

“A minha verdade é minha justiça” - dilemas e paradoxos sobre o princípio da imparcialidade judicial¹

BÁRBARA GOMES LUPETTI BAPTISTA

Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil

DOI: 10.11606/issn.2316-9133.v22i22p301-314

resumo Este trabalho é resultado de pesquisa realizada no TJRJ. A metodologia incorpora uma profícua interlocução que me permiti fazer entre o direito, minha área de formação, e a antropologia, disciplina que conheci por ocasião da orientação recebida durante a minha pós-graduação. A pesquisa permite perceber que o princípio da imparcialidade é uma crença construída discursivamente pelo campo do direito e que funciona como uma categoria estruturante do sistema judiciário. No entanto, a crença discursiva se choca com a realidade empírica, uma vez que os dados de campo demonstram que aspectos subjetivos do juiz interferem diretamente no exercício da jurisdição, sugerindo que a moralidade e o senso de justiça do magistrado interferem no curso e nos resultados do processo. Entre o paradoxo de “parecerem imparciais” e o fato de “serem humanos”, os juízes narram seus dilemas e os desafios que vivenciam na tentativa de “não contaminarem” a sua imprescindível imparcialidade.

palavras-chave Direito; Antropologia; Princípio da Imparcialidade; Verdade; Justiça

My truth is my Justice” - Dilemmas and paradoxes in relation to the principle of judicial impartiality

abstract This paper is the outcome of a research inside Rio de Janeiro’s State Court. The methodology consists in a dialogue I intended to do between law, which I studied under graduation, and

anthropology, that I was introduced to, when I was under my post graduation studies. The research allows understanding that the principle of judicial impartiality consists in a belief, discursively constructed inside the judicial field, and it works as a structuring category inside the judiciary. However, the discursive belief strikes against the empirical reality, as the fieldwork data shows judge’s subjective aspects directly interfere during the decision making. It suggests that judge’s morality and sense of justice interfere during the process and often in its result. Between the paradox of “seeming impartial” and the fact of “being humans” the judges describe their dilemmas and the challenges they experience when they try “not to contaminate” their essential impartiality.

keywords Law; Anthropology; Principle of Judicial Impartiality; Truth; Justice

Introduzindo o tema

“A MINHA VERDADE É A MINHA JUSTIÇA”.

Esta frase foi pronunciada por uma juíza que eu entrevistei durante a etnografia realizada para a elaboração da minha tese de doutorado, que discutiu o Princípio da Imparcialidade Judicial.²

Em um primeiro momento, o que me chamou a atenção no conteúdo da frase foi o uso do pronome possessivo, indicando que a interlocutora se colocava em uma posição absolutamente central e autorreferente.

Em seguida, percebi que a frase indica o quanto a sensibilidade pessoal do juiz interfere - ou pode interferir - no resultado da prestação jurisdicional do Estado.

Ou seja, a identificação da magistrada com uma determinada “justiça”, representada por aquilo que ela acredita ser uma determinada “verdade”, que é “dela” e que ela é a responsável por “descobrir” e “desvendar”, expõe - ao contrário do que sustentam os manuais da dogmática - que o juiz eventualmente conduz e julga processos judiciais a partir de critérios que estão além (e fora) dos autos processuais e que ele, juiz, pode tomar em consideração fatores subjetivos, constitutivos de sua personalidade, que não necessariamente estarão representados e explicitados nas folhas em preto e branco dos autos processuais.

Estas foram as minhas sensações imediatas, naquele primeiro momento em que ouvi a frase ser pronunciada pela juíza que eu entrevistei.

Depois de realizado o trabalho de campo, o meu interesse em tentar entender o significado da frase recrudesciu, porque tive a nítida percepção, decorrente dos dados etnográficos, de que esta frase não reflete apenas o pensamento singular da magistrada entrevistada, mas reverbera uma regularidade encontrada nas falas de distintos interlocutores com quem eu tive a oportunidade de estar durante o trabalho de campo realizado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Considerando o fato de que para a pesquisa antropológica o que interessam são, justamente, as chamadas “regularidades existentes”, conforme já dissera Malinowski (1984, p. 28), considere importante recortar o tema da imparcialidade judicial a partir desta perspectiva.

Sendo assim, me interessa explicitar neste trabalho um dentre tantos outros aspectos que marcam o princípio da imparcialidade judicial e que ficou bastante referenciado no trabalho de campo, qual seja, a circunstância de que, para além

dos autos do processo, existe um enorme mundo orientado por moralidades e subjetividades que não necessariamente aparecem no processo, mas interferem em seu resultado, porque constituem a personalidade do julgador e conformam a sua visão de mundo e a sua percepção sobre categorias como “verdade”, “justiça” e “direito”.

Trata-se do “mundo que não está nos autos, mas está no juiz”, como me disse outro magistrado que eu entrevistei, fazendo alusão ao dogma do campo que acredita que “o que não está nos autos, não está no mundo”.

É um pouco deste mundo, externo aos autos, mas interno para o juiz, que eu pretendo explicitar neste trabalho.

Questões metodológicas

Este trabalho é resultado de um trabalho de campo realizado por mim no Foro Central do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, especialmente em varas e câmaras cíveis, para a pesquisa da minha tese de doutorado.

A metodologia incorpora uma profícua, embora árdua interlocução que me permiti fazer entre o direito, minha área de formação, e a antropologia, disciplina que tive a oportunidade de conhecer por ocasião da orientação que recebi durante a minha pós-graduação, tanto no mestrado, quanto no doutorado.

