

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA

BÁRBARA REJANE BELNOSKI

A CONSCIÊNCIA DO JULGADOR NO ATO DE JULGAR

CURITIBA

2008

BÁRBARA REJANE BELNOSKI

A CONSCIÊNCIA DO JULGADOR NO ATO DE JULGAR

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Clayton Reis

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

BÀRBARA REJANE BELNOSKI

A (IN) CONSCIÊNCIA DO JULGADOR NO ATO DE JULGAR

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2008.

DEDICATÓRIA

A memória da minha
irmã, Giuliana Karina

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Clayton Reis pela dedicação e respeito durante os encontros preparatórios do trabalho monográfico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CAPÍTULO I – OS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DO JULGAMENTO	11
1.1 A escolha pela Apologia de Sócrates	11
1.2 A liberdade jurídica do julgamento	12
1.3 Os valores fundamentais no ato de julgar	14
1.4 O teor e os fundamentos das provas produzidas nos autos.....	19
2. CAPÍTULO II – OS FATORES QUE INTERFEREM NO ATO DE JULGAR.....	26
2.1 As convicções pessoais dos julgadores	26
2.2 A suposta verdade revelada pelos juízes na acusação feita a Sócrates	29
2.3 A fragilidade e a parcialidade das argumentações dos julgadores.....	31
2.4 A defesa argüida por Sócrates	33
2.5 A concepção do senso de justiça	35
2.6 A crítica às idéias vagas e preconcebidas.....	37
3. CAPÍTULO III – REFLEXÕES NECESSÁRIAS DO JUIZ NA FORMAÇÃO DO SEU CONVENCIMENTO	40
3.1 A subjetividade e o convite à reflexão no ato de julgar	41
3.2 A importância da discussão de valores, crenças, opiniões e virtudes.....	42
3.3 A dialética e as verdades espirituais eternas	43
3.4 A sentença de Sócrates	47
3.5 O debate sobre a justiça e a razão.....	50
3.6 A pena e o renascimento da consciência.....	53

3.7 A imortalidade do legado.....	54
3.8 A consciência do julgador na atualidade e a correlação com o pensamento socrático.....	55
3.9 Os embates de consciências e a expectativa social	57
4. CAPÍTULO IV – A ESTRUTURA TÉCNICA DA SENTENÇA.....	60
4.1 A decisão além da amoldação do fato à norma	60
4.2 A responsabilidade do julgador pela decisão	61
4.3 A decisão considerada justa.....	64
4.4 O enquadramento da decisão entre a lei e a emoção do julgador	66
4.5 Os casos de repercussão decididos pelos Tribunais – Escola de base de São Paulo e que permaneceu preso por 13 anos sem processo	68
5.CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

RESUMO

O acesso ao pensamento socrático somente foi possível graças a Platão. A coragem, a determinação, o compromisso pela verdade revelam a posição subjetiva de Sócrates como referência ética. A contribuição dada por Sócrates ao magistrado não está apenas atrelada a visão filosófica, mas a forma de atuação do filósofo diante dos juízes que o condenaram. Diversos fatores axiológicos e extra-axiológicos incidem no ato de julgar. Cabe a cada julgador reconhecer e compreender a influência das interferências internas e externas durante o momento da decisão judicial. Para a realidade atual, torna-se inconcebível pensar na subsunção dos fatos à norma como forma de atingir a justa decisão. Longe do contexto social, muitos juízes reduzem as sentenças a silogismos esvaziando o sentido e a eficácia da sua atividade.

Palavras - chave: ética, subjetividade, imparcialidade, responsabilidade moral;

INTRODUÇÃO

Sócrates não deixou registros. O ensino socrático foi apenas conhecido por meio dos diálogos escritos por Platão. O desfecho trágico da vida de Sócrates evidencia a coragem em não recuar diante do que considerava ser a sua verdade.

A atitude ética mantida por Sócrates contribui para repensar a função do magistrado frente ao complexo contexto social.

A necessidade de romper com a concepção positivista tornou-se emergente ao juiz em face das insatisfações sociais geradas por resultados pouco convincentes.

A desigualdade social, econômica e cultural tem impulsionado a realizar uma nova leitura da atividade jurisdicional desenvolvida pelo juiz.

É evidente que não se pretende permanecer no campo do raciocínio silogístico. Deseja-se, na verdade, refletir sobre a importância da postura ética do magistrado como forma de buscar a justiça da decisão.

A herança positivista deixada por Hans Kelsen vem sendo utilizada de maneira ampla por certa parcela de julgadores. Como consequência, tem provocado um verdadeiro abismo entre a decisão judicial e a realidade social.

A imagem do Poder Judiciário resta prejudicada devido ao uso irrefletido das idéias positivistas. A reforma a ser implantada no Brasil deve estar associada a uma mudança de postura teórica e pessoal como meio à consecução da justiça.

Desse modo, a pesquisa monográfica pretende expor as várias críticas feitas aos modelos positivistas, em virtude da reduzida eficácia trazida por esse postulado teórico ao sistema processual brasileiro.

CAPÍTULO I – OS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DO JULGAMENTO:

1.1 A ESCOLHA PELA APOLOGIA DE SÓCRATES

Ao se distanciar do estudo da natureza, Sócrates direciona a reflexão filosófica às questões humanas. Converte o objeto de sua investigação à ética e à política passando a ser considerado o primeiro e mais célebre mártir da filosofia¹.

Sócrates não deixou nenhum escrito. Sua vida e obra foram documentados por meio dos testemunhos de Aristófanes, Platão, Xenofonte e Aristóteles.

Os diálogos de Platão² estão divididos em três grupos cronológicos, a saber, os diálogos de juventude, os diálogos de maturidade e os diálogos de velhice. Entre esses diálogos está a Apologia de Sócrates que oferece a exposição da defesa realizada diante da Assembléia ateniense.

Platão procurou ir além do mero relato de defesa, introduzindo também os princípios filosóficos.

Para Louis-André Dorion³, “a Apologia é, ao contrário, um manifesto filosófico: nela, a defesa de Sócrates é concebida como uma ilustração da vida que levou, vida que se confunde com o exercício da filosofia” (2006, p. 35)

.A concepção da filosofia como um projeto de conhecimento eleva Sócrates à posição de grande perseguidor do saber.

¹ DORION, Louis-André. Compreender Sócrates. Trad. Lúcia M .Endlich Orth. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 07.

² id. ibidem. p. 34.

³ id ibid., p. 35.

O trabalho irá abordar, em princípio, a visão de Platão sobre o retrato de Sócrates por constituir o mais rico acervo referente aos temas socráticos.

Entretanto, o enfoque da pesquisa monográfica não será tecer comentários a respeito do ensinamento proposto por Sócrates. Ao contrário, será repensar sobre a possível contribuição dada pela sua postura crítica e ética no cotidiano da atividade do juiz.

1.2 A LIBERDADE JURÍDICA DO JULGAMENTO

A independência do Poder Judiciário constitui requisito essencial do Estado Democrático de Direito.

A Magistratura independente é indispensável a todo juiz comprometido com a realização do direito e da justiça.

Durante o exercício da judicatura, o juiz irá decidir conforme o seu convencimento e consciência, não estando subordinado a instruções superiores.

No entanto, isso não impede a atuação legítima de controle e disciplina dos órgãos superiores da magistratura. Para Ada Pellegrini Grinover⁴, a hierarquia dos graus de jurisdição expressa uma competência de derrogação. A independência jurídica não exclui a “atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz”

A garantia da independência jurídica é de extrema relevância para que os juízes possam realizar as suas atividades sem receios ou desconfianças. O

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 171.

artigo 41 da Lei Orgânica da Magistratura⁵ impede que o juiz venha a ser punido ou prejudicado pelo conteúdo das suas decisões ou pela manifestação de suas opiniões.

Dalmo de Abreu Dallari⁶ ressalta a necessidade da independência jurídica dos juízes para que os conflitos de interesse sejam resolvidos com equidade.

O juiz não pode sofrer qualquer espécie de violência, de ameaça ou de constrangimento material, moral ou psicológico. Ele necessita da independência para poder desempenhar plenamente suas funções, decidindo com serenidade e imparcialidade, cumprindo verdadeira missão no interesse da sociedade.

Assim, a independência da magistratura interessa diretamente a sociedade como garantia da composição justa dos conflitos de direitos.

A par disso, é importante que o próprio magistrado defenda a sua independência como forma de evitar injustiças e discriminações.

Dalmo de Abreu Dallari⁷ assevera que no Brasil o positivismo jurídico tem contribuído para acobertar as arbitrariedades e acentuar ainda mais as diferenças sociais

Um dos modos mais sutis para negar independência à magistratura, aparentando exaltá-la e defendê-la, é a manipulação de elementos teóricos e doutrinários, utilizando-se a fachada de altas indagações filosóficas e de sólido embasamento científico, de tal modo que se reduz o direito a uma forma sofisticada, que aceita o conteúdo mais conveniente aos dominadores, ficando eliminada a preocupação com a justiça (2007, p. 50).

⁵ Lei complementar nº 35, 14 de março de 1979. Art. 41: Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

⁷ id.i bid., p. 50.

As decisões judiciais, baseadas na concepção formalista, têm agravado os quadros sociais mantendo a falta de consciência do juiz sobre a sua função social. A adesão ao positivismo jurídico conduz, portanto, a uma renúncia à independência do juiz.

Por outro lado, começa a surgir julgadores comprometidos com a realidade social que têm procurado preservar a independência como meio de assegurar a democracia e a justiça.

A importância da independência jurídica do juiz foi alvo de discussão em recente episódio divulgado pela mídia⁸.

Em entrevista⁹, o juiz federal afirma ter sofrido pressão para recuar no caso que levou à prisão famoso banqueiro. Comenta, ainda, a sua perplexidade diante do ofício da Comissão Parlamentar de Inquérito que questionava as decisões judiciais. Tal fato retrata a intolerável interferência das estruturas políticas e sociais na independência jurídica do juiz causando sérios abalos ao funcionamento normal dos órgãos judiciários.

Desse modo, para que a Magistratura possa caminhar rumo à justiça e a equidade é preciso garantir o princípio da independência do juiz como modo de zelar pelos interesses da sociedade.

1.3 OS VALORES FUNDAMENTAIS NO ATO DE JULGAR

O ato de julgar, em relação ao seu conteúdo, sofreu diversas modificações ao longo do tempo.

⁸ SANCTIS, Fausto de. 'Pediram que eu voltasse atrás'. São Paulo, 2008, Época, São Paulo, n.541, p. 60-62, 29 set. 2008. Entrevista concedida a Wálter Nunes.

⁹ id. ibidem. , p. 60.

Na Grécia Antiga¹⁰, a seleção de juízes ocorria por meio de eleição ou sorteio, dentre todos os cidadãos ou entre os membros de uma mesma classe dependendo se o regime era democrático ou oligárquico. O magistrado, representante do povo, não necessitava apresentar conhecimentos especializados na área jurídica. O ato de julgar estava restrito a busca de superação das divergências levadas a julgamento.

Em Roma, durante o período republicano, persistia a eleição dos juízes, entretanto, a escolha recaía sobre cidadãos com noções de direito.

Na época medieval, em pleno feudalismo, a função do magistrado não tinha contornos nítidos. A figura do juiz de paz surgiu com a tarefa de resolver os conflitos por meio dos costumes locais.

Os juízes, no regime absolutista, eram eleitos de modo direto pelo rei estando forçados a manter a fidelidade. Os magistrados tornaram-se poderosos e autoritários julgando conforme a conveniência do monarca e contra os interesses da população.

Com o advento da Revolução Francesa, os poderes foram separados e a lei despontou como a fonte única do direito. Tida como perfeita e insuscetível de interpretação representava a vontade do povo. O ato de julgar ficou totalmente submetido à aplicação da vontade do texto legal.

Após o absolutismo, houve a tripartição dos poderes atribuindo ao Judiciário autonomia e independência. O ato de julgar ficou voltado em se dizer o direito no caso concreto.

Com a contemporaneidade, o juiz deixa de ser um mero pronunciador de sentenças para assumir o seu papel social em busca da solução justa. A

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 2007. p.09-17.

decisão judicial passa a ser o grande instrumento da sociedade moderna com a sua adequação à realidade da vida.

Em relação à atual atividade julgadora, Fátima Nancy Andrichi¹¹, acredita que os magistrados brasileiros estão caminhando em direção a mudança.

(...) os juízes brasileiros estão encerrando uma época e um modo de julgar, cuja atribuição era apenas enquadrar o fato à norma, reconhecendo seus efeitos, para ingressar em uma nova época, cuja função jurisdicional exige a criação da norma para o fato concreto, sempre respeitando os princípios constitucionais aos quais a nenhum intérprete do Direito é permitido olvidar.

