

Breve introdução sobre a subjetividade do magistrado no ato de julgar no contexto do neoconstitucionalismo

Brief introduction about the magistrate's subjectivity in the judging act on the neoconstitutionalism context

DE MARCO, Cristhian Magnus*
VARISA, Gabriela Miotto **

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar uma análise introdutória sobre a subjetividade do magistrado no ato de julgar, de modo especial diante do que vem se denominando neoconstitucionalismo. Ao prolatar uma sentença, o magistrado é influenciado tanto por fatores externos quanto internos; assim, buscou-se traçar algumas considerações sobre a neutralidade do juiz durante a atividade judicante. O estudo é interdisciplinar, abrangendo as áreas do direito e da psicologia jurídica, permitindo uma melhor compreensão da matéria. A conclusão apresentada ao final indica que a neutralidade do juiz, além de ser impossível, nem mesmo é recomendada, uma vez que o magistrado deve buscar a concretização dos valores constitucionais. Ao longo do texto são indicadas algumas leituras complementares para aprofundamento da matéria.

Palavras-chave: Subjetividade. Juiz. Neutralidade. Neoconstitucionalismo.

Abstract: This article aims to present an introductory discussion on subjectivity in the act of the magistrate judge, especially at what has been calling neoconstitutionalism. Issued a rule to the magistrate is influenced by both external and internal factors as well, sought to draw some considerations about the neutrality of the judge during his activity. The study is interdisciplinary, covering the areas of law and forensic psychology allowing a better understanding of the matter. The conclusion at the end indicates that the neutrality of the judge be impossible, even recommended, since the magistrate to seek the implementation of constitutional values. Throughout the text are indicated some further reading to deepen the subject.

Keywords: Subjectivity. Judge. Neutrality. Neoconstitutionalism.

* Advogado, professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

** gabrielavarisa@yahoo.com.br

Introdução

O presente artigo visa a refletir sobre a neutralidade do magistrado no ato de julgar, especificamente ao prolatar uma sentença. Assim, contrariamente à teoria tradicional do direito, que sustenta a neutralidade na atuação do magistrado, o presente estudo tem por objetivo mostrar que há fatores subjetivos que exercem significativa influência no magistrado quando ele está diante de um caso concreto que precisa ser decidido.

A teoria tradicional do direito decorre do positivismo jurídico e concebe a atividade jurisdicional como autônoma dos outros ramos do conhecimento, livre de qualquer influência de cunho ideológico, axiológico ou social. Nesse contexto, o juiz é visto apenas como um aplicador da lei, que analisa o caso concreto e a este aplica uma norma preestabelecida.

Entretanto, desde a elaboração das normas jurídicas pelo legislador até a sua aplicação pelos magistrados e demais operadores do direito, há valores extrajurídicos que exercem significativa influência. A escolha desses valores decorre da subjetividade de quem exerce uma das citadas funções. Dessa forma, diversamente da visão tradicional da ciência do direito, este trabalho investigará a influência da subjetividade do magistrado ao prolatar uma sentença.

A relevância do tema decorre essencialmente da ampliação na função exercida pelo Poder Judiciário. Diante de novos paradigmas da atual sociedade, o exercício da judicatura precisa se adequar às novas realidades, objetivando solucionar satisfatoriamente os conflitos jurídicos. Ademais, sua importância relaciona-se com uma nova concepção de direito, que não se limita a estudá-lo de maneira individual, mas o interligando com outros ramos do conhecimento, o que possibilita entender amplamente os conflitos sociais que fazem parte do cotidiano jurídico.

1 A teoria tradicional do direito e o princípio da subsunção legal

Na presente seção serão abordados os aspectos gerais da teoria tradicional do direito, que a partir de uma visão dogmática compreende-o sob o prisma do formalismo e do racionalismo.

1.1 Aspectos gerais da dogmática jurídica tradicional

A ciência jurídica tradicional tem sido insuficiente diante das grandes mudanças e dos novos paradigmas da atual sociedade, que se torna cada vez mais flexível, aberta e interdisciplinar. Assim, a teoria jurídica formalista tem sido questionada em seus conceitos e institutos, pois diante de inúmeras transformações de ordem técnica e científica, da complexidade de bens que são valorados, além dos novos atores sociais que são portadores de novos conflitos e subjetividades, as necessidades e os novos problemas da sociedade não são mais suficientemente respondidos pela dogmática jurídica tradicional.¹

Andrade comenta que as formas dogmáticas de agir vêm corroendo e desfigurando a função da magistratura, pois o juiz, diante da ineficácia da prestação jurisdicional, não está tendo uma função social e, dessa forma, sua existência se justifica para atender a pouco e a si mesmo.²

¹ Wolkmer (2003).

² Andrade (2008).

A teoria tradicional do direito aplica o princípio da subsunção legal, que determina que a aplicação da lei deva ocorrer de forma racional. Além disso, a teoria tradicional reconhece apenas a lei e os princípios informadores do direito, e afasta sobremaneira qualquer influência externa do legislador e, posteriormente, do intérprete e aplicador da lei, o juiz.

O final do século XIX é o marco em que a aplicação mecânica do direito teve maior consideração. Por intermédio da teoria do silogismo judicial as lides devem ser decididas com base em normas certas e imutáveis. Assim, o juiz seria um técnico qualificado para decidir, pois é conhecedor das normas, sabe onde procurá-las, além de saber justificar devidamente suas decisões.³

Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. [...] essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes.⁴

A referida teoria estabelece que o juiz, ao se deparar com um conflito jurídico, deve agir como mero intermediário entre a lei e o caso concreto, formando dessa maneira o que se chama de silogismo jurídico, em que a premissa maior constitui-se do enunciado da lei, a menor constitui-se do enunciado do caso concreto e a conclusão forma-se a partir da decisão do magistrado.

Na acepção de Nalini, a excessiva importância dada ao silogismo jurídico tem como consequência o enorme esvaziamento dos deveres e responsabilidades do juiz, pois, passa-se a considerá-lo apenas um servo da lei, já que está sempre preso a ela. Assim, o operador do direito permanece em uma confortável posição, como se fosse um ser ascético, passivo, neutro, que se limita a aplicar automaticamente a lei ao caso concreto.⁵

Andrade pontua:

O Direito reduz-se à pura análise técnico-formal, partindo de premissas legais gerais, aplicando-as a um caso concreto, culminando com uma decisão do juiz, pretendendo ser um processo lógico-dedutivo, sem qualquer sentimento, preocupação ou responsabilidade social. Torna-se um conhecimento meramente acumulador e reproduzidor, nunca transformador, mesmo em se tratando de uma sociedade desmensuradamente injusta.⁶

Decorrem do princípio da subsunção a cientificidade do direito e o dogma da neutralidade do magistrado, pois se presume que o juiz age somente como um intermediário entre a norma geral e o caso concreto, desconsiderando-se as influências externas e subjetivas ocorridas na prática do direito.

Andrade explica que os defensores da visão tradicional pretendem que o juiz seja um insensível, neutro, técnico/científico, imparcial, com capacidade de examinar um caso concreto à luz dos textos legais, sem a participação de sua ideologia, formação e cultura. Ele afirma que, para a dogmática, a arte de analisar a lei significa apenas enquadrar um ato humano qualquer em uma lei aplicável à espécie.⁷

Nesse contexto, leciona Prado:

³ Facchini Neto, (2002).

⁴ Barroso (2009, p. 359).

⁵ Nalini (2000).

⁶ Andrade (2008, p. 30).

⁷ Andrade (2008, p. 30).