A etnografia foi desenvolvida a partir de três tipos distintos de coleta de dados empíricos: 1) realização e gravação de entrevistas abertas com operadores do direito, especificamente advogados, juízes, desembargadores, promotores de justiça, defensores públicos, procuradores do município e do estado, servidores públicos, secretários e assessores de magistrados; 2) observação de audiências cíveis e julgamentos recursais em câmaras cíveis durante o ano de 2011; 3) análise de incidentes processuais de

impedimento e de suspeição de magistrados, coletados a partir de pesquisa jurisprudencial e posterior seleção e extração de fotocópias dos autos processuais, por amostragem.

Aliada a esses dados de campo, a pesquisa desenvolvida incorpora a metodologia da observação participante, decorrente do exercício da minha profissão como advogada militante naquele mesmo tribunal de justiça e, conseqüentemente, fruto da minha convivência cotidiana com os interlocutores e a minha “integração” e intimidade com o campo pesquisado (FOOTE-WHYTE, 1975).

Algumas questões sobre o Princípio da Imparcialidade Judicial e sobre a noção de “verdade processual”

A imparcialidade judicial é um princípio da jurisdição definido a partir de distintos critérios.³

Legalmente, o Código de Processual Civil Brasileiro fixa critérios que tratam de discriminar em que momentos a imparcialidade judicial estaria maculada. Ou, melhor dizendo, em que momentos seria pressuposto um comportamento parcial do juiz e, portanto, em que momentos ele estaria proibido de exercer a sua jurisdição.

Os artigos 134 e 136 tratam dos casos de impedimento do juiz, tidos como de mais fácil comprovação, uma vez que preconizam critérios de aferição objetiva. Eis a redação dos dispositivos:

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Já o artigo 135 do CPC trata dos casos de suspeição do Juiz, tidos como de difícil comprovação, uma vez que preconiza critérios de aferição subjetiva, mais voltados a aspectos culturais e sociais. Eis a redação do dispositivo:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa,⁴ ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Os dispositivos do Código de Processo Civil que tratam do impedimento e da suspensão dos magistrados conformam a lógica do sistema processual, porque mantêm vivas, ao mesmo tempo, duas crenças dogmáticas: a crença na “imparcialidade” e a crença na busca da “verdade”, sendo aquela (imparcialidade) premissa desta (busca da verdade) e ambas necessárias para se alcançar a tão proferida “justiça”.

Ou seja, o sistema jurídico difunde a crença na imparcialidade judicial como sendo condição para se atingir a “verdade” e a “justiça” e, para tanto, sustenta discursivamente a sua existência.

E este mesmo sistema internaliza que “ser imparcial” é julgar de acordo com aquilo que consta nos autos processuais e não segundo fatores externos, “extra-autos”.

Como me disse uma advogada, “a imparcialidade é a certeza que tem o cidadão de que a causa submetida ao juiz não vai ser decidida em razão de sua classe social, cor da sua pele, da sua ideologia política. O juiz que vai julgar não tem interesse nisso. Ele é imparcial.”

Nesse sentido, o trabalho de campo me permitiu perceber os paradoxos e as ambiguidades desse sistema discursivo, sendo certo que praticamente em todas as falas, de algum modo, aparecia uma representação utópica acerca da imparcialidade, sendo reveladoras as expressões de dois magistrados que eu entrevistei:

Eu não acredito na imparcialidade, mas não posso dizer isso. Só consigo ver imparcialidade como dogma. Ou como crença. Como algo real, eu não consigo. Mas acreditar que ela existe conforta... dá segurança. É uma falsa segurança,

mas é necessária. Todo mundo tem que acreditar que o processo vai ser julgado por alguém que é imparcial, que vai cumprir a lei. Senão, é o fim do Judiciário. Se as pessoas pararem de acreditar que serão julgadas conforme a lei, o processo e por um juiz imparcial, isso tudo acaba.

A imparcialidade é um caminho a ser seguido, um norte, um ideal a ser alcançado... a imparcialidade é um valor a ser alcançado, mas é como se fosse aquela cenoura que se coloca na frente do jumento, e não se consegue alcançar. E eu nem lamento isso. Entendo que é assim. Faz parte da realidade humana. É estranho dizer isso: eu almejo e sei que nunca vou alcançá-la. Eu ando no caminho dela, mas sei que nunca vou chegar até ela. Pode parecer estranho, mas é assim. A gente tenta buscar, mas sabe que nunca vai conseguir chegar lá. Carrega uma história de vida, coloca na decisão a sua vivência. Tem você ali naquele processo, não estamos fora do planeta e decidimos. Isso não existe.

Assim como os magistrados, um desembargador entrevistado foi ainda mais taxativo em relação à importância de se sustentar a crença na imparcialidade:

A nossa decisão só será respeitada se formos imparciais e isso é o que segura o sistema. Você não pode esvaziar esse discurso. É isso que sustenta tudo. Se você for estudar o conceito de jurisdição, você vai ver que o que sustenta a existência do judiciário é a imparcialidade, que está ligada à confiança das pessoas a se dirigirem até aqui [judiciário] e transferirem a nós o poder de decidir as suas vidas. Sem isso, o que que a gente vai fazer? O nosso trabalho é esse. Sem isso, o sistema não tem legitimidade nenhuma e não se sustenta.⁵

Portanto, sem esmiuçar a questão - porque o recorte deste trabalho não visa discutir os significados da imparcialidade - mas, com o intui-

to de contextualizar o assunto, devo dizer que os dados etnográficos revelaram que o princípio da imparcialidade é uma crença construída discursivamente pelo campo do direito e que funciona como uma categoria estruturante do sistema judiciário.