Assim, ao juiz contemporâneo não é dado cumprir somente o dispositivo legal, sendo necessário procurar realizar a justiça no caso concreto. A responsabilidade do julgador aumenta a medida que procura decidir de forma justa. Para Humberto Theodoro Júnior¹², o juiz incumbido de prestar a tutela jurisdicional deve interpretar a lei atualizando o seu sentido e buscando a sua adequação aos costumes e aos anseios da sociedade moderna.

Justiça, Segurança, Paz social e Efetividade são alguns dos principais valores jurídicos a serem levados em consideração durante o ato de julgar.

¹¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy .Constitucionalização do Direito Civil. In: Semana dos Magistrados – TJ da Bahia. Associação dos Magistrados da Bahia. 2007, Salvador

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 230.

O valor justiça, previsto no Preâmbulo da Constituição Federal¹³, está difundido por todo o texto constitucional por meio de princípios. Ao juiz, cabe a função de interpretar o direito de acordo com a Constituição.

Segundo Eduardo Cambi¹⁴, “o juiz não deve cumprir cegamente a lei, mas verificar a sua legitimidade para, com isso, evitar que se obtenha uma sentença injusta fruto de uma lei arbitrária”.

Na verdade, a simples subsunção dos fatos a norma não inclui a justiça da decisão judicial havendo necessidade do juiz encontrar o sentido da justiça no contexto social e histórico no qual está inserido.

O valor segurança, por sua vez, importa ao processo como meio de reforçar o papel do Estado na organização da vida social sendo imprescindível para a confirmação de sua autoridade.

Para Sidney da Silva Braga¹⁵ o Estado apresenta finalidades políticas devendo o processo servir como “instrumento estatal de exercício do poder político do Estado, indispensável para a sua existência e para a afirmação de sua autoridade”.

Por outro lado, o valor da paz social diz respeito à eliminação do conflito por intermédio de meios adequados visando o melhor resultado. Carlos Álvaro de Oliveira¹⁶ acentua a importância da função pacificadora para propiciar eficácia na administração da justiça.

As necessidades atuais da sociedade têm conferido ao valor da efetividade especial relevância. Como garantia principal do processo, a

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

¹⁴ CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001. p. 96.

¹⁵ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p.39.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Álvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 68.

efetividade assegura a todos o acesso à ordem jurídica justa e a realização plena dos direitos mediante meios jurisdicionais adequados e eficientes.

Sidney da Silva Braga analisa o valor da efetividade do ponto de vista das partes e do Estado. Para o autor, as partes como “consumidoras do serviço judiciário”¹⁷ se utilizam do processo para solucionar questões que envolvem seus interesses individuais buscando a justiça do provimento jurisdicional dentro dos parâmetros da utilidade e da tempestividade. Por outro lado, conforme o entendimento de Sidney da Silva Braga¹⁸, a efetividade para o Estado está relacionada ao cumprimento da finalidade jurídica, social e política tendo como objetivo atingir um resultado justo condizente com a realidade social.

Vistos os principais valores jurídicos, necessário ressaltar a relação dos diversos valores entre si que irão servir como guia para o juiz durante a atividade jurisdicional. O balanceamento dos valores deve privilegiar o resultado social conferindo à atividade do órgão judicial maior esforço na busca da rapidez das soluções litigiosas.

Carlos Álvaro de Oliveira¹⁹ apresenta a natureza do processo como uma ‘comunidade de trabalho’ com o objetivo de “possibilitar ao juiz a decisão justa e verdadeira, restabelecer paz jurídica entre as partes e assim defender os interesses maiores da sociedade>

Dessa forma apesar de serem considerados indissociáveis, o privilégio de um valor sobre o outro está na dependência de fatores sociais e culturais vigentes em um determinado momento histórico e social.

¹⁷ A expressão é de Sidney da Silva Braga, em *Iniciativa probatória do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 42.

¹⁸ id. ibidem. ,p. 42-44.

¹⁹ id.ibidem. , p.72.

1.4 O TEOR E OS FUNDAMENTOS DAS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS

A propositura de uma ação pode conduzir tanto o autor como o réu a invocação de fatos que justificam a pretensão pleiteada por um e a resistência oferecida por outro²⁰.

As questões baseadas em fatos não devem ser apenas alegadas pelas partes, mas demonstradas por meio de prova.

Para João Batista Lopes²¹, o termo prova é empregado como “sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária.

A decisão conferida ao juiz deve estar escorada pela verdade dos fatos alegados revelada pelas provas.

A prova no processo, como ensina Humberto Teodoro Júnior²², pode ser conceituada em dois sentidos: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, a prova constante no processo é o “instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência de um fato”. Sob o aspecto subjetivo, a prova seria “a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado”.

Assim, a prova constante no processo é indispensável para o conhecimento da verdade atribuindo às decisões judiciais segurança e justiça.

Para muitos autores²³, a prova tem como destinatário a figura do juiz. Porém, Sidney da Silva Braga nega tal posição do julgador ao afirmar que:

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

²¹ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

²² id. ibidem., p.456.

²³ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

Além de destinatário da prova, o juiz é ao mesmo tempo, o sujeito processual essencialmente encarregado de velar para que o processo atinja a sua finalidade, o que, como vimos acima, implica o alcance dos escopos jurídicos, sociais, políticos e filosóficos do processo (2004, p. 47).

O juiz deixa de ter apenas uma atuação passiva no processo passando a intervir de modo mais dinâmico na descoberta da verdade processual respeitando os limites contidos nos autos.

A finalidade da prova consiste na busca da verdade no processo. A verdade a ser alcançada no processo é a relativa e processual. Para Sidney da Silva Braga²⁴, a verdade relativa significa a “verdade possível de se obter no processo, nem mais nem menos; a melhor verdade possível, com base em todas as provas constitucionalmente admitidas, sejam elas produzidas por iniciativa das partes ou do juiz”.

Como um fim a ser alcançado, a verdade relativa transparece a justiça das decisões. A busca pela verdade processual tem o intuito de tornar o processo adequado e célere sem ocultar a justiça intentada pelas partes.

A convicção formada pelo julgador, a respeito da apreciação das provas, não é arbitrária. A valoração da prova pelo juiz está restrita a determinados critérios estabelecidos pela ciência jurídica.

O Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 131, adotou o critério da persuasão racional. Por tal sistema, o juiz decide com base nos elementos probatórios contidos nos autos devendo apresentar na sentença os motivos do seu convencimento.

²⁴ id. ibidem., p. 55.

Segundo Humberto Teodoro Júnior²⁵, no sistema de persuasão racional, “embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos”.

A exposição dos motivos do julgamento assegura às partes a garantia de um processo justo no sentido de ter sido dada às partes igual oportunidade para a produção das provas.

O sistema processual brasileiro admite como provas o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial. Outros meios de prova também admitidos são considerados apesar de não estarem especificados no texto legal, como ocorre com a prova emprestada, os indícios e presunções.

Na produção da prova, o juiz não deve manter uma atitude inerte visando somente o fim do processo. Ao contrário, deve assumir um comportamento ativo para atingir na decisão a verdade.

No sistema processual moderno, os poderes conferidos ao julgador quanto à iniciativa probatória foram fortalecidos no sentido de que atividade probatória também possa ser realizada pelo juiz.

Como afirma José Roberto Santos Bedaque²⁶, a atividade probatória “deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo”.

Não se trata, portanto, de substituir a inércia da parte interessada pela iniciativa do juiz. O ônus da prova incumbe às partes. Porém, o juiz, na

²⁵ id. *ibidem.*, p. 459.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. P.84.

condução do processo, pode determinar de ofício as provas necessárias e rejeitar aquelas consideradas inúteis.

Com efeito, não cabe ao juiz o papel de substituto das partes na investigação dos fatos, embora possa determinar a produção de provas de ofício não providenciadas pela parte interessada. A iniciativa probatória do juiz, como ensina Sidney da Silva Braga²⁷, não significa atribuir benefícios a uma das partes em detrimento da outra estando o interesse fundado na procura pelo resultado mais justo e próximo da verdade.

Nesse mesmo sentido, está a corrente doutrinária adotada por José Roberto dos Santos Bedaque²⁸, que parte de uma visão publicista do processo defendendo uma posição mais ativa do juiz na instrução do processo limitada apenas pelo respeito ao contraditório e pelo dever de motivação das decisões judiciais.

Em consonância com a tendência moderna, Sidney da Silva Braga²⁹, sustenta a ampliação dos poderes instrutórios do juiz como sendo necessário para que “o processo atinja todos os seus escopos, que não se limitam à aplicação da lei ao caso concreto”.

Apesar do surgimento da doutrina ampliativa dos poderes do juiz na produção da prova, o sistema processual brasileiro ainda prefere limitar os poderes instrutórios do juiz estando apoiada para tanto, no princípio dispositivo.

Como aponta Sidney da Silva Braga³⁰, o princípio dispositivo diz respeito,

²⁷id. ibidem., p. 102.

²⁸id. ibidem., p.85..

²⁹id. ibidem., p. 103.

³⁰id. ibidem., p. 157.

(...) à iniciativa exclusiva da parte em propor a ação, em delimitar o objeto da demanda, com conseqüente obrigação do juiz de decidir nesses limites, e, ainda ao poder das partes de praticar atos dispositivos que coloquem fim ao processo, como ocorre com a transação, a desistência, a renúncia ou o reconhecimento do pedido.

No Brasil, a iniciativa probatória do juiz, ainda apresenta posições controvertidas. A doutrina tradicional, baseada na corrente privatista do processo, admite a iniciativa limitada do juiz em matéria probatória. Na perspectiva privatista, o juiz é mero espectador da atividade probatória sendo desenvolvida somente pelas partes.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos³¹, citado por Sidney da Silva Braga (2004, p. 91), o poder de iniciativa judicial deve ser compreendido como complementar a iniciativa das partes sendo utilizado somente em casos excepcionais que necessitam de maiores esclarecimentos. Para Moacyr Amaral dos Santos³², as provas devem ser propostas pelas partes sendo permitido ao juiz, em caráter de exceção, “ordenar diligências necessárias à instrução da causa”.

Por outro lado, estão aqueles que adotando uma visão publicista do processo defendem a ampliação dos poderes instrutórios do julgador. Para Sidney da Silva Braga³³, a perspectiva publicista realça a importância da participação ativa do juiz para que o processo possa atingir as finalidades as quais se destina. Nesse sentido, os adeptos da visão publicista defendem a ampla iniciativa probatória limitada apenas pelo respeito ao contaditório e à iniciativa das partes, em relação ao objeto do processo, além de obedecer ao dever de fundamentar as decisões judiciais

³¹id. ibidem., p. 91.

³²id. ibidem., p.91.

³³id. ibidem., p. 97.

Por sua vez, a reconstrução dos fatos investigados no processo penal depende do modelo processual adotado. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira³⁴, o Código Penal de 1941 adotava o sistema inquisitorial, em que se autorizava a iniciativa acusatória ao próprio juiz associada a reserva de amplos poderes probatórios, sendo até mesmo permitido a atividade substitutiva do Ministério Público.

Em oposição, a partir da Constituição de 1988 o modelo processual penal passou a ser do tipo acusatório. Para Artur César de Souza³⁵ tal sistema “exigiu como forma de garantir a imparcialidade judicial a passividade do julgador”. Em relação a produção probatória, Artur César de Souza³⁶ explica que a garantia da imparcialidade, no que se refere à atuação concreta do juiz, passa a ser mais incisiva tendo em vista que ao realizar de ofício a iniciativa probatória, “o juiz poderia estar sujeito a prejulgamentos em relação à matéria que lhe fora trazida à sua decisão.

Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira³⁷, a imparcialidade deve nortear a atuação judicial sendo que

o juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, reunidos ambos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.

Como bem aponta Artur César de Souza³⁸, a atividade probatória realizada de ofício pelo julgador é considerada por alguns doutrinadores como

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 2.ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2003. p.305.

³⁵ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 95.

³⁶ id. ibidem., p. 95-96.

³⁷ id. ibidem. p.310.

³⁸ id. ibidem., p. 102.

sendo prejudicial à imparcialidade do juiz. Porém, a garantia da imparcialidade não deve servir como forma de proibição de atividade probatória de ofício no processo penal.

Artur César de Souza assinala que a iniciativa probatória realizada de ofício pelo julgador não deve apresentar “diferenciações abstratas e inconsistentes’ tanto no processo penal como no processo civil, “pois não há princípios autônomos ou distintos que justifiquem tratativa diferenciada em relação à iniciativa probatória em cada âmbito processual”³⁹.

