

MARIA IGNEZ ERIKA DIAS BACH

**A “NEUTRALIDADE POSITIVA” DO JUIZ: NOVA LEITURA DO PRINCÍPIO DA
(IM)PARCIALIDADE À LUZ DA ÉTICA DA LIBERTAÇÃO DE ENRIQUE DUSSEL**

CURITIBA

2006

MARIA IGNEZ ERIKA DIAS BACH

**A “NEUTRALIDADE POSITIVA” DO JUIZ: NOVA LEITURA DO PRINCÍPIO DA
(IM)PARCIALIDADE À LUZ DA ÉTICA DA LIBERTAÇÃO DE ENRIQUE DUSSEL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig.

CURITIBA

2006

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – A (IM)PARCIALIDADE DO JUIZ – ASPECTOS GERAIS.....	3
1 Definição do termo “imparcialidade”.....	3
1.2 Corolários da imparcialidade.....	4
1.2.1 A imparcialidade como objetividade.....	4
1.2.2 A imparcialidade como isenção.....	5
1.2.3 A imparcialidade como neutralidade.....	5
1.2.4 A imparcialidade como transparência.....	5
1.3 Magistratura - marco histórico da imparcialidade e independência.....	7
1.4 Independência e imparcialidade da jurisdição no contexto do século XX.....	10
1.5 O campo de aplicação da imparcialidade.....	13
1.6 Os requisitos formais idealistas da imparcialidade.....	14
CAPÍTULO II – NEUTRALIDADE JURÍDICA – IMPOSSIBILIDADE ANTROPOLÓGICA.....	15
2.1 Considerações preliminares.....	15
2.2 Crítica à imparcialidade como neutralidade.....	15
2.3 O aparelho judicial – <i>subsistema do político</i>	18
2.4 Politização da função jurisdicional.....	20
2.4.1 A prática jurídica crítica.....	23
CAPÍTULO III - O JUSTO PROCESSO E O DIREITO AO JUIZ POSITIVAMENTE PARCIAL	
3.1 O processo penal como instrumento de Garantia dos Direitos Constitucionais Fundamentais e instrumento do exercício da soberania popular.....	24
3.2 Razões para se fazer uma nova leitura da imparcialidade judicial – uma	

abordagem histórica – “O sistema-mundo”: o centro e sua “periferia”.....	28
3.2.1 O Brasil – “periferia do sistema-mundo”.....	29
3.3 A <i>neutralidade positiva</i> do Juiz como instrumento de superação das desigualdades sociais, culturais e econômicas no processo penal – a igualdade substancial.....	32
3.3.1 O tratamento igualitário ao acusado.....	32
3.3.2 O acesso à <i>justiça</i> – efetividade do processo.....	34
3.3.2.1 A ação como poder constitucionalmente conferido – direito social prestacional	34
3.3.2.2 O movimento pelo acesso à justiça	37
3.3 A pobreza como obstáculo externo à efetividade do acesso à justiça.....	37
CAPÍTULO IV – OS FUNDAMENTOS DA TESE DA “NEUTRALIDADE POSITIVA DO JUIZ”	42
4.1 Ceticismo crítico vigente	42
4.2 Nova leitura da (im)parcialidade – parcialidade negativa e neutralidade positiva	43
4.2.1 Parcialidade negativa.....	44
4.2.2 Neutralidade positiva.....	44
4.3 Fundamento ético do processo penal	46
4.4 Um critério e um princípio ético positivos	47
4.5 A negatividade crítica como fundamento da “parcialidade positiva” do juiz	52
Conclusão.....	56
Referências	58

INTRODUÇÃO

A constatação de que as três funções estatais preconizadas por Montesquieu encontram-se inadequadas em face da realidade social e política que emerge, é inevitável. Isto pode ser explicado em razão de um evidente anacronismo: a essência da estrutura estatal vigente pertence ao contexto do século XVIII.

No século XX, a função jurisdicional assumiu competências inéditas, fruto da própria expansão do Estado. No Brasil, é possível constatar o aumento e a diferenciação de tarefas atribuídas ao Poder Judiciário, mormente após a promulgação da Constituição de 1988. Concomitantemente a esse crescente protagonismo judicial, o descrédito com a sua atuação também avulta no cenário brasileiro.

A rediscussão que no momento se impõe, aqui terá como foco de apelo a função do Judiciário. Esta reflexão deverá ser alocada dentro de um cenário de crise da sociedade contemporânea. Crise esta que é mundial, e cuja denominação ainda não é pacífica, mas se volta ao mesmo fenômeno: globalização, neoliberalismo, pós-modernidade etc.

Inicialmente, insta esclarecer que a posição que se adotará neste trabalho é de *radicalidade*: a reformulação de institutos jurídicos deve ser pautada dentro de um projeto de combate das exclusões geradas pela chamada neoglobalização. Neste sentido, não se pode mais deixar de reconhecer a dimensão política do Direito: a politização do Direito e a judicialização da política é um binômio que deve pautar todo e qualquer estudo neste campo.

O presente trabalho terá como escopo a análise do princípio da imparcialidade judicial, para, a partir de seus conceitos e corolários, tão em voga na Modernidade, desconstruir alguns dos mitos da magistratura: a suposta neutralidade.

Assim, reconhecendo ser a função jurisdicional uma das emanções pelos quais o Estado se manifesta e a sua relevância, é que se postulará a introdução de uma nova ética material a ser introduzida na relação jurídica processual.

A construção *negativista* da imparcialidade judicial é o reflexo da filosofia que permeou o Estado Liberal do século XVIII, onde os institutos jurídicos eram

pensados a partir de uma sociedade abstratamente considerada, sociedade de indivíduos formalmente iguais (maiores, juridicamente capazes para exercer direitos e contrair obrigações na órbita civil; alienar sua força de trabalho, celebrando contratos entre pessoas iguais etc).

O magistrado, no âmbito da relação jurídica processual, deveria se conduzir como terceiro *imparcial*, neutro, isento e independente dos interesses das partes. Partes juridicamente isonômicas, detentoras de direitos, deveres, faculdades, consoante o modelo *jurídico idealista*. Uma construção ideal, própria para vedar os “olhos” dos juízes, impedindo-os de enxergar a realidade empiricamente constatada: mas as “partes”, categoria da ciência do direito processual penal, são acima de tudo pessoas, e devem ser vistas em sua concretude, sob pena de negarmos a efetividade do princípio do devido processo legal, formal e substancial.

Neste sentido, cumpre logo destacar os motivos que originaram o presente estudo:

1) O princípio da imparcialidade ou direito fundamental a um juiz imparcial tem sido objeto de reflexão restrita à dogmática da teoria geral do direito. A crítica, quando existe, efetua-se no amplo campo da racionalidade dos princípios gerais que organizam o pensamento jurídico.

2) A construção teórica do princípio da imparcialidade do juiz apresenta-se anacrônica, eis que alicerçada na doutrina do *liberalismo individualista*.

Vivencia-se uma sociedade onde as desigualdades econômicas, sociais e culturais constituem “barreiras” externas a concretização de um processo justo e equo. Há, portanto, a necessidade de se edificar um conceito de (im)parcialidade que tenha o *outro*, empiricamente considerado. É o *dever-reconhecer* pelo magistrado que a realidade brasileira se subsume dentro da *periferia do sistema-mundo*, e, portanto, toda esta história de dominação e exclusão se manifesta nos mais diversos níveis, inclusive na relação jurídica processual.

Capítulo I – A (im)parcialidade do juiz – aspectos gerais

1 Definição do termo “imparcialidade”

A imparcialidade, de forma tautológica, significa ou pressupõe ser uma garantia que caracterize a ausência de parcialidade. Imparcial é aquele ou aquilo que não é parcial. É a ausência de prevenção em favor ou contra pessoas ou coisas.

¹

Parcialidade, por sua vez, pode ser utilizada em dois sentidos: como parte de uma disputa ou conflito, ou como sinônimo de “parte de um todo”.²

Na primeira definição, a palavra “parcialidade” conduz à defesa de interesses particulares. Imparcial, seria, *a contrario sensu*, a conduta desinteressada, isenta, neutra e independente; imparcial seria a qualidade da conduta que se conduz somente por critérios lógico-rationais, fechando-se para interesses estranhos a circunstância.³

É nesse sentido que a garantia da imparcialidade tem sido compreendida pela doutrina e jurisprudência.

A imparcialidade, nesta acepção, é uma construção ideal, que pressupõe a desumanização do “ser humano” magistrado, exigindo-se que as suas idéias, a sua vivência, que poderiam implicar em prejulgamento, permaneça a margem. É o que se convencionou de “parcialidade negativa”.

É na segunda construção que a tese da *parcialidade positiva* encontra seu fundamento: compreendida como parte de um todo. Neste aspecto, a conduta imparcial é aquela que além de observar parâmetros racionais de comportamento,

¹ MELO RIBEIRO, Maria Teresa de. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p.17.

² LOPES JR. Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2003. p. 73. “É importante estabelecer a distinção entre *imparcialidade* e *parcialidade*, um imperativo lógico, muitas vezes esquecido pela doutrina, que reflete duas situações diferentes: a parcialidade e a imparcialidade. Seguindo W. Goldschmidt, o termo *parcial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a *imparcialidade* do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro *imparcial* substitui a autonomia das partes. Com essa substituição, impede-se o uso da força, a resignação e a rendição. Por outro lado, *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, e tem como antítese a *imparcialidade*, que consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do julgador, que deve submergir no objeto, ser objetivo, olvidando a sua própria personalidade. Por isso, consideramos a imparcialidade como **estado anímico do julgador**”.

³ MELO RIBEIRO, Maria Teresa de. Op. Cit., p.17.

tem atenção à totalidade dos interesses afetados pela própria ação. Uma leitura que vá além das figuras jurídicas abstratamente construídas, rompa com a “Totalidade” do sistema vigente.⁴

A partir de dupla perspectiva, objetiva e subjetiva, a imparcialidade constitui-se como princípio geral de um processo justo e equo; e, como qualidade pessoal no âmbito individual. Ou seja, “pode ser vista como virtude individual de caráter subjetivo, virtude de que é imparcial, e como princípio objetivo de organização da sociedade e do Estado na persecução de um processo justo”.⁵

A imparcialidade atua em relação aos seus destinatários:

- como princípio geral de um processo justo;
- como qualidade pessoal do juiz.

A imparcialidade revela-se, desta forma, no plano ontológico (do ser), deôntico (dever ser) e do parecer.

1.2 Corolários da imparcialidade

Estabelecida uma definição do vocábulo imparcialidade, passa-se à análise de seus corolários, os quais têm por fim delimitar as características da imparcialidade.

1.2.1 A imparcialidade como objetividade

Para ARTUR CÉSAR DE SOUZA, a imparcialidade, como direito/princípio/garantia, reclama do juiz uma conduta objetiva, sem que se deixe influenciar por elementos pessoais e subjetivos.

A imparcialidade como objetividade requer a escolha de critérios lógico-racionais e estritamente jurídicos para que a entrega da prestação seja impessoal. “o

⁴Imparcialidade será, simultaneamente, critério de salvaguarda de uma qualidade inerente à pessoa do juiz, como também objetividade e globalidade (...) A imparcialidade compreendida como *parte de um todo* permite a construção doutrinária da perspectiva da “parcialidade positiva do juiz”, em que o magistrado, na condição da relação jurídica processual penal ou civil, deverá considerar as diferenças culturais, sociais, econômicas, psicológicas etc. das pessoas que participam dessa relação jurídica, afim de que possa estabelecer a persecução objetiva do todo”. (SOUZA, Artur César de. *A “parcialidade positiva” do Juiz e o justo processo penal: nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”*. Curitiba, 2005. 424 f. Tese de doutorado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.26).

⁵SOUZA, Artur César de. Op.Cit., p. 26

aspecto objetivo afasta qualquer influência de natureza subjetiva pessoas do julgador na relação jurídica processual, garantindo às partes repulsa a eventuais atos discriminatórios”.⁶

1.2.2 A imparcialidade como isenção

Neste aspecto, a imparcialidade significa que o juiz não poderá atuar como julgador nas causas onde tenha interesses pessoais no resultado do processo.

Da imparcialidade como isenção, decorrem as proibições de os juízes intervirem praticando atos em questões em que sejam diretamente ou indiretamente interessados. E, por decorrência lógica, a obrigação de se declararem impedidos de exercer a jurisdição nos procedimentos em questão.⁷

1.2.3 A imparcialidade como neutralidade

A neutralidade como corolário da imparcialidade decorre do momento em que o liberalismo político torna-se o discurso dominante do Estado (Moderno).⁸

⁶SOUZA, Artur César de. Op. Cit., p. 27.

⁷ SOUZA, Artur César de. Op. Cit., p. 32.

⁸ “O Liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filósofo até o social, o econômico, o político, o religioso etc.

Em seus primórdios, o Liberalismo se constituiu na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas) utiliza contra o Antigo Regime Absolutista. Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária marcada pela “liberdade, igualdade e fraternidade”, em que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia (a elite burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa “a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal” que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo.

... Em sua análise das ideologias políticas contemporâneas, Roy Magridis identifica três elementos caracterizadores do Liberalismo: a) o núcleo moral; b) o núcleo econômico; c) o núcleo político.

Núcleo moral do Liberalismo – contém a afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza moral e racional do ser humano. Sua cosmovisão assenta nos princípios da liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida (...)

Núcleo econômico do Liberalismo – relaciona-se, sobretudo, aos direitos econômicos, à propriedade privada, ao sistema da livre empresa e a economia de mercado livre do controle estatal. (...)

Núcleo político do Liberalismo – refere-se fundamentalmente aos direitos políticos, ou seja, direito ao voto, direito de “participar e de decidir que tipo de governo eleger e que espécie de política seguir”. Os princípios básicos do Liberalismo político são: o consentimento individual, a representação e o governo representativo, o constitucionalismo político (o Estado de Direito, o império da lei, a supremacia constitucional, os direitos e garantias individuais), a teoria da Separação dos Poderes

Havia uma preocupação em criar mecanismos para romper a subordinação do “Poder Judiciário” com o poder central da época (o rei). Com efeito, “a memória do *ancien regime* fez-lhe [Poder Judiciário] odiosa a imagem nos fastos do constitucionalismo de algum modo, perante os outros poderes da trilogia de Montesquieu”.⁹

A *neutralidade* caracterizar-se-ia pelo distanciamento da atividade jurisdicional em relação aos interesses das forças político-partidárias. Identificando-a ao valor *justiça*, o Estado deve ser *neutro* na resolução de qualquer conflito de interesses, assumindo uma posição valorativa de igualdade formal a todos os interesses em presença.

Nesta acepção, o magistrado, sujeito *neutro*, deve se limitar a captar o objeto, mediante preciso e rigoroso método. Através do *silogismo judicial*, o juiz lograria êxito, dando “ares” de cientificidade aos seus atos, e, portanto, a neutralidade.

O magistrado, como *sujeito imparcial*, tem como finalidade única realizar a atuação prática do direito nos casos trazido a sua apreciação, limitando-se, mecanicamente, a presenciar o combate entre as *partes parciais* (autor e réu) e pronunciar sobre quem a razão.