E esta propagação do mito da imparcialidade do juiz está a serviço de outras crenças do campo, tais como, a crença na busca da verdade e a crença de que a sociedade civil não tem condições de administrar os seus próprios conflitos, tornando imprescindível o exercício da jurisdição estatal, deslocando-se para o Estado a legitimidade de administrar os conflitos particulares, sob o fundamento de que apenas um *tertius* - que deve ser imparcial - é capaz de fazê-lo de forma desinteressada.

Enfim, foi exatamente por causa disso que eu me interessei particularmente por desnudar os aspectos externos do processo judicial que influenciam a subjetividade do juiz e orientam as decisões judiciais. Porque a crença discursiva do mito da imparcialidade, que pressupõe um terceiro desinteressado, alheio, neutro de valores e de preconceitos, se choca com a realidade empírica, que demonstra o quanto aspectos particulares do juiz interferem diretamente no exercício dessa suposta jurisdição imparcial.

A fala da magistrada - “a minha verdade é a minha justiça” - ajuda a compreender o paradoxo desse sistema, que, de um lado, difunde discursivamente a crença na imparcialidade e, portanto, a crença de que o juiz decide de forma desinteressada, restringindo-se, exclusivamente, ao que consta nos autos do processo; porém, de outro lado, revela que as práticas não incorporam o discurso, ou o fazem de forma muito particular, já que cada juiz busca a “sua” verdade e a “sua” justiça”, segundo aquilo que tem dentro de si, independentemente dos autos do processo.

A explicitação de uma “necessária contenção dos sentimentos”

Os dados do trabalho de campo demonstraram que, para manter firme a lógica do sistema, entre o discurso e a prática, os magistrados vivenciam importantes dilemas no exercício da jurisdição, vivendo o paradoxo de terem de “parecer imparciais”, embora sejam “humanos”.

A necessidade de sustentar discursivamente a crença na imparcialidade judicial redundando no esforço de torná-la visível, aparente.

Para além de sustentar o seu discurso, ainda que se saiba ser impossível atingi-la, é preciso tornar a “imparcialidade” uma categoria explícita e indubitável.

Por isso mesmo, escutei muitas vezes durante o trabalho de campo que, “assim como ocorre com a mulher de César, ao juiz não basta ser imparcial, é preciso parecer imparcial.”

Khalil narra em seu livro sobre a personalidade dos juizes, que um deles lhe disse: “Você é treinado a não perder a sua placidez. Você é um profissional propenso a ouvir os maiores absurdos, sem demonstrar emoção.” (KHALIL, 2011, p. 308)

Para parecerem imparciais, por mais paradoxal que seja, os juizes, seres humanos, constituídos dos mais distintos sentimentos, precisam “se policiar”, como muitos me disseram, a fim de exercitar aquilo que eu chamo de uma necessária “contenção obrigatória dos sentimentos”, em uma alusão *maussiana* (MAUSS, 2009, p. 325-335).

Para evitar dúvidas, é preciso se conter.

Portanto, identifiquei que os sentimentos, preconceitos e valores estão presentes nos juizes, mas não podem ser explicitados aos atores processuais, nem escritos nos autos judiciais, porque a sua expressão contaminaria a aparência da imparcialidade que

precisa existir para sustentar o mito da jurisdição desinteressada.

Uma juíza me contou um caso dramático que viveu e, ao narrá-lo, me disse que sentiu “muita raiva”, mas teve de ficar ali, segundo ela, “parecendo neutra”.

Tive um caso, que vou julgar em breve, muito dramático, muito triste. A AIJ deste caso foi muito dura, muito dura... este vai ser um caso muito difícil de julgar. Vou ter de julgar, me afastar, depois voltar no caso... acho que vou demorar um tempo... era um caso em que um bebê morreu e os pais pedem indenização por erro médico. O bebê tinha muitas complicações e ia falecer mesmo, ao que tudo indica, mas o que se quer apurar é se a demora do médico colaborou com o evento morte. Na AIJ o médico se mostrou tão frio. Ele falava do bebê como se não fosse nada. Como se fosse normal que ele tivesse morrido... quem viu o médico na AIJ ficou com raiva dele. Foi um sentimento geral de muita raiva dele... o desprezo por aqueles pais, que estavam atônitos... na AIJ ainda parecia que não acreditavam no que tinha acontecido... e ele tão indiferente... dava vontade de voar nele... o depoimento dele deu muita raiva... mas você tem que ficar ali, neutro. Distante... não pode demonstrar, senão fica suspeito por julgar com sentimento... e o sistema exige de você uma racionalidade.

A fala da juíza sugere a necessidade de, em nome da aparência de imparcialidade, exercitar-se a “contenção obrigatória de seus sentimentos” e esconder aquilo que está em seu “coração”.

“Nós somos seres humanos”: a imparcialidade como superego dos magistrados

O dilema narrado por meus interlocutores evidenciava a sua dificuldade de transitar entre

a aparência e a realidade. Entre o mundo do “dever-ser” e o do “ser”.

Quer dizer, o fato de os magistrados precisarem explicitar a sua imparcialidade não anulava o fato de serem “humanos” e, portanto, terem sentimentos, emoções, e um “coração” que nem sempre permitia a isenção deles esperada.

Por isso, ouvi diversas vezes a frase, que soava quase como uma justificativa: “mas... nós somos seres humanos!”.

Evocar a sua condição “humana”, segundo observei, servia para tirar dos meus interlocutores o peso que sentiam e que era imposto por um sistema judiciário que lhes exige a tal aparência de imparcialidade e, ao fazê-lo, os afasta de sua própria condição “de seres humanos como qualquer um”, como me disse uma magistrada.

