

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO:
uma reconstrução possível?**

**Diogo Henrique Dias Silva
Thiago Gomes Coelho**

RESUMO

O presente artigo versa sobre o conceito e a abrangência da imparcialidade do juiz, mediante uma exposição de uma evolução histórica dos denominados paradigmas constitucionais para depois dissertar sobre a atuação do juiz em cada um deles. Primeiramente, demonstra-se como foi desenvolvida a idéia de imparcialidade do juiz no Estado Liberal do século XIX, atrelando tal paradigma constitucional ao Princípio da segurança jurídica. Em seguida, busca-se dissertar acerca do denominado Estado Social, alternativa trazida após a crise do Liberalismo. Nesse passo, apresenta-se a atuação do Juiz naquele novo contexto, onde surgem importantes Teorias do Processo, que priorizam o princípio da Verdade Real em contraposição à Segurança Jurídica. Ao final, debate-se o ponto central do texto: a atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito, por via da qual se demonstra que não há incompatibilidade entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e uma concepção reconstruída da imparcialidade do juiz.

Palavras-Chaves: Estado Democrático de Direito; Imparcialidade do Juiz; Segurança Jurídica; Processo Constitucional; Teoria Neo-institucionalista.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do conceito de imparcialidade do juiz é imprescindível, tendo em vista o debate acirrado existente no plano acadêmico a respeito do tema e suas implicações na aplicação do direito.

Não obstante o advento da Constituição da República de 1988, instituidora da proposta de um Estado Democrático de Direito, em que há previsão de princípios institutivos do processo, parte da doutrina ainda insiste na tese de que se deve atribuir livre arbítrio e discricionariedade ao juiz, em oposição à concepção clássica da imparcialidade.

Adeptos da Teoria da Relação Jurídica e da Instrumentalista, baseados no conceito de Jurisdição como fenômeno criador do direito, tais doutrinadores defendem um voluntarismo jurisdicionalista, surgido no século passado, no contexto de um Estado Social:

O operador jurídico, por sua vez, tem o dever de imbuir-se da mentalidade instrumentalista, já que falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, como diz Dinamarco, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. (MARINONI, 2000, p. 27)

Como contraponto a este entendimento, tem-se, justamente, a defesa da imparcialidade do juiz para evitar decisões arbitrárias em prol do princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, disserta Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

[...] a segurança tem a ver com os destinatários das normas. É preciso encontrar critérios para uma decidibilidade uniforme para todos os sujeitos. Princípios como o da igualdade de todos perante a lei garantem a segurança. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 142)

A necessidade da imparcialidade do juiz, a princípio, é fundamental. A discussão mais importante, entretanto, é especificamente quanto ao conceito desse pressuposto.

Talvez, a insistência de alguns juristas em defender a discricionariedade do juiz seja exatamente pelo fato de que possuem uma percepção errônea do que significa imparcialidade, porque, para tais autores, a compreensão dessa imparcialidade estaria ainda adstrita a uma qualidade atribuída ao magistrado de se desprender de seus pré-conceitos no momento de decisão.

Ora, realmente sustentar que qualquer indivíduo, ainda que seja um juiz, possa abstrair-se e deixar de ser um indivíduo social, sem compreensões prévias, é difícil.

No entanto, permitir a discricionariedade do juiz, tal como defendem os adeptos da Teoria da Relação de Jurídica e da Teoria Instrumentalista do processo, também não é uma boa escolha, conforme demonstraremos.

Assim, ante a inviabilidade do conceito tradicional de imparcialidade, a discussão acerca do tema se torna necessária.

Para realização desse debate, é preciso que alguns pontos sejam elucidados.

É necessário entender o que são os paradigmas constitucionais e quais os seus entendimentos com relação à atuação do juiz no processo.