Ao ser exigido maior ampliação dos poderes instrutórios no processo civil, o mesmo deve ocorrer quanto ao processo penal. Dessa maneira, não se deve aclamar por um tratamento diferenciado em relação à iniciativa probatória de ofício do juiz no campo do processo penal e civil. Assim, a verdade deve ser o corolário comum a ser perquirido a qualquer processo, seja penal ou civil como meio à consecução da justiça.

I

³⁹ id. ibidem., p. 102-103.

CAPÍTULO II – OS FATORES QUE INTERFEREM NO ATO DE JULGAR

2.1 AS CONVICÇÕES PESSOAIS DOS JULGADORES

O princípio da imparcialidade⁴⁰ traduz uma atuação eqüidistante do juiz durante o desenvolvimento do processo. Na relação jurídica processual, o Estado – Juiz deve agir de modo objetivo afastando qualquer interferência de natureza subjetiva ou pessoal.

A imparcialidade, como requisito de legitimação, permite a participação do juiz no processo. Nas hipóteses de suspeição e impedimento, a legislação prevê mecanismos jurídico-processuais para a manutenção da imparcialidade.

È nesse aspecto objetivo e subjetivo que a garantia da imparcialidade tem sido considerada por muitos doutrinadores⁴¹. A doutrina tradicional tem procurado por diversas vezes aproximar as noções de imparcialidade e neutralidade.

Para Artur César de Souza⁴², a concepção clássica exige do juiz “uma postura de terceiro entre as partes imbuído de uma imagem de neutralidade”. Juiz neutro, portanto, seria aquele capaz de realizar julgamentos meramente técnicos sem qualquer emoção.

Assim, a exigência da neutralidade pressupõe a aplicação da lei sem a interferência de convicções pessoais. O juiz, ao proferir a sentença, permanece distante das partes zelando pela sua imagem neutra.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Teoria Geral do Processo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53.

⁴¹ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p.30.

⁴² id. *ibidem.*, p. 32.

Entretanto, a existência de um juiz totalmente neutro e ou imparcial tem sido colocada como questão por vários autores. Neste sentido, está o entendimento de Artur César de Souza⁴³ ao afirmar que

É utópico pretender-se que o juiz não seja cidadão que não se vincule a uma ordem de idéias, que não compreenda o mundo segundo uma visão nitidamente personalíssima e individual.

O juiz, como ser humano, está sujeito a sofrer as interferências internas e externas inerentes a qualquer pessoa, ideologias, preconceitos, convicções pessoais e políticas, percepção da vida são elementos presentes em todo magistrado.

Segundo José Renato Nalini⁴⁴, é uma ingenuidade pensar que o juiz não está vinculado “a preconceitos próprios de sua origem social, de sua concepção política ou de sua visão do mundo; que em nenhum homem se pode eliminar em último resto de subjetividade”

As características pessoais do julgador irão se manifestar no momento da decisão judicial. A função de julgar, ao ser realizada por um homem, adquire contornos pessoais sofrendo a influência de sentimentos positivos ou negativos.

Benjamim Cardozo⁴⁵, explica que durante o ato de julgar, os juízes estão sujeitos a

⁴³ id. ibidem. , p. 137.

⁴⁴ NALINI, José Renato. A Rebelião da Toga. 2. ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2008. p. 327.

⁴⁵ CARDOZO, Benjamim. A natureza do processo e a evolução do direito. Trad. Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional, 1943, p. 13.

(...) forças que eles não reconhecem e que não podem nomear e que os estiverem impulsionado continuamente – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas, ou seja, eles não podem escapar de sua filosofia, de sua lógica, de seus conhecimentos históricos, de seu senso jurídico.

No instante em que se realiza o ato de julgar, portanto, ocorre a participação das convicções pessoais. A sentença expressa à consciência do julgador abrangendo a sua ideologia e o seu caráter.

Artur César de Souza⁴⁶ propõe uma nova leitura da imparcialidade do juiz passando a denominá-la como parcialidade positiva. Com base nesse pensamento crítico, o autor desconstrói as estruturas dogmáticas em torno da imparcialidade com o objetivo de alcançar o processo justo. Define a parcialidade positiva no dever do Estado – Juiz de ‘atuar de modo que todos os sujeitos processuais tenham iguais perspectivas de levar adiante suas pretensões’⁴⁷.

Segundo Artur César de Souza⁴⁸ a análise crítica da imparcialidade pretende introduzir no processo civil e penal

(...) a realidade como ela é, retirando –se o ‘véu da ignorância’ que cobre a consciência dos liberais para que passem a enxergar as diferenças e as desigualdades como efetivamente se apresentam durante o transcurso da relação jurídica processual – dura e crua.

A proposta defendida pelo autor está em romper com a visão idealista e formal da imparcialidade do juiz redirecionando a sua compreensão para os aspectos sociais, culturais e econômicos.

⁴⁶ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.20.

⁴⁷ id. ibidem., p. 11.

⁴⁸ id. ibidem., p. 22.

Dessa forma, apesar da imparcialidade do juiz ser um tema capaz de provocar intensas discussões e divergências, todos concordam sobre a sua importância como indispensável à jurisdição. A imparcialidade, para o juiz atual, não deve ser entendida como uma imagem distante e descomprometida com a solução do conflito de interesses. Ao contrário, deve estar relacionada a capacidade do julgador em conhecer as razões dos conflitos para conseguir diminuir a barreira imposta pelas partes.

Como bem aponta, Otto Bachof, citado por José Renato Nalini⁴⁹ somente um juiz experiente pode “reconhecer os perigos do envolvimento irracional e emocional de sua atividade e, precisamente por regra, saber como eliminá-los” como meio de garantir a (im)parcialidade.

2.2 A SUPOSTA VERDADE REVELADA PELOS JUÍZES NA ACUSAÇÃO FEITA A SÓCRATES

A acusação apresentada por Meleto, Lícon e Ânitos culpava Sócrates de não aceitar os deuses da cidade, de introduzir novas divindades e de corromper a juventude⁵⁰.

Apesar das razões aparentemente religiosas, a condenação recebida por Sócrates, envolvia questões políticas em virtude da sua repulsa aos governos democráticos.

A ação criminal pública de Sócrates revela a ilusão de uma verdade. O propósito da condenação não era a pena de morte, mas deixá-lo distante de Atenas.

⁴⁹ NALINI, José Renato. A Rebelião da Toga. 2.ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2008. p. 327.

⁵⁰ PLATÃO. Vida e Obra. In: Os Pensadores. São Paulo. Nova Cultural, 2000. p.10.

Entre os objetivos de um processo deve estar a busca pela verdade. Importa tanto ao processo penal como ao civil a melhor verdade passível de ser alcançada. Denominada de verdade relativa ou processual, Sidney da Silva Braga⁵¹ a define como sendo “a melhor verdade possível, com base em todas as provas constitucionalmente admitidas, sejam elas produzidas por iniciativa das partes ou do juiz”. Em outras palavras, a procura pela verdade relativa deve ser vista como meio à consecução da justiça.

Por outro lado, a noção de certeza está muito próxima da verdade relativa. Para Eduardo Cambi⁵² a certeza é entendida como sinônimo da “redução da complexidade do juízo” sendo um dos objetivos a serem efetivados pela atividade probatória. Em sentido objetivo, a certeza exige uma verificação motivada e racional dos fatos pelo juiz.

Desse modo, verdade relativa e certeza podem ser consideradas como tendo as mesmas finalidades. Conforme Eduardo Cambi⁵³, a certeza é “o resultado atingido em face da verdade (relativa), que é a finalidade a ser buscada no processo”. Para o autor, ao decidir, o juiz precisa analisar e valorar as provas e as alegações trazidas pelas partes devendo explicar os motivos que formaram o seu convencimento (2001, p.75).

Com efeito, a acusação feita a Sócrates recai em meras alegações e em infundadas desconfianças. O juízo formado em torno do processo de Sócrates aproxima-se da verossimilhança. Equivalente a suspeita, a verossimilhança, na lição de Eduardo Cambi⁵⁴ é “uma hipótese que serve

⁵¹ BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

⁵² CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 74.

⁵³ id. *Ibidem* . , p. 75.

⁵⁴ id. *Ibidem* . , p.60.

como ponto de partida para as investigações, não constituindo um elemento probatório nem tampouco se confundindo com a verdade”.

Logo, independe de qualquer elemento de prova estando baseado somente em simples alegações sobre os fatos. Dessa forma, o juízo de verossimilhança formado no processo de Sócrates não leva em consideração as relações existentes entre as alegações e as provas existentes no processo tendo como consequência o distanciamento com a verdade e com a justiça. Assim sendo, tanto o processo penal como o civil apenas terão uma justa decisão se partirem do melhor conhecimento possível dos fatos⁵⁵.

2.3 A FRAGILIDADE E A PARCIALIDADE DAS ARGUMENTAÇÕES DOS JULGADORES

Na atualidade a expectativa social está em encontrar na figura do juiz a honestidade, a dignidade e a imparcialidade.

A sociedade moderna exige, cada vez mais, decisões judiciais próximas da justiça e da realidade social. Por essa razão, o que se espera da função do julgador é o abandono da mera aplicação da lei ao caso concreto para um agir mais voltado aos problemas sociais.

O juiz, como ser humano, integra a sociedade estando sujeito aos efeitos de uma ideologia dominante. Os valores éticos, os conceitos morais, as convicções religiosas, a condição política, o estado psíquico são próprios a qualquer humano.

⁵⁵ id. ibidem. , p. 73

Amarildo Alcino de Miranda⁵⁶, explica que “acreditar que existe imparcialidade nas decisões, quando se coloca em questionamento a própria forma de pensar, seria uma ingenuidade”.

A ideologia inerente no juiz exerce influência direta no trabalho de interpretação e julgamento que vem a realizar. Assim, não há como dissociar, em princípio, a existência comum entre o julgador e as suas convicções pessoais.

A idéia da imparcialidade⁵⁷ decorre de modo lógico do princípio do juiz natural. O preceito constitucional do juiz natural tem a função de garantir o julgamento por um juiz imparcial. Entretanto, para Francisco Fernandes de Araújo⁵⁸, a imparcialidade é fato questionável, a medida que

(...) na realidade, todos eles são parciais, em alguma medida, ainda que de forma inconsciente. Tudo se resume a uma questão de grau. Não existe juiz inteiramente imparcial, pelo simples fato de ser humano.

Por mais racional e lógico que venha a ser o juiz, há a forte tendência de se voltar para algum problema sendo influenciado por crenças e traumas pertencentes a sua personalidade.

Dessa forma, não é possível ao juiz manter-se indiferente e fechado às influências ideológicas e psíquicas durante a formação do seu convencimento. Fatores emocionais e ideológicos surgiram no momento da realização da decisão judicial.

⁵⁶ MIRANDA, Amarildo Alcino de. Imparcialidade ou parcialidade do juiz no modelo acusatório.mai.2005. Disponível em: < [http:// www.direitonet.com.br](http://www.direitonet.com.br)>. Acesso em: 20 jun. 2008.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. Teoria Geral do Processo. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53.

⁵⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. A parcialidade dos juízes. 1 ed. Campinas, São Paulo: Edicamp, 2008, p. 32.

No sistema jurídico brasileiro, a participação ativa do julgador na condução do processo não é uma realidade predominante. O pensamento jurídico ainda está baseado no positivismo. Em tal perspectiva, o processo é tido como uma instituição neutra e livre da influência das forças sociais presentes na coletividade⁵⁹. Para a concepção positivista, o processo está alheio ao conflito de interesses cabendo apenas a aplicação da regra jurídica vigente.

Contudo, não é possível a neutralidade do Direito já que sofre o impacto dos interesses sociais dominantes. Dessa forma, na contemporaneidade, é inadmissível a imagem de um juiz neutro, equidistante dos problemas humanos, sem sentimentos e auto-crítica.

2.4 A DEFESA ARGÜIDA POR SÓCRATES

O objetivo do trabalho não está em apresentar a resenha da Apologia de Sócrates. A obra será abordada a partir da questão da verdade.

Considerando a defesa proferida por Sócrates como enunciação da verdade, o que se coloca em questão é a tentativa de classificá-la de acordo com a teoria geral do processo.

Apesar dos acusadores de Sócrates, tentarem encobrir o motivo real da denúncia, a defesa acabou revelando o caráter eminentemente político da incriminação.

⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juizes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39.

Diante do tribunal, Sócrates utilizou o princípio da verdade como fundamento para rebater cada acusação. Em um esforço de aproximação, a verdade socrática estaria assemelhada à noção da verdade relativa.