A neutralidade constitui-se, então, como um dos elementos fundante da jurisdição, sendo concretamente um traço essencial de toda atividade jurisdicional.¹⁰

Deve ser a neutralidade analisada sob dupla vertente: objetiva e subjetiva. A primeira, refere-se a própria posição institucional do órgão (Poder Judiciário); pela segunda, impõe-se aos juízes como dever funcional (a obrigação de exercer o poder jurisdicional sem se deixar conduzir por suas íntimas convicções).

1.2.4 A imparcialidade como transparência

A imparcialidade como transparência, identifica-se com a publicidade dos atos jurisdicionais. Decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito, eis

(descentralização administrativa e restrição da atividade do Estado) e a soberania popular.(GRIFO MEU). In WOLMER, Antonio C. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2003. p. 121-127.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74.

¹⁰SOUZA, Artur César de. Op.cit. p. 29.

que os atos emanados pelo Poder Público requerem transparência. O sigilo é inerente aos governos arbitrários.¹¹

Os atos jurisdicionais devem ser públicos, vedando-se decisões proferidas em segredo. A publicidade garante transparência e controle dos atos jurisdicionais.

1.3 Magistratura - marco histórico da imparcialidade e independência

A história da magistratura é a histórica da evolução das sociedades humanas, a complexidade crescente das organizações sociais; da experiência com as diversas formas de governo. As conjugações de tais fatores influíram sobre o papel atribuído à magistratura.

A partir da Grécia e passando para Roma, situações e soluções surgiram, originando teorias e experiências que se acham refletidas nas situações contemporâneas. Na cidade-estado grega, o título de magistrado era concedido a um cidadão que exercesse algum tipo de comando, civil ou militar, em razão do interesse público. A seleção do futuro magistrado era por eleição ou sorteio, e qualquer cidadão poderia ser indicado. O cargo era exercido em caráter temporário ou vitalício. A função do magistrado reduzia-se a solução dos conflitos.¹²

Em Roma, a magistratura sofreu influência, em razão da expansão territorial empreendida, da integração dos outros povos e costumes, e das mudanças políticas que aí se sucederam. Reflexo disto pode ser visto pela evolução das magistraturas individuais (a pessoa física recebia um mandato do povo e agia como seu representante), para as magistraturas coletivas. Simultaneamente, a diversificação quanto às funções de diferentes magistraturas. A eleição era o método de seleção do magistrado, característica mantida tanto no período régio quanto no republicano.¹³

Com a implantação do sistema imperial romano, a magistratura perde as suas características básicas: escolha mediante eleição e representatividade. Isto porque os magistrados tornam-se gradativamente funcionários do rei. Pode-se considerar aí um antecedente do “juiz profissional”, bem como uma antecipação do

¹¹SOUZA, Artur César de. Op.cit., p.32

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit.,p.

“juiz do rei”, do final da Idade Média. O processo de escolha dos magistrados dependia do sistema político vigente. Nos sistemas oligárquicos somente os membros das classes abastadas tinham acesso ao cargo. Nos sistemas democráticos todos os cidadãos poderiam aspirar à magistratura e participar do processo de escolha.

No período compreendido como “Idade Média”, em razão do pluralismo jurídico, as conturbações políticas foram obstáculos para caracterizar a magistratura neste período. Os litígios eram “regulamentados pelo jogo da prova, sendo a ação penal uma espécie de duelo de oposição de indivíduos, família ou grupos”.¹⁴

Já no período compreendido como Baixa Idade Média, fatores como o desenvolvimento das corporações, o aumento do poder político das ordens religiosas católicas, a aliança entre a aristocracia feudal e o rei, foram fatores que determinantes para criação de Tribunais corporativos e eclesiásticos independentes, dando a prerrogativa a certos indivíduos de não serem julgados pelos Tribunais do rei. Surge neste momento a sentença, consistindo na enunciação por terceiro de que certa pessoa que há dito a verdade tem razão.

ARTUR CÉSAR DE SOUZA aponta o advento da *sentença* e, essa relação entre o juiz e a verdade como o início da reflexão sobre a essência do princípio da imparcialidade.

No século XVIII, contudo, é a *independência* do Poder Judiciário que irá ser objeto da atenção dos teóricos nesta fase, elevando-a como princípio em documentos constitucionais. Havia relevo para isso: associar o nascente princípio da separação de poderes¹⁵ com a independência do Judiciário, garantindo a sua

¹⁴ SOUZA, Artur César de. Op. cit., p. 41.

¹⁵“A teorização do poder (notadamente o *político*, bem como de seu exercício) não constitui exclusividade do período moderno. A formulação acabada da teoria da separação dos poderes, esta sim constitui obra historicamente datada. O Estado Moderno deve a Montesquieu a elaboração da teoria, que, depois, foi encampada pela experiência de não poucas sociedades políticas, inclusive a brasileira. De tal modo foi aceita a formulação política de Montesquieu que deu origem a um mito: o mito da separação, decorrente do apego dogmático dos juristas a uma técnica de contenção do poder nascida num período determinado, e mais do que isso, para fazer face a questões desafiantes de um contexto determinado.

(...)

A intenção do pensador francês [Montesquieu] era elaborar uma técnica capaz de permitir uma forma equilibrada e moderada de governo, e, mais, com poderes divididos (atribuição específica – *funções* – a órgãos distintos e autônomos), de tal modo que, no interior da estrutura do Estado, o poder se encarregasse de controlar e limitar o próprio poder: “*lê pouvoir arrê lê pouvoir*”. (CLÈVE, Clémerson M. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24-

autonomia frente aos demais *poderes* (executivo e judiciário), e, portanto, as liberdades públicas. Lembre-se que neste período, ocorre à positivação da teoria da separação dos poderes, quando esta já absorvida pelos intelectuais da classe emergente, transforma-se em forma de organização política reivindicada pela classe já socialmente hegemônica, posto que ainda não politicamente dirigente.¹⁶

É nesse contexto, incompatível com as exigências de igualdade, que se darão as lutas do iluminismo contra o absolutismo monárquico.¹⁷

26).

¹⁶ “A verdadeira questão do “poder judicial” só surge realmente no século XVIII, inserida na ofensiva político-ideológica da burguesia revolucionária e tomando em grande parte do seu peso a teoria da separação de poderes.

É com Locke e Montesquieu, no decurso de suas observações da sociedade inglesa (a qual já sofrera, nos finais do século XVII, as convulsões para que o continente já se preparava ...), que tal teoria se começa a delinear. De um lado o Poder Executivo, do outro o Legislativo. Como complemento necessário, um poder judicial.

E falamos em complemento, embora necessário, porque o afrontamento se registrava essencialmente entre o Executivo, confiado ao soberano, e um Legislativo cuja conquista era de primordial importância para o alicerçamento político da burguesia. Seguindo o modelo parlamentar inglês, o Legislativo teria então como função o controle do Executivo, a debilitação de sua força e, finalmente a sua submissão, num movimento que visava a eliminação da monarquia. Face às normas gerais aprovadas pelo poder Legislativo, exclusivamente centrado no Parlamento, ao poder Executivo e ao Judicial nada mais resta senão a sua execução e aplicação neutral. Toda a atividade do Estado a isso se limita, podendo pois afirmar-se que a teoria da separação de poderes não postula em si o equilíbrio entre eles, mas antes o predomínio de um poder supremo, o Legislativo. Perante a segurança que o domínio da lei proporciona (e se substitui ao das pessoas, tão nefasto, por imprevisível, ao funcionamento do novo sistema econômico), a administração “racional” e a justiça “independente” irão prosseguir a tão necessária previsibilização da atividade do Estado. E a justiça que, ao separar-se da administração em geral, se havia autonomizado, independentiza-se do Executivo para ficar agora completamente submetida ao Parlamento: Não é quase nada, como afirmava Montesquieu. Terá como papel proclamar as palavras da lei, e a sua independência constituirá, para o modelo liberal do exercício do poder, a dependência da “representação popular”, das normas gerais que asseguram a autonomia privada, o acionar da “vontade geral” (FARIA, José Eduardo. (Org.). RUIVO, Fernando. *Aparelho judicial, Estado e legitimação. Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p.74-75).

¹⁷ “Embora a partir do século dezoito tenha começado a extinção dos tribunais corporativos, por serem incompatíveis com as exigências democráticas, nele e nos que foram criados por conveniências dos absolutistas está a raiz dos sistemas que irão entrar em confronto durante as lutas entre o absolutismo e os parlamentos. Das práticas judiciárias desse período resultarão as grandes linhas da magistratura no Estado Moderno.

No ambiente de lutas que caracterizou grande parte da Europa do século dezessete, governantes absolutos utilizaram os serviços dos juizes para objetivos que, muitas vezes, nada tinham a ver com a solução de conflitos jurídicos e que colocavam o juiz na situação de agente político arbitrário e implacável. Em tal circunstancia, a escolha dos juizes era feita diretamente por quem detinha o comando político, o que deixava evidente que eles decidiam e praticavam outros atos, não decisórios, em nome e com o respaldo dos chefes supremos. Mas, evidentemente, os juizes estavam obrigados a manter fidelidade, antes de tudo, aos interesses de que os tinha escolhido.

Isso contribui para que a magistratura se tornasse poderosa mas também para que se criasse uma imagem negativa dos juizes. Estes, afinal, sofrendo restrições apenas nos casos em que havia interesses do soberano, passaram a agir com independência, fora de qualquer controle, cometendo muitas arbitrariedades, sendo temidos pelo povo. Algum tempo depois, os governantes passaram a sentir os efeitos negativos desse comportamento, o que influiu para que se procurasse, já no século

No entanto, é nos Estados Unidos da América que a independência e a imparcialidade aparecerão como princípios que se complementam na defesa dos direitos individuais. Em diversos documentos que foram surgindo a partir de 1776, na América do Norte, a *independência do Poder Judiciário* e a *imparcialidade* foram expressamente previstos como garantia do processo legítimo. Exemplo categórico é a Declaração de Direitos de Virgínia (1776)¹⁸, documento anterior à Declaração de Independência, cujo enunciado VIII estabeleceu:¹⁹

Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte (*capital prosecutions*), o réu tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com os acusadores e testemunhas, de produzir prova em sua defesa, bem como ser julgado com presteza por um júri imparcial de sua vizinhança, o qual só poderá ser considerado culpado pela unanimidade de seus membros, sem que o réu seja obrigado a fornecer prova contra si mesmo. Ninguém será privado de sua liberdade, a não ser por força de lei ou pelo julgamento de seus pares.

A idéia da imparcialidade tem como marco o fato político as Revoluções do século XVIII. Havia interesse da neutralização de uma jurisprudência para assim isolar o juiz da arena política. O Estado de Direito burguês respondia à relação entre o Estado e sociedade com restrição do poder político no domínio da ordem jurídica civil. Isto significou a restrição de poder ao juiz no âmbito da esfera privada.²⁰

1.4 Independência e imparcialidade da jurisdição no contexto do século

XX

A Europa do pós-guerra procurou superar o modelo bonapartista do Judiciário. A antiga estrutura burocratizada, submetida ao Parlamento e dependente do Executivo, revelou-se útil aos regimes totalitários²¹; com a democratização, a

dezoito, deixar claro que os juízes tinham atribuições auxiliares e deviam ser submissos ao rei ou equivalente e às leis que este aprovasse". (DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. Cit p.12-13).

¹⁸O texto original foi de autoria de George Mason, que representou o Estado na Convenção de Filadélfia de 1787, onde foi votada a Constituição.

(...)

A proclamação de abertura, asseverando que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, dá o tom de todas as grandes declarações de direitos do futuro, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas" (COMPARATO. Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004, 111-112).

¹⁹ SOUZA, Artur César. Op. cit., p. 43-44.

²⁰ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70.

²¹"Das ruínas da Europa foram surgindo as tentativas de superação das magistraturas tecnoburocráticas. Foram os países derrotados que reconstruíram seus poderes judiciários sobre outras bases ou, pelo menos, tentaram. A França achava-se libertada, mas com uma magistratura que havia

opção foi pela horizontalização do judiciário e a divisão orgânica de suas funções.

As três funções tradicionalmente atribuídas ao judiciário (decisão de conflitos, controle de constitucionalidade e autogoverno), reconhecidas, consoante o momento histórico, como funções manifestas, desnudam a sua natureza “política”.

A Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário, parcela da responsabilidade na concreção das promessas da modernidade, ainda que tardia²².

Embora a função de decidir conflitos seja inerente ao judiciário, não é menos certo que outros organismos fazem o mesmo, ainda que sem o caráter jurisdicional.

sido dócil e funcional a Vichy; a Alemanha, que havia criado sua formidável burocracia partidária, achava que esta, que havia sido deixado intacta pela ingenuidade da República de Weimar, havia sido funcional à ascensão do Dritte Reich e havia funcionado perfeitamente sob o Führer; a Itália encontrava-se com um judiciário hierarquizado, empobrecido e que voltava a proclamar seu neutro-tecnicismo, que tivera sido funcional ao fascismo. Trinta anos mais tarde, quando a Espanha e Portugal estabeleceram seus governos democráticos, situaram-se diante de idênticos panoramas, com corpos hierarquizados que haviam sido funcionais aos longos anos de ditadura franquista e salazarista. Mais de uma década depois, com a queda dos regimes orientais da Europa, as novas democracias enfrentavam panoramas análogos, e a Polônia seguia o mesmo destino. O sinal impulsor da democratização do judiciário a partir dos pós-guerra, não é seu fracasso técnico, mas seu formidável fracasso político. Onde não tiveram oportunidade de fracassar, como na Bélgica, na Holanda etc., suas estruturas não sofreram maiores mudanças, porque não se fez notória a sua necessidade.

No início do pós-guerra, os políticos da reconstrução (...) perceberam que a solução não passava por uma mera questão de pessoas, senão por uma profunda transformação das estruturas judiciárias que haviam condicionado essas atitudes (...). O débil Estatuto Albertino havia permitido a Mussolini alçar-se no topo de poder; o descontrole constitucional de Weimar legalizou a centralização hitlerista” (ZAFFARONI, Eugenio R. *Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 166-167).

²²Na modernidade, a lei passa a ser o instrumento de concretização dos valores positivados nas Constituições democráticas. No quadro de pós-guerra, de redemocratização dos países submetidos a experiências totalitárias, as Constituições redefinem as funções e as relações entre os “poderes”. Ao Judiciário atribui-se um papel interventivo: há o deslocamento da esfera de tensão, até então calcados nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.

LENIO STRECK parte de um conceito de Estado Democrático de Direito que pressupõe a valorização do jurídico e por conseqüência, da jurisdição constitucional. Isto dentro de um panorama histórico estabelecido pelo constitucionalismo de pós-guerra, onde os constitucionalistas lutaram pela incorporação de valores éticos-comunitários na Constituição de 1998, atribuindo a função jurisdicional o papel de tutor e guarda dos direitos fundamentais.