Ao juiz compete julgar e, para a garantia dos direitos, conta-se com a neutralidade da Justiça, que será alcançada ao se isolar o magistrado da comunidade, do Legislativo e do Executivo. Assim, forma-se a ideia de um Judiciário neutro, como se fosse um produtor de saber científico e, como tal, livre de influências de interesses.⁸

Nalini enfatiza que essa concepção dogmática já foi superada, tendo em vista a interpretação subjetiva do ordenamento. Na visão dogmática, interpretar seria tão somente chegar ao resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma ideia fechada, completa e hierarquizada de normas.⁹

Para Portanova “o modelo tradicional entra em crise, pois sua racionalidade formal não se concilia com a crescente complexidade das tensões, seu caráter individualista não se concilia com a coletivização dos conflitos [...]”¹⁰

No mesmo sentido, Barroso enfatiza que “[...] a moderna dogmática jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso.”¹¹

A crise do modelo tradicional do direito decorre de seu dogmatismo, pois como anota Streck “em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos [...]”¹²

As mudanças ocorridas na concepção do direito relacionam-se com a expansão do papel do Judiciário, porque a partir do reconhecimento de novos direitos transferem-se ainda mais poderes e responsabilidades aos juízes. Nesse sentido, Facchini Neto observa:

Entende-se a mudança da posição do juiz relativamente à lei como produto deste novo paradigma. A sujeição à lei e, sobretudo à constituição efetivamente transforma o juiz em garante dos direitos fundamentais também contra o legislador, através do reconhecimento da invalidade das leis que violam aqueles direitos. Tem-se ressaltado que disso tudo deriva que a interpretação judiciária da lei é sempre também um juízo sobre a própria lei [...]¹³

Nas últimas décadas, o direito moderno tem sofrido o impacto da multiplicação de problemas essenciais, como as transformações nas condições de vida, a globalização da economia e a degradação ambiental. Esses fatos geraram a ineficácia do clássico modelo jurídico, que não conseguiu instrumentalizar as novas demandas sociais, portadoras de “novos” direitos.¹⁴

As aceleradas transformações na vida moderna fazem com que o direito não ofereça soluções compatíveis com os novos fenômenos. Na aceção de Wolkmer, “[...] é necessário, portanto, transpor

⁸ Prado e Nalini (2003, p. 89).

⁹ Prado e Nalini (2003, p. 89).

¹⁰ Portanova (2003, p. 50).

¹¹ Barroso (2009, p. 311).

¹² Streck e Stein (2007, p. 35).

¹³ Facchini Neto (2002, p. 400).

¹⁴ O processo de nascimento de direitos novos referentes ao homem relaciona-se com as transformações da sociedade. Assim, o surgimento e a existência dos “novos” direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. Os chamados “novos” direitos nem sempre são inteiramente “novos”; na verdade “novo” é o modo de obter direitos, que não passam mais pelas vias tradicionais (legislativa e judicial), mas provêm de um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída (WOLKMER, 2003)

o modelo jurídico individualista, formalista e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar os 'novos' direitos."¹⁵

E segue o mesmo autor:

Impõe-se a construção de novo paradigma para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, capaz de contemplar o constante e o crescente aparecimento histórico de "novos" direitos. Esses "novos" direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estaque assumem caráter relativo, difuso e metaindividual. Trata-se de uma verdadeira revolução inserida na combalida e nem sempre atualizada dogmática jurídica clássica.¹⁶

Apesar das inúmeras críticas e de já estar superada teoricamente, a visão tradicional do direito permanece em atuação, pois grande parte da doutrina ignora a influência de valores extrajurídicos no ato de prolatar uma sentença e não reconhece que os magistrados não são neutros em sua atuação. Como consequência, falta-lhes a percepção do distanciamento entre as decisões judiciais e a nova sociedade. Assim, "os juristas tradicionais afastam-se e fazem afastar o Direito dos problemas mundanos, como se não existisse interligação e interdependência entre eles."¹⁷

Prado enfatiza que a restrição do Direito à norma, que é de caráter abstrato e geral "[...] não consegue conviver com a nova idéia de Justiça, que implica uma grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma *sensibilidade muito refinada* para lidar com o sempre mutante contexto social."¹⁸

As transformações sociais, o desenvolvimento e aprimoramento na forma de viver, consumir e relacionar-se com os demais indivíduos da sociedade, determinam interesses e aspirações que podem ultrapassar as limitações do sistema, gerando situações de necessidade, carência e exclusão.¹⁹

Andrade assevera que a forma tradicional de os magistrados atuarem "não atende às demandas sociais, antes isola, um do outro, o Poder e a sociedade. Isso ocorre em consequência de a prestação jurisdicional estar alicerçada no positivismo jurídico, atrelando o ato de julgar a um procedimento técnico-formal."²⁰

Diante de todas essas mudanças, a magistratura não está preparada para entender os aspectos mais relevantes das lides que precisam de seu julgamento, especialmente quando se trata de novos conceitos jurídicos, de direitos difusos ou coletivos, ou, ainda, nos casos de tratamento preferencial aos menos favorecidos.²¹

Ora, se o ato de julgar resulta não só do conhecimento técnico do julgador, mas também, com muito maior intensidade, de sua formação, de sua ideologia, fica evidente exercer, a visão conservadora dos juízes, forte subsídio, ou toda a base para suas decisões judiciais. A convivência define o modo de pensar, e daí saem as considerações sobre a lei e as formas de aplicá-la.²²

¹⁵ Wolkmer (2003, p. 21).

¹⁶ Wolkmer (2003, p. 3).

¹⁷ Andrade (2008, p. 21).

¹⁸ Prado e Nalini (2003, p. 93).

¹⁹ Wolkmer (2003, p. 93).

²⁰ Andrade (2008, p. 15).

²¹ Streck Stein (2007).

²² Andrade (2008, p. 90).

No dizer de Nalini, a construção de um paradigma de juiz, servo da lei, conduziu o Judiciário à sua atual situação, em que o escravo do ordenamento é incapaz de criatividade e imaginação, e não tem sabido responder satisfatoriamente aos desafios postos pela atual sociedade.²³

Os “novos” direitos, ou mesmo os “velhos” direitos que passaram a ser enxergados de uma nova forma, precisam de magistrados que compartilhem desta atitude inovadora, pois se atuarem sem observar tais mudanças, tendo uma postura inadequada perante os conflitos, o Judiciário não conseguirá atender suficientemente as demandas que clamam pela tutela jurisdicional.

A Constituição de 1988, chamada cidadã, relacionou inúmeros direitos e garantias, porém, a vida cotidiana mostra que, muitas vezes, eles não são efetivados. Nesse sentido, é válida a provocação de Streck:

Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível. *Este é o contraponto. Daí a necessária indagação: qual é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto?*²⁴

A denominação “novos” direitos não quer significar que os direitos sejam totalmente novos, mas pressupõe-se que novo é o modo de obtê-los, seja por meio de lutas específicas, seja por meio de conquistas das identidades coletivas plurais.²⁵

Relativamente à natureza dos “novos” direitos, Wolkmer explica que a realidade contemporânea é que os faz surgir, pois o nascimento de direitos novos está diretamente relacionado com a sociedade e, conseqüentemente, com suas necessidades e inter-relações.²⁶ Nesse sentido, “[...] o surgimento e a existência dos “novos” direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente.”²⁷

Pelo exposto verificamos que a teoria tradicional do direito não fornece os elementos necessários para tutelar devidamente os novos direitos e conflitos da atual sociedade e, dessa forma, em decorrência dos novos paradigmas sociais há também a necessidade de decisões inovadoras e mais próximas da realidade.

1.2 A sentença judicial e seus requisitos

A palavra sentença deriva do latim, *sententia*, que vem de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*, surgindo assim a associação com sentimento, e a ideia de que pela sentença o juiz declara o que sente.²⁸ Assim, “até do ponto de vista etimológico, ‘sentença’ está mais relacionada com sentimento e vontade, do que com cognição e razão.”²⁹

Contudo, o significado de sentença que remete à emoção, a uma atividade criativa do juiz, à tradução do que ele sente não condiz com o que sustenta a teoria tradicional do direito, pois para esta o juiz é considerado escravo da lei, que teria a simples função de fazer a subsunção dos fatos à norma.