Um juiz substituto, bastante jovem, me contou:

Quando eu entrei para a magistratura, fiquei muito assustado [...] isso da imparcialidade me oprimia, porque eu tinha que ser quase de outro planeta. Mas nós não somos heróis, nem somos de outro planeta. Erramos, temos medo, temos insegurança, temos pena, temos tudo que todo mundo tem. Mas isso ficava na minha cabeça, pressionando.

O dever de imparcialidade é representado como sendo um ônus que oprime os magistrados e, ao mesmo tempo, lhes tenta retirar a condição de humanos, exigindo-lhes que escondam seus sentimentos mais genuínos, sob pena de sofrerem a pecha de “parciais” ou “interessados” em um determinado resultado da jurisdição. Por isso, “brinco” com a categoria psicanalítica do “superego” para indicar que o ônus de ser imparcial impõe aos magistrados uma censura moral que lhes provoca o dilema de transitar entre aquilo que “devem ser” e aquilo que, de fato, “são”.

Um juiz cível federal que entrevistei me disse:

Você tem de se brutalizar um pouco... senão, se for chorar, não dá... você não fica aqui. As pessoas têm dramas sérios, que trazem pra cá... o processo é e tem de ser uma racionalização disso, né? O processo é um arremedo desse drama.

Herkenhoff,⁶ que é juiz de carreira, ao publicar um ensaio na internet sobre a ética da magistratura assim se expressa:

A magistratura é mais que uma profissão. A Ética do Magistrado é mais que uma Ética profissional. A função de magistrado é uma função sagrada. Daí a advertência do Profeta Isaías: ‘Estabelecerás juízes e magistrados de todas as tuas portas, para que julguem o povo com retidão de Justiça’. Somente com o suplemento da Graça Divina pode um ser humano julgar. A sociedade exige dos magistrados uma conduta exemplarmente ética. Atitudes que podem ser compreendidas, perdoadas ou minimizadas, quando são assumidas pelo cidadão comum, essas mesmas atitudes são absolutamente inaceitáveis quando partem de um magistrado.

Um juiz estadual que entrevistei, disse-me: “toda decisão absorve o emocional de quem a profere. Somos humanos. Há causas que a carga emocional é enorme, só que essa carga não pode se conflitar com a lei e nem pode ser escancarada.”

A etnografia revela que muitas são as questões que tangenciam as escolhas dos juízes e o seu modo de interpretar a lei e de decidir no caso concreto. Mas, para o que interessa neste trabalho, considero importante perceber todo esse mundo que, como eu disse no início do texto, “não está nos autos, mas está no juiz” e que interfere na prestação jurisdicional e no resultado do processo.

“O que não está nos autos, não está no mundo” x “o mundo que não está nos autos, mas está no juiz”

Começo este tópico descrevendo as falas de duas juízas que explicitam essa ambiguidade do sistema, revelada na frase que inspira o título deste trabalho, e que permite aos magistrados julgar os casos concretos conforme a sua percepção de justiça e de verdade, tendendo para o lado que considerarem como sendo o mais “correto”, a partir de critérios pessoais e subjetivos.

Uma das falas é de uma juíza cível, mas que ficou muitos anos em vara criminal e, por isso, exemplifica com um caso da área penal.

Eu não queria prender esse cara. Eu não queria que ele voltasse a cumprir uma pena. Ele já tinha cumprido a pena do primeiro processo dele. Ele até tinha respondido ao processo e tinha ficado um bom tempo preso. E eu não queria que ele voltasse a cumprir uma pena. Eu não queria, não queria que ele voltasse. Aí, entra toda a questão dos valores do juiz, de como você pensa, do que que você acha, daquilo que você acredita. Porque tem juiz que acha que quanto mais rigor na aplicação da pena, melhor [...] ou você pode ter um juiz como eu, que não acredita muito em pena de prisão e aí no que pode, no que consegue, tenta manter as pessoas fora da cadeia [...] eu fiz um exercício enorme para conseguir substituir a pena desse infeliz. Eu fiz todo um exercício de argumentação. Eu não queria prender o cara.

Acabei de extinguir este processo sem análise de mérito. Por quê? Porque é um banco que ajuizou uma ação monitória para cobrar um empréstimo feito por uma pessoa que não pagou. O banco deixou a ação parada. Ou seja, não teve interesse em dar andamento ao processo. Por isso, pelo prazo do código, a cobrança prescreveu. Eu extingui o pro-

cesso. O processo ficou parado e o código me permite isso. E por que fiz isso? Porque o banco tem uma equipe jurídica altamente qualificada, excelente, tem infraestrutura, tem dinheiro para contratar pessoal... então, eu acho que se deixou o processo parado é porque não tem interesse. Agora, tem juiz que não, que vai achar que o cara que pegou o empréstimo e não pagou é caloteiro, vai se aproveitar dessa situação e então, para evitar, em vez de extinguir, intima o banco para dar andamento. **Isso é ser parcial? Não é. Isso é questão de que o juiz não é uma máquina. Se fosse máquina, colocava a petição na máquina e saía um ticket com a decisão. O juiz é um ser humano.**

As falas refletem o quanto a sensibilidade do Juiz interfere nos julgamentos dos processos, mas ficam escondidas em uma suposta racionalidade que invisibiliza as razões de decidir.