Aponta a democratização social, o advento da democracia do pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes totalitários, como fatores que motivaram a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. Na modernidade, o Judiciário desponta como o “tutor” dos direitos fundamentais através do “processo”.

“HABERMAS faz severas críticas à leitura substancialista que ALEXY faz do modelo construtivo do Direito de DWORKIN e, daquilo que denomina gigantismo do Judiciário, surgido no segundo pós-guerra. Coloca-se contra a chamada ‘leitura moral da Constituição’ proposta por DWORKIN, recusando tanto o processo hermenêutico orientado por princípios substantivos, com o enfoque na concretização pela via jurisdicional. HABERMAS preocupa-se com a invasão, pelo Poder Jurisdicional, da competência legislativa, mediante a concretização materiais de valores. Visualiza no Legislativo a concreção dos princípios da teoria do discurso(...).

HABERMAS propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta em valores compartilhados ou conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação

ZAFFARONI preleciona: se o objetivo político é estabelecer um modelo de sociedade que se aproxime das sociedades de bem-estar e ao qual correspondam Estados de Direito Constitucionais, superando, fundamentalmente, os modelos de democracias formais pelas reais, isso passa pelo acolhimento das funções essenciais do judiciário; e, conseqüente, para o seu melhor cumprimento, “revela-se como mais eficaz e recente a diversificação orgânica dessas funções, com controle constitucional centralizado em um único órgão de nomeação dispersa, com governo em um órgão pluralista e democraticamente representativo e com decisão de conflitos em juízes designados consoante a regra da máxima capacidade técnica”.²³

Montesquieu preocupou-se, ao elaborar sua teoria, como um fenômeno já há muito discutido: a concentração de poder. Sob a fórmula “todo poder induz ao abuso”, Montesquieu defendeu que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regerem-se de forma autônoma com relação a outros órgãos ou corpos, de molde a se tender a suprimir a tendência “natural” ao abuso. Não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade dos controles recíprocos, ou que finde em algo próximos com três governos; ou, ainda, que no exercício das funções próprias desses órgãos não devam assumir funções de outras naturezas.

Sendo a solução de conflitos a função típica do judiciário, ainda que não exclusivo, o certo é que o Estado se interpõe como um terceiro acima das partes, imparcial. Se assim não o fosse, a decisão adotada seria puro ato de força, adotada por alguém parcial e aliado de uma das partes. A imparcialidade é essência da jurisdição e não seu acidente. Essa essencialidade depende da independência do ente que decide, o qual, por sua vez, depende de certa quantidade de poder público. A imparcialidade e a independência jurisdicional são condições *a priori* para que o próprio direito objetivo seja aplicado. A jurisdição, sendo uma manifestação do

democrática da opinião e da vontade dos cidadãos. Preleciona que os substancialistas ignoram o pluralismo e as relações de poder assimétricas que marcam as democracias contemporâneas. Assim, nos Estados Democráticos de Direito, os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição. Devem os Tribunais Constitucionais limitar-se a garantir que os cidadãos disponham de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 42-44).

²³ ZAFFARONI, Eugênio R. Op. Cit., p.80.

estado, deve ser independente, e por evidente, imparcial, sem o qual não haverá jurisdicionabilidade nem juízes²⁴.

“A independência judicial não decorre da separação de poderes, mas surge como exigência mesma da essência da jurisdição. A cadeia conceitual poder-independência-imparcialidade-jurisdição é da essência do judiciário, e de sua manutenção depende a atividade jurisdicional, ou, caso contrário, um ramo burocrático imposto pela força de sua parcialidade”²⁵.

Este é o discurso da *totalidade*.

A redefinição do Estado Liberal para o Estado Social, todavia, altera a relação do Estado e a sociedade. Esta nova configuração vai requerer dos órgãos estatais uma postura ativa e atuante, mormente nos chamados direitos fundamentais de 2ª geração (ver texto do Ingo). Assim, “essa nova concepção de Estado, que chama para si a satisfação regular e contínua da maioria das necessidades coletivas de segurança, educação e de saúde, também postula o reconhecimento, por parte das instituições constituídas, das desigualdades sociais”.²⁶

O modelo de Estado-Providência está expressamente consignado na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, incisos I e III.²⁷ Neste sentido, a função jurisdicional como integrante da República Federativa do Brasil está vinculada ao projeto constitucional. Para tanto, a construção de um novo pensamento processual, e aqui, fundamentalmente da imparcialidade judicial, deve ser um projeto que una todos os saberes, e onde a preocupação com as vítimas do sistema dominante seja o fator primeiro no desenvolvimento do novo senso comum teórico coordenado com a práxis.

1.5 O campo de aplicação da imparcialidade

A exigência da imparcialidade como norma de conduta, plano do dever ser, é uma característica das autoridades públicas do Estado Democrático de Direito,

²⁴ZAFFARONI. Eugênio R. Op. cit., p. 85-87.

²⁵ZAFFARONI. Eugênio R. Op. cit., p. 87.

²⁶SOUZA, Artur César de. Op. cit., p. 38.

²⁷ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

motivo pelo qual sua aplicação dissemina-se nas atividades do comportamento humano desenvolvidas no âmbito dos poderes públicos.

Para este trabalho realizou-se um corte epistemológico, balizando o estudo da imparcialidade à atividade judicial desenvolvida no processo.

O interesse pelo estudo específico deu-se quando a imparcialidade passou a ser característica distintiva das demais funções estatais, estabelecendo mecanismos legais para tutelá-la.

1.6 Os requisitos formais idealistas²⁸ da imparcialidade

A imparcialidade como essência da atividade judicial nasce no contexto do Estado Liberal; o seu suporte ontológico tem por base dois aspectos bem delimitados pela visão tradicional do Direito:

- a figura de um juiz neutro; e
- a afirmação de que o juiz não é parte da relação jurídica processual.

²⁸ “O idealismo, conceitualmente, é uma corrente do pensamento filosófico que se opõe ao materialismo: a característica consiste em que, para um idealista, o princípio fundamental da explicação do mundo encontra-se nas idéias, na Idéia ou no Espírito, concebido como superior ao mundo da matéria. em relação ao Direito, o idealismo se apresenta pela atitude dos juristas que formulam conceitos jurídicos apartado do contexto social preciso: o jurista não nega a existência e o peso das estruturas sociais, subordina-as ao seu sistema de pensamento. Assim, os fenômenos se perdem no espaço e no tempo, e, as idéias se tornam o fundamento da realidade. A via idealista traz consigo uma “visão” do direito aparentemente extremamente banal, orientada para a realidade. Para lhe definir os limites. Limitar-me-ei a dar as duas características mais importantes: o universalismo a-histórico e o pluralismo de explicações”. Tomando as idéias explicações de tudo, elas se destacam pouco a pouco do contexto geográfico e histórico no qual foram idealizadas e constituem um conjunto de ações universalmente válidas, sem a intervenção de uma história verdadeira” (MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 46-47).

CAPÍTULO II – NEUTRALIDADE JUDICIAL: UMA IMPOSSIBILIDADE ANTROPOLÓGICA

2.1 Considerações preliminares

O fenômeno processual, de acordo com o entendimento predominante, é compreendido como uma relação jurídica processual distinta daquela estabelecida no âmbito das relações de direito material. É uma relação triangular, formada por três sujeitos: autor, juiz (jurisdição) e réu.

Destarte, o processo seria o *locus* de atuação de sujeitos parciais, autor e réu, ao lado de uma figura central, o juiz, *presentante* do Estado.

O juiz como integrante da relação jurídica processual, logicamente se submete ao direito, mas o faz enquanto figura central, porque detém o poder jurisdicional. Seu principal dever é o de aplicar os preceitos da ordem jurídica, decidido o conflito concreto com imparcialidade.

Prevalência do Poder Legislativo, eis que o povo concedeu a função de criar normas que inovam a ordem jurídica a este órgão. O clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado de Direito repele a institucionalização de sentenças contra legem. O juiz pode completar, melhorar e fazer interpretação da lei. Também lhe compete ter participação ativa no processo, mas não pode esquecer dos limites ditados pelo sistema.

Não é permitido ao julgador desobedecer, anular, subverter, alterar, corrigir, substituir, negar a lei e assim decidir o contrário do que a norma estabelece e alterar os desígnios positivados pelo Estado através da via adequada. Uma visão tradicional do Direito pode preconizar que o juiz não fique indiferente ao mundo em que vive. Contudo, a preocupação com a inserção social do juiz somente se projeta para além da função jurisdicional. O juiz deve submeter-se ao governo das leis e agir como um guardião do sistema jurídico, mantendo-se equidistante dos interessados. Sua atividade subordina-se exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de imparcialidade na solução dos conflitos de interesses.²⁹

Sua posição na relação processual é de órgão *super partes*, o que significa dizer que atua para além dos interesses delas, atua, sobretudo, para *pacificar a sociedade*.

O juiz, para exercer as suas funções, requer independência – externa e interna – na medida em que é pressuposto indispensável da imparcialidade, caráter essencial da jurisdição. Neste sentido, a “doutrina”, tratando da figura do juiz, visualiza uma *capacidade geral* e *capacidade especial*. A imparcialidade seria

²⁹AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.144-145.

categorizada como capacidade específica subjetiva, isto é, referindo-se à pessoa do magistrado e o fato dele não se encontrar impedido ou suspeito. A capacidade específica objetiva, por sua vez, tratar-se-ia da competência do órgão jurisdicional. ³⁰

2.2 Crítica à imparcialidade como neutralidade

Problema que se enfrenta no âmbito da dogmática jurídica refere-se à neutralidade e imparcialidade. Uma visão crítica, porém, desacolhe o *mito* da neutralidade.

MAURO CAPELLETTI, citado por Rui Portanova, afirma “todo o elemento do ato (humano em geral e jurídico em especial) se reporta sempre a valor, o que é precisamente o que põe em movimento, é *causa* (origem) e *fim* da vontade humana’ a pretendida ‘neutralidade’ ou ‘pureza’ radicam numa ideologia bem clara: precisamente a da aceitação e a da conservação”. ³¹

Durante determinado período histórico do pensamento, acreditou-se que era possível ao homem, enquanto sujeito cognoscente, adotar uma atitude de indiferença face às relações de conhecimento. ³²

A busca pela neutralidade, revelada em algumas crenças que acompanharam todo o discurso científico e filosófico da Modernidade, e por consequência, o jurídico, tinha seus motivos: a necessidade de uma razão com pretensão de universalidade, o que servisse de paradigmas para todos; a necessidade de se legitimar o discurso do Estado Moderno nascente, que vinha representar toda a “nação”; a necessidade de se ocultar os interesses do Estado, que era de *uma classe*, ao contrário do que se acreditava, e não do povo como um todo. ³³

Assim, passaram os juristas a pensar em termos de igualdade jurídica: *todos são iguais perante a lei*. E o Estado, enquanto formalmente pertencente a todos,

³⁰ COUTINHO. Jacinto Nelson Miranda. (coord).

O papel do novo juiz no processo penal in *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 12.

³¹ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. P.63

³² O empirismo foi a corrente científica que difundiu a teoria pelo qual o conhecimento seria possível e perfeito, a partir da adoção de procedimentos pelo qual o ser humano apreenderia o objeto em sua totalidade. A aplicação dos procedimentos garantiria a cientificidade das teorias elaboradas sobre o real.

³³ COUTINHO. Op. cit, p. 41-42.

deveria assegurar tal igualdade. No plano da relação jurídica processual, o Estado-Juiz deveria garantir a igualdade das partes *parciais* (*autor e réu*): o papel do juiz passa a ser mais efetivo na relação processual (*Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*); o juiz passa a ser um órgão *superpartes*, neutro e imparcial, que por não ter interesse direto no caso, tutelaria a igualdade das partes no processo.

A imparcialidade pensada pela dogmática jurídica e disseminada no imaginário do senso comum foi a que chancelava a neutralidade; neutralidade ideológica, a alienação do magistrado em face da sociedade e seu contexto social, econômico, político etc.

Esta imagem de um juiz neutro, cuja origem remonta ao perfil da estrutura burocrática bonapartista, possibilitou que ideólogos preenchessem este vácuo, estabelecendo a inimizabilidade política dos juízes.

JACINTO NELSON M. COUTINHO dissertando a respeito do tema, assevera:

“A visão tradicional não dá conta, coerentemente, da explicação do papel do juiz, o que não pode ser constatado a partir da falta de referenciais semânticos adequados aos conceitos que oferta. *Órgão estatal desinteressado; imparcialidade; neutralidade* e outros elementos formam um pano de fundo que só faz surgir uma irreal versão ao seu efetivo papel.(...)Desde logo, no entanto, *é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, com todos os outros, sujeitos à história de sua sociedade e à sua própria história*”.³⁴

RUI PORTANOVA expressamente afirma: os juízes são profundamente afetados por sua concepção de mundo: formação familiar, educação autoritária ou liberal, valores de sua classe social, aspirações e tendências ideológicas de sua profissão. Enfim, todo o homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois vê tal ordem de valores imprimida em sua consciência individual. É a motivação ideológica da sentença.³⁵³⁶

³⁴ Idem p. 15.

³⁵ Portanova, Rui. *Motivações Ideológicas da sentença*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 101.

³⁶ O termo ideologia, no contexto trabalhado por Rui Portanova, refere-se as influências pré-jurídicas sobre os significados, valores e fins humanos, sociais e econômicos ocultos que vão inspirar a decisão judicial. É um conjunto de diretrizes, representações, saberes ou pautas de conduta. A ideologia está a serviço da classe social no poder em determinado momento histórico, pois ao mesmo tempo em que mantém, legitima uma dada orientação política, econômica e social. A porta por meio

Com a redefinição do Estado Liberal para uma concepção Social, passou-se perceber que a exigência da neutralidade/imparcialidade do juiz no curso do processo jurisdicional, acaba por anular a busca de uma ordem jurídica justa.

É utópico pretender-se que o juiz não seja cidadão, que não se vincule a certa ordem de idéias, que não compreenda o mundo segundo uma visão nitidamente personalíssima e individual.³⁷

A própria visão do juiz *eunuco* já é por si reflexo de uma ideologia: para o liberalismo clássico, ao Judiciário é confiada a “missão” de aplicar a lei, controlar o Executivo e, excepcionalmente, elaborar o direito jurisprudencial. Essas *decisões vinculantes*, por sua vez, somente podem ser emanadas quando, previamente, deu-se uma *pré-seleção* política.

A ideologia torna-se evidente quando se verifica que ao Judiciário compete a função política de legitimar o uso da violência. O uso da força física torna-se assimilável pelo Judiciário por duas razões: pela individualização dos conflitos (evitando a formação de oposições políticas coletivas) e pela tomada de decisão segundo programas preestabelecidos em lei (o que torna legítimo o uso da violência). Portanto, o magistrado funciona como ponte entre a violência física e o direito.³⁸

Contemporaneamente, o Judiciário tem sido espaço de luta de movimentos sociais e populares emergentes que, reintroduzindo o Direito no interior das relações sociais, buscam na via jurisdicional a formulação de uma vontade coletiva, isto é, a produção de um novo sentido de ordem.