Andrade assevera que contrariamente ao que defende o pensamento dogmático, a decisão judicial não é meramente declaratória, não servindo apenas para declarar o sentido da lei, pois julgar

²³ Nalini (2000).

²⁴ Streck e Stein (2007, p. 37, grifo nosso).

²⁵ Wolkmer (2003).

²⁶ Wolkmer (2003).

²⁷ Wolkmer (2003, p. 19-20).

²⁸ Brum (1980).

²⁹ Facchini Neto (2002, p 406).

significa criar, e o texto legal não é algo estático à espera de um caso concreto para ser aplicado, para ter seu sentido declarado.³⁰

Facchini Neto explica que “ambos os momentos estão presentes, pois a atividade decisional envolve não só cognição e razão, mas também implica a necessidade de fazer escolhas – e aí o papel do sentimento e da vontade está presente, quer disso se tenha consciência ou não.”³¹

No mesmo sentido, sintetiza Prado:

A sentença judicial, embora baseada no conhecimento jurídico, constitui uma decisão como outra qualquer. Por isso, como ocorre em outras áreas do saber, lentamente começa a se notar no Direito a valorização da emoção no ato de decidir, sem ser desconsiderada a racionalidade.³²

Desse modo, o ato de prolatar uma sentença envolve a interpretação das normas jurídicas, as quais traduzem fenômenos políticos e jurídicos. Assim, a interpretação configura-se no produto de uma época e de um momento histórico, envolvendo os fatos a serem enquadrados, as normas jurídicas, as circunstâncias do intérprete e principalmente o seu imaginário.³³

Andrade observa que não há coerência em considerar o julgador um sujeito neutro e afastado do objeto do conflito particular ocorrido entre as partes, posto que ele se confunde com o objeto a ser julgado, pois faz parte das camadas da sociedade, e assim, considerando que o social é desarmônico, conflitante, dividido em interesses colidentes o magistrado não atua com neutralidade. Dessa maneira, Andrade afirma que as lides jurídicas não podem ser afastadas desse contexto.³⁴

O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, interpretações e argumentos que são igualmente protegidos pelo direito, e até mesmo entre interesses conflitantes. Interpretar é sempre aplicar. A solução dos conflitos, bem como a decisão de aplicar ou não uma norma decorre de ato interpretativo e valorativo do juiz, e, em tais casos, haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado, decorrendo daí a responsabilidade da atividade do juiz e, conseqüentemente, das decisões judiciais.³⁵

Desse modo, uma nova visão do direito assenta-se em um modelo de princípios que é aplicado mediante ponderação, cabendo ao intérprete a realização de integração entre fato e norma, realizando escolhas fundamentadas, e visando à solução mais justa e adequada ao caso concreto.³⁶

Um aspecto importante que incide diretamente na sentença é a personalidade do juiz, sobre a qual influem a educação geral e a jurídica, os valores, os vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social, os traços intelectuais e temperamentais. Assim, a uniformidade do direito resta prejudicada, posto que as personalidades dos juízes não são iguais e, da mesma forma, eles não têm iguais hábitos mentais e emocionais.³⁷

A sentença é ato privativo do juiz, e o momento anterior à sua prolação é aquele em que o magistrado atua pela interpretação criativa, em que se questiona a respeito da solução mais justa para o caso. Todavia, os juízes têm o dever de “escolher somente os significados válidos, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por estas estabelecidas. E, ao fazer escolhas, não há como afastar completamente a subjetividade.”³⁸

³⁰Andrade (2008).

³¹Facchini Neto, (2002, p. 406).

³²Prado e Nalini (2003, p. 137).

³³Barroso (2009).

³⁴Andrade (2008).

³⁵Dallari (1996).

³⁶Barroso (2009).

³⁷Prado e Nalini (2003).

³⁸Facchini Neto (2002, p. 400).

Dessa forma, a simples subsunção dos fatos à norma nem sempre é capaz de resolver situações cada vez mais frequentes em decorrência da expansão dos princípios constitucionais. Assim, em muitos casos, na busca da solução mais acertada, os juízes recorrem, consciente ou inconscientemente, às suas pré-compreensões³⁹ e entendimentos pessoais.

O grande problema da pretensão de objetividade e neutralidade plenas das decisões judiciais é, precisamente, que ela não passa de uma pretensão, incapaz de submeter a totalidade dos casos. Pior: ela fraqueja exatamente nas situações em que, pelo teor político ou pela multiplicidade de alternativas, não há um único resultado possível.⁴⁰

Não se despreza o grande desenvolvimento na seara do Direito Constitucional e da Argumentação Jurídica dos métodos que se valem do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da ponderação de valores, no sentido de garantir-se maior racionalidade ao processo decisório.⁴¹ Nem mesmo a crítica que lhes é feita.⁴² Não se olvida, também, da virada *ontognoseológica* operada pela filosofia da linguagem. Mas, não está no foco deste trabalho a análise pormenorizada dessas sofisticadas teorias; o recorte eleito concerne à subjetividade do julgador, sem, todavia, inclinar-se para subjetivismos realísticos, de forma a ignorar os avanços hermenêuticos das ciências.

Sabe-se que os conflitos sociais e humanos envolvem questões complexas.⁴³ Contudo, nem toda solução de conflito judicial demanda atividades interpretativas múltiplas; muitas vezes a solução para determinado caso é dada mediante métodos tradicionais de solução de antinomias: critério cronológico, da especialidade ou hierárquico, ou ainda por intermédio dos conhecidos métodos: gramatical, teleológico, sistemático e histórico. Essas categorias, contudo, consistem em simplificações didáticas de um processo interpretativo que é complexo e espiral.⁴⁴ Do texto de Barroso inferem-se nítidos exemplos de como essas simplificações que vêm sendo aplicadas:

Da aplicação dos diferentes métodos a uma dada espécie concreta podem ocorrer duas possibilidades: (a) ou todos eles conduzem a um mesmo resultado; (b) ou apontam eles para resultados divergentes. Na primeira hipótese, o caso será facilmente resolvido, pela incidência da solução única resultante da convergência dos diferentes métodos. Tratar-se-á de um caso *fácil*. Na segunda, estar-se-á diante de um caso *difícil*. Para sua solução não há uma solução simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade. Não existe, a rigor, nenhuma hierarquia predeterminada entre os variados métodos interpretativos, nem um critério rígido de *desempate*.⁴⁵

O surgimento de novos conflitos sociais enseja novas respostas, a que muitas vezes os juízes não conseguem dar somente analisando um dispositivo de lei, quando ela existe. Assim, eles recorrem

³⁹ Para um estudo mais abrangente sobre as pré-compreensões na hermenêutica jurídica e filosófica deve-se consultar a seguinte obra: Gadamer (2007). Para os propósitos “introdutórios” deste texto vale citar-se breve excerto da obra (p. 358) para contextualização da percepção do autor: “O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em suas alteridade, podendo assim confrontar a sua verdade com as opiniões prévias pessoais.”

⁴⁰ Barros (2009, p. 290).

⁴¹ Vide: Alexy (2008a, 2008b).

⁴² Habermas (1997).

⁴³ A teoria do pensamento complexo implica análises multidisciplinares para a construção dos saberes (conhecimento). Para investigação minuciosa sobre o assunto, ver Morin (2007).

⁴⁴ “Ademais, que além do mundo em que nos situamos ser um mundo histórico, cambiante e ‘produtivo’, a compreensão tem uma estrutura circular. Com isso quer dizer que a compreensão é a interrelação e a interpenetração entre a tradição e o intérprete. É o chamado “círculo” ou “espiral” hermenêutico: sem uma antecipação de sentido que a guie não há compreensão, antecipação que vem determinada desde a comunidade que os une à tradição; mas essa comunidade está por sua vez submetida a um processo de contínua formação e transformação que os sujeitos-intérpretes mesmos vão conformando.” (FERNANDES; FERNANDES, 2010).