Na motivação da última decisão judicial não foi necessário que a magistrada explicitasse o motivo que a levou a extinguir o processo de ofício, ou seja, que ela o fez porque o banco tem ampla estrutura jurídica e isso seria pressuposto de que a sua omissão significaria desinteresse processual.

O fato de a magistrada traduzir a sua motivação, subjetiva e pessoal, para uma linguagem técnica, é legítimo e racional. Aliás, segundo ela própria, isso não é ser parcial, é ser humano. A decisão dela, no papel, foi a seguinte:

A falta de regular movimentação do processo por anos consecutivos torna inquestionável o reconhecimento da prescrição intercorrente, o que pode ser declarado de ofício, consoante o disposto no artigo 219 do CPC, alterado pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir.

Eis o paradoxo: a decisão esconde, justamente, o que contém de humano. A juíza, por ser humana, como ela própria disse, decidiu segundo a sua moralidade: se o banco tem estrutura jurídica, deveria ter dado andamento ao processo; se não deu, é porque não tem interesse processual. Pois bem, mas este lado “humano” (ou pessoal) que motivou a decisão e que diferencia a juíza de uma máquina, como ela mesma disse, está escondido na decisão judicial. O lado humano não foi explicitado. Ela precisou obscurecê-lo para, ao racionalizar a decisão, torná-la tecnicamente aceitável. Ou seja, o valorativo foi, propositalmente, invisibilizado, embora tenha orientado a decisão.

Do mesmo modo, como a própria juíza ressaltou, se a decisão tivesse sido proferida por um magistrado com outra moralidade, ou seja, que entendesse que as pessoas que fazem empréstimo e não pagam “são caloteiras” e, portanto, não devem ter o benefício do acolhimento da prescrição de ofício, a decisão seria legítima e racional, embora em sentido contrário.

O juiz provavelmente proferiria decisão tão técnica e formal como a da juíza, mas o resultado do processo seria outro. Ele prosseguiria o andamento e sentenciaria ao final.

O que diferencia as decisões? As moralidades dos magistrados. E o que as iguala? A forma técnica, que esconde o “humano”, isto é, que obscurece a sua motivação subjetiva e valorativa.

Vivenciei outra situação parecida com esta durante a pesquisa, que sugere a mesma reflexão.

Um juiz me contou um caso interessante e elucidativo que havia julgado:

Era um casal casado, mas eles se separaram. Então, na verdade, eram separados. Ela morava no subúrbio, acho que Realengo. O Senhor morava em Maricá. Aí, ele teve câncer e ela se reaproximou dele. E ela se dividia. Ela passou os últimos anos da vida dele assim... Ela passava 02 ou

03 dias com filhos e noras aqui, fazia comida, e depois pegava um ônibus, 02 ou 03, sei lá, e ia para Maricá cuidar do ex companheiro. E fez isso todas as semanas até ele morrer. Pela lei, ela não era mais mulher, nem companheira do falecido. Estava separada! Teoricamente, ela estava separada e ela não faria jus à pensão. **Pela Lei, ela não podia. Mas eu achei que ela fazia jus à pensão.** E eu fundamentei dizendo: olha, o que a CF fala, o que ela valoriza, tudo bem, a relação sexual está meio que implícita numa relação afetiva estável, duradoura, mas ela não se resume a isso. O que tinha ali era uma relação de companheirismo, de camaradagem, de solidariedade, de cumplicidade, eles estavam compartilhando um momento difícil. Isso é o que a CF valoriza. Eles se separaram, mas na hora que o marido ia morrer, a mulher acompanhou todos os últimos anos dele, e enterrou o ex-companheiro... ela estava ali, do lado dele. Pra mim, isso era uma união estável e, portanto, ela tinha direito à pensão. Eles compartilharam aquilo. E eu sentenciei favoravelmente a ela.

Um juiz de índole mais positivista, analisando o mesmo caso, muito provavelmente profetizaria outra decisão. Um dos meus entrevistados mencionou expressamente esta postura:

O Juiz tem que ser imparcial para não permitir também que a gente julgue só com as nossas convicções pessoais, nossos preconceitos... algumas coisas a gente pode até não concordar com a diretriz que a lei dá, pessoalmente a gente pode não concordar, mas isso é uma convicção nossa, que a gente às vezes traz desde a época em que era leigo no assunto. Então, se a gente sabe que a Lei veda aquilo, mesmo que a gente gostasse que fosse de outra forma, a gente não pode decidir aquilo que a gente acha ou que gostaria que fosse, entendeu? Temos que cumprir a Lei. Estamos aqui para isso, para fazer a Lei ser cumprida, independentemente dos nossos ideais.

Ou seja, o que diferencia ou interfere no resultado de um processo pode estar muito mais vinculado à pessoa do Juiz do que propriamente aos princípios, normas ou leis. Por isso, eu tento expressar no subtítulo deste trabalho a discussão que proponho e a reflexão que pretendo fazer a partir dos dados de campo, ou seja, a existência de duas vontades processuais em aparente contradição, a vontade da lei e a vontade do juiz.

Enfim, “o mundo que não está nos autos, mas está no juiz” referencia uma busca da subjetividade e da moralidade do julgador, categorias que estão em outro lugar, que não os autos do processo, mas, apesar disso, passam a constituí-lo, no sentido de que influenciam a decisão judicial e, portanto, o resultado da jurisdição.

Em termos pragmáticos, o que os dados sugerem é que a diferença dos resultados dos processos é determinada, em muitas situações, pelo juiz a quem ele é distribuído, circunstância que eu costumo denominar de “loteria judiciária” (ou roleta russa).