Com efeito, os tribunais estão deixando de ser a sede de resolução dos conflitos intersubjetivos e passam a ser um novo campo de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais. Ainda que os magistrados não desejem esta situação - quer pela sua formação acadêmica, quer pela ruptura dos padrões políticos em que se enquadra o Judiciário-, a politização que as partes imprimem ao

da qual as ideologias penetram no processo é a noção de caráter instrumental da ciência processual a serviço do direito substancial ao qual garante efetividade; o processo se conformaria as finalidades e interesses políticos, econômicos e sociais consubstanciados no direito substantivo.

³⁷ Idem, p. 186.

³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Magistratura, sistema jurídico e sistema político*. In *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. Org. Jose Eduardo Faria. 2ªed. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 116.

processo, torna o fato inevitável.

Há ainda uma paulatina ampliação da função do Judiciário no que concerne ao reconhecimento de *direitos individuais*. Não raras vezes, antecipando-se a própria intervenção legislativa sobre a matéria.

Destarte, conforme leciona NILO BAIRRO DE BRUM: “Essa neutralidade somente pode ser entendida dentro dos marcos relativos dos interesses imediatos das pessoas que participam do processo, mas não em relação aos interesses ou valores sociais que subsistem por trás dessas relações”.³⁹

2.3 O aparelho judicial – *subsistema do político*

A suposta neutralidade/imparcialidade judicial é uma utopia quando se contextualiza o Judiciário e sua função dentro do Estado, tal como hoje é concebido.

O Judiciário é uma emanção do próprio Estado, enquanto instituição específica voltada à realização de uma atividade inserida na unidade de todo um tipo de ações que o Estado representa. O poder jurisdicional encontra-se intimamente ligado ao funcionamento do Estado como um todo, de modo que se constitui conforme a forma e o tipo de Estado a que se encontra inserido.

Esta ligação, contudo, não é imediatamente visível para o leigo. O aparelho judicial aparece, para um observador menos atento, à superfície da sua atividade como que em desconexão com o sistema político global. Esta imagem distorcida nada mais é que o reflexo da ideologia da separação veiculada pela prática científica ideológica que subjaz à ciência jurídica enquanto dogmática. Com efeito, o aparelho judicial aparece pelo discurso clássico, isolado dos demais subsistemas (do político, do econômico etc). Ele é, ontologicamente, o responsável pela composição dos conflitos intersubjetivos. Assim, “a ideologia da separação atinge, portanto, o próprio Estado: um dos seus aparelhos, o judicial, é empurrado para a sociedade para melhor satisfazer a idéia de não intervenção e de seleção” natural “ao nível econômico-social”⁴⁰.

A atividade decisória, o qual constitui a razão de ser da atividade

³⁹ BRUM, Nilos Bairros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 65.

⁴⁰ RUIVO, Fernando. *Aparelho judicial, Estado e legitimação – in Direito e Justiça...p..72.*

jurisdicional, está tão relacionada à ideologia emanada do Estado, que é apenas um dos elementos constitutivos do modo de produção jurídico. O plano da aplicação da lei não é senão a *distribuição* do produto jurídico, assim como o acesso à justiça deve ser visto como *consumo*. Sendo a aplicação do direito um *produto da produção* jurídica do Estado, a sua forma será determinada pelo Estado e este pressupõe um determinado tipo de aplicação. O modo de produção jurídico, por sua vez, estende-se ao aparelho judicial. Este por sua vez, pressupõe a formação de um corpo de profissionais – os juízes.

2.4 Politização da função jurisdicional

O correto é que o mundo é permeado de ideologias e nem poderia deixar de sê-lo. E as pessoas, por certo, fazem as suas opções ideológicas, conscientes ou não.

Os indivíduos que desempenham a função jurisdicional apresentam, igualmente, a suas inclinações ideológicas. E, ainda as expressem privadamente, estas se manifestam e transcendem nas idéias que imprimem nas decisões judiciais.

PAOLO COMANDUCCI, citado por Cláudia Sevilha Monteiro, aponta três sentidos políticos para as decisões judiciais: a decisão judicial pode ser considerada política pelo fato de ser motivada internamente por decisões políticas; a decisão judicial pode ser considerada pela importância política de que se reveste seu resultado; a decisão judicial pode ser externamente justificada por razões políticas.⁴¹

Quando as decisões judiciais manifestam opções político-partidárias são repudiadas. As decisões judiciais que determinam um resultado político são compreensíveis, ainda que não desejáveis. Mas quando adotam motivações políticas, como a sustentação de um sistema de princípios do Estado Democrático de Direito, a questão inevitavelmente recai sobre a doutrina da separação de poderes, a legitimidade e a periculosidade de tais decisões políticas na prestação da tutela jurisdicional.

DWORKIN, justifilósofo norte-americano, sustenta que as decisões judiciais são e devem ser políticas, ou seja, fundamentadas em princípios políticos, nos

⁴¹ MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Temas de Filosofia do Direito: Decisão, argumentação e ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 58.

casos controversos. Para justificar a sua posição, recorre a percepção conceitual de Estado de Direito como Estado de direitos civis. Procurou construir uma Teoria do Direito que privilegia os aspectos justificadores das decisões políticas.⁴²

O fato é que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o magistrado está autorizado a motivar suas decisões com base na principiologia constitucional, superando-se a discussão acerca da legitimidade da decisão judicial emanada com base em princípios.

A justiça moderna é, portanto, política. Reconhece-se que a atividade jurisdicional implica no exercício de um poder: admitida a separação de poderes preconizada por Montesquieu, o órgão responsável por emanar decisões concretas é uma das manifestações do aparelho estatal. Sendo assim, não se concebe uma função estatal que não seja política, justamente por ser estatal (ainda que tautológica a afirmativa).⁴³

Os juízes exercem atividade política em dois sentidos: integram o aparelho estatal; e, aplicam as normas jurídicas, através da sua atividade intelectual – interpretação jurídica.

Na condição de cidadãos, interferem no processo de decisão política do país, através do exercício do direito ao voto. Como membros da categoria dos magistrados, participam de movimentos, como é o caso da Associação dos Magistrados Brasileiros, reivindicando os direitos da classe.⁴⁴ Nas palavras de

⁴² MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Temas de Filosofia do Direito: Decisão, argumentação e ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 62-63. “O liberalismo individualista de Dworkin defende que a proteção dos direitos individuais supera a do bem-estar coletivo. Ao contrário do liberalismo coletivista britânico, que tem na garantia do bem da coletividade o critério de maior peso. Essa visão é tipicamente americana, centrada na concepção de direitos humanos como direitos individuais. Dworkin distingue a concepção teórica do Estado de Direito como sendo aquele baseado no texto legal que abstrai a possibilidade de uma justiça substantiva de uma segunda concepção de Estado de Direito, centrado nos direitos, apto a realizar substantivamente o ideal de justiça. Para Dworkin, qualquer solução de controvérsia que incorpore a sua concepção de Estado de direitos será superior em relação à adoção de critérios hermenêuticos, tais como a vontade do legislador, e proporciona uma interpretação criativa do Direito”.

⁴³ RUIVO, Fernando. *Op. cit.* 72.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.88. “Por diversos motivos, muitos juízes – a maioria dele, sem dúvida - afirmam que são apolíticos, considerando que isso é indispensável para o reconhecimento de sua imparcialidade e independência. Essa atitude é produto, na melhor das hipóteses, de um equívoco, que é atribuir a palavra ‘política’ o sentido estreito de ‘política-partidária’ (...) outra hipótese de negativa da politicidade é a tentativa de afirmar-se neutro em relação às disputas políticas que se travam na sociedade, parecendo, aos que assim procedem, que o simples fato de admitir uma preferência política já é uma traição ao seu dever de imparcialidade. E, no entanto, os juízes são inevitavelmente políticos”.

CLÁUDIA SEVILHA MONTEIRO

A expansão do Judiciário e, conseqüentemente, de seu peso político é experiência comum aos Estados democráticos de Direito, já de há muito. Esse quadro de expansão política da função jurisdicional possui evidentemente aspectos positivos e negativos. Se, de um lado, a produção judicial do Direito assume competências políticas na defesa dos direitos humanos; por outro, deve estar ajustado aos ditames das Democracias constitucionais no sentido de assegurar os direitos individuais e a soberania popular⁴⁵

Ademais, o magistrado quando prolata a sua decisão, terá que se socorrer da Constituição, da legislação infraconstitucional, da doutrina, da jurisprudência, de sua própria convicção sobre os fatos relatados no processo. Colocando-se diante das normas jurídicas que julga ser aplicável ao caso *sub judice*, a aplicação não é direta. Demanda que ele as interprete, definindo a norma jurídica a ser aplicada concretamente.⁴⁶

O ato de interpretar pressupõe a escolha de métodos⁴⁷. Os métodos hermenêuticos, que aqui não serão objeto de estudo específico, determinam diferentes resultados quando aplicados ao mesmo objeto legal. Esta afirmação leva a outra conclusão: a opção pelo método hermenêutico é, sobretudo, uma escolha de natureza ideológica.

Para EROS ROBERTO GRAU, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros, nos discursos jurídicos. Nos discursos do direito ela se dissolve, pois, toda ação humana implica num dado fim, que por sua vez, implica numa filosofia

⁴⁵ MONTEIRO, Cláudia Sevilha. P. 67.

⁴⁶ "A interpretação, pois, é um processo intelectualivo através do qual, partindo de *fórmulas linguística* contida nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos (enunciados, disposições, textos)*. O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (*o texto*); neste sentido, o intérprete produz a *norma*.

Atividade que se presta a transformar *disposições (textos, enunciados)* em *normas*, a interpretação é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual o intérprete desvenda as *normas* contidas nas *disposições*.

Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos em um *enunciados normativo*. O *produto* do ato de interpretar, portanto, é o *significado* atribuído ao *enunciado* ou *texto (preceito, disposição in GRAU, Eros Roberto Grau. ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.78*

⁴⁷ MONTEIRO, Cláudia Sevilha. P. 89. "O período iluminista agregou valor ao impulso da Hermenêutica. A título de exemplo, vale a referência ao iluminismo alemão de Immanuel Kant e sua noção de conhecimento transcendental: entre o objeto cognoscível e o sujeito cognoscente, há que adotar um método para a atividade cognoscitiva. A ponte que se estabelece entre o sujeito e objeto determina que a coisa em si (nômeno) torne-se uma coisa em mim (fenômeno). O que estudamos no Direito são fenômenos jurídicos, objetos interpretados a partir do método que adotamos, uma vez que a compreensão de sua essência pura (o Direito em si mesmo), é inalcançável".

consciente ou inconsciente

A justiça moderna, portanto é política. Reconhece-se que atividade jurisdicional implica no exercício do poder: admitida a separação de poderes preconizada por Montesquieu (alertando-se que o poder é uno pela teoria), o órgão responsável por emanar decisões concretas não deixa de ser um ramo do Estado. Sendo assim, não se concebe um ramo estatal que não seja político, justamente por ser estatal (ainda que aparentemente tautológica a assertiva).⁴⁸

Os juízes exercem atividade política em dois sentidos: por serem integrantes do aparelho estatal; e por aplicarem normas jurídicas, que são naturalmente políticas. Ademais, na condição de cidadãos, interferem no processo de decisão política do país, através do exercício do direito ao voto. Como membros da categoria dos juízes, participam de movimentos, como é o caso da Associação dos Magistrados Brasileiros, reivindicando assuntos de interesse da classe.⁴⁹

2.4.1 A prática jurídica crítica

Paralelamente as pesquisas relacionadas às concepções de crítica filosófica e sociológica de cunho questionador e pela busca do direito como instrumento de emancipação social, surgem, no plano na prática jurídica, operadores jurídicos que assumem no magistério e na atividade profissional a postura oficialmente crítica.

A crítica jurídica prática é realizada fundamentalmente no espaço da atividade jurisdicional, por crescente segmento da magistratura e por advogados militantes, identificados com as reivindicações dos movimentos populares (excluídos da comunidade hegemônica – as *vítimas*).

No âmbito da magistratura, existem grupos de juízes que vêm utilizando de uma interpretação política e sociológica. Esses magistrados buscam resistir as leis que desfavorecem as camadas da população mais desfavorecidas, explorando a

⁴⁸ ob.cit., p. 228 - 231

⁴⁹“Por diversos motivos, muitos juízes – a maioria deles, sem dúvida – afirmam que são apolíticos, considerando que isso é indispensável para o reconhecimento de sua imparcialidade e independência. Essa atitude é produto, na melhor das hipóteses, de um equívoco, que é atribuir a palavra política” o sentido estreito de “política partidária (...)outra hipótese de negativa da politicidade é a tentativa de afirmar-se neutro em relação às disputas políticas que se travam na sociedade, parecendo, aos que assim procedem, que o simples fato de admitir uma preferência política já é uma traição ao seu dever de imparcialidade. É, no entanto, os juízes são inevitavelmente políticos” (DALLARI, Dalmo de Abreu.Op. Cit., p.88).

ambigüidade e as omissões do Direito Positivo.⁵⁰ Além desses movimentos, não se pode omitir a prática jurisdicional isolada comprometida com um novo direito .

O movimento pelo Direito Alternativo, que surgiu ao final da década de 80, assumindo a sua ideologia pelos *pobres*, fixou os seus critérios político-ideológicos: a) o Direito é o instrumento de luta a favor da emancipação dos menos favorecidos e injustiçados numa sociedade de classe como a brasileira; conseqüentemente, descarta-se o caráter de apoliticidade, imparcialidade e neutralidade dos operadores e das instâncias de jurisdição; b) dentre os principais objetivos está a construção de uma sociedade caracterizada como socialista e democrática; c) a metodologia escolhida é a histórico-social, utilizando-a através de interpretações jurídico-progressistas; d) privilegiam em suas ações a implementação da justiça social.⁵¹

A neutralidade como imparcialidade, por certo, é hoje um *idealismo jurídico!*

⁵⁰ “Sem dúvida, pelo seu pioneirismo e impacto causado, o grupo dos juízes alternativos do Rio Grande do Sul é o movimento brasileiro de maior destaque na construção de uma justiça social igualitária e de um Direito “novo”. (...)

Outra frente aberta é da “magistratura democrática”, de São Paulo, que também vem discutindo a função do Judiciário no Brasil e a democratização da administração da justiça” (WOLKMER, Antonio C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 137-139).

⁵¹ Ob.cit.p. 140-145.

CAPÍTULO III - O JUSTO PROCESSO E O DIREITO AO JUIZ POSITIVAMENTE PARCIAL

3.1 O processo penal como instrumento de Garantia dos Direitos Constitucionais Fundamentais e instrumento do exercício da soberania popular

A imparcialidade, como *parcialidade negativa*, deu ensejo à positivação dos motivos em que o magistrado deve declarar suspeito ou impedido de atuar na causa. Identifica-se com a filosofia do modelo de Estado Liberal, cuja preocupação maior era resguardar certo espaço de liberdade aos cidadãos.

