constitucional, pode-se – e, em que pese as opiniões divergentes, deve-se – rechaçar a clássica concepção de sua aplicabilidade absoluta a fim de fornecer um

¹¹ Rodrigues, Nelson, in “Brasil em campo”, RJ, Nova Fronteira, 2012, p. 151

sopro de vida ao corpo inanimado da atividade jurisdicional.

A injustiça está presente em todo o organismo social e fixa raízes onde encontra um terreno propício. No cenário atual, o magistrado não pode ser negativamente acoimado de parcial por chamar para si a responsabilidade de suprir deficiências em nome da realização de um objetivo maior. O Direito não é frígido, não é uma ciência de linhas retas e tampouco o juiz é uma máquina programada.

Tem-se no exercício da função judicante uma verdadeira reelaboração da lei orientada pelas exigências do bem comum, pelos fins sociais a que ela se destina e, sim, por fatores que estão alheios à dogmática inserta no âmbito da hermenêutica jurídica. As ideias não se encontram enclausuradas nas ciências propriamente humanas e os juízes possuem a prerrogativa de oferecer pautas que ultrapassam esta variável.

O direito processual civil e todas as demais construções normativas trazem em sua estrutura a inserção de valores. E o juiz não pode ser neutro porque inexiste neutralidade ideológica. É utópico e sobretudo indesejável um magistrado que não se vincule a certa ordem de ideias, que não possua uma visão pessoal do mundo.

A ideologia do juiz se apresenta como um dos principais vetores na construção do processo democrático. Ela amplia o campo de aplicação do Direito e proporciona, a partir de novas atividades reflexivas, uma melhor concepção das decisões judiciais. A pré-compreensão constitui, em suma, um momento essencial do fenômeno hermenêutico, da qual é impossível o intérprete desprender-se.

O Direito existe antes do processo. O Direito existe fora do processo. O magistrado, quando imbuído da atividade jurisdicional, não encarna a figura imparcial imaginada pelo racionalismo. Ele não adentra nas regras hermenêuticas sem ter antes vivido, sem uma pré-compreensão do que está ao seu redor.

São as razões de decidir – ratio decidendi – que irradiam o grau de justiça de uma decisão. É nessa ocasião, onde o magistrado expõe o raciocínio de seu convencimento, que os papéis sociais se invertem e o julgamento popular recai sobre o decisum. O que não é permitido ao juiz é desviar-se desse dever, o dever de submeter suas pré-compreensões ao termômetro social, a aprovação ou a censura.

4. O Modelo de Stuttgart, o direito processual alemão e as atitudes do juiz na condução do processo.

Por linhas tortas e em um cenário pseudo-ideal rejeita-se, assim, o positivismo dogmático, dando ao magistrado o poder essencial para a realização da justiça. O juiz abandona a observância da estrita legalidade – que até pouco era regra condicionante da sua atuação – e se responsabiliza pelo alcance da entrega efetiva do direito ao seu titular.

Nesse sentido, abre-se um parêntese para tratar do sistema processual alemão que, através de

sucessivas reformas no Código de Processo Civil, criou o Modelo de Stuttgart - que se assemelha a uma espécie de audiência extrajudicial ao início do procedimento ordinário – e se apresenta, atualmente, como um importante exemplo do aumento do poder atribuído ao magistrado.

O procedimento promove um relacionamento mais íntimo entre as partes e os juízes para que, através de um contato ativo acerca dos direitos e fatos envolvidos, obtenham-se decisões mais facilmente aceitas, o que elide, inclusive, a interposição de recursos.

O modelo representa, dessa forma, um maior diálogo entre as partes, seus advogados e juízes e tem em seu art. 139 um dos principais alicerces para a realização dessa missão:

“O presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos (Erhellliche Tatsachen) e formulem pedidos úteis e particularmente completem as alegações insuficientes dos fatos invocados e indiquem meios de prova”¹²

Na interpretação de Lebre de Freitas, o juiz deve “promover a alegação de todos os fatos relevantes com interesse para a causa, fixar com as partes o sentido dos conceitos de direito por elas utilizados (a fim de determinar divergências que possam levar à necessidade de alegar os fatos que neles se subsumem, pois que, não sendo controvertido um conceito de direito da linguagem vulgar que não se constitua do ‘*thema decidendum*’ essa alegação pode ser dispensada), dar a conhecer às partes e com elas discutir as possibilidades de solução do pleito, quer no plano da apreciação da prova, quer no direito a aplicar (prevenindo assim as decisões surpresa) e, excepcionalmente, pode aconselhar as partes à alteração da causa de pedir ou do pedido (de modo a evitar a propositura duma segunda ação)”¹³.