A doutrina processual brasileira⁶⁰ menciona duas espécies de verdade, a saber: a absoluta e a relativa. A busca pela verdade absoluta é tida como inconcebível dada a impossibilidade de compreender o todo.

Seguindo esse raciocínio, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁶¹, afirma que

(...) a verdade está no todo, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das partes que o compõem.

Por lógica, Sidney da Silva Braga⁶² incumbe apenas a Deus o conhecimento da verdade absoluta. O processo deve alcançar, portanto, a verdade relativa tendo em vista que a absoluta não é acessível ao homem.

Verdade relativa, conforme Sidney da Silva Braga⁶³ significa, pois, “a verdade possível de se obter no processo, nem mais, nem menos; a melhor verdade possível, com base em todas as provas constitucionalmente admitidas (...)

Assim sendo, estruturada a noção da verdade relativa, é necessário enfatizar que Sócrates não perseguia, em sua defesa, a verdade absoluta, pois atribuía aos deuses a capacidade de conhecê-la. Por conseguinte, buscou a verdade relativa concebida como a única capaz de se aproximar da justiça.

⁶⁰ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória do Juiz no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Curitiba: Revista da faculdade de Direito – UFPR, 1998. 30 v. p. 191.

⁶² id. ibidem. , p. 53.

⁶³ id. ibidem. , p. 56.

2.5 A CONCEPÇÃO DO SENSO DE JUSTIÇA

Sócrates, filósofo grego, foi o primeiro a questionar a idéia de justiça. Vários foram os pensadores que insistiram em encontrar uma definição para o tema⁶⁴. Apesar disso, o conceito de justiça continua sendo, para a atualidade uma questão polêmica e aberta.

Para o ensinamento socrático, a justiça está associada a virtude sendo que a sua observância e prática pelos governantes torna possível a realização do Estado perfeito⁶⁵.

Por outro lado, Aristóteles⁶⁶ procurou explicar a justiça por meio do tratamento igualitário de homens e fatos. Para tanto, estabeleceu a distinção entre justiça distributiva e justiça corretiva. Aquela consistiria na repartição eqüitativa dos bens, tornando a repartição desproporcional uma injustiça. Enquanto, a justiça corretiva estaria se ocupando em tratar de modo igual os culpados. Aristóteles admite como justa toda a sociedade e toda legislação desde que estável e propiciadora de pleno desenvolvimento. Somente a boa lei torna viável, para Aristóteles, essa modalidade de justiça.

Em contrário, Ulpiano⁶⁷, jurisconsulto romano, tem a justiça como a expressão da vontade de atribuir a cada um o seu direito.

Para Hans Kelsen⁶⁸, representante do positivismo jurídico, a justiça está relacionada com a felicidade social. Ao elaborar a Teoria pura do direito, Kelsen separa a noção de justiça da idéia do direito. As normas jurídicas são independentes das de justiça devendo ser estudada de forma isolada e sem

⁶⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p 89.

⁶⁵ id. *ibidem.*, p. 90.

⁶⁶ id. *ibidem.*, p. 115.

⁶⁷ id. *ibidem.*, p. 135.

⁶⁸ id. *ibidem.*, p. 168.

qualquer interferência social ou axiológica. A justiça é tida como norma moral de conduta devendo estar afastada da ciência do direito.

Em contrapartida, Miguel Reale⁶⁹, acredita que a justiça se correlaciona com a igualdade sendo que esta deve necessariamente orientar a criação e a aplicação do Direito. Para o autor, não importa a definição de justiça, mas “o seu processo experiencial através do tempo, visando a realizar cada vez mais o valor da igualdade, em razão da pessoa humana, valor de todos os valores”⁷⁰.

A idéia de justiça, para Miguel Reale⁷¹, está relacionada a outros valores como a liberdade e a solidariedade exigindo um regime político capaz de garantir a sua pacífica realização. A justiça seria, portanto um “valor-meio sempre a serviço dos demais valores para assegurar-lhes seu adimplemento, em razão da pessoa humana, que é o valor-fim.

Dessa forma, no cenário atual, a idéia de justiça está atrelada ao direito que todos possuem de serem tratados de modo igual. Segundo Silvia Mota⁷² a busca pela justiça por ser inerente à própria vida do ser humano, “exsurge como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”. Para a autora⁷³ a justiça a ser atingida no Brasil equivale “a necessidade de conscientização das várias desigualdades alimentadas por uma estrutura de opressão” A justiça reclamada pela sociedade contemporânea deve procurar, portanto, assistir pobres e desamparados segundo suas necessidades.

⁶⁹ id. ibidem. , p. 184.

⁷⁰ id. ibidem. , p. 185

⁷¹ Id. ibidem. , p 186.

⁷² MOTA, Silvia. Princípio da justiça e direito no mundo contemporâneo. ago. 2007. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br>> Acesso em: 10 set.2008.

⁷³ id. ibidem

2.6 A CRÍTICA ÀS IDÉIAS VAGAS E PRECONCEBIDAS

A Ética⁷⁴, considerada como um ramo da Filosofia tem como incumbência estudar e investigar os valores presentes na realidade social. A essência da Ética consiste nos princípios e valores orientadores do comportamento humano.

A função desempenhada pelo juiz perante a sociedade está vinculada ao conceito da ética, enquanto valor intrínseco ao homem. A postura do juiz diante da atividade processual deve estar baseada pelo princípio ético. A principal preocupação do juiz não deve ser a simples extinção do processo, mas a efetiva busca pela justiça.

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco⁷⁵ observa que

(...) cabe ao Estado social contemporâneo repugnar a inércia do juiz expectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade.

O Estado exerce, por meio da figura do juiz, a função jurisdicional dirimindo conflitos de interesses. Ao proferir a decisão judicial, o juiz revela a influência de vários fatores extra-axiológicos. As convicções pessoais, a cultura, o caráter, os valores, as crenças são indissociáveis da pessoa do juiz.

Como bem aponta, Hélio Tornaqui⁷⁶ ao decidir

⁷⁴ DIREITO. Carlos Alberto Menezes. Ética do Juiz. In: Seminário 'Ética e Justiça'. Rio de Janeiro: EMERJ, out. 2002. p. 1-19.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 3v.p. 188.

⁷⁶ TORNAQUI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

(...) o juiz sofre a influência de preconceitos, tendências, espírito de casta ou de corporação e de tantos outros fatores ou estados psíquicos que o condicionam, às vezes sem que ele próprio perceba.

Entretanto, não há inconformidade com o princípio da imparcialidade tendo em vista a natureza inseparável desses fatores á personalidade de todo julgador. Para Barbosa Moreira⁷⁷, o conjunto de qualidades do juiz expressa ser

(...) o complexo dos traços que o distinguem de todos os outros seres humanos e assim lhe definem a quente e espessa singularidade. Aí se compreenderiam desde as características somáticas do magistrado – v.g. sexo, idade, cor de pele, condições de saúde física etc. – até elementos relativos ao seu background familiar, às suas convicções religiosas, filosóficas, políticas, aos conceitos (preconceitos) que tenha acerca dos mais variados assuntos, à sua vida afetiva e por aí afora.

Assim, a sentença prolatada pelo juiz transparece a sua própria consciência de acordo com a sua ideologia e o seu caráter.

As motivações presentes na decisão judicial têm sido a temática atual nos debates entre os profissionais do direito. A sentença, segundo Rui Portanova⁷⁸, apresenta a incidência de três ordens de motivação, quais sejam: a probatória, a pessoal e a ideológica. A motivação probatória refere-se a interpretação dada pelo juiz aos elementos de prova. Enquanto, a motivação pessoal está relacionada a ódios, rancores, afetos, desinteresses, simpatias e antipatias. Por outro aspecto, as motivações ideológicas são caracterizadas pela atividade de atribuir significado à ordem jurídica por intermédio de valores existentes na consciência individual do juiz.

⁷⁷ MOREIRA, Barbosa. Temas de Direito processual. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 145-146.

⁷⁸ PORTANOVA. Rui. As motivações ideológicas da sentença. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

As motivações ideológicas vêm assumindo importante papel na atividade, em decorrência da transição do direito tradicional ao novo direito voltado à realidade social.

A visão tradicionalista⁷⁹ do Direito desvincula a decisão judicial das questões sociais aplicando somente o texto legal. A atuação do juiz passa a se enquadrar em silogismos tendente a torná-la mecânica e vaga. O posicionamento tradicional fica restrito a aplicação da vontade concreta da lei transformando a sentença em pura tradução de argumentos formalmente jurídicos.

Porém, o panorama atual exige a relativização dos conceitos do direito tidos como absolutos. Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁸⁰ o juiz “não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão”.

Assim sendo, o juiz, como garantidor da justiça, deve estar voltado às necessidades do contexto social. A sociedade espera um comportamento ativo e ético do juiz condizente com o seu dever de julgar, Distante de aplicações mecânicas e decisões vagas, a crença da sociedade moderna está atrelada a um juiz sensível às questões sociais.

⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 48.

⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 266.

CAPÍTULO III – REFLEXÕES NECESSÁRIAS DO JUIZ NA FORMAÇÃO DO SEU CONVENCIMENTO

3.1 A SUBJETIVIDADE E O CONVITE À REFLEXÃO NO ATO DE JULGAR

Vários são os campos teóricos envolvidos na definição da subjetividade⁸¹. Como produto da evolução do pensamento ocidental, esteve relacionada à noção de personalidade.

O termo subjetividade, interessa na medida em que o julgador está sujeito às influências conscientes e inconscientes no momento de julgar. Para Miguel Reale⁸², o juiz “como membro da sociedade sofre uma tensão ético-psicológica dos valores sociais que incidem sobre a sua personalidade”

A Psicanálise, como discurso teórico, é responsável por explicar o funcionamento do aparelho psíquico e em especial a ação do inconsciente sobre o comportamento humano.

Sigmund Freud⁸³ formulou todo um suporte teórico a respeito do inconsciente. Ao descrevê-lo, rompe com a noção neutra da realidade defendendo a participação dos valores adquiridos pelo sujeito sobre a cognição.

⁸¹ A Sociologia, a Psicologia, a Filosofia são algumas ciências que se dedicam ao estudo da subjetividade.

⁸² Reale, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. In: NALINI, José Renato (coord.). Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.142.

⁸³ KAHN, Michael, Freud básico - Pensamentos psicanalíticos para o século XXI. 2. ed. Trad. Luiz Paulo Guanabara. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005. p. 22.

Segundo Freud⁸⁴ o psiquismo humano está dividido em consciente e inconsciente. O estado de consciência repousa na idéia de percepção. A consciência seria uma faixa sensorial localizada entre a pré-consciência e a inconsciência. Ao utilizar o termo inconsciente, Freud⁸⁵ estava se referindo aos impulsos, desejos, medos que agem de forma silenciosa sobre o comportamento humano.

Jacques Lacan⁸⁶, retomando a noção de inconsciente postulada por Freud, afirma a sua estruturação como uma linguagem. Em outras palavras⁸⁷, o inconsciente é formado uma cadeia de significantes automática que se desdobra de acordo com determinadas regras.

Para Lacan⁸⁸, o inconsciente pode ser considerado como o lugar privilegiado da subjetividade;

Muitas vezes temos a sensação de que escolhemos nossas palavras, outras vezes elas são escolhidas para nós. Talvez sejamos incapazes de pensar e expressar algo a não ser que de forma muito específica, e ocasionalmente algumas palavras irrompem e nos dão a impressão de não as termos escolhidos.

É no tropeço e nas falhas das palavras que o homem revela algo de sua subjetividade. Impossível, portanto, não reconhecer a influência de motivações inconscientes durante o ato de julgar.

Conforme, Rui Portanova⁸⁹ diversas são as motivações que atuam na elaboração da sentença sendo inconcebível ao julgador indicar todos os

⁸⁴ id.ibidem., p. 24.

⁸⁵ FINK, Bruce. O sujeito lacaniano; entre a linguagem e o gozo. Trad. Maria de Lourdes Sette Câmara. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 187.

⁸⁶ Id. ibidem. , p. 25.

⁸⁷ Id. ibidem. , p. 26.

⁸⁸ Id. ibidem. , p. 26.

fundamentos que formaram o seu convencimento. mesmo porque no julgamento há “premissas ocultas imperceptíveis”.

Desse modo, inegável a interferência de fatores inconscientes e conscientes que condicionam o juiz no momento da prolação da sentença. Essencial, portanto, reconhecer a subjetividade do magistrado como fator determinante na formação do seu convencimento.

3.2 A IMPORTÂNCIA DA SOBRE VALORES, CRENÇAS, OPINIÕES E VIRTUDES

O discurso, como prática de linguagem, serve como mediação necessária entre o homem e a realidade social. A análise do discurso⁹⁰, sendo parte integrante da Lingüística, tem por finalidade a reflexão sobre como a ideologia se manifesta na língua.