Uma advogada também me contou um caso interessante, ilustrativo da interferência da subjetividade do julgador no resultado do processo:

Ontem mesmo, eu estava no Tribunal, esperando para sustentar num processo meu e vi uma situação que, para mim, significou parcialidade, mas que eu compreendo e confesso que não sei responder se teria como ser diferente... uma desembargadora, muito boa, honesta, eu a conheço há muito tempo, deixou que ideias dela, pré-concebidas, interferissem naquele julgamento. Ela deu uma indenização maior do que daria porque, segundo ela mesma disse, está passando por uma situação idêntica em sua vida pessoal. Era uma ação de uma pessoa contra uma construtora e eles discutiam algumas irregularidades da obra. Isso é ser parcial? Acho que

é. Mas, por outro lado, a desembargadora é só um ser humano, né? Ela não vem de Marte para julgar. A experiência dela afetou a visão de mundo dela. Claro, que é elementar a preservação da imparcialidade, mas, por outro lado, eu sempre penso isso: essas pessoas são humanas. Como advogada, a parcialidade deles me afeta, mas o que faz parte da vida deles, lógico que vai afetar a maneira deles de agir e reagir. Ela julgou com a experiência de vida dela. Ela julgaria completamente diferente se não tivesse vivendo isso? Teria. Eu acho que ela teria sido objetiva e julgado só com o que estava nos autos. **Ela deixou entrar no julgamento uma coisa pessoal dela, subjetiva...** isso é parcialidade? Não sei. O que eu sei é que já vi e vivi situações idênticas. Ela não é a primeira nem será a última. Isso é uma situação corriqueira. Eles deixam essas coisas interferirem. Mas, eles não são máquinas. Eu também acho que o juiz que não tem experiência nenhuma também não consegue julgar... ou vai julgar mal. Não consegue se colocar no lugar do outro... então, é difícil mesmo. O problema é quando extrapola isso. Se o envolvimento é pessoal, aí acho que impede o julgamento. Mas essas coisas, de empatia, acho que interferem, mas não tem como ser diferente.

Para mim, o mais interessante no trabalho de campo foi perceber, após a análise sistemática de todo o material empírico, que as entrevistas sempre começavam com os magistrados dizendo que são “racionais”, “imparciais”, “objetivos”, julgam apenas “com o que está nos autos”, não podem “se conder com as causas”, tem de se “afastar das emoções”. E sempre terminavam com eles dizendo que nem sempre é possível “racionalizar”, que julgam “com o coração”, que “imparcialidade não existe”, que eles sentem “raiva”, “pena”, “amor e ódio”.

Eles começavam falando sobre como deveriam ser, no mundo idealizado, e terminavam as entrevistas me dizendo como são, no mundo da vida real.

Garapon, ao tratar do “drama da justiça”, menciona este mesmo paradoxo: “o juiz, ao mesmo tempo em que endurece, partilha da condição daquele que está sendo julgado” (GARAPON, 1997, p. 315-316).

Algumas possíveis reflexões: transitando entre a vontade da lei e a vontade do juiz

O trabalho de pesquisa normalmente termina com mais perguntas do que respostas.

No meu caso, não está sendo diferente.

De todo modo, tentando pensar em reflexões possíveis extraídas dos dados etnográficos, considero que um dos principais fatores que permite que a moralidade do julgador avance no processo é a falta de consenso do Judiciário sobre os significados e as interpretações que devem ser conferidas às leis, permitindo-se que se transfira para o juiz o papel de decifrar esses significados e eleger o que lhe parece mais adequado ao caso concreto.

A falta de uniformização dos julgados permite que distintos magistrados interpretem leis iguais de forma diferenciada, o que implica em resultado desigual em processos iguais.

Uma desembargadora me explicou o mecanismo me fazendo uma pergunta um tanto retórica: “E quando é que não julgamos com o coração? Isso não é ser parcial. Isso é ser humano. A lei não é uma receita de bolo. Que se você botar menos uma xícara vai desandar a receita. Não é isso.”

Durante a pesquisa de campo, muitos interlocutores me disseram que ser imparcial é “julgar com o que consta nos autos, sem ter preconceitos e pré-concepções extra-autos.”

Por outro lado, assisti a audiências, julgamentos, ouvi casos e li decisões que indicavam que os autos refletiam menos o resultado do processo do que os sentimentos do julgador.

E o que permite o casuísmo processual?

Araújo (2002, p. 95-97) trata da imparcialidade e da interpretação do direito de forma peculiar, sustentando que

a parcialidade poderá estar presente na maneira de interpretar equivocadamente a norma aplicável ao caso concreto, por exemplo, já que cada operador do direito tem sua maneira peculiar de interpretar o Direito.

Segundo Araújo (2002, p. 95-97), cada juiz imprime o seu “traço pessoal”, o seu colorido “de vários matizes” à lei. O juiz “aperfeiçoa a letra morta do texto”. E é nesse “jogo interpretativo” que o juiz pode ser parcial. “É na interpretação do texto que muitas vezes o juiz esconde a sua parcialidade”.

Se não há consenso sobre os sentidos atribuídos aos fatos, às leis e às teses doutrinárias, o processo sempre representará essas ambiguidades e contradições e, por conseguinte, a decisão será, necessariamente, uma dentre as distintas interpretações possíveis.⁷

Os dados etnográficos revelam que a ideia compartilhada pelos operadores do campo caminha no sentido de que a lei deve ser sempre interpretada “caso a caso”, seja porque a sociedade evolui de forma mais célere do que as reformas legislativas, exigindo dos Juízes adaptações; seja porque aí estaria a “beleza do direito” e o que o diferenciaria de uma “ciência exata”, a matemática, uma vez que os juízes são “seres humanos, e não máquinas”, logo, estão necessariamente sujeitos a distintas formas de olhar o mesmo objeto.