Nesse sentido, o professor Marcelo de Andrade Cattoni demonstra o quão importante é o estudo dos paradigmas na análise de uma Teoria ou de um conceito jurídico. Por isso afirma que

Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundos da vida compartilhados, que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parêntesis, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; ‘paradigmas’, ‘mundos da vida’ compartilhados são condições para a interpretação, são condições para a linguagem. (OLIVEIRA, 1998, p. 132)

A partir dessa perspectiva, sendo possível afirmar que o discurso da segurança jurídica foi adotado pelo Estado Liberal e que a idéia de um juiz com discricionariedade pelo Estado Social, insta verificar como a imparcialidade do juiz, inserida no âmbito desses dois discursos, pode ser reconstruída a partir do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a análise acerca da atuação do juiz no contexto do Estado Democrático de Direito exige que se tenha como referência uma Teoria do Processo adequada a tal paradigma. Por isso, a presente pesquisa, que deu origem a este artigo, tem como marco teórico a Teoria Neo-Institucionalista do Processo do Professor Rosemiro Pereira Leal.

2 SOBRE OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

No estudo dos conceitos jurídicos é imprescindível a análise do contexto histórico em que foram criados, tendo em vista a influência de diversos fatores externos na formulação de entendimentos doutrinários.

A existência de proximidades entre as teorias e idéias surgidas em um mesmo contexto dá origem ao que se chama de paradigma.

Thomas Kuhn assim dispõe sobre o conceito de paradigma:

“Com a escolha do termo [paradigma] pretendo sugerir que alguns exemplos aceitos na prática científica real – exemplos que incluem, ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação- proporcionam modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica.” (KUHN, 1998, p. 30)

Neste capítulo, far-se-á uma breve análise dos paradigmas constitucionais para que, posteriormente, se torne mais claro o posicionamento da doutrina com relação à atuação do juiz no processo em cada qual desses referenciais de interpretação constitucional.

Primeiramente, destacamos o Liberalismo, onde o Estado, na busca de garantir direitos individuais, através da liberdade, acaba por criar um Estado com indivíduos meramente egoístas, garantindo a liberdade de todos, porém sem oferecer nenhum tipo de garantia de oportunidades, onde cada um se preocupava simplesmente com suas próprias conquistas e aumento de suas riquezas.

Segundo OLIVEIRA (1998), a Constituição era compreendida como um mero “instrumento de governo”, organizando e limitando o poder político, que a Constituição justifica a razão de ser do Estado, passando a ser concebido como Estado de Direito.

A Constituição neste contexto cumpre um papel controlador, garantindo que a liberdade de um não atinja a liberdade do outro.

Neste sentido, sob o paradigma liberal, caberia ao Estado, através do Direito Positivo (dotado de abstratidade e generalização), garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, deixando a busca da felicidade em mãos de cada indivíduo.(FERNANDES;PEDRON. 2008, p.17)

Decorre dessa perspectiva uma sociedade com índice altíssimo de desigualdade, onde poucos se privilegiam da riqueza, vivendo a grande maioria em situações miseráveis.

Magalhães (2002) escreve que “esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX

conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis.”

Neste contexto evidencia-se a fragilidade do Estado Liberal, surgindo a necessidade de uma atenção ao social.

Nesse diapasão, surge o Estado Social, logo após a Primeira Guerra Mundial, onde as Constituições “não ficam apenas preocupadas com a estrutura política do Estado, mas salientam o direito e o dever do Estado em reconhecer e garantir a nova estrutura exigida pela sociedade”.(BARACHO, 1986, p. 46)

Ainda neste sentido, coaduna Boris Mirkine-Guetzevitch:

“É em matéria de direitos do homem que essas Constituições de após 1918 são particularmente inovadoras. Sua principal contribuição é o alargamento do catálogo clássico: novos direitos sociais são reconhecidos, aparecem novas obrigações positivas do Estado.” (MIRKINE-GUETZEVITCH, 1957, p. 169)

Como referência às Constituições Sociais, “a Constituição de Weimar foi a principal Constituição social europeia do início do século, considerada a matriz do novo constitucionalismo social.” (MAGALHÃES, 2002, p. 45)

Com o advento desta nova sociedade “[...] de massas do pós-Primeira Guerra não é mais apenas de indivíduos proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividades, classes de partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses”. (FERNANDES; PEDRON. 2008, p. 17)

OLIVEIRA (2002) discorre que no início da década de 70, começa o Estado Social a entrar em crise, já que o cidadão passa a ser visto como cliente do Estado, transformando a cidadania em “clientelismo”, sendo os direitos e garantias efetivados “no limite do possível”.