⁴⁵ FERNANDES; FERNANDES, (2010, p. 130). Para aprofundamento sobre a problemática dos “casos fáceis e “casos difíceis” remetemos o leitor às obras de Ronald Dworkin: (1999, 2002, 2001).

às suas próprias experiências de vida, e, como seres humanos, são influenciados por suas emoções e desejos, os quais inconscientemente são projetados na sentença. Contudo, Brum leciona:

Alguns juízes jamais aceitarão a afirmativa de que sua atividade é predominantemente retórica, já que se consideram sinceramente neutros e imparciais. No entanto devem conformar-se com saber que a imparcialidade é impossível quando se trabalha em áreas de conflito, onde se chocam interesses e valores.⁴⁶

Os magistrados dificilmente se afastam da legalidade ao projetarem na sentença um pouco de si, pois, invariavelmente encontram algum suporte legal para fundamentar suas decisões. Assim, o que ocorre em tais casos é que, de imediato e muitas vezes inconscientemente, os magistrados analisam um caso, interpretam-no de acordo com sua valoração pessoal e enquadram-no perfeitamente em um dispositivo legal. Na acepção de Andrade, “[...] a conclusão judicial encontra sua legitimidade no procedimento que leva a ela.”⁴⁷

Assim, sintetiza Andrade:

Em realidade, ocorre que, já prevendo uma decisão, o juiz, na instrução, vai moldando a prova segundo seu desejo. Isso porque não há uma verdade a ser descoberta, para se aplicar o dispositivo legal pertinente. Os meios de provas não são idôneos para esse fim, bem como não existe a possibilidade dos fatos serem reconstituídos da forma como se deram no passado, sem qualquer interferência de conceitos pessoais.⁴⁸

Dessa forma, vários teóricos compreendem a função jurisdicional como uma atividade criadora, pois a visão de sentença como um silogismo caiu em descrédito. Assim, atualmente entende-se que a atividade jurisdicional traz sempre, em maior ou menor medida, um aspecto novo, que não estava contido na norma geral. E tudo isso ocorre inclusive quando a sentença é devidamente fundamentada, ou seja, quando tem fundamento em lei expressa, vigente, e cujo sentido se apresenta com inequívoca clareza.⁴⁹

Assim, nenhuma decisão judicial é totalmente objetiva, por todos os fatores até aqui expostos. Da mesma forma, é importante assinalar que até mesmo a opinião pública, por meio da mídia, exerce influência nas decisões judiciais.

Dessa forma, não constitui objeto deste trabalho tecer críticas aos magistrados, afirmando serem os mesmos imparciais, já que como se verá adiante, a imparcialidade é desejada e constitui-se em dever de todos os juízes. Porém, já se sabe que é impossível uma atuação completamente neutra, e, dessa forma, o melhor a se fazer é procurar compreender o que de fato ocorre.

2 A subjetividade e a sentença

Na presente seção será feita breve análise a respeito da subjetividade que faz parte da psique humana e exerce influência na ação de cada indivíduo. Da mesma forma, ver-se-á a influência da subjetividade no ato de julgar, e tentar-se-á mostrar que a experiência e as aspirações de vida do magistrado, suas lembranças, seus relacionamentos passados e presentes, suas crenças e opiniões

⁴⁶ Brum (1980, p. 41).

⁴⁷ Andrade (2008, p. 78).

⁴⁸ Andrade (2008, p. 77).

⁴⁹ Prado e Nalini (2003).

peçoais não lhe podem ser simplesmente retirados durante o trabalho e, ao final do dia, devolvidos para que volte a ser uma pessoa comum.

O magistrado é um ser humano como qualquer outro – isso muitas vezes precisa ser dito - tem suas falhas e limitações, seus desejos e opiniões e, no seu cotidiano, tem de lidar com outros conflitos humanos, com muitos dos quais se identifica e o comovem e, em todo caso, precisará julgar pelo mais justo, mais adequado, ou talvez menos prejudicial para as partes.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, passaram a ser protegidos novos direitos, e houve a ampliação da atuação do Poder Judiciário. Assim, coube ao Judiciário, mediante a atuação dos juízes, a efetivação de tais direitos, bem como a resposta e a solução de novos casos e conflitos sociais.⁵⁰

Todas essas questões fazem perceber que, muito mais que o conhecimento técnico, é imprescindível para os magistrados saber lidar com os conflitos humanos, como também com os seus próprios dilemas, pois estes influenciam significativamente em muitas de suas decisões. É o que se verá na sequência.

2.1 Breves considerações acerca da subjetividade humana

A subjetividade é o mundo interno de cada indivíduo, constituído a partir de emoções, sentimentos, lembranças, traumas e pensamentos. De acordo com o ensinamento de Andrade, a subjetividade humana pode ser entendida como “questões particulares de cada indivíduo, unilaterais na formação de seu juízo, não concernentes diretamente à consciência, mas fundamentais na determinação do seu pensamento e das suas ações.”⁵¹ Assim, a partir desse conceito psicanalítico de subjetividade, poder-se-ia dizer que o sujeito não tem consciência, na maioria das vezes, de suas questões inconscientes e de sua subjetividade.

Hodiernamente, a grande maioria das pessoas preza por um bom desempenho profissional, além de reconhecimento pessoal e condição econômica equilibrada. Mas somente isso não basta. Quase todos reconhecem que somente a realização profissional não é capaz de proporcionar bem-estar. O bom relacionamento interpessoal, um convívio familiar equilibrado, o conhecimento de si próprio e o manejo dos conflitos emocionais também são aspectos relevantes para a felicidade.⁵²

A partir de 1920, Freud aprimorou o modelo de aparelho psíquico anteriormente por ele elaborado, estabelecendo a teoria estrutural, teoria esta que serve para explicar o funcionamento psíquico.⁵³ O tema está bem abordado por Andrade:⁵⁴

Tendo sua própria concepção ontológica, a psicanálise entendeu a estrutura psíquica humana a partir de três bases (não são órgãos autônomos), a saber: ego, id e superego. O id é a parte “animal”, sendo inconsciente, não submetido à cultura. O id não tem moral, não tem remorso, apenas demanda, busca a satisfação. O superego, ao contrário, é o código prescritivo de cada um, a regulamentação subjetiva, estruturada a partir da cultura (aqui representada menos nas instituições sociais e mais nas relações primárias com os progenitores). Ele se incumbe de impor os limites, adequar o sujeito à lei e às conveniências sociais. O ego é parte do id transformada por influência direta do mundo exterior, nós em nossa vida. Foi formado pelo sistema perceptivo-consciente, mas não se tornou pura consciência. Submetido às demandas do id e às interdições do superego, o ego sobrevive, quase sempre (uns dizem sempre) recorrendo às neuroses, psicoses, ou seja, produzindo sintomatologia.

⁵⁰ O fenômeno da justicialização dos direitos é detalhadamente analisado por Facchini Neto (2002, p. 397-413) e Jacques Chevallier (2009).

⁵¹ Andrade (2007, p. 157).

⁵² Zimmerman (2002b).

⁵³ Trindade (2009).

⁵⁴ Andrade (2007, p. 85).