Por outro lado, certos mitos, como o da “neutralidade”, é uma afirmação hoje superada. Sabe-se que o magistrado, ao elaborar suas decisões, está condicionado por influências externas – econômicas, sociais, culturais, políticas etc. - que lhe acompanham ao longo de sua existência.

A redefinição do modelo liberal do Estado para o Social, mudou o foco da atuação estatal (ver do Estado Social ao Estado Liberal).

Por outro lado, a inquietante realidade que se constata mediante as contribuições de outros saberes, como a sociologia da administração da justiça, demonstram que o *devido processo legal formal e substancial* somente logrou êxito em relação àqueles que possuem condições financeiras para arcar com “bons advogados”. Barreiras exógenas, como a pobreza, estabelece limitações ao *sujeito de direitos*, determinado agora no âmbito do processo, como *efeito dominós*, outra espécie de exclusão: a processual.

Com efeito, O princípio da imparcialidade requer uma nova leitura que se adapte a realidade brasileira. A reconstrução deve ter como ponto de partida a concretização de um processo *justo e equo*.

O primeiro aspecto a ser apontado é a configuração moderna do processo penal como expressão da soberania democrática popular. Assim, ponderando que o processo penal está estruturado segundo a pauta de valores democráticos constitucionais, consubstanciada em princípios e garantias sintetizadas pelo devido

processo legal formal e substancial, é que se dissertará acerca da tese do *juiz positivamente parcial*.

A garantia dos direitos da pessoa humana depende da eficácia dos resultados apresentados através do processo. A evolução das garantias conjuga-se com a dimensão democrática do processo, em termos formais e substantivos. Essas serão as premissas básicas.

Há, modernamente, uma estreita vinculação entre processo e democracia. Pode ser avaliado sob duplo enfoque: ao mesmo tempo em que se consubstancia em instrumento de garantia das partes, contra a imposição de decisões arbitrárias, é, simultaneamente, mecanismo de controle que a sociedade civil exerce sobre o Judiciário, seja por meio da publicidade, seja pela motivação das decisões.⁵²

O processualista moderno vem adquirindo a consciência de que o processo é o instrumento de garantia dos direitos fundamentais, devendo, portando, refletir as bases da Constituição, de onde extrai a sua legitimidade. Ele é “o microcosmo democrático do Estado de Direito com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório) em clima de legalidade e responsabilidade”.⁵³

Trata-se de expandir a noção de democracia para todos os espaços onde se exerce o poder decorrente da soberania popular, permitindo a interação de todos os participantes, em condição de efetiva igualdade..⁵⁴

Neste sentido, o processo liga-se a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais como garantia. Sendo uma das dimensões do Estado Democrático de

⁵² Atualmente, com a Emenda Constitucional nº 45, essa democracia representativa apresenta mais eficácia com a Criação do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, onde se permite de certa forma, pela sua composição heterogênea, o controle da sociedade civil sobre essas instituições (Judiciário e Ministério Público).

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 26.

⁵⁴ “Não se trata de estabelecer um limite para a própria noção de democracia, restritivo apenas a possibilidade de influencia na gestão pública, como forma de concretização dos das liberdades de expressão , associação, informação alternativa, competição dos líderes políticos e eleições livres em sufrágio universal, mas ampliar seu campo de atuação para todas as atividades que realizam a concretização do exercício do poder decorrente da soberania popular, permitindo-se, desta maneira, a verdadeira integração de todos, capazes de discernir sobre as opções apresentadas para o governo da coletividade em sentido aberto. Assim, a democracia realiza-se e desenvolve-se no seu próprio dinamismo, como obra aberta e inacabada, tornando possível a pública participação responsável na gestão de todas as atividades do governo” (SOUZA, Artur César de. Op. cit., p. 298).

Direito, deve espelhar e concretizar um rol de valores consubstanciados em princípios, sintetizados a partir do que se convencionou denominar sintática e semanticamente de *devido processo legal formal e substancial*.

O problema não é mais teórico e nem normativo, mas é de efetividade: em vista do descompasso entre um sistema legal *idealista* e a realidade que subjaz, é que reside o conflito. Como, pragmaticamente, saber se a relação jurídica processual, singularmente considerada, realizou-se segundo os ditames do devido processo legal *formal e substancial*?

Enfrentar o problema, somente será possível se reconhecermos que a mera postulação acadêmica, legal e doutrinária não é por si transformadora e garantidora de um processo democrático. Somente servirá para uma retórica inconsistente, a crítica pela crítica. Ao revés, superar os conceitos processuais clássicos que não se amoldam a realidade econômica, social e cultural do homem brasileiro, a partir da introdução de uma nova leitura da imparcialidade judicial: a “parcialidade positiva”, fundamentada na ética da libertação.⁵⁵

Necessário romper com o senso comum teórico dos juristas, cuja visão está inserida na totalidade racional da Europa continental, e, portanto, favorecendo a visão de um juiz divorciado das necessidades e das precariedades do homem brasileiro. Ressaltar as peculiaridades da periferia do sistema mundo, as desigualdades, sinteticamente: na “alteridade do outro”.⁵⁶

⁵⁵ “A noção clássica de processo como uma relação jurídica de ordem pública (processual) em conjunto com a definição do termo de ordem eminentemente objetivo – dado que se concentra nos atos em si considerados, como visto – contribuem, ambas, para a formação de uma ideologia provinda da repetição impensada de noções européias que não condizem com a nossa realidade presente na estrutura do homem latino-americano (enquanto sujeito do processo), deixando de considerar este em sua corporeidade, e passando-se a toma-lo como um *ser negado* (historicamente negado; atualmente ainda negado)” in ARENHART, Bianca G. *O Processo Penal Brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel*. in *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 199/200.

⁵⁶ “Isso significa que será preciso negar a negação do mito da modernidade. Negar a inocência da modernidade para poder afirmar a alteridade da vítima (do mundo periférico colonial, do índio dominado e dizimado, do negro escravizado, morto e excluído e das demais vítimas intra-sistêmicas – nível *microfísico* – como efeito da destruição das culturas e sistemas político-sociais de indígenas e negros). Portanto, a perspectiva que sinaliza para a compreensão do fenômeno da modernidade como conteúdo ambíguo, de um lado *positivo* pelo caráter mistificador de encobrimento dos efeitos negativos produzidos, mantém a complexidade da práxis histórica moderna. Não é o que acontece com a concepção “eurocêntrica”, que simplifica excessivamente a complexidade do fenômeno” (LUDWIG, Celso Luiz. *Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dusse*. In *Repensando a Teoria do Estado* – org. Ricardo Marcelo FONSECA. Belo Horizonte: Editora Fórum Ltda, 2004, 287)

RUI PORTANOVA, neste sentido, visualiza o processo teleologicamente, como um instrumento de participação do indivíduo no centro das decisões do Estado. Para este autor, o processo, em cotejo com a nova realidade que emerge, a partir da organização da sociedade civil, reivindicando direitos cuja titularidade dissolve-se no seio da comunidade, transforma-se em instrumento de realização de *novos direitos*. Para ele, há uma aproximação do processo com os seus objetivos sociais e políticos. A busca desses objetivos se faz numa *perspectiva ética*. “Afastando o positivismo normativo, o Direito material passa a ser encarado pelo processualista como realidade *espiritual*, situando-se *nos domínios da ética* e definindo-se como momento essencial do *processo ético*”.⁵⁷

Nesta perspectiva, há uma interferência da ética sobre o jurídico. O processo transforma-se em instrumento ético e político de atuação, como forma de alcançar o a tão almejada justiça processual.

A partir deste momento, ingressa-se no fundamento da tese da “parcialidade positiva” do juiz, “fruto do rompimento da *totalidade* moderna em que se encontra atualmente inserido e compreendido o princípio da imparcialidade do juiz”.

3.2 Razões para se fazer uma nova leitura da imparcialidade judicial – uma abordagem histórica – “O sistema-mundo”: o centro e sua “periferia”

DUSSEL, a partir do horizonte histórico, distingue dois paradigmas *da modernidade*. O primeiro propõe que o fenômeno da modernidade é exclusivamente europeu, autopoietico; teria se desenvolvido desde a Idade Média e se difundido posteriormente em todo o mundo. Para este paradigma, afirma DUSSEL, a Europa teria características internas, o qual teria permitido que ela superasse as demais culturas em vista da sua superior *racionalidade*. Pressupõe que a Europa se realizou sem dever nada a ninguém, ou seja, determinou-se por si mesma. Esta tese, denominada por ele de “paradigma eurocêntrico” é que se impôs no senso comum dos intelectuais da Europa, Estados Unidos e da periferia mundial. “É na ótica desse paradigma eurocêntrico que se concebeu o conceito iluminista da subjetividade moderna, subjetividade *fundante* que não recua para além de si mesma, e que se

⁵⁷PORTANOVA, RUI. Op. Cit., p.101-102.

determina desde a origem como *universalidade, individualidade e autonomia*, com seu reconhecido emancipatório”.⁵⁸

Aqui, pensamento pós-moderno encontra espaço para crítica como reação ao processo da modernidade. Na perspectiva da *transmodernidade* a crítica não se limita a pós-modernidade. Exige-se uma segunda perspectiva de compreensão do fenômeno moderno: o segundo paradigma, concebido a partir do *horizonte mundial*, é um fenômeno que desenvolveu de centro para a periferia, a partir da incorporação da *Ameríndia*, sua conquista, *colonização* e integração.⁵⁹

Com efeito, pelo paradigma mundial, a modernidade é vista como um “mito” irracional, de justificação da violência. A modernidade europeia é contextualizada: centro do sistema-mundo, nem independente, nem autopoietico. A centralidade da Europa, na tensão dialética entre centro e periferia, não é só resultado da superioridade interna em relação a outras culturas, mas efeito da conquista, da exploração dos mundos periféricos.

3.2.1 O Brasil – “periferia do sistema-mundo”

⁵⁸ LUDWIG, Celso L. p. 286.

⁵⁹ “De fato, há dois paradigmas da modernidade. a) O primeiro, a partir de um horizonte eurocêntrico, propõe que o fenômeno da modernidade é *exclusivamente* europeu; que vai se desenvolvendo desde a Idade Média e se difunde posteriormente em todo o mundo.

(...)

Segundo este paradigma, a Europa tivera características excepcionais *internas* que permitiram que ela superasse, essencialmente por sua racionalidade, todas as outras culturas.

(...)

o que chama a atenção é que o espírito da Europa (germânico) é a verdade absoluta que se determina ou se realiza por si mesma sem dever nada a ninguém. Esta tese, que chamarei de “paradigma eurocêntrico” (por oposição ao “*paradigma mundial*”), é a que se impôs não só na Europa ou nos Estados Unidos, mas também em todo o mundo intelectual da periferia mundial.

(...)

O segundo paradigma, a partir do horizonte mundial, concebe a modernidade como a cultura do *centro* do “sistema-mundo”, do *primeiro* “sistema-mundo” – pela incorporação da *Ameríndia* -, e como resultado da gestão da dita “centralidade”. Quer dizer, a modernidade europeia não é um sistema *independente* autopoietico, auto-referente, mas é uma “parte” do sistema-mundo: seu centro. A modernidade, então, é um fenômeno que vai se mundializando; começa pela constituição *simultânea* da Espanha com referência à sua “periferia” (a primeira de todas, propriamente falando, a *Ameríndia*: o Caribe, o México e o Peru). *Simultaneamente*, a Europa (com a sua diacronia (com uma diacronia que tem um antecedente pré-moderno: as cidades italianas renascentistas e Portugal) irá se *transformando* no “centro” (com um poder super-hegemônico que, da Espanha, passa para a Holanda, Inglaterra, França ...) sobre uma “periferia” crescente (*Ameríndia*, Brasil e as costas africanas de escravos, Polônia, no século XVI; afiançamento de América Latina, América do Norte, o Caribe, as costas da África e da Ásia e a Europa oriental, no século XVII; o Império Otomano, Rússia, alguns reinos da Índia, Sudeste Asiático e primeira penetração na África continental, até a primeira metade do século XIX)” *in* (DUSSEL, Enrique. Op. Cit., 51- 53)..

A formação histórica do Brasil é a história de um capitalismo periférico e tardio. A constituição da história brasileira esteve ligada ao avanço geral do capitalismo no mundo ocidental: a empreitada capitalista desde o início se constituiu na forma de dominação e exploração.

O capitalismo europeu não pode se formar sem o apoio da acumulação colonial; o capitalismo industrial valeu-se da periferia para rebaixar o custo de reprodução tanto da força de trabalho quanto dos elementos de produção.

Paralelamente a dialética da exploração, foi se formando uma instância jurídica técnica e legalista regulamentando as relações comerciais que se formaram da metrópole para a colônia. A proximidade com a Metrópole, por sua vez, determinou a formação de uma sociedade brasileira fortemente verticalizada.

Delegando as grandes empreiteiras da exploração o poder de organização social, o Estado Português manteve a gestão econômica (exploração de renda), assegurando a sua hegemonia pela *produção* de um direito de feição publicista.

A legalidade que se pretende instância neutralizadora e técnica, ou seja, como momento independente da vontade política, não se realiza na formação colonial do capitalismo brasileiro. O que havia eram relações legais de subordinação do Estado em relação aos particulares, e relações econômico-sociais de subordinação entre grupos sociais.

Assim:

a exploração da mais-valia, a exploração do trabalho, a propriedade privada dos meios de produção, são todos elementos visíveis desde o início da formação nacional. Ainda mais, a produção voltada ao mercado internacional é a marca inequívoca do caráter capitalista das relações nacionais. As peculiaridades desse capitalismo periférico, de exploração consorciada entre o Estado português e os exploradores capitalistas, é que dão tons de aparência feudais a uma ordem que, no entanto, é tipicamente capitalista.⁶⁰

No século XX esta relação acentuou-se com a crise da monocultura cafeeira e a impossibilidade de concorrência com a industrialização e o acúmulo da capital da empresa e do capitalismo centrais. a consequência é que durante todo o século XX, a política econômica estatal voltou-se para o financiamento de projetos desenvolvimentistas, mantendo associação com a burguesia. Múltiplas razões: crescimento econômico, acúmulo de capitais, desenvolvimento de capitais,

⁶⁰ MASCARO, Alysson M. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 87.

desenvolvimento tecnológico e controle social do proletariado a bem da lucratividade do capitalismo nacional.