Logo, o paradigma do Estado Social passou a ser insuficiente diante do aumento da complexidade social, com conseqüente discussão da relação entre o público e o privado.

[...] A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissivo. Os direitos de 1ª geração e 2ª geração ganham novo significado. Os da primeira são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma do Estado Democrático de Direito e seu direito participativo, pluralista e aberto”(CARVALHO NETTO, 1999, p. 109).

A partir da crise deste paradigma, surge como alternativa o Estado Democrático de Direito. A sociedade passa a buscar cidadania, conquistas e uma participação efetiva, sendo insuficiente a garantia de liberdade, oferecida pelo Estado Liberal e desejando mais do que o

oferecido pelo Estado Social, o qual reduzia o cidadão a mero destinatário das decisões estatais.

Diversos são os defensores do Estado Democrático de Direito, podendo ser incluído entre eles Jürgen Habermas, o qual formulou a teoria discursiva da democracia.

A teoria do discurso sustenta que o êxito da política deliberativa depende não da ação coletiva dos cidadãos, mas da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes. (HABERMAS, 1999, p. 111)

Pretendeu-se que a Constituição garantisse à sociedade o direito de buscar, através de seus próprios esforços, com a garantia dos direitos fundamentais, a existência e a igualdade de condições. Portanto, é de extrema importância a participação efetiva de cada indivíduo na busca de garantir seus direitos fundamentalmente assegurados pela Constituição, sendo assegurado o processo efetivo, buscando a legitimidade em cada ato e decisão.

3 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO ESTADO LIBERAL: A DEFESA DA SEGURANÇA JURÍDICA

No paradigma do Estado Liberal, um dos princípios que mais prevalecia é o da Legalidade. O Juiz é tido como mero aplicador da Lei, não podendo criar o direito.

Assim, o paradigma do Estado de Direito ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da “melhor sociedade” autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do jogo da vontade dos atores sociais individualizados, vedada a organização corporativo-coletiva, configura, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de 1ª geração, uma ordem jurídica liberal clássica. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 106)

A prevalência da legalidade está relacionada a outro princípio muito importante no Estado Liberal do século XIX. Trata-se do Princípio da Segurança Jurídica, que, hodiernamente, ainda é defendido pela doutrina, sendo considerado prioritário e referencial para alguns.

Após a decadência do Antigo Regime, pautado pelo absolutismo monárquico, a alternativa encontrada foi o Estado de Direito, que, no princípio, era marcado por ideais liberais. Diante do passado de arbitrariedade, os países que adotam o sistema jurídico romano-germânico preocuparam-se muito com a denominada segurança jurídica.

Nas suas origens, o Estado de direito surgiu por inspiração liberal e evolução do conceito de Estado visando garantir o indivíduo contra a opressão do governante. Interessante notar que a idéia de segurança jurídica também interessava ao ideal econômico liberal que levou à formação do Estado de direito. O princípio era a expressão da idéia de que a economia de mercado não deveria ser atingida por intervenções imprevisíveis do Estado absoluto. (MOTTA, 2008, p. 23-24)

Souza Junior demonstra a importância da segurança jurídica no Estado de direito como elemento de coerência estatal, manutenção da estabilidade política e densidade do direito por ele criado. Sem que se tenha um mínimo de estabilidade nas relações jurídicas não há Estado de direito. (MOTTA, 2008)

A existência de normas de conduta no Estado de direito tem como finalidade harmonizar a sociedade, havendo um equilíbrio entre os interesses individuais e sociais. Diante disso, torna-se necessário que haja uma estabilidade no sistema normativo para que a finalidade do Estado de direito seja atingida.