O *id* representa a instância pulsional do psiquismo; é um grande reservatório de impulsos e instintos, e tem conteúdo totalmente inconsciente. Assim, ele é irracional, ilógico e amoral e contém as reações mais primitivas da personalidade humana, as quais visam à satisfação biológica imediata e irrestrita.⁵⁵

O *ego* faz a mediação dos impulsos do *id* com o meio ambiente, tentando conciliar os esforços e as demandas do *id* com as exigências da realidade, tanto interna quanto externa.⁵⁶

O superego é a expressão da interiorização das interdições e exigências da cultura e da moralidade, que são representadas pelos pais. O superego é em grande parte inconsciente, e é nele que constam os valores morais de cada pessoa, aqueles que farão com que cada indivíduo diga o que é bom ou mau, certo ou errado.⁵⁷

O inconsciente comanda a vida dos seres humanos muito mais do que se imagina; para exemplificar tal afirmativa Freud comparava nosso inconsciente com um *iceberg*, no qual a parte visível seria nosso consciente e a parte oculta (muito maior) seria o inconsciente humano. É justamente nisso que os psicóticos, psicopatas e neuróticos comandados por seus conflitos inconscientes se deparam.⁵⁸

É importante ressaltar que “[...] o juiz desempenha uma função que atinge aspectos essenciais da vida individual e social. Entretanto, como qualquer ser humano, *não* está imune às influências do inconsciente.”⁵⁹

Para o operador do Direito, e principalmente para os juízes, é muito relevante que conheçam bem a si próprios e, mais ainda, saibam reconhecer, nos feitos em que atuam. Percebe-se que somente o conhecimento técnico do direito é insuficiente para que os juízes profiram sentenças baseadas em valores de justiça e equidade. Assim, é imprescindível aos magistrados aliar ao estudo da teoria do direito disciplinas que o permitam conhecer e entender melhor o ser humano.

2.2 A influência da subjetividade no ato de julgar

É comum ocorrerem depoimentos contraditórios acerca de um mesmo fato, tendo em vista que mesmo que as testemunhas oculares estejam bem intencionadas, seus depoimentos serão diferentes. O mesmo ocorre com os magistrados que, ao se depararem com a mesma situação julgam de forma diferente, de acordo com a interpretação que cada um fizer da lei e dos fatos.⁶⁰

Explicando o porquê dessas divergências, leciona Andrade:

Há, é claro, o aspecto objetivo resultante de múltiplas variáveis reais e específicas que configuram a singularidade de cada contexto em particular. Além disso, no entanto, é preciso levar em conta os aspectos subjetivos, ou seja, o fato de que a capacidade de julgar a realidade exterior depende diretamente de como é o *juízo crítico* de cada pessoa em relação ao seu mundo exterior.⁶¹

O juízo crítico de cada indivíduo forma-se a partir de fatores conscientes e inconscientes, como os valores impostos pelo superego, as funções do ego, como a percepção, o pensamento e a discriminação, o processo de identificação e os tipos básicos de personalidade. O juízo crítico é uma das principais funções do ego, inculcando diretamente nas relações pessoais de cada indivíduo e é especificamente

⁵⁵ Trindade (2009).

⁵⁶ Trindade (2009).

⁵⁷ Trindade (2009).

⁵⁸ Zimmerman (2002b).

⁵⁹ Prado e Nalini (2003, p. 104).

⁶⁰ Zimmerman (2002a).

⁶¹ Zimmerman (2002a, p. 103).

importante para este trabalho, pois tem grande relevância na vida cotidiana dos magistrados, já que influencia muito na tomada de decisões judiciais.⁶²

Além do juízo crítico, há também uma vinculação afetiva e emocional do magistrado com o conteúdo do processo sob sua jurisdição e, assim, pode-se exemplificar citando o caso de um magistrado filho de um alcoolista. Neste caso, certamente ele será influenciado por sua história de vida ao instruir e decidir um processo envolvendo alguma parte com o mesmo problema. Da mesma forma que um magistrado religioso será influenciado por suas crenças e valores morais, um magistrado criado no interior, com grande apego à terra, ou, ainda, um magistrado criado em uma cultura machista.⁶³

A respeito, Prado observa:

As experiências anteriores do julgador também podem acarretar *reações inconscientes* favoráveis ou desfavoráveis a respeito de mulheres ruivas ou morenas, de homens com barba, de italianos, ingleses, padres, médicos, de filiados a determinado partido político, por exemplo. Esses *preconceitos*, que podem ser involuntários ou inconscientes, afetam a memória ou a atenção do julgador e influem sobre a credibilidade das testemunhas ou das partes.⁶⁴

O superego resulta das internalizações que fizemos desde as etapas mais precoces, de como lidamos com os valores e regras que nos são repassados por intermédio de nossos pais, professores, televisão, etc. A partir desses valores é que seremos modelados, e que também julgaremos e nos sentiremos julgados pelos demais.⁶⁵

O ego possui uma função muito importante que é a percepção, que se constitui como a visão com a qual percebemos o mundo exterior, que se forma a partir da visualização de nosso mundo interior. Dessa forma, quanto mais paranoide for a estrutura da personalidade do sujeito, mais paranoide será a sua percepção dos outros.⁶⁶ O autor explica melhor:

Trata-se de um transtorno da função do pensamento. Dessa forma, é importante sublinhar o uso do mecanismo defensivo inconsciente da *projeção*, através da qual o sujeito atribui como pertencendo a um outro aqueles pensamentos, sentimentos e intenções que ele não consegue assumir como seus próprios, por lhe serem desagradáveis e intoleráveis. Dizendo com outras palavras, o sujeito *identifica* os outros à sua imagem e feição, e os julga como tal.⁶⁷

A “[...] projeção é uma defesa que consiste em atribuir aos outros os sentimentos ou características não admitidos em si mesmo. Assim, impulsos ou pensamentos proibidos são atribuídos a outra pessoa e negados em relação a si próprio.”⁶⁸

Todas essas identificações, que resultam das projeções que fizemos das outras pessoas, somente serão prejudiciais se usadas em doses excessivas e, se as pessoas a quem nos comparamos não são por nós apreciadas e admiradas. Nesse mesmo sentido, “[...] se as figuras parentais com quem a criança estiver fazendo suas identificações são sentidas por ela como desqualificadas, desprezadas, odientas [...], as identificações serão patogênicas [...]”⁶⁹

Prado e Nalini dizem que o mais importante para o juiz, mais talvez do que para qualquer outro profissional, é entrar em contato com seus conteúdos sombrios, trazendo-os à consciência, pois ao

⁶² Zimerman (2002a).

⁶³ Andrade (2007).

⁶⁴ Prado e Nalini (2003, p. 19).

⁶⁵ Zimerman (2002a).

⁶⁶ Zimerman (2002a).

⁶⁷ Zimerman (2002a, p. 104).

⁶⁸ Trindade (2009, p. 65).

⁶⁹ Zimerman (2002a, p. 105).

buscar entender o significado desse possível infrator, que como qualquer ser humano tem dentro de si, poderá projetá-lo menos.⁷⁰

Uma questão relevante para a atividade judicante é a capacidade de se fazerem discriminações, ou seja, não confundir, separar os diferentes estímulos, saber reconhecer o que é dos outros e o que provém do seu interior, do individual. "Pode-se dizer que uma perturbação na função de discriminar possa resultar em um in-discriminado uso abusivo do ato de in-criminar ou de re-criminar, por parte do Juiz, às pessoas que ele estiver julgando."⁷¹ Zimerman explica:

Devo julgar um homem acusado de ter agredido a sua esposa, em uma briga de casal. A minha atitude interna diante dessa situação específica pode ser alternante: tanto posso me manter neutro (não é o mesmo que indiferente), como posso me identificar, conforme os meus conflitos internos, tanto com o agressor, quanto com o agredido, ou simultânea e alternadamente com ambos. Se, por exemplo, a briga deste casal estiver ressoando em meu inconsciente o registro das brigas que meus pais tiveram, ou minhas próprias brigas, o mais provável é que eu, inconscientemente, tomarei um partido, o da vítima por exemplo e, como se fosse ela, sentirei a sua dor e indignação. Essa *identificação com a vítima* pode ser boa – possibilita uma empatia –; porém, se ela for excessiva, me levará a um impulso de *retaliação* na base de "dente por dente e olho por olho", como aliás, está implícito na própria etimologia do verbo retaliar: *re* (de novo, e mais uma vez) + *taliar* (aplicar a lei de Talião).⁷²

As características da personalidade do magistrado são muito relevantes para o momento em que ele irá julgar o conflito de interesses que está sob sua jurisdição, já que "[...] a solução do caso não é um *dado*, mas um *construído*, e não há como desconhecer a influência dos aspectos subjetivos, ligados à história pessoal do julgador, no momento de realizar escolhas entre as várias possibilidades de decisão."⁷³