Diferentemente da construção do saber antropológico, que demanda consenso sobre fatos e regularidades, no direito, a sua falta é

o que permite que as subjetividades adentrem nos espaços vazios de significado das leis.

Como me disse um juiz:

Em Direito, em 99% (noventa e nove por cento) dos casos você tem fundamento pra todos os lados. Então você sempre acha uma resposta para a sua pergunta. E se você vai atrás do fundamento, normalmente, você vai encontrar. Então, você decide o que é justo e vai atrás do fundamento. Você vai achar. Tem muita gente inteligente que acha fundamento pras coisas mais absurdas e até te convence.

Uma promotora de justiça com atuação cível me disse: “ter essa elasticidade toda, que a lei permite e agora com os princípios mais ainda, é muito bom, porque você puxa daqui, puxa dali, esgarça a lei e enfia tudo o que você quiser ali dentro. Cabe tudo.”⁸

O nosso sistema está, pois, enraizado no contraditório de opiniões e de teses e está fundamentado em uma lógica que permite que sempre haja uma opinião diferente sobre o mesmo tema e que sempre haja uma forma diferente de se interpretar determinado dispositivo legal, a tal ponto que eu me lembro de que, desde os bancos das faculdades, em tom de brincadeira, mas com fundo de verdade, aprendemos que “em direito, a melhor resposta para qualquer pergunta é sempre *depende*”. Esta forma é estruturante do sistema e acaba por fomentar a crença, que tem correspondência empírica, de que sempre há uma possibilidade diferente de o processo judicial acabar: contra ou a favor.

Além disso, está totalmente naturalizado por quem opera o campo o fato de ser assim mesmo: haver sempre diferentes opiniões sobre os mesmos fatos e distintos modos de interpretar os mesmos casos de forma particular. É o que ilustra a fala de uma magistrada que entrevistei: “Na verdade, isso é a justiça. Se tem um acidente com 50 pessoas e as 50 entram com

ações judiciais e cada ação, aqui na capital, cai com Juiz diferente, você vai ver que cada um vai dar uma decisão diferente. E é assim que é.”

Rui Portanova destaca em seu livro sobre as motivações ideológicas da sentença que “no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis” (PORTANOVA, 2003, p. 15).

O Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, explicitou certa ocasião o movimento natural da prolação de uma decisão judicial, expressando que ela necessariamente estará condicionada à formação do juiz:

O juiz não deve partir da lei para os dados do caso concreto. Há de ter presente o caso concreto e idealizar a solução que entenda mais justa, fazendo-o de acordo com a própria formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática, isso para consagrar a solução idealizada. Tudo ocorre a partir da sensibilidade do julgador. (Entrevista concedida à Revista *In Verbis*, do Instituto dos Magistrados do Brasil. Edição nº 3)

Ou seja, desde distintos vieses é possível identificar que a moralidade e o senso de justiça do juiz têm espaço no curso do processo e em seus resultados e que não necessariamente existe apenas o “mundo dos autos”.

E que, entre o paradoxo de “parecerem imparciais” e o fato de “serem humanos”, os Juízes narraram para mim os seus dilemas e, com isso, explicitaram os desafios que vivenciam na tentativa de “não contaminarem” a sua imprescindível imparcialidade com a sua subjetividade.

Os dados da pesquisa demonstram que, como eu disse acima, entre a “contenção obrigatória de seus sentimentos” e os julgamentos “com o coração”, os juízes tentam exercer a sua imparcialidade e justificar a sua parcialidade e um relevante fator que permite esta abertura é a ausência de consenso sobre a representação dos fatos e das leis processuais.

Notas

1. Uma versão deste trabalho foi apresentada no III ENADIR - Encontro Nacional de Antropologia do Direito, realizado na FFLCH-USP, nos dias 28 a 30 de Agosto de 2013.
2. Hoje, a tese está publicada. LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. PARADOXOS E AMBIGUIDADES DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL: ENTRE “QUERERES” E “PODERES”. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2013.
3. O Código de Ética da Magistratura Nacional, publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008, aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337, prevê a imparcialidade judicial como garantia do processo em seus artigos 1º e 8º. Eis os textos: Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro. / Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>. O reconhecimento da relevância da imparcialidade como garantia do cidadão é reproduzido, também, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica – ratificado pelo Brasil, preceituando: Art. 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, art. X: Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte

- de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.
4. É muito interessante a discussão doutrinária sobre a possibilidade – ou não – de o juiz aconselhar a parte durante o processo. Este tema exigiria um estudo à parte, que eu não me propus a fazer neste trabalho. Todavia, considero importante, ao menos trazer a discussão. É comum em audiências de conciliação, que o juiz, na tentativa de realizar um acordo, às vezes adiante o seu posicionamento (prejulgamento) ou mesmo aconselhe mais enfaticamente a parte, o que, nos termos do art. 135, IV, do CPC, seria indicativo de sua suspeição. Eis alguns entendimentos dogmáticos importantes acerca do tema: “O juiz que aconselha a parte a propor, ou a não propor alguma ação, ou a se conduzir de uma ou outra forma se for proposta a ação contra ela, toma posição prévia em relação ao direito do litigante, vincula sua opinião. Por isto, poderia mesmo ficar em dificuldade para julgá-la” (BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 2002, 11ª ed., v. 1, p. 425). “O aconselhamento a alguma das partes acerca do objeto da causa denota opinião sobre o assunto, seja para propor, para contestar ou para praticar qualquer outro ato, devendo se cuidar de uma opinião feita a favor de uma das partes” (PARIZATTO, João Roberto. Código Civil Comentado, Editora Parizatto, 2008, 1ª ed., v. 1, p. 260/261). “O aconselhamento do Juiz a uma das partes a não propor a ação pretendida, por entendê-la ‘improdutiva’, vincula sua opinião, tornando-o suspeito” (Resp. nº 307.045, Min. Antônio de Pádua Ribeiro). “Salienta Pontes de Miranda que ‘os conselhos fazem suspeito o juiz se se prendem à causa quanto ao objeto’ (In ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, 3ª ed., 1995, pág. 428). Antonio Dal’Agnol também sustenta: ‘Também aconselhar as partes acerca do objeto da causa, ressalvadas aquelas hipóteses em que o conselho se dá familiarmente ou entre amigos com quem se tenha intimidade (o que, por si só, já geraria suspeita), não é função do juiz. O fato é até criticável profissionalmente, pois dar conselhos jurídicos é atividade que se reconhece, e privativamente, ao advogado (art. 1º, II, da Lei 8.906, de 04/07/1994). Em hipótese como esta, sobre suspeito o juiz, merece ser investigada a sua conduta pelos órgãos de disciplina da magistratura’ (‘Comentários ao Código de Processo Civil’, vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 165).
 - 5. A minha pesquisa, por razões de recorte temático, não incorpora a percepção dos jurisdicionados sobre a imparcialidade judicial e a crença no judiciário. Mas, na etnografia, assisti a algumas audiências em que escutei as partes dizerem: “não quero fazer acordo porque o juiz que sabe o que é melhor” ou “deixo nas mãos do juiz”. Este discurso legitima a crença e explícita a confiança atribuída ao Estado-juiz. Ou seja, a ideia de que a forma mais justa de administração de conflitos é a do judiciário está, de certo modo, internalizada na sociedade, que, quando se dirige aos tribunais espera deles a melhor solução para o seu conflito. O que desperta a crise de legitimidade atual desse poder é exatamente a frustração dessa expectativa, diante da incompreensão dos rituais, do distanciamento verificado no contacto com os magistrados, na sua impossibilidade de falar, de expressar opiniões. Mas esta seria outra pesquisa, que ainda não me propus a fazer.
 - 6. Ver: HERKENHOFF, João Baptista. Ética da magistratura. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 75, 01/04/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7328>. Acesso em 18/11/2011.
 - 7. Um dos fatores que alimenta esses dissensos do campo reside, justamente, nessa lógica do contraditório, presente na prestação jurisdicional e em todo o campo do direito brasileiro, tanto em suas manifestações práticas, como nas doutrinárias. Kant de Lima (2010) e Amorim (2006) vêm destacando esta questão e expressando que a origem desta lógica, tanto quanto registra a história do saber jurídico, já era encontrada nos exercícios de *contradicta* realizados nas primeiras universidades que ministraram o ensino jurídico durante a Idade Média, particularmente na Itália, berço europeu deste ensino (BERMAN, 2006). Por ser constituída de argumentação infinita, a lógica do contraditório necessita da manifestação de uma autoridade que a interrompa para que seja dada continuidade aos procedimentos judiciais nos tribunais brasileiros. No caso, o juiz. E na ausência da autoridade formalmente constituída, o contraditório prossegue, sempre descartando a possibilidade de a comunicação tornar-se consensual. A característica essencial dessa lógica, a despeito de sua estrutura aberta, encontra-se na supressão da possibilidade de os participantes alcançarem concordância, sejam eles partes do conflito, operadores jurídicos ou doutrinadores, o que sugere ausência de consenso interno ao saber produzido no próprio

campo e, no limite, falta de consenso externo, manifesto na distribuição desigual da justiça entre os jurisdicionados pelas mesmas leis que lhes são aplicadas e pelos mesmos tribunais que lhes oferecem a prestação jurisdicional.

8. Duarte (2010, p. 100-101) menciona o “valor simbólico” do contraditório como sendo positivamente associado ao direito de defesa da parte. Por isso, não existiria processo válido sem a consagração do contraditório e, conseqüentemente, sem a autoridade do juiz, que elege, dentre os posicionamentos das partes, qual é o vencedor. Uma juíza me disse uma vez: “Quanto mais se observar o contraditório, mais democrático é o processo.”

Referências bibliográficas

- AMORIM, Maria Stella de. Juizados Especiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, SJRJ, Rio de Janeiro, n.17, p. 107-131, agosto, 2006.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *A parcialidade dos juizes*. Campinas: Edicamp, 2002.
- BERMAN, Harold J. *Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo/RS: Editora UNISINOS, 2006.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *O trabalho do antropólogo*. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Editora UNESP, 1998.
- DUARTE, Fernanda. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). *Direito Processual em debate*. Niterói: Editora da UFF, 2010. p. 91-108.
- FOOTE-WHYTE, William. Treinando a observação participante. In: A. Zalar (org.) *Desvendando Máscaras Sociais*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1975. p. 77-86.
- GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. In: *Anuário Antropológico*, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, v. 2009-2, p. 25-51, 2010.
- KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011.
- LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2013.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Os Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia*. São Paulo: Editora Abril, 1984.
- MAUSS, Marcel. *Ensaio de sociologia*. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

autora **Bárbara Gomes Lupetti Baptista**
Professora Doutora em Direito / UCP

Recebido em 25/11/2013

Aprovado para publicação em 16/12/2013