Natural que as concepções liberais orientassem a elaboração do direito daí decorrente, pois de nada adiantaria desejar a segurança se o instrumento instituidor dessa segurança não

fosse seguro. É que antes do advento do Estado de direito não se tinha qualquer segurança jurídica, pois prevalecia o exercício do poder pela autoridade. E esse exercício de vontade da autoridade era o direito, com toda a sua carga de arbitrariedade e sem a certeza que os liberais desejavam. (MOTTA, 2008)

Existem características marcantes do Estado Liberal que estão muito ligadas à segurança jurídica, principalmente quando analisados os chamados aspectos formais e materiais da mesma.

Motta discorre com muita propriedade a respeito do tema:

A realização prática da segurança jurídica pressupõe alguns fatores, uns de ordem formal e outros de caráter material. É da conjunção de ambos que se pode afirmar a existência da segurança jurídica em dado ordenamento. Portanto, presentes estes fatores formais e materiais é possível dimensionar o grau de segurança jurídica do direito que avança no rumo de uma maior segurança, estabilidade e previsibilidade. (MOTTA, 2008, p. 35-36)

Do ponto de vista formal, a segurança jurídica pode ser evidenciada se a ordenamento normativo é advindo de um órgão oficial, o que pressupõe um direito legislado.

É justamente no auge do liberalismo que surge a idéia da divisão dos três poderes: executivo, judiciário e legislativo, cabendo a este último a responsabilidade de criar as leis, fonte do direito. Desta forma, percebe-se que o aspecto formal da existência de um direito legislado esteve presente desde o Estado Liberal.

Somado a isso, tem-se que um direito escrito, em contraposição ao direito costumeiro, também seria mais seguro para alguns, porque aumentaria a previsibilidade das decisões estatais, sendo considerado outro aspecto formal.

Essa priorização do direito escrito em detrimento das outras fontes do direito, como a jurisprudência, por exemplo, é mais uma prova da ligação entre o paradigma constitucional em questão e o Princípio da Segurança Jurídica.

Para demonstrar a prevalência do Direito Escrito, vale ressaltar os ideais positivistas, surgidos no contexto do Estado Liberal.

O fenômeno de positivação oferece, no contexto histórico referido, uma nova concepção de Direito que, livrando-se das estáveis amarras divinas, éticas ou racionais do Direito Natural, passa a dispor da flexibilidade necessária para sua adequação às mudanças sociais. (LEAL, 2000)

A Lei escrita, criada por ato de autoridade especialmente constituída com essa finalidade, ou por autoridade reconhecida como legítima para tanto, transforma-se na

principal fonte do Direito que passa, assim, por uma fase de afirmação normativa. (LEAL, 2000)

O positivismo defendia a completude do ordenamento jurídico, no sentido de que este não é suficiente para que o juiz decida o caso.

Assim entende Bobbio:

“O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica européia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.” (BOBBIO, 1999, p. 119)

Contudo, não se pode dizer que essa concepção de supremacia do direito legislado para a obtenção da segurança jurídica seja aceitável para todos. Bergel, por exemplo, entende que, embora o direito legislado ajude na realização do ideal de segurança jurídica, tal circunstância não impede em absoluto que a incerteza seja eliminada, dado que isto, por si só, não protege as instituições que o produzem. Radbruch, ao contrário, já vê num poder legislativo um grande elemento de segurança jurídica, pois esse tem como pressuposto o fato de que os atos normativos dele emanados valem para sujeitar a todos, aí incluído o Estado que elabora essas normas.(MOTTA, 2008)

Destarte, fica patente o quanto o Estado Liberal valoriza a segurança jurídica, ressaltando-se que atualmente, no contexto do Estado Democrático de Direito, o conceito deste princípio ganha novos contornos.

Nesse passo, visando assegurar a segurança jurídica, os liberais preocuparam-se também em regular a atividade do juiz, aplicador do direito. Pretendiam evitar decisões arbitrárias que relembressem o período do absolutismo em prol da manutenção de um Estado de direito.