A sentença considerada como discurso jurídico em funcionamento manifesta a sua relação com a ideologia. Para Michel Pêcheux⁹¹ “não há discurso sem sujeito e não há sujeito sem ideologia: o indivíduo é interpelado em sujeito pela ideologia e é assim que a língua faz sentido”.

Processos de construção de realidade e de subjetividade integram todo ser humano. O juiz, como sujeito de linguagem, funciona pelo inconsciente e pela ideologia. Afetado pela sua inserção no social e na história, o juiz significa o próprio mundo.

⁸⁹ PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.48.

⁹⁰ ORLANDI, Eni P. Análise de Discurso. 4. ed. Campinas, São Paulo: Pontes, 2002. p.15.

⁹¹ id. ibidem. , p. 16.

Conforme o entendimento de Antônio Scarance Fernandes⁹² “o direito processual, seja ele penal ou civil, traz na sua estrutura procedimental a inserção de valores sociológicos, éticos, políticos, ideológicos”. A ideologia pode ser aceita, portanto, como sendo “o conjunto de idéias e valores de um grupo social em certo momento histórico”⁹³. Nesse mesmo sentido, está a posição de Rui Portanova⁹⁴, ao explicar que as motivações ideológicas constantes nas decisões judiciais consistem na “atividade de atribuir significado à ordem jurídica por intermédio de valores existentes na consciência individual do juiz”.

Ao decidir, o julgador utiliza a linguagem como espaço de significação deixando transparecer o seu conteúdo ideológico. Crenças, valores, opiniões, virtudes são elementos pertencentes a todo magistrado. Marcos Antônio Santos Bandeira⁹⁵, reitera a influência ideológica ao afirmar que

(...) todo ser humano carrega a sua história permeada de valores, ideologia, filosofia, visão de mundo, idiossincrasias, desejos, sentimentos, razão e emoção. Com efeito, o juiz é um ser humano, composto de carne e osso, e carrega essa tábua de valores até o final de sua vida, não podendo ser esse sujeito todo poderoso, alheio à realidade e imune às influências internas e externas (...)

Assim sendo, não há como negar a presença de valores, convicções, sentimentos no momento da realização da sentença. Como bem aponta Herkenhoff⁹⁶, citado por Rui Portanova, “o juiz sempre tem valores. Toda

⁹² FERNANDES Antônio Scarance. Processo Penal constitucional. São Paulo: revista dos tribunais, 1999. p. 13.

⁹³ id. ibidem. , p. 15.

⁹⁴ PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.30.

⁹⁵ SANTOS, Marcos Antônio Bandeira. O mito da Neutralidade do Julgador.

⁹⁶ PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 4. ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 74.

sentença é marcada por valores. O juiz tem que ter a sinceridade de reconhecer a impossibilidade de sentença neutra”.

3.3 A DIALÉTICA E AS VERDADES ESPIRITUAIS ETERNAS

No Brasil Império⁹⁷, a Igreja exercia forte influência nas decisões e atividades realizadas pelo estado. A conjugação dos interesses econômicos e religiosos era considerada comum para a época. Os documentos trazidos por Pero Vaz de Caminha, traduzem a união existente entre o trono imperial e o cristianismo.

Riolando Azzi⁹⁸, retrata as características do imperialismo no século XVI

(...) à frente do projeto de expansão luso-cristianismo estavam os monarcas portugueses, aos quais, desde meados do século XV, os papas haviam concedido o direito do padroado. Em virtude desse direito, a Santa Sé confiava aos reis de Portugal a missão de evangelizar as novas terras, estabelecendo nelas a instituição eclesiástica.

Os colonizadores portugueses tinham, então, a missão de propagar o catolicismo entre o povo indígena. Dessa forma, o século XVI, durante o imperialismo português foi marcado pela inquisição, pela restrição à liberdade religiosa e pelas agressões infligidas contra negros e índios.

Com o advento da Constituição de 1824⁹⁹, o catolicismo tornou-se a religião oficial do império Brasileiro

⁹⁷ AZZI, Riolando. A Crisandade colonial: mito e ideologia. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

⁹⁸ AZZI, Riolando. A Crisandade colonial: mito e ideologia. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2001. p.15.

Art. 5º A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casa para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do tempo.

Apesar da liberdade de crença, somente a religião católica tinha a permissão de praticar o culto público. A liberdade religiosa era muito limitada cabendo a cidadania apenas aqueles que adotavam a religião oficial do Império. Aqueles que não adotassem o catolicismo tinham seus direitos políticos limitados, não podendo ser eleitos e nem exercer cargos de deputado e senador¹⁰⁰.

Em 1889, com a promulgação da República, a edição do decreto 119-A, de 17 de janeiro de 1890¹⁰¹ estabeleceu no Brasil a separação entre Estado e Igreja

Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados Federados em matéria religiosa, consagra a liberdade de culto, extingue o padroado, e estabelece outras providências.

Assim, o decreto 119-A impôs ao Brasil o rompimento das relações travadas entre a Igreja e o Estado.

A Constituição de 1934 manteve a liberdade religiosa e o afastamento da igreja e do estado. Já, a Constituição de 1937¹⁰², por ter recebido a influência nazista retirou do seu texto constitucional à liberdade religiosa e o

⁹⁹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%24htm> – 76K>. Acesso em; 18 ago.2008.

¹⁰⁰ id. ibidem. , p. 34.

¹⁰¹BRASIL, Decreto- Lei 119-A, 17 de janeiro de 1890. Disponível em; [http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/1851-1889/D 119-Ak htm-6K>](http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/1851-1889/D%20119-Ak.htm). Acesso em; 18 ago. 2008.

¹⁰² BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%37.htm> – 151K>.

mandado de segurança. A restauração da liberdade religiosa ocorreu apenas com a Constituição de 1946¹⁰³ sendo garantida pelos textos constitucionais posteriores.

Desse modo, o Estado brasileiro pode ser considerado como laico desde o surgimento da República. Para Celso Ribeiro Bastos¹⁰⁴, estado laico significa “ neutro, leigo, ou melhor manteve-se indiferente às diferentes igrejas que podem livremente se constituir”.

A Constituição Federal brasileira de 1988¹⁰⁵, em seu artigo 19, I vedou a intervenção do Estado na formação e manutenção das instituições religiosas.

O Estado brasileiro abandona a exibição dos sentimentos religiosos ficando proibida a demonstração de preferências ou manifestações em seus órgãos públicos.

Entretanto, vários são os prédios públicos que apresentam o crucifixo em suas repartições¹⁰⁶. A posição de Roberto Arriada Lorea¹⁰⁷ é contrária ao uso de símbolos religiosos no âmbito público, como se depreende do seguinte trecho, o” Brasil é um país laico e a liberdade de crença da minoria, que não se vê representada por qualquer símbolo religioso, deve ser igualmente respeitada pelo Estado”

A utilização de crucifixos em órgãos públicos, segundo Lorea, contraria o princípio da inoivabilidade de crença. A pluralidade religiosa deve ser garantida e respeitada.

¹⁰³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%46.htm> – 84K>. Acesso em: 18 ago.2008.

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.p.178.

¹⁰⁵ BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3A7ao.htm>. 84K>. Acesso em: 18 ago.2008.

¹⁰⁶ LOREA, Roberto Arriada. O poder judiciário é laico. Folha de São Paulo, São Paulo, 24 set. 2005. Tendências e debates, p. 03.

¹⁰⁷ id.ibidem. p. 03.

Em recente decisão judicial¹⁰⁸, a polêmica em torno da laicidade do estado voltou a ser objeto de discussão. Ao fixar as condições da liberdade condicional, o juiz determinou que a condenada freqüentasse igrejas de formação cristã, afetando, com isso, a liberdade de crença. Daniel Sottomaior¹⁰⁹ criticou a determinação judicial e a ausência de declarações por parte da comunidade jurídica.

Nada disso foi feito à revelia da lei, mas sob o mais estrito procedimento jurídico. E a instituição da laicidade do Estado brasileiro, que veio junto com a República, simplesmente não mudou muito das práticas correntes.

Em um país democrático é preciso conviver com a diversidade religiosa. A liberdade de escolha deve ser preservada não devendo haver a imposição de uma religião que se crê melhor do que as outras. Para Antônio Flávio Pierucci¹¹⁰

(...) um estado laico é importante não apenas para as pessoas que não têm religião, mas principalmente para aquelas que têm religião e que, no Brasil, são cada vez mais diversificadas na definição de sua confissão, de sua adesão religiosa. Diversidade religiosa legítima, diferenciação ativa de crenças, tradições, dogmas e práticas, bem como de figuras e entidades religiosas (santos, santas, anjos, demônios, deuses, deusas), só é possível haver de forma sustentável se o Estado for laico.

Apesar da laicidade do Estado ainda causar divergências recentes, cabe ressaltar a inexistência de religião oficial no Brasil atual. O Estado laico

¹⁰⁸ SOTTOMAIOR, Daniel. Estado laico-juiz não tem poder de obrigar réu a ter religião. Consultor Jurídico. ago. 2008. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br>>. Acesso em;02 set. 2008.

¹⁰⁹ id.ibidem.

¹¹⁰ PIERUCCI, Antônio Flávio. Estado laico – Fundamentalismo e a busca da verdade. Revista do CEBRAP. Disponível em: http://www.mujeresdelsur.org.uy/documentos/estado_laico_2.pdf>. Acesso em: 10 ago.2008.

deve ter a função de preservar a democracia garantido proteção de forma igual a todas as manifestações religiosas.

3.4 A SENTENÇA DE SÓCRATES

A análise da sentença dada a Sócrates traduz o emprego do silogismo por seus julgadores¹¹¹. A conclusão da decisão concretiza o ato lógico, como se pode verificar a seguir: “É verdade indisputável que todo homem é mortal. É verdade indisputável que o senhor é um homem. Concluimos, assim, que o senhor, inevitavelmente vai morrer”.

Como pensamento lógico-dedutivo, o silogismo¹¹² é constituído por três proposições interligadas entre si como resultado de um conclusão lógica.

Desde a antiguidade, o raciocínio jurídico está fundado no silogismo. Aristóteles foi o primeiro a formular uma teoria sobre o raciocínio analítico¹¹³. Segundo Aristóteles¹¹⁴, o silogismo pode ser considerado como “um argumento em que, estabelecidas certas coisas, resulta necessariamente delas, por serem o que são, outra coisa distinta do anteriormente estabelecido”.

A argumentação lógica perfeita desenvolvida pelo pensamento aristotélico está baseado no silogismo. Nos Analíticos¹¹⁵, Aristóteles expõe os raciocínios analíticos integrantes da lógica - formal. Apesar de intensas

¹¹¹ALVES, Rubem. Os mecanismos da lei. Disponível em: <http://www.nossacasa.net/recomeco/0109html> > Acesso em: 28 ago. 2008.

¹¹²JORGE, Mário Helton. Manual Prático da Sentença Cível. 1. ed. Curitiba: JM, 1990, p. 40.

¹¹³ARISTÓTELES. Órganon. Trad. Edson Beni. Rio de Janeiro: Edipro, 2004. p.22.

¹¹⁴Id. ibidem., p. 22.

¹¹⁵Id. ibidem., p. 24.

críticas, a lógica – formal defendida por Aristóteles permaneceu inalterada durante séculos.

Porém, no século XX houve a redescoberta do raciocínio aristotélico. O filósofo, Chaim Perelmann, recuperou a dialética de Aristóteles existente nos Tópicos e na Retórica¹¹⁶. De acordo com Perelmann¹¹⁷ “na ausência de técnicas unicamente admitidas é que se impõe o recurso aos raciocínios dialéticos e retóricos, raciocínios que visam estabelecer um acordo sobre os valores e sua aplicação, quando estes são objeto de controvérsia”.

Contudo, a importância da aplicação do silogismo para a ciência jurídica aconteceu com o prestígio do positivismo jurídico. A Teoria Pura do Direito¹¹⁸ consagra Hans Kelsen como o maior representante do juspositivismo. A doutrina kelseniana limita-se a estudar as normas jurídicas sem qualquer interferência de caráter ético ou político.

Neste sentido, Paulo Dourado de Gusmão¹¹⁹ afirma que a discussão sobre os valores não integra o direito preconizado por Hans Kelsen, como se segue:

Assim, sendo a validade das normas jurídicas não depende de valores, porque uma norma jurídica só pode ter sido ditada em uma forma bem determinada, isto é, porque foi formulada, de acordo com uma regra bem determinada, ou melhor, por ter sido estabelecida segundo um método bem específico.