Zimerman explica o que é o perfil caracterológico do juiz:

A caracterologia de qualquer pessoa é resultante do uso predominante de determinados *mecanismos defensivos* que ela utiliza, desde a infância, não só como um meio de se defender das pulsões instintivas e das ameaças punitivas do superego, como também para a sua adaptação à realidade do meio em que vive. Os traços caracterológicos mais marcantes determinam os mais diferentes tipos de personalidade, os quais, em linhas gerais, são os dez seguintes tipos: personalidade depressiva; paranóide; maníaca; fóbica; obsessivo-compulsiva; esquizóide; histérica; psicopática; personalidade falsa; e de tipo narcisista.⁷⁴

Paralelamente aos tipos de personalidade incidirão também nos magistrados as características referentes à classe social a que pertencem, suas origens religiosas, étnicas, culturais e econômicas. Todos os valores que estão infiltrados por trás dessas características serão refletidos em cada decisão.⁷⁵

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Andrade:

O julgador, como qualquer ser humano, não pode prescindir de seus valores, de suas experiências emocionais, de sua estrutura psíquica, de seu inconsciente, na prática de qualquer ato cognitivo, e, por óbvio, no momento de julgar. O juiz, o desembargador e o ministro (e seus assessores, por certo) encontram-se vinculados às suas emoções, às suas pulsões, e delas não podem se apartar, quando julgam. Isso não leva ao absurdo, ao descontrole ou à possibilidade de o julgador

⁷⁰ Prado e Nalini (2003).

⁷¹ Zimerman (2002a, p. 106).

⁷² Zimerman (2002a).

⁷³ Facchini Neto (2002).

⁷⁴ Zimerman (2002a, p. 106).

⁷⁵ Facchini Neto (2002).

cometer aberrações (apesar de muitas serem feitas cotidianamente, pois os juízes hoje presos por corrupção ditaram muitas sentenças, com argumentos jurídicos racionais, e muitas delas foram mantidas por vários tribunais). Há sempre a exigência de argumentação.⁷⁶

Pretendeu-se demonstrar até aqui que o juiz, ao julgar, expressa não somente fundamentos jurídicos mas também um pouco de sua história. Não se pode ter uma visão redutiva do ato de julgar, pois, como visto, o magistrado é influenciado por sua personalidade e por sua ideologia pessoal. Dessa forma, é desejável que o intérprete do direito tenha autoconhecimento, sendo consciente de suas circunstâncias, autocrítico, e com percepção de suas neuroses e frustrações. Assim, "[...] sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas."⁷⁷

Verificou-se também que se generalizou erroneamente a ideia de que o mais importante para o juiz é o bom conhecimento das regras processuais, ficando em plano bem inferior as preocupações com a sua formação humanista, a transmissão de conhecimentos básicos para que o juiz possa avaliar o significado das ações humanas, inclusive das suas, o estímulo à sensibilidade do juiz, para que ele não proceda com a fria racionalidade de um autômato.⁷⁸

Da mesma forma, o juiz deve ter consciência de si próprio e de seus sentimentos e falhas, entendendo que não somente os réus que ele julga têm seu lado obscuro, mas também ele, o julgador, tem um condenado interior.⁷⁹

2.3 A neutralidade do magistrado e o neoconstitucionalismo

O conhecimento jurídico tradicional tem como traços marcantes o formalismo e o dogmatismo; o primeiro caracterizando-se pela atividade de a interpretação ocorrer mediante processo dedutivo, por via da subsunção, e o segundo, o dogmatismo, traduzido por meio da crença em determinados princípios e conceitos rígidos, axiomáticos e inquestionados.⁸⁰

A concepção tradicional da atividade jurídica não acompanha a sua complexidade e torna-se cada vez mais redutiva. Nessa visão dogmática, o juiz seria um aplicador mecânico de leis preexistentes, atuando neutra e objetivamente, da mesma forma que a solução da lide já estaria pronta e acabada, cabendo ao magistrado a simples tarefa de indicá-la, sem contribuição pessoal alguma.⁸¹

Nesse sentido, Andrade assevera que a ciência dogmática do direito "insiste na defesa da neutralidade jurídica e na possibilidade do julgador agir como um técnico, alheio às questões não-jurídicas, dando ao processo o justo e único julgamento possível, a partir da base científica racional que a fundamenta."⁸²

A concepção tradicional do direito sofreu profundas mudanças no Brasil especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois com ela vem se tentando consolidar um Estado Democrático de Direito. A Constituição propiciou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais aos sujeitos de direito. Muitas dessas normas, por serem de aspecto aberto e principiológico,

⁷⁶ Andrade (2007a).

⁷⁷ Barroso (2009, p. 311).

⁷⁸ Dallari (1996).

⁷⁹ Prado e Nalini (2003).

⁸⁰ Barroso (2009).

⁸¹ Facchini Neto (2002).

⁸² Andrade (2007a).

caracterizam um constitucionalismo moderno, que “[...] promove, uma volta aos valores, uma reaproximação entre a ética e o Direito.”⁸³

Para viabilizar o desejado Estado Democrático de Direito é necessário que se façam novas discussões acerca do papel destinado ao Poder Judiciário, a partir do novo panorama surgido após o constitucionalismo do pós-guerra. Especificamente no Brasil, houve a incorporação de compromissos ético-comunitários na Constituição de 1988, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de guardião dos valores materiais positivados.⁸⁴

Barroso afirma que os princípios constitucionais passam a ser a síntese dos valores reconhecidos e protegidos pelo ordenamento jurídico. Tais princípios traduzem a ideologia da sociedade, seus objetivos e postulados, além de promover unidade ao sistema, atenuando tensões normativas e servindo de guia para o intérprete.⁸⁵

Todas essas transformações, com o constante surgimento de novos fenômenos sociais, geraram o envelhecimento das leis, e contribuíram para deslocar para os juízes a responsabilidade de solucionar problemas e incertezas.⁸⁶

Nesta época de grandes transformações, em que as contradições trazidas pelo novo exigem a revisão de velhos posicionamentos, também os magistrados – assim como todos os demais operadores jurídicos – participam das perplexidades que atingem os jurisdicionados. Impotente para fazer frente a essas transformações com a celeridade necessária e a eficiência desejável, o Judiciário sofre os problemas do Estado contemporâneo, que ainda não se adaptou à velocidade das mudanças dos últimos 50 anos.⁸⁷

Acerca da incorporação de valores éticos na constituição e do relevante papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, Facchini Neto observa que “tais constituições são o lugar dos *novos* direitos individuais e coletivos e, os litígios de natureza constitucional representam [...] o meio para a sua afirmação, definição, e realização. Isso representa uma significativa transferência de poderes aos juízes.”⁸⁸

Esse neoconstitucionalismo também é caracterizado pelo reconhecimento da normatividade dos princípios, além da ascensão dos valores e da essencialidade dos direitos fundamentais.⁸⁹ Assim, a discussão ética volta ao direito pela ponderação de interesses.⁹⁰

Nesse sentido, a maior importância conferida aos princípios propicia ainda mais possibilidade de haver influência da subjetividade e dos valores pessoais do magistrado. Isso porque os princípios “[...] contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e aplicam-se a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações.”⁹¹ Barroso elucida:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. [...] Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas

83 Barroso (2009).

84 Streck e Stein (2007).

85 Barroso (2009).

86 Facchini Neto (2002).

87 Prado e Nalini (2003, p. 87-88).

88 Facchini Neto (2002, p. 400).

⁸⁹ Na literatura jurídica nacional sobre Direitos Fundamentais é indispensável a obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2009).

⁹⁰ Barroso (2009). Referências importantes sobre o neoconstitucionalismo são, entre outras: Carbonell (2007) e Dimoulis e Duarte (2008).