Por isso, a doutrina majoritária do século XIX defendia a existência do pressuposto da imparcialidade do juiz, pretendendo exatamente a manutenção da segurança jurídica. Ou seja, o juiz apenas aplicaria o direito, valendo-se de uma interpretação literal da lei, abstraindo-se de suas pré-compreensões.

Na medida em que o previsto pelo ordenamento jurídico já é suficiente para solucionar os conflitos surgidos, a atuação do juiz deveria se restringir apenas à aplicação da norma.

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador

na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Aos juiz é reservado o papel de mera 'bouche de la loi. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 106)

Ocorre que a concepção de um juiz como mero aplicador da lei, distante de suas concepções pessoais, não parece ser faticamente possível, tendo em vista que, enquanto ser de linguagem, o magistrado é um ser social e não pode se desprender desta condição.

É a partir destas críticas que os doutrinadores abandonaram a defesa da imparcialidade concebida pelo Estado Liberal e passaram a atribuir mais 'poderes' ao juiz, utilizando-se como referência o paradigma constitucional do Estado Social.

A pergunta que se faz é: a atribuição de discricionariedade ao juiz em detrimento da segurança jurídica seria a melhor solução?

4 A RELAÇÃO ESTADO SOCIAL E DIREITO PROCESSUAL: A SUPERVALORIZAÇÃO DA FIGURA DO JUIZ

No Estado Social, através da democracia social, os direitos coletivos ficam em primeiro plano, evidenciando-se a preocupação do Estado em reverter a crise social causada pelo liberalismo.

Neste contexto, o Estado passa a intervir diretamente na sociedade, com isso exigindo uma participação maior do juiz no processo.

Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.(MARINONI, 1996, p. 66)

No campo da Hermenêutica Jurídica, o juiz também assume outro posicionamento após a crise do Liberalismo. Esse é o entendimento de Menelick de Carvalho Netto.

O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei...Aqui o trabalho do juiz já tem que ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades, sociais que recaem sobre os ombros do Estado. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 108)

Tais ideais de participação ativa do juiz norteiam as Teorias do processo surgidas no período do Estado Social.

Primeiramente, tem-se a Teoria da Relação Jurídica, que tem como pioneiro Von Bülow. Concebe-se o processo como uma relação jurídica de direito público, a qual envolve juiz, autor e réu, se diferenciando da relação de direito material, tendo em vista que necessita da existência prévia dos chamados pressupostos processuais.

Verifica-se a inserção desta Teoria no Estado Social na medida em que, na relação jurídica processual, o interesse público prevalece sobre o individual.

[...] a relação jurídica que se estabelece no processo não é uma relação de coordenação, mas, como já vimos, de poder e sujeição, predominando sobre os interesses divergentes dos litigantes, o interesse público na resolução (processual e,

pois, pacífico) dos conflitos e controvérsias.
(CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1999, p. 90)

Tendo como inspiração a Teoria da Relação Jurídica, mais precisamente os estudos de Liebman, é também no paradigma do Estado Social que surge a Teoria Instrumentalista do Processo, criada por Cândido Rangel Dinamarco e seguida por doutrinadores como Ada Pelegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Humberto Theodoro Júnior.

O processo é tido como meio, método ou mero instrumento do exercício da jurisdição, estando a serviço da paz social.

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* (v. supra, n. 4) constitui fator importante para compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2000, p. 41)

Com relação à atuação do juiz no processo, os instrumentalistas defendem que a participação do magistrado deve ser efetiva, garantindo um processo a rigor democrático, não devendo o julgamento da lide ser prejudicado pela má ingerência das partes na instrução do processo. Assim Marinoni disserta:

O processo, como é obvio, exige que os fatos sejam verificados de forma adequada, ou melhor, para a jurisdição dos nossos dias não é concebível que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da melhor astúcia de um dos litigantes. (MARINONI, 1996: 66)

Somado a isso, Marinoni afirma que “na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje.” (MARINONI, 1996, p. 67)

Nota-se, portanto, que, no Estado Social, o juiz passa a ser o disseminador da justiça social, já que representando o Estado, agia de acordo com o interesse estatal. Essa nova postura do magistrado segundo Marinoni não feria os princípios da imparcialidade, tão pouco do contraditório.