¹¹⁶ PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 45.

¹¹⁷ id, ibidem. , p.65.

¹¹⁸ GUSMÃO. Paulo Dourado de. Filosofia do Direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.167.

¹¹⁹ id. ibidem. , p. 48.

Para o positivismo jurídico, o juiz ao proferir uma sentença deve estar atento às normas jurídicas. As escolhas, os valores, as motivações não integram o raciocínio jurídico no momento da decisão.

O pensamento jurídico brasileiro sofreu forte influência da teoria proposta por Hans Kelsen. A teoria mecanicista do direito acarretou a separação exarcebada entre as normas jurídicas e a realidade¹²⁰.

Nesta linha, Rubem Alves¹²¹, realiza severas críticas a atividade desempenhada pelo juiz

Se os juízes fossem máquinas, computadores, seria muito simples. Bastaria colocar os dados no computador e a conclusão apareceria. O juiz estaria, assim, liberto de qualquer responsabilidade moral. Mas toda sentença implica uma responsabilidade moral do juiz. Por isso mesmo, o juiz tem de ser um sábio, um psicólogo. Mais que um técnico, ele tem de saber que a verdade está em jogo e que a sua sentença, mesmo sendo legal, poderá ser injusta.

O silogismo não é suficiente para motivar a decisão judicial. A mera aplicação da lei ao caso concreto não cumpre com o dever de motivar às decisões tornando-se distante da realidade social.

Segundo Letícia Balsamão Amorim¹²², a sentença judicial não é somente um ato cognitivo, mas também valorativo.

O uso simplista do silogismo, sem a motivação das escolhas dos juízos de valor, pode ser usado para encobrir arbitrariedade, pois é possível se chegar a qualquer conclusão, por exemplo, utilizando normas vagas e indeterminadas. Há, portanto, o perigo do uso ideológico e arbitrário do silogismo, ou seja, no uso consciente e instrumental da forma lógica com o objetivo de dar uma aparência jurídica à motivação, eliminando do próprio discurso o momento da eleição valorativa.

¹²⁰ Id. *ibidem.*, p. 168.

¹²¹ ALVES, Rubem. Os mecanismos da lei. Disponível em: < <http://www.nossacasa.net/recomeço/0109.htm> >. Acesso em: 28.ago.2008.

¹²² AMORIM, Letícia Balsamão. A insuficiência do silogismo para cumprimento do dever de motivar as decisões judiciais. Disponível em: <http://www.e-raciociniologico.com.br/>. Acesso em: 28 ago. 2008.

Desse modo, a contemporaneidade rejeita a silogística difundida por Hans Kelsen por considerá-la insuficiente e inadequada à solução das questões sociais. A sociedade moderna tem esperado cada vez mais sentenças judiciais voltadas às necessidades do contexto social e distante da aplicação mecânica da lei.

3.5 O DEBATE ENTRE A JUSTIÇA E A RAZÃO

Com o advento do iluminismo, surge nos séculos XVIII e XIX, a partir da escola de Direito Natural, o jusnaturalismo racionalista. Hugo Grócio, Pufendorf, Hobbes, Locke e Rousseau foram seus principais representantes¹²³.

O Jusnaturalismo racionalista, também denominado como abstrato ou moderno, defendia a construção de uma ordem jurídica apoiada em princípios de igualdade e liberdade aclamados como os postulados da razão e da justiça¹²⁴.

Houve a ruptura da visão de Deus como emanador de normas jurídicas. O homem, por meio da razão, passou a ter domínio sobre o conhecimento sendo capaz de colocá-lo em prática na sociedade.

Segundo José Luiz Quadros de Magalhães¹²⁵, Grócio acreditava que” a explicação de tudo é encontrada no próprio homem, na própria razão humana, nada de objetivo é levado em conta, a realidade social, a História, a razão humana se tornam uma divindade absoluta”

¹²³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Filosofia do Direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 37.

¹²⁴ id. ibidem., p.38.

¹²⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos Humanos na ordem jurídica interna. p.33.

Desde então, o direito natural tornou-se produto da razão humana. A obtenção de conhecimentos somente poderia se dada pela razão tida como o único acesso adequado e seguro.

Em 1672, Pufendorf¹²⁶, retoma os conceitos racionalistas propagando a noção social da natureza humana. Fundador do Direito internacional moderno, o jurista alemão¹²⁷, desenvolveu princípios próprios a partir de Grócio e Hobbes.

O direito natural, para Thomas Hobbes¹²⁸, era a forma pela qual o ser humano agiria para sobreviver. Segundo Hobbes¹²⁹, cada homem tinha a liberdade de usar de forma livre o próprio poder para realizar a conservação da vida e para “fazer tudo que o juízo e a razão considerem meios idôneos para a consecução desse fim”.

Portanto, acreditava na necessidade da criação de um contrato social como meio para a prevalência dos direitos naturais. O direito positivo estaria, então, garantido por meio de um poder centralizador que estabeleceria regras de convivência e pacificação¹³⁰.

Em direção ao positivismo, Locke¹³¹ defendia a elaboração de um código contendo a lei da natureza. Para Locke, a lei natural representava uma regra eterna devendo ser exigida para todos os homens. Assim, a lei natural seria equivalente à lei da razão.

¹²⁶ GUSMÃO. Paulo Dourado de. Filosofia do Direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.39.

¹²⁷ id. ibidem. , p. 39.

¹²⁸ id. ibidem. , p.39.

¹²⁹ id. ibidem. , p. 39.

¹³⁰ id. ibidem. p. 39.

¹³¹ id. ibidem. p. 40.

Em contrapartida, Rousseau¹³² ao retomar as bases da teoria do contrato social formulada por Locke, considerou o Estado como garantidor dos direitos individuais. Para o contratualismo, o Estado deveria respeitar a pessoa humana e os seus direitos inatos.

Contudo, foi com Kant¹³³ que o jusnaturalismo abstrato atingiu o seu ápice. Apesar de admitir o contratualismo, Kant acreditava que o conhecimento somente era possível a partir da interação entre a experiência e as condições formais da razão. Kant, valorizou o sujeito do conhecimento atribuindo ao jusnaturalismo maior profundidade.

Dessa forma, vários foram os pensadores que se dedicaram a refletir sobre a relação entre a justiça e a razão. O jusnaturalismo racionalista era considerada pelos seus representantes, portanto, como a melhor maneira de instaurar uma ordem jurídica pautada pelos princípios da liberdade e da igualdade.

3.6 A PENA E O RENASCIMENTO DA CONSCIÊNCIA

Em 399 a. C., Sócrates foi acusado de corromper a juventude, de difundir idéias contrárias à religião tradicional e introduzir novas divindades. A pena referida pelo ato de acusação era a morte¹³⁴.

Sócrates, como portador da verdade, tinha o propósito de desencadear o autoconhecimento. Investigava os fundamentos da conduta humana pela

¹³² id. *ibidem.*, p. 40.

¹³³ id. *ibidem.* p. 40.

¹³⁴ DORION, Louis – André. *Compreender Sócrates*. Trad. Lúcia M. Endlich Orth. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p.14.

prática da refutação. A dialética socrática, buscava favorecer o conhecimento de si mesmo e, como consequência, a sabedoria¹³⁵.

Os pontos de acusação¹³⁶, lançados na ação criminal pública revelaram não apenas o caráter político do processo, mas também representava o receio da subversão ateniense.

Em virtude da insistência de Sócrates¹³⁷, preferindo a multa irrisória ao exílio, foi condenado por conseguinte, a ingerir cicuta. Por conveniências pessoais e políticas, Sócrates recebeu de seus julgadores a sentença de morte. A decisão, portanto, foi guiada por interesses e razões políticas.

Ao contrário, as decisões judiciais atuais são o resultado de um procedimento que vincula o juiz. O acesso do juiz aos fatos, deve decorrer do meio de provas e a sentença deve apresentar os motivos que formaram o convencimento do julgador. Na atualidade, a sociedade vem exigindo decisões amparadas pela ética como forma de alcançar a justiça.

Ao morrer, Sócrates faz renascer a consciência ética promovendo a reflexão sobre a capacidade do ser humano melhorar em suas ações.

Assim sendo, a Ética transmitida por Sócrates pode ser um lugar onde o juiz possa se sentir encorajado, animado e reconfortado. É por meio da postura ética que é possível ao juiz atingir a justiça, a honestidade e a verdade tão reclamada pela sociedade moderna.

3.7 A IMORTALIDADE DO LEGADO

¹³⁵ id. ibidem. p. 46.

¹³⁶ PLATÃO. Vida e Obra. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p.61.

¹³⁷ id. ibidem. p. 61.

Como homem, Sócrates estava sujeito a um duplo dilema, ou seja, a busca incessante de respostas sobre o sentido de sua existência e o incômodo em lidar com a finitude da vida¹³⁸.

O binômio vida/morte integra todo pensamento humano. Enquanto, quebra da harmonia da vida a morte aparece como inanimável. Para Lacan¹³⁹ é na insuficiência das palavras que “o homem procura por meio dos mitos e das manifestações poéticas, literárias, musicais, enfrentar o que lhe é inacessível”.

Nos diálogos mantidos com Fédon, Sócrates elege o mito como modo de compreender a própria morte¹⁴⁰.

Ademais, não existe ocupação mais conveniente a um homem que deixará este mundo em tão breve tempo do que analisar bem e tentar conhecer a fundo o que significa precisamente esta viagem e expor por intermédio de um mito o que nos parece ser. O que de melhor poderíamos dizer até o pôr - do sol?

Conforme Maria Rita de Oliveira Guimarães¹⁴¹, os mitos comparecem, “na tentativa de restaurar essa distância posta pela espessura da língua, entre a palavra, entre o homem e sua palavra e a coisa”. Assim, para Sócrates, o mito serve a falha do saber como forma de conferir significações e valor à sua existência.

Desse modo, ao ingerir cicuta, Sócrates morre com o intuito de ingressar no mundo da imortalidade. A morte conferida a Sócrates não foi capaz de extinguir o que há de mais primordial em um ser humano, o seu

¹³⁸ GUIMARÃES, Maria Rita de Oliveira. O real da Morte. Disponível em; < <http://www>.

¹³⁹ MILLER, Jacques-Alain. Lacan Elucidado: Palestras no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.p. 248

¹⁴⁰ PLATÃO. Vida e Obra. In: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural 2000. P. 122.

¹⁴¹ Id. ibidem. , p. 03.

nome. É por intermédio do seu nome que todos têm a oportunidade de conhecer até os dias atuais o legado composto pelas suas idéias filosóficas.

3.8 A CONSCIÊNCIA DO JULGADOR NA ATUALIDADE E A CORRELAÇÃO COM O PENSAMENTO SOCRÁTICO

Sócrates foi o primeiro filósofo a refletir sobre as questões humanas. Consagrou sua vida à descoberta do conhecimento e do saber¹⁴².

Ao contrário dos filósofos pré-socráticos, sempre procurou discutir temas relacionados ao interesse prático das pessoas, como ocorria com as indagações em torno dos conceitos de justiça¹⁴³.

A busca pela sabedoria era entendida por Sócrates como sendo a sua maneira de ser. Na visão socrática, a capacidade de conhecer retratava o principal elemento constitutivo do ser humano¹⁴⁴.

O saber, para a concepção de Sócrates, era “condição da ação e de vislumbrar a justiça. Virtude que consistia em agir na medida da competência e do saber de cada um”. Segundo, Paulo Dourado de Gusmão¹⁴⁵, essa idéia fornece ao direito apenas um aspecto parcial da justiça.

(...) válida em um mundo em que o saber desempenha papel relevante. Ordem e harmonia sociais são metas da justiça. Mas, qual ordem justa ou como é possível a harmonia social? Eis, aí uma questão fundamental que só parcialmente soluciona a ‘regra de ouro’ socrática.

¹⁴² DORION, Louis-André. Compreender Sócrates. Trad. Lúcia M. Endlich Orth. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2006.p. 07.

¹⁴³ id.ibidem. , p. 12.

¹⁴⁴ CARVALHO, Olavo de. O Projeto Socrático – Aula 2. São Paulo: Realizações, 2006. p. 10-12.

¹⁴⁵ GUSMÃO. Paulo Dourado de. Filosofia do Direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008. p. 89.

Apesar das investigações socráticas, apenas inaugurarem o debate a respeito da justiça, sem atingir uma conclusão, fica aberta a possibilidade para que outros pensadores possam prosseguir com as indagações.

No entanto, a contribuição dada por Sócrates ao direito, não está relacionada somente aos temas filosóficos, mas está voltada a sua posição subjetiva como referência ética.