O referido artigo traz um juiz ativo, que colabora para a elucidação dos fatos e para o alcance de uma decisão justa, e que, hoje, no Brasil, ultrapassaria significativamente os limites da sua atuação. Essa colaboração para o alcance de uma decisão justa não implica, no entanto, uma parcialidade negativa. A liberdade de atuação atribuída aos magistrados viabiliza o equilíbrio das partes¹⁴, enquanto lhes proporciona iguais oportunidades dentro do processo.

Se inserido no contexto atual do sistema processual civil brasileiro, no entanto, o diálogo verdadeiramente ativo acerca dos fatos e direitos envolvidos traria um juiz parcial e a sua parcialidade seria vista de forma negativa ainda que permitisse o equilíbrio das partes, de forma a lhes proporcionar oportunidades semelhantes de defesa dentro da lide.

¹² GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Apud. Fredie Didier Jr. *Leituras complementares para concursos II*, pag 79-93.

¹³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceitos e princípios gerais à luz do código revisto*, Coimbra. 1996. pag. 152

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. Revista dos Tribunais. 2001, p 96-105

5. Considerações finais.

“Os gregos se tornaram capazes de criar a democracia a partir do momento que descobriram que a ordem social não era ditada pelos deuses, mas construída pelos homens, quando vislumbraram a possibilidade de construir uma sociedade cujo destino não estivesse fora dela, mas nas mãos de todos os que dela participavam”¹⁵.

Ante os contrapontos sucintamente expostos nesse artigo, parece encontrar estabelecida a tensão entre o princípio democrático e o real alcance dos fins a que se destina a estrutura jurisdicional atual. Admirada por uns e rejeitada por outros, tem-se que a (im)parcialidade positiva do juiz deve ser analisada em suas várias facetas, inclusive nas objeções a sua existência.

Assim, busca-se questionar não apenas se seria razoável esperar que o agente moral humano seja capaz de assumir a perspectiva da imparcialidade objetiva e impessoal, mas elucidar o quão intensos são os desafios enfrentados pela democracia diante das múltiplas transformações sofridas pela sociedade.

Se é dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a realização desses fins e a execução dessas tarefas também hão de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil.

A humanidade presencia um período histórico marcado pela aceleração do tempo. Realidade virtual, bioética, mídia, velocidades instantâneas rompem as fronteiras tradicionais e atingirão, inevitavelmente, o cenário do Direito na sociedade.

O Homem, cedo ou tarde, terá que se livrar do peso do paradigma racionalista e dos ideais iluministas que marcaram a atual estrutura do direito processual civil para e, a partir de novos paradigmas, rediscutir seus postulados.

Se os Séculos XIX e XX pautaram-se pela busca de uma racionalidade capaz de transformar o Direito em uma ciência quase exata, emerge a necessidade de se encontrar um novo modelo.

E sendo o Direito uma resposta culturalmente humana a problemas igualmente humanos, a construção de um novo processo civil, atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito, precisa, necessariamente, superar o peso cultural que lhe foi imposto, sem escorregar para as teses positivistas, hoje transvestidas por outras vestes.

A atual resistência denuncia a distância abissal entre dizer o direito e fazer o direito, entre a dogmática jurídica e a práxis jurídica.

¹⁵ TORO, A. José Bernardo; WERNECK, Nízia. Mobilização social: um modo de construir a democracia e a participação. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, Recursos, 1997, p. 14.

Na análise da problemática, opta-se por adotar a matriz hermenêutica, enquanto crítica do pensamento objetificador no qual se vê enraizada a dogmática jurídica moderna. Nesse contexto, é evidente a tendência ao incremento dos poderes dos magistrados até que se atinja um sistema processual socialmente ativo.

6. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988: (Foi bom para você também?). Debates nº 20: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo. Fundação Konrad Adenauer, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3 ed. Revista dos Tribunais. 2001.

BURGOS, Marcelo Baumann. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira. Rio de Janeiro. Revan, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. SP, Ed. Malheiros.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória, in Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo. RT.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In Revista da Universidade de São Paulo, São Paulo: Coordenação de Comunicação Social da USP, n. 21, mar./mai. 1994.

FREITAS, José Lebre de. Introdução ao Processo Civil – Conceitos e princípios gerais à luz do código revisto, Coimbra. 1996.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I e II: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. , Petrópolis, Vozes.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva

na busca da verdade real. Apud. Fredie Didier Jr. Leituras complementares para concursos II.

LAMEGO, José. Hermenêutica e Jurisprudência: Análise de uma recepção. Lisboa. Fragmentos, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Ed. Intelectus, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. Assim falou Zaratustra. Editora Martin Claret.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, in “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n° 1, de 1969”, RT, SP, 1970.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. Millennium.

REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. In: NALINI, José Renato. Uma nova ética para o juiz. São Paulo, RT, 1994.

RODRIGUES, Nelson, in “Brasil em campo”, RJ, Nova Fronteira, 2012.

TORO, A. José Bernardo; WERNECK, Nízia. Mobilização social: um modo de construir a democracia e a participação. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, Recursos, 1997.