O princípio da imparcialidade do juiz não é empecilho para a participação ativa do julgador na instrução; ao contrário, supõe-se, na fase atual, é o juiz, que sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte. Nem mesmo o contraditório é arranhado pela nova postura assumida pelo juiz. O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. (MARINONI, 1996: 66)

Ainda neste sentido, Marinoni afirma que o princípio da proporcionalidade deve ser trabalhado pelo magistrado na medida de cada caso concreto, já que é necessário uma “ponderação” dos direitos ou bens jurídicos invocados de acordo com a importância de cada um. Assim dispõe:

O princípio da proporcionalidade, é claro, pressupõe um juiz aberto aos valores do seu tempo. Aliás, e aqui nos encontramos diante de outro ponto, é fundamental que os textos legais sejam lidos de acordo com os valores da Constituição e que o juiz se convença, definitivamente, de que a neutralidade é um mito. O juiz deve atuar a vontade da lei, diz Chiovenda. Mas, atuando a vontade da lei, o juiz atua, também, a sua vontade. Atua a sua vontade, compreenda-se, quando aplica a forma adequando-se aos novos tempos e aos valores, fundamentos e princípios contidos na Constituição. Na verdade, esse conjunto de idéias que decorrem da Constituição é que indica o conteúdo do direito determinado tempo e lugar. O juiz que aprende o conteúdo do direito do seu momento histórico sabe reconhecer o texto de lei que não guarda ligação com os anseios sociais, bastando a ele, em tal situação, retirar do sistema, principalmente da Constituição, os dados que lhe permitem decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito do seu tempo (MARINONI, 2000, p. 107-108)

Desta forma, o juiz é visto como um sujeito capaz de assegurar às partes uma decisão justa, baseando-se em suas convicções, já que está acima das partes. Defende-se que o magistrado chega a uma melhor análise da forma de condução, para que ao final a decisão justa seja tomada, decisão esta que deverá, acima de tudo, visar a vontade do Estado.

Diante disso, Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron tecem uma crítica à ideologia dos instrumentalistas:

Nunca é demais lembrar que a teoria axiológica, ora criticada, busca fugir da discricionariedade, mas acaba por se afundar ainda mais na mesma. Isto ocorre na medida em que, se as normas são tratadas como valores, elas viram questões de preferências (o que é preferível ao invés do que seja devido), ficando atreladas a uma racionalidade meramente INSTRUMENTAL. Portanto, a fundamentação das decisões judiciais pautada em argumentos jurídico-normativos (com vistas a um “acesso à Justiça” qualitativo) cai por terra, já que questões políticas (ou éticas, ou morais ou pragmáticas) podem sobrepor-se a questões jurídicas, no momento de aplicação do direito. (FERNANDES; PEDRON, 2008, p.168)

Coadunando com este entendimento, Oliveira critica todo este “poder” que foi colocado sob responsabilidade do magistrado:

[...] o direito, ao contrário do que defende a jurisprudência dos valores, possui um código binário, e não um código gradual: que as normas posam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca do que é justo para todos(morais), mas também acerca de o que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (éticas) não quer elas sejam ou devam ser tratadas como valores. (...) as normas- quer como princípios, quer como regras – visam ao que é devido, são enunciados deontológicos: à luz de normas, posso dizer qual é a ação ordenada. Já os valores visam ao que é bom, ao que é melhor; condicionados a uma determinada cultura, são enunciados teleológicos: uma ação orientada por valores preferível. Ao contrario das normas, valores não são aplicados, mas priorizados. (OLIVEIRA, 1997, p.137)

Sendo assim, mostrou-se claramente frágil essa teoria na medida em que o juiz considerado como um “ser superior”, capaz de identificar a melhor maneira para condução do processo, mostrava-se tendencioso a um pré-julgamento, retirando a segurança jurídica, tão importante para alcançar uma efetiva e justa decisão.