O apego às normas técnico-formais, a demora na resolução dos conflitos de interesses, as conveniências políticas traduzem a atual crise enfrentada pelo Poder Judiciário. O formalismo exagerado tem sustentado os magistrados em situações contrárias à ética e a justiça. Dalmo de Abreu Dallari¹⁴⁶ defende a necessidade de uma reforma de mentalidade no sistema judiciário brasileiro.

(...) a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira jurídica, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a participação no jogo político – partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social.

A postura formalista e indiferente de determinados juízes tem contribuído para acentuar ainda mais o caos social. Conforme, José Renato Nalini¹⁴⁷, a consciência ética é fundamental para o juiz brasileiro preocupado com o presente e o futuro das relações sociais. Desse modo, a formação ética é necessária a todo julgador comprometido com a sua atividade que

¹⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3.ed. São Paulo; 2007, p. 87.

¹⁴⁷ NALINI, José Renato. A rebelião da toga. 2. ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2008. p. 163

procura adequada qualificação para enfrentar os complexos problemas sociais.

3.9 OS EMBATES DE CONSCIÊNCIAS E A EXPECTATIVA SOCIAL

O avanço tecnológico, a agilidade das relações sociais, as disparidades sócio – econômicas tem contribuído para repensar sobre o comportamento do juiz na busca pela decisão justa.

Cada vez mais, a imprensa tem criticado a inércia e o conservadorismo do poder Judiciário. Como consequência, a sociedade brasileira vem exigindo uma atuação judicial responsável e adequada.

Conciliar o intenso volume de processos com as expectativas sociais tem sido a tarefa diária do juiz contemporâneo. Afastada a idéia de concretização da justiça pela aplicação do dispositivo legal, cabe ao juiz brasileiro, sensível às mazelas humanas, a incumbência de encontrar a realização do justo por meio de um envolvimento ético.

Neste sentido, José Renato Nalini¹⁴⁸, aposta na consciência ética, como fundamental a vida prática de todo juiz brasileiro.

Juiz comprometido eticamente com a missão a ele outorgada pela nacionalidade não precisa de comandos normativos, nem de mandamentos, nem de recados, menos ainda de admoestações. O melhor corregedor para o juiz é uma consciência ética. Consciência eticamente afinada com os valores sem os quais não haverá estado de Direito, nem harmonia, nem democracia, nem vida digna de ser vivida.

¹⁴⁸ NALINI, José Renato. A Rebelião da Toga. 2.ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2008. p. 231.

As exigências sociais, o acúmulo de trabalho, os desafios do cotidiano não devem transformar o magistrado em um simples aplicador do texto legal. Ao contrário, o momento deve ser encarado como propício a reflexão e a revisão da sua conduta perante a realidade social.

Como bem aponta Clayton Reis¹⁴⁹, o juiz deve

(...) estar consciente, não submisso, nem agriolhado às algemas do passado, não arrogante, sensível e capaz de assimilar através da expressão da sua grandeza espiritual, a missão de julgar. E, neste sentido, decidir as questões submetidas à sua apreciação conforme os ditames de sua consciência e da ordem jurídica interpretada à luz dos conhecimentos universais que regem a harmonia cósmica.

A atuação judicial atenta e preocupada com as questões sociais representa o anseio da sociedade brasileira. Integrar a comunidade, discutir os impasses, conhecer os problemas promove a aproximação do juiz com a população.

O juiz, como ser humano, imerso no ambiente social tem a função de romper com o formalismo resgatando a dignidade e a identidade de seu trabalho.

Em conformidade com esse entendimento, está a posição de José Renato Nalini¹⁵⁰

Esse é o juiz reclamado por uma sociedade que ainda valoriza a Justiça: conectado com o povo, convicto de titularizar a função de decidir controvérsias à luz do Direito, suficientemente forte para suportar às pressões e para desimcubir-se do compromisso para com a Constituição de sua Pátria, pois esta deve refletir a vontade do povo único titular da soberania.

¹⁴⁹ REIS, Clayton. A linguagem no Julgamento em face do pensamento espirita. In: IV Encontro da ABRAME. Salvador. out.2007.

¹⁵⁰ id. ibidem. , p. 336.

Dessa forma, atender às expectativas sociais significa prosseguir no compromisso ético rumo a uma atividade vinculada à realização do justo. Apesar da excessiva carga de processos é indispensável ao juiz manter o interesse e a discussão em torno das deficiências do sistema judiciário e das insuficiências do meio social como forma de garantir a efetividade de suas decisões frente ao panorama social.

CAPÍTULO IV – A ESTRUTURA TÉCNICA DA SENTENÇA

4.1 A DECISÃO ALÉM DA AMOLDAÇÃO DO FATO À NORMA

A dogmática tradicional¹⁵¹ trata a sentença como um silogismo. Na formação da decisão, o juiz procura interligar as premissas relativas as situações de fato e as regras do direito com o intuito de atingir uma conclusão lógica.

O interesse juspositivista está no julgamento restrito às regras jurídicas. A lógica formal, desse modo, impede a análise das interferências sociais, econômicas, políticas e ideológicas no ato de julgar. O uso simplista da operação silogística inviabiliza uma decisão judicial condizente com o contexto social. O excessivo tecnicismo conduz a idéia de um direito reducionista, preocupado apenas com o fim do processo.

A sentença, na concepção tradicional, não é aceita como ato complexo, mas como puro exercício mecânico de aplicação da lei. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior¹⁵², considera a decisão judicial como um ato de inteligência e lógica

O caráter de ato de vontade contido na sentença, de par com o ato de inteligência ou razão, decorre da premissa maior utilizada pelo julgador para chegar a decisão. Se aquela é a lei ou a regra jurídica, a decisão (sentença) nada mais é do que a sua concretização, aplicação à espécie.

¹⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1v. p.543.

¹⁵² id.ibidem. , p. 544

Por equívoco, a tarefa do julgador é reduzida a uma atividade automática de aplicação da lei ou da jurisprudência dominante ao caso concreto.

Em contrapartida, têm surgido no Brasil movimentos doutrinários tendentes a superar os postulados clássicos do Direito¹⁵³. A crise do Poder Judiciário, a violação dos direitos humanos, a reação das classes populares tem contribuído para uma reformulação da atividade julgadora.

O objetivo das decisões judiciais deve ser a construção da justiça cabendo ao julgador o papel de exercer sua atividade de acordo com as necessidades sociais. O saber do juiz deve ser estar aberto a garantia da justiça devendo, para tanto, se afastar da aplicação irrefletida do texto legal.

Assim sendo, o modo de julgar não deve estar atrelado ao simples cumprimento da lei, mas a busca pela justiça de acordo com a realidade social.

4.2 A RESPONSABILIDADE DO JULGADOR PELA DECISÃO

O Supremo Tribunal Federal estabelece que o Estado não responde pelos atos do Poder Judiciário, exceto nos casos declarados em lei¹⁵⁴.

A responsabilidade pessoal do magistrado ocorre, quando no exercício de suas funções, agiu com dolo ou fraude e, ainda quando sem justo motivo, recusou, omitiu ou retardou medidas que deveria ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Tais hipóteses, estão previstas no artigo 133, I e II do

¹⁵³ PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.

¹⁵⁴ CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 282.

Código de Processo Civil e artigo 49 da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979.

Cabe a parte prejudicada, o direito de acionar o Estado ou o próprio magistrado pelos danos causados em virtude de atitude dolosa ou culposa, em caso de negligência do juiz no exercício de suas funções.

Nesse sentido, está a orientação dada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵⁵

Verificado o procedimento faltoso do magistrado, de acordo com as hipóteses previstas no CPC 133, deverá indenizar os prejuízos que sua atitude causar à parte ou interessado. A este cabe o direito de ajuizar demanda reparatoria autônoma, em face do Poder Público (CF 37, parágrafo 6º) ou do próprio magistrado (CPC, art. 300, VI).

O artigo 37, parágrafo 6º, segunda parte, da Constituição Federal¹⁵⁶ dispõe sobre a possibilidade do Poder Público, em ação regressiva, reaver a indenização paga, porém, somente contra o magistrado causador do dano que tenha agido com dolo ou fraude.

No que respeita aos danos decorrentes da negligência judiciária, ou do mau funcionamento da Justiça, o Estado tem responsabilidade pelos prejuízos ocorridos pela atividade judiciária.

Para Sérgio Cavalieri Filho¹⁵⁷, é cabível a responsabilidade do Estado no caso de danos oriundos do serviço judiciário.

Por seu turno, o serviço judiciário defeituoso, mal-organizado, sem os instrumentos materiais e humanos adequados, pode, igualmente, tornar

¹⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade

¹⁵⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

¹⁵⁷ id. ibidem. , p. 284.

inútil a prestação jurisdicional e acarretar graves prejuízos aos jurisdicionados pela excessiva morosidade na tramitação do processo,

Assim, sendo a prestação da justiça considerada como um serviço público essencial, o Poder Público tem responsabilidade pelos danos decorrentes da atividade judiciária.

Com relação aos erros judiciais, o Estado somente pode ser responsabilizado nas hipóteses expressas no artigo 5º, LXXV da Constituição Federal¹⁵⁸. Para Cavalieri¹⁵⁹, o juiz, ao decidir, está sujeito a cometer erros de julgamento e raciocínio ou erros de fato e de direito. Segundo o autor, erro judiciário deve ser entendido como “ ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil; ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial)¹⁶⁰”.

Como forma de evitar ou corrigir os erros judiciais, a legislação prevê a possibilidade da utilização dos recursos. A parte prejudicada pode se valer dos procedimentos recursais para revisar decisões judiciais injustas ou equivocadas.

Assim, não é qualquer erro judicial que irá gerar a responsabilidade do poder Público. Segundo Sérgio Cavalieri Filho,

Nem sempre é tarefa fácil identificar o erro, porque para configurá-lo não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, como, por exemplo, condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má – fé.

¹⁵⁸ Art 5º, LXXV

¹⁵⁹ id. ibidem. , p. 280.

¹⁶⁰ id. ibide., p. 281.

Contudo, é preciso assinalar ainda a responsabilidade moral do julgador ao proferir a sentença. Como salienta Clayton Reis, “os piores julgados são exatamente aqueles que aplicam o texto frio da lei, não obstante o fundamento axiológico que as nutre e vivifica”. A atuação do juiz deve estar distanciada da aplicação automática do dispositivo legal visando a busca da verdadeira justiça. A sociedade brasileira, desse modo, almeja um juiz consciente de seu papel social capaz de se sentir responsabilizado pela sua atividade funcional e em especial pela decisão que irá prolatar.

4.3 A DECISÃO CONSIDERADA JUSTA

O Poder Judiciário é o símbolo da justiça para o povo¹⁶¹. O juiz, como agente político do Estado, deve estar atento ao panorama social visando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas.

Porém, por diversos motivos, a maioria das decisões judiciais têm revelado preocupação excessiva com as formalidades processuais.

Ao desenvolver a atividade julgadora, os juízes desvendam a utilização de dispositivo legal sem a necessária reflexão sobre a sua adequação ao caso concreto.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari¹⁶² questiona a contundente posição formalista dos juízes

Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é ‘escravo da lei’. E com isso fica em paz com a sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões.

¹⁶¹ A expressão é utilizada por Dalmo de Abreu Dallari, em O poder dos juízes.

¹⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2007. p.84.

A discussão sobre a legalidade, a adesão a melhor lei ou jurisprudência dominante, o apego à forma e aos procedimentos afastam a idéia de justiça das sentenças judiciais.

O sistema judiciário brasileiro foi influenciado pelas noções positivistas desenvolvidas pelo teórico Hans Kelsen. Ao formular a teoria pura do direito, Kelsen pretendia reduzir o pensamento jurídico à observância de um conjunto de normas eliminando todas as interferências filosóficas e sociais¹⁶³.

Apesar da versão kelseniana do direito atingir o ápice no século dezenove, ainda hoje é comum a sua utilização por muitos magistrados e profissionais do Direito.

Assim, o juiz agindo como um aplicador da lei mantém ignorado o seu papel social contrariando a ética, a justiça e a democracia. Rui Portanova¹⁶⁴, afirma que a função do julgador está além da mera aplicação da lei vigente; “o juiz é bem mais do que o intermediário entre o texto e a realidade, deve ser um buscador do justo, logo não podendo furtar-se de uma busca de justiça’.

Para Clayton Reis¹⁶⁵, “todo magistrado deve almejar que sua decisão seja o ponto de encontro com a justiça plena – a satisfação completa pretendida pelas partes em conflito”.