Ao mesmo tempo em que a formação do capitalismo nacional é a história da aliança entre o Estado e o capital da burguesia nacional, o seu crescimento e desenvolvimento são viabilizados pelo capital internacional. De tal sorte que esta situação de dependência acentua-se a partir de 1950, quando, além da dependência do mercado externo como consumidor dos produtos nacionais, a própria industrialização nacional se dará pelo financiamento do capital externo.⁶¹

Desde os primórdios do processo de invasão do nosso território, o Estado brasileiro e o sistema jurídico foram apropriados pela burguesia nacional, que os tornou instâncias favoráveis às formas de relações produtivas e mercantis. Além de garantir a estabilidade da propriedade privada e do contrato (permite o trânsito jurídico dos bens), o Estado chancelou a exploração da mão-de-obra; a política de mordalha salarial, a benefício de lucros compensatórios relativos à defasagem do capital nacional em relação ao externo.⁶²

No século XX, o modelo desenvolvimentista exportador acompanha o capitalismo periférico brasileiro. Dá-se continuidade ao modelo econômico de vinculação da produção a demanda do mercado externo; o baixo valor atribuído ao

⁶¹ “Em se tratando de economia periférica e especialmente sendo dependente, a hegemonia política nacional está em grande parte acomodada numa relação de crescimento fomentado das burguesias nacionais, mas ao mesmo tempo está amarrada aos compromissos do capitalismo internacional que fornece capitais e empréstimos tanto ao setor privado quanto ao público, e, mais que isso, é o mercado final e em grande parte o produtor mesmo do que é destinado nacionalmente ao comércio exterior. Este capitalismo periférico, que basicamente encontra escoamento de produtos primários no mercado internacional, e que apresenta um atraso histórico de desenvolvimento tecnológico e de acumulo de capitais, instrumentaliza o Estado de formas também atípicas em relação a uma instância jurídica teoricamente neutralizadora e neutra como parece ser o caso no capitalismo central” (MASCARO, Alysso Op. Cit., p. 87).

⁶² MARINI, Rui Mauro. *Dialética da dependência*. Petrópolis: Vozes. p. 131-132. “Desenvolvendo sua economia mercantil, em função do mercado mundial, a América Latina é levada a reproduzir em seu seio as relações de produção que se encontravam na origem da formação desse mercado e que determinavam seu caráter e sua expansão. Mas esse processo estava marcado por uma profunda contradição. Chamada a coadjuvar a acumulação de capital com base na contradição da capacidade produtiva do trabalho, nos países centrais, a América Latina teve que fazê-lo mediante uma acumulação fundada na superexploração do trabalhador. Nesta contradição, radica-se a essência da dependência latino-americana. A base real sobre a qual esta se desenvolve são os laços que ligam a economia latino-americana com a economia capitalista mundial. Nascida para atender as exigências da circulação, cujo eixo de articulação está constituído pelos países industriais e centrado então sobre o mercado mundial, a produção latino-americana não depende, para sua realização, da capacidade interna de consumo”.

produto primário dentro do mercado internacional, corrobora para o aumento da exploração da mais-valia.

3.3 A *neutralidade positiva* do Juiz como instrumento de superação das desigualdades sociais, culturais e econômicas no processo penal – a igualdade substancial

A garantia de tratamento igualitário a todos os indivíduos decorre de convenções internacionais e está consignada expressamente no art. 5º, da Constituição Federal brasileira.

A noção de igualdade está vinculada às concepções de cada Estado, de cada ideologia. Sistematizam-se as teorias a respeito da igualdade em duas vertentes principais que revelam basicamente, as duas tendências políticas opostas: a que atribui à igualdade uma noção formal e absoluta e a que a conceitua de forma positiva e real. Consoante ANTONIO S. FERNANDEZ, a igualdade apresenta uma dimensão estática e outra dinâmica. A dimensão estática, sob a perspectiva de que todos são iguais perante a lei, representa uma ficção jurídica. Na dimensão dinâmica, por sua vez, reclama da função jurisdicional a supressão das desigualdades. Transladando essas idéias para o processo, ANTONIO S. FERNANDEZ afirma que a igualdade *substancial* manifesta-se no processo: como (a) exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição de fato; (b) igualdade de armas no processo para as partes, ou seja, assegurar o equilíbrio de forças.⁶³

3.3.1 O tratamento igualitário ao acusado

Como já observado, a isonomia como princípio fundante do subsistema processual, dirige-se aos que se encontram nas mesmas posições no processo (autor, réu, testemunha), garantindo-lhes tratamento igualitário; e, àqueles que se situam em posições antagônicas, de autor e de réu, com o fim de assegurar oportunidades equânimes (idênticos poderes, direitos, faculdades, prerrogativas etc).

Aqui, especificamente, a reflexão acerca da garantia de *acesso à justiça* se

⁶³ FERNANDEZ, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 45-47

impõe. Cuida-se da acessibilidade econômica e da acessibilidade técnica que se ligam empiricamente ao direito à igualdade.

Urge uma a reflexão mais apurada, com um olhar, sobretudo, na realidade do dia-a-dia forense.

Em nossa Constituição, aos desfavorecidos economicamente, é garantida o acesso à assistência judiciária, explicitada no art. 5º, inciso LXXIV. Todavia, a Defensoria Pública, instituição responsável pela assistência jurídica aos necessitados, segundo normativa constitucional, ainda não foi implementada na grande maioria dos Estados da federação. Falta um serviço estatal adequado, sendo necessária a atuação de advogados nomeados pelo juiz. A displicência dos profissionais nomeados, a falta de remuneração adequada pelo Estado, a inexperiência de jovens advogados etc. são empecilhos a efetiva *paridade de armas*, e, portanto, a isonomia processual substancial.

Neste aspecto, lembra ARTUR CÉSAR DE SOUZA não satisfaz o Estado nomear um defensor a quem não o tenha, e retribuí-lo, como um dever prestacional que se exauriria pela prática do ato. Em certas circunstâncias, deve a *balança de a justiça pender para a vítima*, reconhecer as diferenças para que se possa igualar torna-se um imperativo ético⁶⁴.

Portanto, no processo, a efetiva igualdade reclama a concessão das mesmas armas aos sujeitos *parciais* (autor e réu), como meio assecuratório de que as partes terão as mesmas chances de expor as suas razões e pretensões que constituem o objeto do processo.

O assunto remete inevitavelmente ao chamado *acesso á justiça*, seus corolários; a sua efetividade.

⁶⁴ “(...) nada adiantará aos processualistas em geral ou mesmo à Academia a realização de estudos sistemáticos do processo penal ou civil, simpósios e mais simpósios diante dos mais variados temas, especificamente sobre a melhor forma de se conseguir um resultado *équo e justo* no processo penal, enquanto não forem efetivamente reconhecidas as diferenças culturais, sociais, econômicas das pessoas que participam da relação jurídica processual.

Reconhecer as desigualdades das pessoas é de rigor, não para igualá-las concretamente, pois as diferenças das condições sociais, culturais e econômicas sempre estarão presentes na realidade, mas, sim, para permitir a realização de atos concretos e eficazes que possam atenuar essa lamentável e indesejável circunstância da vida, levando-se em consideração o critério e o princípio fundamental de uma ética material, ou seja, uma ética voltada para a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*” (GRIFO MEU).in SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 314.

3.3.2 O acesso à justiça – efetividade do processo

A efetividade do processo, à busca da justiça é um problema que afeta a maioria dos países, mormente os da chamada periferia do sistema-mundo.

O *acesso à justiça* é um vocábulo que designa duas dimensões de fenômenos interligados: a garantia de acesso ao judiciário, como direito fundamental; o movimento pelo *acesso à justiça*, pela efetividade dos direitos sociais.

Consoante o primeiro prisma, o vocábulo expressa um verdadeiro *direito fundamental*, na medida em que as Constituições *dirigentes e compromissárias* foram prevendo direitos oponíveis contra o Estado, *os chamados direitos sociais, prestacionais*.

Destarte, com o aumento do número de *consumidores*, o Estado é obrigado a reformular a estrutura do aparelho judicial e dos mecanismos de seu acesso aos *jurisdicionados*.⁶⁵

A ação para a dogmática constitucional expressa um verdadeiro *poder* constitucionalmente conferido aos cidadãos, não obstante possa ser visualizado como um direito subjetivo público, uma *liberdade pública*.

Dada a importância do tema, expressaremos em breves linhas a teoria da ação como um poder constitucionalmente conferido, em vista da importância que se reveste em relação ao presente estudo.

3.3.2.1 A ação como poder constitucionalmente conferido – direito social prestacional

A grande maioria da doutrina preleciona a ação como um direito subjetivo público. É inequívoco que a ação, contemporaneamente é um direito fundamental,

⁶⁵ “O acesso à justiça se constitui em um direito fundamental na medida em que o direito de petição está intimamente vinculado ao conceito de democracia e da ampliação de revisão judicial dos atos praticados pelo Estado.

Com a ampliação do papel do Estado social, enquanto provedor do desenvolvimento social, através da inserção, nas Constituições escritas, de direitos subjetivos públicos oponíveis em face do Estado, o direito fundamental de acesso ao Judiciário se tornou indispensável.

Ao assumir a condição de prestador de serviços. O Estado Social amplia sua presença junto à sociedade, motivo pelo qual os direitos de natureza estritamente individual – amparados na liberdade humana – passam a ser um segundo plano. Os direitos coletivos passam a se constituir em instrumentos indispensáveis para a sobrevivência humana, pois tutelam a dignidade da pessoa humana nas suas relações em sociedade. (APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 114-115).

cujo sujeito passivo é o Estado.

Aqui, todavia, na lição de Marcus Orione Gonçalves Neto, visualizaremos a ação como poder constitucionalmente conferido, não obstante haver divergências acerca de sua natureza jurídica (não serão analisadas eis que extrapolam o tema proposto). Por breves linhas serão expostas a teoria da ação como *poder*.

O poder de ação coloca o Estado no dever de prestar a jurisdição, bem como fazê-lo da forma mais eficiente para o exercício da cidadania.

O justifilósofo italiano NORBERTO BOBBIO, dissertando acerca dos direitos do homem, assevera:

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos; os segundo só podem ser realizados se for imposto a outros um certo número de obrigações positivas.⁶⁶

Destarte, o conceito constitucional de ação integra o rol da liberdades públicas. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 situa exatamente o *acesso à justiça* no título de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXV).⁶⁷

Com a progressiva redefinição do Estado – Feudal, Liberal, Social e hoje vive-se a falácia do *Neoliberal* – e da humanidade, não se olvida do fato de que o exercício da ação contenha um elemento social, no sentido proposto por Bobbio. A ação possui, ao lado da sua idéia de liberdade, uma conotação de poder.

Subsiste na ação, proposta ou não, um aspecto individual, que a transforma em uma liberdade pública, e, uma feição social, que a reveste da conotação de um verdadeiro poder.

MARCUS ORIONE relembra que a construção das chamadas *liberdades públicas* está relacionada a uma específica forma de Estado, de matiz liberal. Consubstanciam-nas numa primeira fase do desenvolvimento histórico dos direitos humanos fundamentais, cujo aparecimento liga-se à afirmação ideológica do nascente Estado Liberal. A ideologia predominante era a de a afirmação do individuo em detrimento da coletividade, e, as liberdades públicas constituíram-se na esfera

⁶⁶ *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21.

⁶⁷ Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

jurídica, onde o Estado deveria se abster de intervir.⁶⁸

Ressalte-se que o aparecimento do Estado de Direito, como àquele que se subordina à leis - a lei substitui a vontade pessoal, do soberano- e no qual há a constitucionalização dos direitos individuais, com a criação de mecanismos constitucionais que impedem o exercício do poder arbitrário do poder estatal. Dentre estes, é a criação de um poder judicial independente e imparcial, pressuposto para o exercício da ação.

Considerando os elementos históricos, compreende-se porque a ação é sob certo aspecto, integrante do rol de *liberdades públicas*: a possibilidade ou o exercício da ação restabelece o *império da lei*, já que a sentença, na forma tradicionalmente concebida é que estabelece a lei no caso concreto. Ainda, o seu exercício encontra-se em maior ou menos grau, na esfera de disponibilidade do indivíduo. Destarte, “a constitucionalização do direito de ação corresponde a um dos desejos mais íntimos do liberalismo, ou seja, a prevalência do governo sobre o governo dos homens”.⁶⁹

O exagerado culto à liberdade, como o valor supremo a ser buscado, constitui a ação como mera liberdade de acionar, esquecendo-se dos demais *ferramentas* que o completam: acessibilidade econômica, cultural e cultural.

Neste sentido, a ação como poder de ação constitucionalmente conferido, já num contexto de Estado Social, vem contemporizar o culto exagerado à liberdade, relevando aspectos sociais até então relegados.

Dentro do contexto de Estado-Social o poder de ação é relevante porque incorpora o aspecto social, requerendo do Estado uma atuação efetiva no sentido de mais bem programar a atividade jurisdicional. Assim, da mesma forma como se pretende do Estado que este construa escolas, hospitais etc, prestando educação e saúde de forma plena a todos os cidadãos, requer-se também que ela conceda justiça, efetiva.

O poder de ação coloca o cidadão em uma posição em relação ao Estado de exigência, e não o mero dever de prestar a tutela jurisdicional, mas de prestar a justiça efetiva através da atuação da jurisdição. Nas palavras do processualista

⁶⁸ CORREIA, Marcus Orione G. *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 52.

⁶⁹ CORREIA, Marcus Orione G. *Op. Cit.*, p. 57.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,

Acesso à justiça não equivale a mero *ingresso em juízo*. A própria garantia constitucional da *ação* seria algo inoperante se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juizes cheguem efetivamente *de fundo*, sem exarcebação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimentos ao direito de ação, sem preocupações com resultados exteriores. Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o próprio juiz, de quem é a responsabilidade principal pela condução do processo e correto julgamento da causa. *Só tem acesso a ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitida em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.⁷⁰

3.3.2.2 O movimento pelo acesso à justiça

O movimento pelo acesso à justiça caracterizou-se pela filosofia libertária que o influenciava, aberta socialmente e realista, na busca por métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível. Enfim, um movimento para a efetividade da igualdade declarada e consagrada pelo Estado Social.

As reivindicações podem ser resumidas essencialmente em algumas linhas, visto que não é objeto deste trabalho: a primeira fala da representação legal do pobre, reconhecendo a pobreza como obstáculo ao acesso ao Judiciário. É a pobreza econômica e também seus efeitos culturais, sociais e jurídicos que levam ao desconhecimento e à descrença em seus direitos. Jaz aí as reivindicações da assistência jurídica, e o patrocínio gratuito para a ação e defesa, e o atendimento das despesas processuais.

3.3 A pobreza como obstáculo externo à efetividade do acesso à justiça

A pobreza não é mera ficção, senão efeito da desigualdade econômica e social que assola principalmente os países da América Latina. As grandes barreiras do processo são aquelas que advêm de fora, inviabilizando a justiça processual.

Entre esses empecilhos, a pobreza pode ser considerada aquela que corresponde “o muro de contenção” responsável pela desigualdade processual, pela dupla *vitimação* do ser humano.

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – Tomo I*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115.

O direito processual penal formalista e idealista considera concretizado o contraditório e a ampla defesa com a simples nomeação do defensor técnico para aquele que não tenha condição financeira para arcar com o custo de um advogado. A ato de nomeação de advogado para audiência reveste-se de simples formalidade exigida pela lei.⁷¹

Um observador mais atento constata a insuficiência da nomeação de um defensor dativo:

Uma determinada pessoa, integrante do restrito círculo dos que detém poder econômico e estando ao amparo do privilégio capitalista, terá à sua disposição, durante o transcurso do processo penal ou mesmo do processo civil, a possibilidade concreta e efetiva de contratar os serviços de renomados e altamente qualificados advogados, a fim de que a sua defesa seja eficazmente exercida em sede de primeiro grau. Em segundo grau, durante eventual apelação, normalmente contratará os serviços de outros profissionais da mesma forma altamente qualificados para defendê-la perante os Tribunais de segundo grau. Na hipótese de eventual Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, sem contar o enorme elenco de agravos regimentais interpostos perante os próprios Tribunais, serão contratados novos profissionais especialistas na complexidade desses recursos.