Verifica-se que a Teoria da Relação Jurídica e a Teoria Instrumentalista foram concebidas tomando como referência o falido paradigma do Estado Social, o que as tornaram falhas também. A necessidade da busca da paz social através da discricionariedade do juiz demonstra o paternalismo, comprovando-se a relação entre referidas teorias e o paradigma do Estado Social.

Destarte, necessita-se de uma nova visão do processo adequada ao novo paradigma constitucional trazido como solução para a crise do Estado Social: o Estado Democrático de Direito.

5 TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA: UMA ALTERNATIVA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A crise do Estado Social exigiu o surgimento de um novo paradigma. A solução proposta foi o Estado Democrático de Direito, o qual foi apresentado formalmente no Brasil na Constituição da República de 1988.

A adequação de todos os ramos do direito ao novo modelo constitucional é indispensável. Por isso, o Direito Processual contemporâneo necessita de uma nova visão a respeito do processo compatível com o Estado Democrático de Direito.

Defendendo uma nova releitura do Direito, Menellick de Carvalho Netto assim dispõe:

Em qualquer tema que formos abordar no Direito, a questão da interpretação, sobretudo a da interpretação constitucional, é sempre uma questão central. Isso porque estaremos sempre falando da reconstituição do sentido de textos e, desse modo, uma noção básica é hoje requerida: a noção de paradigma, que abre inclusive a nossa Constituição, a do Estado Democrático de Direito. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 220)

Uma alternativa trazida foi a Teoria Neo-Institucionalista do Processo formulada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal. Trata-se, segundo o autor, de um entender pós-moderno sobre o instituto do processo.

Na pós-modernidade, o conceito de PROCESSO, como instituição, não se infere pelas lições de Maurice Harriou ou dos administrativistas franceses do século XIX ou posições sociológicas de Guasp e Morel, mas pelo grau de autonomia jurídica como se desponta no discurso de nosso texto constitucional, como conquista histórica da cidadania juridicamente fundamentada em princípios e institutos de inerência universalizante e ampliativa em réplica ao colonialismo dos padrões repressores de ‘centração psicológica e política’ dos chamados Estados hegemônicos. (LEAL, 1999, p. 49)

Segundo a Teoria Neo-Institucionalista, o processo não pode ser concebido como mero instrumento, combatendo a Teoria Instrumentalista de Cândido Rangel Dinamarco surgida no contexto do Estado Social. A relação entre processo e jurisdição, para Rosemiro Pereira Leal, se estabelece de outra maneira.

[...] a jurisdição, face ao estágio da Ciência Processual e do Direito Processual, não tem qualquer valia sem o PROCESSO, hoje considerado no plano do direito processual positivo, como complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz) que não mais está autorizado a utilizar o PROCESSO como método, meio, ou mera exteriorização instrumental do exercício da jurisdição. (LEAL, 1999, p. 42)

O processo não é tido somente como procedimento em contraditório, consoante ao disposto pela Teoria de Fazzalari. Ressalte-se, inclusive, que Rosemiro Pereira Leal formula um novo conceito para o princípio do contraditório.

[...]o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, conveniência ou de discricionariedade. (LEAL, 1999, p. 52)

O processo, segundo a Teoria Neo-Institucionalista, é um direito-garantia constitucional, balizado pelos princípios institutivos da ampla defesa e da isonomia, além do princípio do contraditório trazido pela Teoria Fazzalariana.

A elevação do processo a instituto constitucional demonstra a aproximação entre a Teoria de Leal e a Teoria Constitucionalista do Processo, desenvolvida no Brasil pelo professor José Alfredo de Oliveira Baracho.

No entanto, a Teoria Constitucionalista ainda não está ligada ao Estado Democrático de Direito, diferentemente da Teoria de Leal, sendo que esta última possui como característica peculiar a participação do povo.