Longe dos postulados do positivismo jurídico, o juiz compromissado com a sua atividade de julgar torna-se próximo das questões sociais viabilizando decisões justas e efetivas entre as partes.

¹⁶³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Filosofia do Direito. 9.ed.Rio de Janeiro: Saraiva, 2008. p.167.

¹⁶⁴ PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 125.

¹⁶⁵ REIS, Clayton. A linguagem no julgamento em face do pensamento espírita. In: IV Encontro da ABRAME. Salvador:out.2007.

Ao juiz, não basta ter o domínio pleno da ciência jurídica, entretanto é necessário estar disposto a escutar os problemas humanos intervindo com atenção, dedicação e sensibilidade.

Nesse sentido, segue a postura defendida por Dalmo de Abreu Dallari que referindo-se a formação do magistrado explica a importância da sensibilidade associada ao preparo intelectual.

(...) deve-se cuidar para que ingressem na magistratura pessoas bem capacitadas tecnicamente, mas que sejam também dotadas de conhecimentos e de sensibilidade para avaliar os comportamentos humanos e, mais ainda, que tenham equilíbrio psicológico e firmeza ética.

A reconstrução da imagem do juiz está relacionada, portanto a uma participação ativa e sensível nas práticas sociais. Assim agindo, o juiz promove a democracia, a transformação social e a justiça.

4.4 O ENQUADRAMENTO DA DECISÃO ENTRE A LEI E A EMOÇÃO DO JULGADOR

A linguagem é o marco divisório entre os homens e os animais. A capacidade de significar as próprias experiências é inerente ao ser humano. Todo discurso falado ou escrito é atravessado pelo sentido.

Julgar é ato humano. Ao decidir, o juiz transparece o seu modo de ser e pensar por meio da linguagem. Para bem desimcumbir a tarefa de julgar, o magistrado deve associar a racionalidade com a sensibilidade.

Nessa linha de raciocínio segue José Renato Nalini¹⁶⁶ ao defender o equilíbrio entre a razão e a emoção no ato de julgar.

(...) já não satisfaz o apego à racionalidade formal, nem se haverá de somente julgar sob impulso das sensações. Impõe-se reconhecer a influência dos fatores desvinculados da razão no processo de formação da vontade judicial. Para isso, aprender a dominá-los, exercer o autoconhecimento e administrar suas deficiências mostra-se essencial ao juiz moderno.

No processo de formação da sentença, o juiz sofre a influência dos efeitos gerados pelas emoções, pelos impulsos, pelos preconceitos e pelas percepções da vida.

Enrique Dussel¹⁶⁷, citado por Artur César de Souza, explica que

ninguém surge do acaso ou aparece por geração espontânea. Todo homem, mesmo o mais simples camponês ou o mais humilde trabalhador urbano tem história. É fruto de uma herança genética, de um contexto sócio – político – econômico - cultural e de uma opção pessoal assumida e trabalhada há anos. O resultado de tudo isso é o homem em sua concretude.

Portanto, é necessário reconhecer a presença dos sentimentos na elaboração da decisão judicial. A identificação da interferência dos fatores emocionais propicia o autoconhecimento e evita julgamentos tomados pelos sentimentos. Segundo José Renato Nalini¹⁶⁸, aprofundar-se em si mesmo é importante já que permite ao juiz conhecer as suas fraquezas e deficiências, e com isso ele possa realizar julgamentos mais adequados.

¹⁶⁶ NALINI, José Renato. A Rebelião da Toga. 2.ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2008. p.156.

¹⁶⁷ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz.p. 235.

¹⁶⁸ id.ibidem. , p.345.

A existência humana confere aos homens a possibilidade de serem desiguais nos aspectos físico, intelectual e moral. Como homem, o juiz está marcado pelas representações simbólicas construídas ao longo de sua trajetória de vida. Os acontecimentos do mundo exterior causam reações internas diferentes em cada julgador.

Conforme, Artur César de Souza¹⁶⁹, no momento de julgar, os juízes não escapam a sua lógica, a sua emoção, o seu senso jurídico e aos seus conhecimentos históricos.

(...) não se pode duvidar que, ao ser efetuada por um homem, adquire características subjetivas e pessoais, sofrendo o raciocínio judicial a influência do inconsciente, como o sentimento do direito, a visão do aspecto humano por cima do jurídico, as convicções éticas e as tendências políticas as pressões sentimentais, a consciência de classe e a função, entre outras.

Assim sendo, impulsos, emoções, instintos, preferências são fatores que irão se manifestar durante o ato de julgar independente da vontade do julgador. Mesmo quando o juiz acredita estar motivado por critérios racionais, a carga emocional contida no consciente e inconsciente irá aparecer durante o momento da formação de sua convicção.

¹⁶⁹ id. ibidem p. 141.

4.5 OS CASOS DE REPERCUSSÃO DECIDIDO PELOS TRIBUNAIS – ESCOLA BASE E CIDADÃO QUE PERMANECEU PRESO POR 13 ANOS SEM PROCESSO

Os casos a seguir expostos refletem a mudança dos julgadores em direção a uma atividade relacionada à realização da justiça demonstrando em suas decisões o real comprometimento com a dignidade da pessoa humana e com a democracia.

RECURSO ESPECIAL Nº 351-779-SP (2001/O112777-9)

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO FRANCIULLI NETTO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. ATO PRATICADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. DIVULGAÇÃO TEMERÁRIA DA PRÁTICA DE ABUSO SEXUAL CONTRA ALUNOS DA ESCOLA DE BASE. NOTÍCIA POSTERIORMENTE DESMENTIDA. AUMENTO DO VALOR FIXADO PELA CORTE DE ORIGEM. POSSIBILIDADE DE REVISÃO POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RECURSO ESPECIAL Nº 802. 435 – PE (2005/0202982-0)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (27/09/1985 A 25/08/1998) Á MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO Á DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

5. CONCLUSÃO

A morte de Sócrates representa o comprometimento com a verdade. A determinação e a coragem mantida diante da Assembléia ateniense, transforma Sócrates em um referencial ético. Como fundador da consciência ética, ingressa na imortalidade sendo reconhecido e lembrado por sua recusa em abandonar as suas próprias idéias.

O progresso tecnológico, a globalização, a rapidez na troca de informação convive de modo paradoxal com a degradação e a miserabilidade humana. Ao mesmo tempo em que se assiste a evolução científica, a humanidade passa por um processo de acentuado caos social. As desigualdades sociais, econômicas e culturais tornaram-se cada vez mais marcantes tendo como consequência o aumento de demandas dirigidas ao Poder Judiciário.

A sobrecarga de trabalho associada ao emprego irrefletido da lei tem causado o descrédito da sociedade em relação à imagem do juiz. As decisões judiciais, amparadas pelo modelo positivista, vêm favorecendo os interesses político-partidários acobertando injustiças e impunidades. A convivência com as estruturas políticas geram a manutenção de sistemas de governo preocupados apenas em assegurar a supremacia das classes sociais dominantes.

A par disso, o juiz distante da justiça e do direito, aceita com tolerância a intromissão das estruturas políticas e sociais em suas decisões contribuindo para que ocorra a renúncia à independência jurídica e a imparcialidade. Distante da justiça o juiz sustenta as conveniências políticas e pessoais não

assumindo a função de zelar pelos interesses da sociedade deixando de promover a democracia e a justiça social.

Por outro lado, têm surgido juízes preocupados em reconstruir a credibilidade do seu trabalho por meio de uma participação ativa e sensível nas práticas sociais. O resgate da ética na atividade diária do julgador é capaz de aniquilar com a predominância das influências dos grupos sociais dominantes.

O julgador comprometido com a ética assume a responsabilidade por modificar o panorama social velando por decisões mais próximas da justiça que venham a atender às expectativas sociais. O juiz consciente passa a lutar por manter a liberdade em formar o seu convencimento e a garantir a sua imparcialidade como forma de instituir no seu exercício funcional a efetividade, o respeito e a eficiência.

A verdadeira transformação rumo à justiça e a equidade está na dependência de uma reforma de mentalidade do sistema judiciário brasileiro. A conversão da perspectiva positivista por uma postura inspirada em um compromisso com a ética e com a justiça confere ao magistrado a possibilidade de propiciar julgamentos condizentes com a realidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rubem. **Os mecanismos da lei**. Disponível em: <http://www.nossacassa.net/recomeço/0109.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2008.

AMORIM, Letícia Balsamão. **A insuficiência do silogismo para cumprimento do dever de motivar as decisões judiciais**. 07jun. 2008. Disponível em: http://www.e-raciniologico.com.br/index.php?option=com_remository&itemid=62&func=fileinfo&id=85>. Acesso em: 28 ago. 2008.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: SEMANA DOS MAGISTRADOS, 2007, Salvador. Tribunal de Justiça da Bahia: Associação dos Magistrados da Bahia, 2007.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A parcialidade dos juízes**. Campinas, São Paulo: Edicamp, 2008.

ARISTÓTELES. **Organon**. Trad. Edson Beni. Rio de Janeiro: Edipro, 2004.

AZZI, Riolando. **A Cristandade colonial: mito e ideologia**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 193**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%37.htm – 151K >. Acesso em: 18 ago de 2008.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/contituicao/constitui%46.htm> – 84K >. Acesso em: 18 ago.2008.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/contituicao/constitui%C3%A7ao.htm>> Acesso em: 18 ago.2008.

BRAZIL, **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/contituicao/constitui%24.htm> – 76K >. Acesso em: 18 ago.2008.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 119-A, de 17 de janeiro de 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1889/D119-A.htm – 6k->Acesso em: 18 ago. 2008.

BRASIL, **Lei complementar nº 35 de 14 de março de 1979**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1889/D119-A.htm – 6k-> Acesso em: 06 ago.2008.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Trad. Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional, 1943.

CARVALHO, Olavo de. **Projeto Socrático – Aula 2**. São Paulo: Realizações, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COUTINHO, Jacinto Miranda de. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Ética do Juiz**. In: SEMINÁRIO 'ÉTICA E JUSTIÇA', 2002, Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 3v.

DORION, Louis-André. **Compreender Sócrates**. Trad. Lúcia M. Endlich Orth. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FINK, Bruce. **O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo**. Trad. Maria de Lourdes Sette Câmara. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Maria Rita de Oliveira. **O real da morte**. Disponível em: [http; // www.ebp.org.br](http://www.ebp.org.br)>. Acesso em 13 set.2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JORGE, Mário Helton. **Manual Prático de Sentença Cível**. Curitiba: JM, 1990.

KAHN, Michael. **Freud básico – Pensamentos psicanalíticos para o século XXI**. Trad. Luiz Paulo Guanabara. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOREA, Roberto Arriada. **O Poder Judiciário é laico**. Folha de São Paulo, São Paulo, 24. set. 2005. Tendências e Debates.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos na ordem jurídica interna**. 1. ed. Belo Horizonte: Interlivros de Minas Gerais, 1992.

MILLER, Jacques Alain. **Lacan Elucidado – Palestras no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

MIRANDA, Amarildo Alcino de. **Imparcialidade ou Parcialidade do juiz no modelo acusatório**. maio. 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

MOTA, Silvia. **Princípio da justiça e direito no mundo contemporâneo**. ago. 2007. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2008.

MOREIRA, Barbosa. **Temas de direito processual**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. et al. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ORLANDI, Eni P. **Análise de Discurso**. 4. ed. Campinas, São Paulo: Pontes, 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Estado Laico – Fundamentalismo e a busca da verdade**. Revista Novos Estudos do CEBRAP. Disponível em: http://www.mujeresdelsur.org.uy/documentos/estado_laico_2.pdf>. Acesso em: 10 ago 2008.

PORTANOVA, Ruy. **Motivações Ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PLATÃO. **Vida e Obra**. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

REALE, Miguel. **A ética do juiz na cultura contemporânea**. In: NALINI, José Renato (Coord.). Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REIS, Clayton. **A linguagem no Julgamento em face do pensamento espírita**. In: IV ENCONTRO DA ABRAME, 4., 2007, Salvador. p.1-7.

SANCTIS, Fausto de. **'Pediram que eu voltasse atrás'**. São Paulo, 2008. Época, São Paulo, n. 541, p. 60-62, 29 set. 2008. Entrevista concedida para Wálter Nunes.

SANTOS, Marco Antônio Bandeira. **O mito da neutralidade do julgador**. 29 julh. 2008 Disponível em: <http://www.amab.com.br/amab2006/artigos.php?fazer=det&cod=160-18k> >. Acesso em: 28 ago.2008.

SOTTOMAIOR, Daniel. **Estado laico – Juiz não tem poder de obrigar réu a ter religião**. ago.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br> >. Acesso em: 02 set. 2008.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TORNAQUI, Hélio. **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1.v.