(...)

retomando-se à aludida hipótese, mas agora numa outra perspectiva (bastando atentar para a origem social daqueles que atualmente se encontram nas Cadeias Públicas e nas Penitenciárias brasileiras, porque poucos são originários do restrito círculo dos abastados do sistema capitalista), voltam-se os olhos à pessoa que, em razão de sua circunstância social e econômica, necessita utilizar a denominada assistência judiciária gratuita. Neste caso, nomear-se-á um defensor técnico para a realização de sua defesa no processo penal. Na verdade, o máximo que lhe será fornecido é um defensor dativo em primeiro grau, o qual, apesar de sua boa vontade, na grande maioria dos casos, não terá as mesmas condições econômicas e estruturais para desenvolver a defesa técnica de seu cliente. É público e notório que o trabalho realizado pelo profissional nomeado normalmente não terá a mesma qualidade daquele desenvolvido pelos grandes escritórios criminalistas. Além do mais, diversamente da pessoa que possui condições financeiras para contratar advogados especializados em matéria de "recursos", no âmbito dos Tribunais de segundo grau, o réu pobre, em grau de recurso, não será representado por outro profissional para o aprimoramento de sua defesa, o que significa dizer que na maioria das vezes eventual recurso do defensor dativo nomeado em primeiro grau nenhum acompanhamento especializado terá em segundo grau, nem mesmo a possibilidade de sustentação oral.

⁷¹A via idealista traz uma noção do direito extremamente banal, pois procura sustentar um universalismo a-histórico e um pluralismo de explicações. Entende-se por universalismo a-histórico, um idealismo em que as "idéias" se destacam do contexto geográfico e histórico no qual efetivamente são produzidas, constituindo-se um conjunto de noções universalmente válidas, sem intervenção de uma história verdadeira. O pensamento idealista torna-se um fenômeno em si mesmo alto suficiente, deixando de pertencer à sociedade que o produziu.

Pensar a ciência processual penal apenas no plano ideal e abstrato é subverter a ordem da realidade e da materialidade. Uma coisa é o idealismo de um processo penal que represente a aplicação dos princípios democráticos, como o da igualdade, o da ampla defesa e o do contraditório. Outra coisa bem diferente pe a realidade concreta desse instrumento de perfectibilização da tutela jurisdicional penal.

O direito processual penal idealista considera concretizado o contraditório e a ampla defesa com a simples nomeação de defensor técnico para aquele que não tenha condições financeiras para arcar com o custo de um advogado, pouco importando o resultado concreto e efetivo dessa nomeação" (Artur César de Souza, Op. Cit., p. 311 e 312).

Esperar que esse processo dirija-se ao Superior Tribunal de Justiça ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, só em casos excepcionalíssimos.⁷²

Não obstante, uma reflexão mais apurada preocupa-se com a questão da igualdade: A efetividade da igualdade processual, como aponta ROGERIA LAURIA TUCCI, reclama a concessão das mesmas armas aos sujeitos denominados parciais, para que “tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito que constitui o objeto material do processo”.⁷³

Um olhar mais pragmático evidencia que o acesso à justiça é um direito ainda negado, produzindo *vítimas* fora e dentro do processo.⁷⁴

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS aponta alguns obstáculos ao acesso à efetiva justiça pelas classes populares: econômicos, sociais e culturais. Nas sociedades capitalistas os custos da litigiosidade são muitos elevados, o que, aliado à demora da tramitação do processo, acaba por afastar os mais pobres. Pondera que estudos têm revelado que a distância dos cidadãos em relação à Judiciário é tanto maior quanto mais distante é a classe social a que pertence. Esta distância teria como causa fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, relacionados, ainda que remotamente, as desigualdades econômicas. Os cidadãos de menores recursos tenderiam a conhecer menos os seus direitos, seja porque a informação não chega até ele, seja pelo próprio analfabetismo etc, e portanto, teriam mais dificuldades em reconhecer o problema que os afeta como sendo um problema também jurídico. Considerando que a pessoa reconheça a questão como legal, é

⁷²SOUZA, Artur César de. Op. Cit., p. 311-312.

⁷³TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 164.

⁷⁴ “A pesquisa efetuada por João Piquet Carneiro dá-nos conta da falta de acesso à justiça. O âmbito da pesquisa está reduzido às cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro. Os dados são relativos ao ano de 1980. considerados os efeitos cíveis, tinha-se que havia uma ação para cada 80 habitantes, em São Paulo uma ação para cada 45 habitantes, enquanto, por contraste, em Nova Iorque havia uma ação para cada oito habitantes. Por outro lado, 60% das ações de rito sumaríssimo e 68% das execuções eram iniciadas por pessoas jurídicas, que respondiam também por mais de um terço (34%) da propositura de ações ordinárias. No Estado do Rio de Janeiro havia 6.700.000 pessoas enquadradas na categoria de pobres “segundo a lei” para fins de assistência judiciária gratuita e em São Paulo (o Estado) este número subia para 12.700.000 pessoas (ganhando até dois salários mínimos). Como não há serviços de assistência judiciária suficiente no País, é claro que a justiça não se faz para todos.

O que se conclui daí é que embora todos os cidadãos estejam obrigados a votar, nem todos podem estar em juízo, de fato. Em outras, palavras, pode-se afirmar que a atual organização da justiça discrimina, porque impede o exercício dos direitos de cidadania. Há uma não-democracia no que diz respeito ao acesso aos tribunais” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *A função política do poder Judiciário*. P.133-134.

necessário que se disponha a ingressar com a ação. Dados demonstram que os indivíduos de classes mais baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer ao Judiciário. Dois fatores, para BOAVENTURA explicariam esta posição: experiências anteriores com a justiça de que resultou uma descrença em relação ao universo jurídico (seja pela grande diferença entre os serviços advocatícios prestados às classes abastadas e os prestados às classes populares). Para o sociólogo português, ainda que se reconheça o problema como jurídico e se disponha a recorrer ao Judiciário, obstáculos sociais o impedem: quanto mais baixo é o extrato socioeconômico da pessoa, menos provável é que conheça advogado ou que tenha outra pessoa amiga que indique a um. A geografia também é um empecilho: normalmente, os escritórios de advocacia situam-se nas zonas urbanas.⁷⁵

No Brasil, verifica-se, em relação aos réus condenados e internados nos presídios, além de outros, que o direito à assistência judiciária constitui letra morta. Pode-se afirmar que em poucos presídios está instalado o serviço jurídico interno; e quando instalado, funciona de maneira precária. Obviamente, o problema também reside na desproporção entre os números de profissionais – juízes, promotores e profissionais que atuam na execução penal- e a demanda, num país onde a criminalidade baixa é a grande cliente do sistema penal.

DOMINGOS EDUARDO DA SILVA, promotor de justiça expõe a situação constatada nos presídios dos Estados de Goiás e do Maranhão:

Nos Estados de Goiás, através de entrevista com o chefe de departamento de assistência jurídica da agência prisional goiana, localizada no Município de Aparecida de Goiânia, a 20 Km da capital, colhemos os seguintes dados: o Departamento Jurídico possui cinco advogados, dois estagiários e um voluntário. Os profissionais são divididos de acordo com o regime, sendo três advogados para o regime fechado, que possui em torno de 1400 presos; um advogado para o semi-aberto e um para o regime aberto. Destes cinco advogados, apenas um é do quadro funcional do presídio, sendo os demais servidores do Estado de outras áreas, à disposição da agência prisional para o serviço jurídico. Em que pese a insuficiência de profissionais, constatei razoável estrutura física para o Departamento Jurídico, inclusive com computadores ligados à rede internacional de dados – *internet*. No Estado do Maranhão, não existe departamento jurídico instalado dentro presídio, inexistindo sequer espaço físico para tal pretensão. Apenas um advogado presta assistência jurídica aos presos confinados na Penitenciária de Pedrinhas. Embora exista a Defensoria Pública no Estado, a sua estrutura é incipiente, não passando de 25 defensores concursados e quase todos trabalhando na capital. Em Imperatriz, a segunda maior cidade do Estado, onde exerço minhas funções como titular da 5ª Promotoria Criminal, o único defensor público que lá trabalhava foi transferido para a capital, ficando o serviço de

⁷⁵ SOUZA, Boaventura de Souza. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. P, 46-48

assistência jurídica por conta do Município de Imperatriz através do convênio firmado com a Seccional da OAB, que vem disponibilizando um quadro de aproximadamente dez advogados para a assistência judiciária gratuita na comarca”.⁷⁶

Diante do exposto, uma triste constatação: o tribunal está fechado para os pobres, enunciado atribuído a Ovídio pelo constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Uma velha observação de Ovídio ainda vigora nos nossos dias, especialmente no Brasil: *Cura pauperibus clausa est*, ou no vernáculo: 'o tribunal está fechado para os pobres'. Os pobres ainda têm acesso muito precário à justiça. Carecem de recursos para contratar advogados. O *patrocínio gratuito* tem-se revelado de deficiência alarmante. Os Poderes Públicos não tinham conseguido até agora estruturar um serviço de *assistência judiciária aos necessitados* que cumprisse efetivamente esse direito prometido entre os direitos individuais. Aí é que tem se manifestado a dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa assegurado na Constituição.⁷⁷

Como afirma CÉSAR ARTUR DE SOUZA “a injustiça percorre todo o organismo social e solta suas raízes onde encontra um terreno propício. A fonte de injustiça está num sistema que reproduz em todos os níveis o abuso sem distinção de classe”.⁷⁸

⁷⁶DA SILVA, Domingos Eduardo. *A Assistência Jurídica Gratuita e a execução da pena no Brasil, Consulex*, 198 -55.

⁷⁷DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ªed. São Paulo: Editora Malheiros,2002. p.587-588.

⁷⁸ SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 329.

CAPÍTULO IV – OS FUNDAMENTOS DA TESE DA “NEUTRALIDADE POSITIVA DO JUIZ”⁷⁹

4.1 Ceticismo crítico vigente

A partir deste momento, ingressa-se no fundamento da tese da “parcialidade positiva” do juiz.

Neste trabalho, verificou-se que o magistrado não é neutro; que ao proferir decisões, as suas convicções pessoais se manifestam, ainda que transcendentalmente; que o acesso à justiça ainda é um direito negado para muitos, que sofrem em sua *corporalidade* as misérias do processo penal, destituídos da efetiva “paridade de armas”.

Neste momento, em face das *vítimas* produzidas pelo sistema vigente, intencionais ou não-intencionais, postula-se a introdução da ética na relação jurídica processual penal, por meio do reconhecimento da “exterioridade do outro”.

A imparcialidade como *parcialidade negativa* está inserida na totalidade racional da Modernidade, porque requer um juiz divorciado das necessidades e precariedades humanas.

A *parcialidade negativa*, ao revés, decorre da ruptura com a “totalidade” moderna em que se encontra inserido e compreendido o princípio da imparcialidade do juiz.⁸⁰

Assim, desconstruída a estrutura conceitual da imparcialidade do juiz, consoante formulada na Modernidade, não se deve deixar contaminar por aquilo que se denomina de ceticismo da *razão como tal*, que deve ser refutado visando à consistência do discurso ético, ou mesmo pelo *ceticismo a serviço do cínico* (que nega a racionalidade ética crítica – ceticismo antiutópico conservador).

Em face da existência real de *vítimas* no âmbito da relação jurídica processual, que se demonstra evidente pelo ordenamento jurídico brasileiro – o crítico – a *vítima* ou o intelectual orgânico – se transforma em cético crítico diante do

⁷⁹ A Ética da Libertação parte justamente da diferenciação geopolítica da própria filosofia, a medida que se encontra situada no *centro* ou na *periferia*. É uma “filosofia da libertação” que pretende ser uma libertação da própria filosofia, ou seja, do sujeito que a exerce e o próprio discurso exercido. (idem, 67)

⁸⁰ SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 347.

sistema vigente, diante de sua verdade e validade. São céticos da “verdade”, da “validade” e da legitimidade do sistema vigente.⁸¹

O ceticismo crítico foi até o momento um critério importante diante de um consenso que se tornou inválido aos olhos das vítimas da relação jurídica processual, mormente àquela que não dispõe do devido acesso à justiça e da igualdade econômica, cultural e social.

Deve-se, agora, dar um passo no sentido de apresentar uma razão utópica factível para que se possa solucionar este grave problema na ordem do processo. Se na visão do ceticismo crítico, o juiz, além de não ser neutro, exige-se dele, diante das vítimas do sistema dominante, a “neutralidade positiva”, que passa a ser um novo ponto de referência na caracterização jurídica do magistrado e de sua participação no âmbito da relação jurídica processual.⁸²

4.2 Nova leitura da (im)parcialidade – parcialidade negativa e neutralidade positiva

O princípio do juiz imparcial reclama uma ponderação natural relativa a todos os princípios.

Em primeiro lugar, o *princípio do juiz imparcial* legitima qualquer postura jurídica que evite a participação do juiz que se caracteriza pela “parcialidade negativa”.

Em segundo lugar, o *princípio da imparcialidade do juiz* reclama uma postura de natureza positiva por parte do magistrado.

Essa nova perspectiva, passará a ser denominada de “parcialidade positiva” do juiz. “Nesta hipótese, está-se diante não mais da parcialidade negativa, mas, sim, da *parcialidade positiva do juiz* decorrente de uma nova leitura a ser conferida ao

⁸¹ “A necessidade de constituir uma comunidade de comunicação das vítimas é o resultado da tomada de consciência da ‘exclusão’. Sem lugar na comunidade de comunicação hegemônica, as vítimas não podem participar em comunidade alguma. Por isso, algumas das vítimas, criticamente, criam uma nova comunidade *entre elas mesmas*. A consciência da injusta exclusão, e portanto a crítica (a ‘denúncia’ à *la Paulo Freire*), é o ponto de partida ou o aspecto negativo do princípio. A comunidade, a intersubjetividade crítica das vítimas, principia o seu ‘trabalho’ conscientizador. O sistema dominante *não* é ‘verdadeiro’ nem ‘válido’, nem ‘eficaz’ para a vida ou a dignidade das vítimas. O crítico (tanto a própria vítima como o ‘intelectual orgânico’) se transforma em um cético (o ceticismo crítico) diante do sistema, diante de sua verdade e validade” (DUSSEL, Enrique. Op. Cit., p. 370-371).

⁸² SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 351.

*princípio da imparcialidade”.*⁸³

4.2.1 Parcialidade negativa

A conduta tendenciosa do juiz em benefício de uma das partes motivada por interesse pessoal, por amizade, aproximação indevida, por qualquer fator de natureza pessoal que possa ser evidenciado, configura aquilo que se denomina de *parcialidade negativa*.⁸⁴

Em relação às hipóteses concretas inseridas nos textos normativos em que se aponta a *parcialidade negativa* do juiz, nenhum reparo há que se fazer, eis que são mediações para consecução do *devido processo legal formal e substancial*.