O que distingue a teoria neo-institucionalista do processo que estamos a desenvolver da teoria constitucionalista que entende o processo como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembléia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma teoria da constituição egressa de uma consciência participativa em que o povo total da sociedade política é, por autoproclamação constitucional, a causalidade deliberativa ou justificativa das regras de criação, alteração e aplicação de direitos. (LEAL, 2001, p. 95)

Diante do exposto, constata-se que a Teoria Neo-Institucionalista é a mais adequada ao Estado Democrático de Direito, sendo que Rosemiro Pereira Leal formulou o seu próprio conceito para esse paradigma constitucional.

Ora, se objetiva-se reformular o conceito de imparcialidade do juiz no contexto do Estado Democrático de Direito, a Teoria do Processo utilizada como referência também deve estar de acordo com os elementos desse paradigma.

6 CONCLUSÃO: SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante do exposto, verificou-se a falência do Estado Social e, por sua vez, restou demonstrada a inadequação do modelo de processo concebido pelos instrumentalistas no também denominado Estado Bem-Estar Social.

A idéia de um juiz com elevado grau de discricionariedade em busca de uma paz social não parece ser a mais adequada, estando em desacordo com a proposta do Estado Democrático de Direito.

Não seria o caso, no entanto, de se fazer um resgate do requisito de imparcialidade do juiz defendido pelos liberais no século XIX?

A defesa da imparcialidade do juiz nos termos do Liberalismo é incompatível com os ideais do Estado Democrático de Direito. Conceber o juiz como um mero aplicador da lei na atualidade provocaria um retrocesso do Direito Processual.

Não é possível atribuir imparcialidade a um magistrado, na medida em que essa qualidade é entendida como a capacidade do julgador de se desprender de suas pré-compreensões. Trata-se de um conceito pragmaticamente inviável, já que o juiz é um ser social como qualquer outro e é influenciado pelo ambiente em que vive e por suas experiências vividas.

Neste passo, constata-se que o resgate do conceito liberal de imparcialidade do juiz não seria cabível. Por outro lado, conforme já se salientou, a defesa da discricionariedade do julgador também não é a solução.

Talvez, o que se poderia defender é a reconstrução do conceito de imparcialidade do juiz, sendo possível e necessária essa releitura conceitual no contexto do Estado Democrático de Direito.

Tomando como marco teórico a Teoria Neo-Institucionalista do Processo, construída sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, percebe-se que é possível a reconstrução desse conceito se o processo for entendido como direito-garantia constitucional.

Segundo a Teoria Neo-Institucionalista, a imparcialidade não é um atributo da pessoa do juiz, mas sim um dever imposto pelo ordenamento jurídico. Exige-se que o julgador se abstenha de atuar no processo caso verifique a impossibilidade de promover o devido processo legal, tendo em vista o surgimento de circunstâncias que afetariam o princípio da isonomia.

Diante disso, verifica-se que a questão da imparcialidade do juiz ainda é um assunto que gera um debate acirrado na doutrina. O que se pretendeu neste trabalho foi contribuir para tal discussão doutrinária tão importante para o Direito. Num Estado Democrático de Direito em que se propõe o asseguramento dos direitos do cidadão através do processo, o estudo da atuação do juiz é fundamental para a efetivação desse paradigma constitucional previsto na Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Soberania**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte: UFMG/Imprensa Universitária, n. 63/64, jul. 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184 p.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **Controle de constitucionalidade e democracia**. In: Antônio G Moreira Maués. (Org.). **Constituição e democracia**. 1 ed. : Max Limonad, 2001, v. 1, p. 215-232.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito**. In: RVPGE, 1999, p. 101-115.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005 413p.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 306p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. 370p.
- GRINOVER, Adda Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 416p.
- HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de Democracia**. In: Cadernos da Escola do Legislativo. Nº 3, jan/jun 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 159p.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático**. 2000. 115f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo: volume 1: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual**. Porto Alegre: Síntese, 2000 188p. v1.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. 206p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 284p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 510p.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. **Evolução constitucional européia**. Trad. Marina Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

MOTTA, Artur Alves da. **Segurança Jurídica: da crise ao resgate**. 2008. 150f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito – por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 208p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 861p.