⁹¹ Barroso (2009, p. 353-354).

fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis [...]. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*.⁹²

Os fatos nunca são conhecidos diretamente pelo juiz, apenas indiretamente, pois seu conhecimento forma-se a partir dos depoimentos das testemunhas, da análise dos documentos, dos laudos periciais. Assim, ao analisar um depoimento, o juiz deixa-se influenciar, inconscientemente, por fatores emocionais de simpatia, antipatia, que se projetam sobre testemunhas, advogados e partes.⁹³ Para ilustrar esse aspecto, observe-se o comentário de Andrade:

Analisando o processo (todos: penal, civil, etc.) para além do Direito e descrevendo-o em linguagem não jurídica, não fica difícil compreender que seu início sempre é uma hipótese já construída a partir da interferência (objetiva e subjetiva) de pessoas não envolvidas no fato em si. Por ilustração, o processo penal tem início, quase sempre, com a denúncia oferecida pelo Ministério Público e, em poucos casos, por queixa-crime oferecida pelas partes. Já no processo civil, seu início dá-se pela petição inicial. Todos estes documentos são papéis nos quais consta uma descrição sobre os fatos fundamentadores da demanda jurídica, ou lide. Mas esta descrição não reproduz aquilo que empiricamente aconteceu tempos atrás. Esses documentos descrevem uma versão possível do fato (ou fatos), uma hipótese de como ele teria ocorrido, mas já a partir dos desejos de quem os apresenta a julgamento.⁹⁴

Já no momento da coleta da prova, fatores não jurídicos influenciam a atuação do juiz, desde as perguntas que ele escolhe fazer às testemunhas, a credibilidade que dá a elas, até à forma com que dita o depoimento ao digitador. Assim, é comum a prática do prejulgamento, já no primeiro contato com os autos, para depois realizar a simples adequação da prova ao desejo expressado no seu prejulgamento.⁹⁵

Nesse sentido, além de não ter a almejada neutralidade, o direito também não tem a objetividade que, como se afirma, seria alcançada por meio do raciocínio de subsunção dos fatos à norma. Ao contrário, o que caracteriza o direito é justamente a indeterminação dos conteúdos normativos e as variadas possibilidades do texto legal, já que mesmo por meio da utilização dos mecanismos do direito resultam decisões conflitantes.⁹⁶

Relativamente à neutralidade, conceito questionado durante este trabalho, importante é fazer-se a devida distinção entre esta e a imparcialidade. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual seja válida, e ela configura-se em uma exigência fundamental para a realização do devido processo legal, pois o juiz deve manter-se equidistante das partes.⁹⁷

Ser imparcial significa que o magistrado não deve ter interesse algum no resultado de sua decisão; que ele não beneficiará nenhuma das partes. Nesse sentido, citam-se Cintra, Grinover e Dinamarco:

⁹² Idem. p. 356. Outro modo de ver a aplicação das normas é encontrado na obra genial de Juarez Freitas (2004). Observe-se o seu posicionamento quanto à “hierarquização axiológica das normas: ‘Trata-se de metacrítério’ que ordena – em face também de antinomias no plano dos critérios – a prevalência, no caso concreto, do princípio axiológico superior, mesmo no conflito (à primeira vista) apenas de regras, viabilizando uma exegese capaz de evitar a auto-contradição, bem como resguardando a unidade sintética dos múltiplos comandos, culminando por ser, ainda que reflexamente, orientador da exegese rumo à totalidade.” Como se nota, uma análise mais detalhada das concepções apresentadas por Juarez Freitas exigiriam ilações mais aprofundadas em sede de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito. Tal empreendimento refoge dos objetivos “introdutórios do presente texto. Ainda sobre os diversos aspectos que envolvem o estudo da principiologia constitucional, além das obras de Alexy e Dworkin, já citadas, deve-se consultar: Canotilho (2002) e Miranda (2008).

⁹³ Prado e Nalini (2003).

⁹⁴ Andrade (2007a).

⁹⁵ Andrade (2007a).

⁹⁶ Barroso (2009).

⁹⁷ Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 58).

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.⁹⁸

Quanto à neutralidade, esta seria a indiferença, o afastamento de quem não tem interesse no que os outros estão fazendo. Não há neutralidade possível na atividade do juiz, pois não há como separar, de suas decisões, o seu inconsciente e seus valores pessoais, e, dessa forma, o juiz não consegue atuar neutramente nos feitos em que atua, pois sempre irá se identificar com alguma das partes ou com o seu conflito.

Neutralidade é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear do que o de objetividade. A objetividade busca uma razão científica de validade geral. A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles não são de difícil implementação, como a *imparcialidade* – ausência de interesse imediato na questão – e a *impessoalidade* – atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguém. Basta seriedade e vontade de fazer bem feito para atender a tais imperativos. Mas a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. É claro que há uma infindável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores e alternativas possíveis. E aí, mesmo quando não atue em nome dos interesses de classe ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o intérprete estará sempre promovendo as suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça.⁹⁹

Assim, a neutralidade é uma ficção, pois se for entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Então, o operador jurídico seria um ser humano sem história, sem memória e sem desejos.¹⁰⁰

Andrade acrescenta:

É a condição de tomada de consciência, o aprender a não confundir neutralidade valorativa com neutralidade no sentido de imparcialidade. A primeira diz respeito ao conteúdo do ordenamento jurídico, bem como aos fatores axiológicos utilizados pelo julgador no exercício de sua função. Não há pessoa neutra, a ideologia é um fator intrínseco a qualquer postura. O exigível ao magistrado é uma conduta de imparcialidade em relação às partes em litígio, não significando desconsideração à posição social de cada uma, bem como à sua pretensão.

Essa visão de juiz e de poder judiciário mudou enormemente ao longo dos tempos. Na verdade, pode-se dizer que se tratava de uma visão mais ideológica e *prescritiva* (estabelecendo como *deveriam* os juízes agir) do que uma visão propriamente *descritiva* da realidade, pois, mesmo não querendo e mesmo não tendo disso consciência, o juiz não consegue afastar uma enorme carga de *subjetividade* na sua função de julgar.¹⁰¹

Consoante ensinamento de Prado “[...] é em razão da tradição formalista que os magistrados omitem o verdadeiro modo como raciocinam ao decidir, como meros seres humanos que conhecem do direito.”¹⁰²

O problema da neutralidade reside também em saber o que é ser neutro. Em tal sentido, sempre foi idealizada a neutralidade do intérprete, do aplicador do direito, do juiz. Por outro lado, é possível

⁹⁸ Barroso (2009, p. 292).

⁹⁹ Barroso (2009, p. 292).

¹⁰⁰ Barroso (2009).

¹⁰¹ Andrade (2008, p. 101).

¹⁰² Prado e Nalini (2003, p. 19).

conceber que o juiz seja racionalmente educado para compreender, tolerar e entender o diferente, as minorias. Ainda, no mesmo sentido, mesmo que seja algo utópico, pode-se cogitar que o magistrado seja livre de preconceitos, de opções políticas pessoais. Contudo, será impossível libertá-lo do próprio inconsciente, dos seus registros mais primitivos, e assim não haverá um intérprete sem memória e sem desejos; portanto não há neutralidade possível.¹⁰³

A respeito do que se denomina pré-compreensão, Barroso elucida que ela é constituída a partir da "[...] identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação."¹⁰⁴ Nota-se, então, que a doutrina contemporânea não nega mais o fato de que a subjetividade se faz presente no ato de julgar, e assim entende mais produtivo discutir sobre os limites de criatividade do juiz e sobre técnicas que permitam restringir a subjetividade, embora não pretendam sua total eliminação.¹⁰⁵

Imparcialidade, portanto, não é o mesmo que neutralidade e o juiz, como qualquer ser humano, não consegue ser neutro diante dos processos em que atua. Todavia, é dever constitucional a sua imparcialidade, a qual não pressupõe um juiz alheio ao mundo e aos problemas sociais. Na acepção de Barroso:

A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercerá sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto.¹⁰⁶

A estrita vinculação do juiz à lei (em sentido amplo) certamente confere uma maior previsibilidade quanto à sua atuação; entretanto isso nem sempre é desejável e quase nunca é possível. Sob um primeiro aspecto, isso não seria possível, já que as mudanças sociais são mais velozes do que as mudanças legislativas e isso poderia significar um afastamento do juiz das reais necessidades sociais. Relativamente aos aspectos subjetivos, o juiz jamais consegue afastar por completo a influência dos fatores subjetivos que incidem sobre o ato de julgar. Assim, ele não consegue sair de si próprio e afastar seus condicionamentos existenciais e, dessa forma, julga com toda a sua personalidade, utilizando processos racionais e sofrendo influências de processos irracionais. O lado racional do juiz caminha junto com seus preconceitos, e o melhor que ele pode fazer é conscientizar-se a respeito, procurando afastar alguns preconceitos e impulsos irracionais.¹⁰⁷

Andrade enfatiza que a atuação dos magistrados sob a fictícia neutralidade acaba prejudicando uma atividade jurisdicional mais humana, pois ao decidir, os juízes desconsideram as forças sociais em ação, contribuindo para a manutenção da sociedade estratificada. "Assim, o Poder Judiciário convive

¹⁰³ Barroso (2009).

¹⁰⁴ Barroso (2009, p. 306).

¹⁰⁵ Facchini Neto (2002).

¹⁰⁶ Barroso (2009, p. 291).

¹⁰⁷ Facchini Neto (2002).

com a inaceitável realidade socioeconômica, sem ponderar, sequer a necessidade de alterar seu comportamento."¹⁰⁸

Nesse viés, fica destacada uma compreensão essencial da Ciência Jurídica como uma possível força transformadora, que transcende a função de apenas interpretar os textos legais, para mediante um processo hermenêutico emancipador dar novo sentido às leis, procurando adaptá-las aos interesses da coletividade.

Além disso, Andrade observa que é importante ter consciência de que "a manutenção da sociedade estratificada, dividida em desiguais, resulta, dentre outros fatores, da postura conservadora da magistratura, caracterizada pela prática, dos juízes, de cegos aplicadores da lei."¹⁰⁹

Assim, é fundamental para uma sociedade mais igualitária e humana a atuação de uma magistratura que se empenhe em fazer da judicatura uma atividade transformadora, em prol da comunidade. "Desta forma, todos os despachos, todas as decisões interlocutórias, todas as sentenças proferidas por um magistrado devem conter um compromisso ético com a moral e a justiça popular."¹¹⁰

Por tudo que foi exposto, verifica-se que no ato de proferir a sentença o magistrado não atua sozinho, pois incidem sobre ele seus valores, pré-compreensões, sua subjetividade e muitos outros fatores, que no decorrer da explanação foram vistos. Por outro lado, tais influências não devem ser vistas com preconceito ou desconfiança e, sim, como a possibilidade de mudança da sociedade extremamente desigual que se apresenta atualmente, a qual pode ser melhorada mediante de sentenças mais humanas, adequadas à realidade e que proporcione eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Conclusão

Do articulado no presente trabalho, observa-se que a neutralidade do magistrado é inalcançável. Desde o início do processo ele terá de valorar as provas, interpretar as normas e os fatos aplicáveis ao caso, sendo ele próprio protagonista do *horizonte compreensivo* do processo. O magistrado não está afastado do caso como se apenas refletisse e registrasse o comportamento das partes envolvidas. Não há passividade possível nesse fenômeno. O juiz integra a compreensão e a conformação do que está se realizando.

A teoria tradicional do direito desconsidera a influência de valores extrajurídicos, e compreende a atividade judicante sob os prismas do racionalismo e do formalismo, a partir do dogma da neutralidade do juiz. Entretanto, a incidência de valores extrajurídicos, tal como a subjetividade do magistrado, está presente no ato de julgar, pois ele é influenciado por aspectos que não estão contidos na norma, mas advêm de fatores externos e também internos.

Diante das inúmeras transformações da sociedade e do surgimento de novos conflitos sociais, o Poder Judiciário passou a ser suscitado a resolver novas questões de direito. Trata-se, portanto, do deslocamento de maior responsabilidade para os juízes. Deles se espera sempre a decisão mais acertada para o caso, ao mesmo tempo que se passa a lidar mais com princípios (operando, assim, em maior grau de abstração) do que com regras.

Disso extrai-se, portanto, que a teoria tradicional do direito não fornece os elementos necessários para tutelar devidamente os novos direitos e conflitos da atual sociedade e, assim, cumpre considerar que, muitas vezes, parâmetros normativos não são claros, não obstante, não poderá haver escusa de proferir julgamento. Aos magistrados não resta alternativa senão decidir a partir de princípios e valores

¹⁰⁸ Andrade (2008, p. 15).

¹⁰⁹ Andrade (2008, p. 57).

¹¹⁰ Andrade (2008, p. 99).

constitucionais. Ao realizar esse momento hermenêutico e argumentativo é inegável que a subjetividade do julgador influenciará na decisão, por mais transparente, honesta e democrática que seja.

Em resumo, pode-se dizer que no ato de proferir a sentença o magistrado não atua sozinho; incidem sobre ele suas pré-compreensões, seus valores morais, sua história, sua tradição e a sua subjetividade. Tais influências não devem ser vistas com preconceito ou desconfiança e, sim, como a possibilidade de mudança da sociedade extremamente desigual que se apresenta nos dias atuais.

Apesar de a estrita vinculação do juiz à lei conferir maior previsibilidade quanto à sua atuação, conclui-se que isso não acontece plenamente, uma vez que as mudanças sociais são mais velozes do que as mudanças legislativas, o que poderia significar um afastamento do juiz das reais necessidades sociais. Da mesma forma, o juiz jamais consegue afastar por completo a influência dos fatores subjetivos que incidem sobre seu ato de julgar, pois ele não consegue sair de si próprio e afastar seus condicionamentos existenciais.

Para terminar, é imprescindível para uma sociedade mais igualitária e humana, a atuação de uma magistratura que se empenhe em realizar uma atividade transformadora, em benefício da comunidade. Assim, em decorrência dos novos paradigmas sociais, as decisões precisam se adequar às novas necessidades e, nesse sentido, o magistrado tem em mãos um importante instrumento de justiça social: a sentença.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Lédio Rosa de. Aproximando a Psicologia do Direito. In: CERQUEIRA, Daniel Torres; FRAGALE FILHO, Roberto. (Org.). *O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica*. Campinas: Millennium, 2007a. 292 p.

ANDRADE, Lédio Rosa de. Direito e Subjetividade. In: ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: Psicanálise, Direito e Cultura*. Campinas: Millennium, 2007b.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Juiz alternativo e poder judiciário*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. 168 p.

AZEVEDO, Plauto Fracaro de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 432 p.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 123 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 383 p.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Fórum: Belo Horizonte, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.
- DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: separação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008.
- FACCHINI NETO, Eugênio. 'E o juiz não é só de Direito...' (ou 'A função jurisdicional e a subjetividade'). In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. 618 p.
- FERNANDES, Atahualpa; FERNANDES, Marly. Hermenêutica jurídica: mente, cérebro e "prejuízo". *Revista Eletrônica Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/34411/3>>. Acesso em: 1 de out. 2010.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 231 p.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação "versus" a única resposta correta. In: SILVA, Vergílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. 328 p.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2007. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 342 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2008.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3. ed. Tradução Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007. 120 p.

NADER, Paulo; REALE, Miguel. *Introdução ao estudo do direito*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 438 p.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Lidia Reis de Almeida; NALINI, José Renato. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. 193 p.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 173 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1498 p.

STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 366 p.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 480 p.

ZIMERMAN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. A crise do magistrado. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002a. 618 p.

ZIMERMAN, David. Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002b. 618 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. 353 p.