A atuação do juiz em qualquer relação jurídica processual, motivada pelas hipóteses dos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, ou os artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, caracteriza nulidade absoluta da decisão, ensejando, inclusive, a responsabilização pessoal do magistrado.⁸⁵

4.2.2 Neutralidade positiva

A feição positiva do princípio da imparcialidade resulta da conjugação dos princípios constitucionais, mormente àquele que consagra os objetivos fundamentais da nossa República: a consagração de uma sociedade livre, justa e solidária, e a erradicação da pobreza, marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Como afirma ARTUR CÉSAR DE SOUZA “Se é dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a realização desses fins e a execução dessas tarefas também hão de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal”.⁸⁶

A feição positiva do instituto reclama uma atuação positiva do juiz, vinculando-o, na sua essência, uma norma de ação.

⁸³ SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 352.

⁸⁴ SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 357.

⁸⁵ SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 356.

⁸⁶ SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 359.

Verificado que o juiz por influências externas e internas não pode ser imparcial, sendo a assertiva um *idealismo jurídico*, e sendo a *parcialidade negativa* uma postura combatida pela ética jurídica, busca-se nessa nova leitura da imparcialidade do juiz um viés onde se reconheça a parcialidade segundo critérios racionais e legítimos.

Destarte, a conjugação dos fatores já verificados, ou seja, a impossibilidade da neutralidade judicial, partindo-se para uma direção em que havendo vítimas do sistema-mundo dominante no âmbito da relação jurídica processual, o juiz deverá reconhecer as diferenças econômicas, sociais e culturais dos eventuais participantes da relação jurídica processual penal, e, em função dessa diferença objetivamente contatável, dirigir-se consoante estas diferenças a fim de lograr efetividade do *devido processo legal formal e substancial*.

O ponto de partida é o rompimento com os paradigmas estruturais do nosso discurso jurídico, cujas origens remontam à exploração empreendida pelo império português.

O direito ao acesso à *justiça* assume importância relevante, não somente como garantia constitucional normativamente assegurada, mas também dever de afastar os obstáculos econômicos, sociais e culturais, técnicos com vistas a efetividade do processo.

Necessário pensar “numa ética de conteúdo ou material a ser alcançada na relação jurídica processual, sem que se perceba as diferenças empíricas entre os sujeitos da relação jurídica processual”.⁸⁷

A partir de uma ética filosófica material é possível afirmar que o ser humano e sua produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana são paradigmas para o sistema jurídico, motivo pelo qual as questões que cercam o processo estão estreitamente vinculadas a um dever ético.

O reconhecimento da negação ao acesso à justiça com todos os seus corolários, impõe um dever re-conhecer estas desigualdades que se expandem no processo, para que, ao final se possa vislumbrar uma decisão justa.

BIANCA GEORGIA CRUZ ARENHART leciona:

⁸⁷ SOUZA, César Artur de. Op. Cit., p. 362.

Ora, é mais do que o momento de abandonar a concepção analítica do processo, ou seja, a idéia de processo penal como uma relação jurídica (de iguais para iguais, totalizante, mítica) e considerar sua definição não em relação aos atos praticados, mas sim em *quem os pratica* enquanto um *ser* precisamente individualizado no mundo, *autrui*, um *Outro*, sempre diferente dos demais. Ou seja, repudiar o princípio da identidade e aplicar a analética, a partir da periferia.⁸⁸

4.3 Fundamento ético do processo penal

A nova leitura do princípio da imparcialidade, a partir de uma feição positiva, decorre do fundamento ético material postulado para um processo democrático.

A ética é pressuposto fundante da “parcialidade positiva” do magistrado. A ética como ciência normativa da conduta humana, “como aspiração de que o comportamento humano siga determinadas diretrizes consideradas como necessárias ao seu aperfeiçoamento”.⁸⁹

Para propugnar uma ética material universal, deve-se superar as chamadas éticas materiais regionais, que se fundamentam na totalidade eurocêntrica, não reconhecendo a exterioridade das vítimas.⁹⁰

⁸⁸ ARENHART, Bianca Géorgia Cruz. Ob. Cit., 220-221.

⁸⁹ Idem, p. 366.

⁹⁰ Antes de se ingressar especificamente no chamado material universal da ética no processo penal ou civil, segundo os fundamentos da ética da libertação e da alteridade do “Outro”, deve-se tecer algumas considerações sobre determinadas éticas materiais.

DUSSEL, dissertando a respeito do tema, afirma que a teoria da *eudaimonia* grega deve ser considerada uma típica ética ontológica material. A eudemonia ou bem humano “não se produz (tecnicamente), nem se representa (teoricamente), nem se elege (por deliberação). É o *a priori* ontológico como “dever-ser”; é o próprio horizonte constitutivo da compreensão do ser, a partir do qual (princípio prático) se abrem as possibilidades e se escolhe alguma. A última referência é a “vida”, a “vida boa” por excelência do ser humano”.

A teoria formulada por Aristóteles, todavia, não pode superar o seu helenocentrismo, e, sobretudo, faltou-lhe uma consciência crítica acerca do seu helenocentrismo. A suprema “vida boa” com pretensão de universalidade, acabou caindo num particularismo, porque somente poderia ser vivida na *polis grega*. Os bárbaros, estrangeiros, escravos estavam excluídos.

O filósofo argentino aponta Tomás de Aquino, cuja ética material é comunitária: o ser humano alcançaria a plena realização (*beatitudo*) no bem comum. Contudo, a *beatitudo* para os filósofos medievais consistia objetivamente em bens (em última análise no próprio Deus como pessoa, com aquilo que se participa no Reino de Deus). O universalismo medieval não passou de um particularismo da Europa periférica, que, no entanto, pretendia uma universalidade efetiva. Para Dussel, isso é típico das éticas materiais ingênuas, não críticas, regionalistas.

Na Modernidade, Hegel é o primeiro filósofo que se propõe que se propõe a subsumir a moral formal numa eticidade de conteúdos. Contrariamente aos filósofos pré-modernos, Hegel “(...) tem clara a consciência da história mundial, mas a interpreta eurocentricamente (a pretensa universalidade não é mais que a imposição dominante da particularidade européia; trata-se de uma péssima solução do universalismo material em ética”. Não obstante, é com Hegel que se deve a tentativa de recuperar as eticidades como o lugar onde se vive de fato a vida prática.

ARTUR CÉSAR DE SOUZA, postulando essa crítica filosófica para o processo, recomenda uma conduta ética para o juiz na condução da relação processual, de forma que, por critérios racionais, reconheça as vítimas do sistema totalizante, promovendo uma racionalidade prática que conduza a um resultado *justo e equo*.

4.4 Um critério e um princípio ético positivos

Trata-se de uma ética da vida. A vida humana é o conteúdo da ética.

O projeto da Ética da Libertação entra em jogo a partir do exercício da crítica ética, onde se afirma a dignidade negada da vida da vítima.

É em função das vítimas, dos dominados ou excluídos que se faz necessário esclarecer o aspecto material da ética, para, a partir dela dar o passo crítico.

Enuncia-se um princípio universal de toda a ética: o princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade. Este princípio tem pretensão de universalidade. Realiza-se através das culturas, motivando-os por dentro, assim como aos valores ou às diversas maneiras de cumprir a “vida boa”, a felicidade etc.

Aqui, a vida humana é o modo de realidade do sujeito ético (que não é o de uma pedra, de um animal irracional), que dá o conteúdo a todas as suas ações, que determina a ordem racional e também o nível das necessidades, pulsões e desejos, que constitui o marco do qual se fixam os fins.

A vida humana impõe limites, fundamenta normativamente uma ordem, tem exigências próprias. Impõe conteúdos: há necessidade de alimentos, casa, segurança, liberdade, valores etc. A vida humana é o *modo de realidade do ser ético*.

DUSSEL, amparado concepções da biologia de Humberto Maturana, estrutura o critério ético fundamental, permitindo recuperar a dimensão da *corporalidade* com processos orgânicos auto-referenciais.

Leva-se em consideração a distinção sempre existente, entre o “fato” neurológico e o “fato reflexivo da subjetividade”, embora o segundo seja “portado” materialmente pelo primeiro. Ou seja, a vida humana em comunidade é

neurobiologicamente observável é, ao mesmo tempo, critério de verdade. Esta vida real, em sua produção, reprodução e desenvolvimento exige a intervenção do momento moral formal, por uma necessidade de aplicação válida do princípio material.

O cérebro, momento interno da corporalidade humana, é um

sistema de reconhecimento por seleção (*selective recognition system*) que procede com base em grupos neuronais interconectados. Em primeiro lugar, da própria maneira que o sistema imunológico ou o processo evolutivo das espécies, o sistema nervoso cerebral atua por seleção, a partir de um critério universal de dar permanência, reproduzir, desenvolver, fazer crescer a vida do sujeito humano, e isto desde o nível vegetativo até o cultural ou ético mais heróico o sublime.⁹¹

Com efeito, o cérebro é o órgão diretamente responsável pelo “continuar vivendo”, pela produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana do organismo, da vida em comunidade e da histórica do sujeito ético.

Todo esse dever ético encontra-se no sistema límbico, a base do cérebro, e na área do córtex que cumpre as funções cerebrais, reguladoras da sobrevivência, da reprodução e do desenvolvimento da vida do ser humano.⁹²

O sistema avaliativo-cerebral é por excelência um momento constitutivo do funcionamento cerebral, sistema que cumpre com as exigências de reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito humano. Realiza continuamente a ‘passagem’ de

⁹¹ Ob. cit., p. 96.

⁹² Ob. Cit., p. 98. “Em outras palavras, o processo de categorização exige, para constituir seu objeto, ‘uma passagem’ pelo sistema ‘avaliativo-afetivo’ (constituído essencialmente pelo sistema límbico e a base do cérebro como já dissemos; sendo alguns de seus órgãos o hipotálamo, a amígdala, o hipocampo e o tálamo), que dá ‘luz verde’ (ou ‘luz vermelha’) ao conseqüente processo categorizador. Qual é a causa de se ter que fazer esse ‘rodeio’ pelo sistema afetivo-avaliativo. Trata-se nada menos que de ‘determinar’, ‘constatar’, ‘julgar’ a maneira ou o como o categorizado ‘permite’ ou se ‘opõe’ à consecução e o crescimento da vida do organismo, da corporalidade como totalidade e da qual o próprio cérebro é apenas uma parte funcional. O cérebro humano possui este critério como ‘critério de verdade’ fundamental (...) Se não tivesse essa capacidade avaliativa morreria o indivíduo, e se todos tivessem perdido desapareceriam como espécie. É questão de vida ou morte. Positivamente ‘valioso’ (a norma ou máxima que é julgada - por juízo de fato -) é a que permite a reprodução da vida. O ‘valor’ (aqui avaliado pelo juízo já indicado que compatibiliza o atuar a partir do critério da verdade) não é mais que o fato de que a dita mediação (o objeto ou o enunciado em questão) permite a sobrevivência, o que é ‘guardado’ pela memória no repertório das experiências passadas em certos grupos neurônios, que pode ser ‘chamado de novo’ (*recall*), ‘recordado’ para aceitar ou não (de maneira intuitiva, sem juízo explícito e menos ainda sintático-linguístico, nas espécies não-humanas) o que estimula. Se esta ‘memória’ neurônica se equivocasse em sua recordação da avaliação-efetiva, o organismo (o inseto ou mamífero) poderia ser destruído, como já vimos, por coisas, organismos ou outros momentos reais de cuja ‘periculosidade’ não se deu conta a tempo”.

juízos de constatação, descritivos ou de fato para juízos de dever-ser como mediações necessárias e obrigatórias para o 'ser vivente'. Assim, enquanto exigência subsumida num sistema avaliativo, que é racional, ético-cultural, o enunciado descritivo vital humano se torna normativo: é um dever-ser.⁹³

Sinteticamente:

O sistema límbico, a base do cérebro e a área frontal do córtex cumprem funções cerebrais, funções reguladoras da sobrevivência, da reprodução e do desenvolvimento da vida do ser humano. Sua eticidade consiste em determinar a própria hierarquização avaliativa e em aplicar o que 'deve-ser feito para a reprodução e desenvolvimento do sujeito ético. Trata-se de um estrito 'dever-ser' normativo 'ético' (que não é mais que o outro lado da descrição do 'ser' ou da realidade do vivente humano). O sistema límbico aplica prescrições universais e não fixistas (não puramente vegetativas ou meramente estimuladoras animais, mas também estritamente éticas: autoconscientes, lingüísticas, livres, responsáveis, culturais, históricas) que constituem intrinsecamente o processo da categorização conceitual e a possibilidade de formação e ordenação valorada (ordenada por compatibilidade das mediações a partir do critério da sobrevivência, reprodução e desenvolvimento da vida humana) de um léxico (anterior ao próprio enunciado descritivo teórico) como momento lingüístico comunitário. Este 'dever-ser' tem uma estrutura estritamente ética (por ser sistema um avaliativo cerebral humano), já que foi formado com a participação simultânea das funções 'mentais' superiores, que subsumiu o sistema avaliativo puramente 'animal' (estimulador ou instintivo específico) no *sistema humano em geral, e, em concreto, de valores ético-culturais* em particular, que estão à base das emoções, sentimentos, consciência moral e volições autoconscientes, lingüísticas e responsáveis (sem deixar de ter sempre uma implantação cerebral). A realidade da vida humana do sujeito ético-cerebral tem, em seus sistemas avaliativos-afetivos neuronais uma permanente vigilância de exigências, obrigações, um 'dever-ser' que incorpora internamente os motivos, e que se integra constitutivamente em todas as atividades dos níveis prático e teórico de toda conduta possível⁹⁴

Do ponto de vista cerebral, o sistema avaliativo/afetivo cerebral responde primeiramente às necessidades objetiva primeira; em segundo lugar, articula-se com o nível lingüístico-cultural e histórico; em terceiro, responde às exigências superiores e universais de uma ética-crítica.⁹⁵

Nesse primeiro momento, que é o da *afirmação material* da vida, o fundamento, o critério forte, que serve de referência para determinar as mediações adequadas para a realização do princípio universal da ética crítica: o *princípio da obrigação de produzir e reproduzir e desenvolver a vida de cada sujeito em comunidade*. A reflexão recai em alguns elementos constitutivos materiais da vida humana, com pretensão de universalidade.

O *critério material* consiste na necessidade de *produzir, reproduzir e*

⁹³ OB. CIT., P. 107.

⁹⁴ Ob. cit., p.107.

⁹⁵ ARTUR CÉSAR DE SOUZA, P.373

desenvolver a vida humana de cada sujeito concreto.⁹⁶

A conseqüência é que toda ação, norma, microestrutura, instituição ou eticidade cultural deve, sempre sob o ponto de vista ético, buscar conteúdos que tenham por fim desenvolver *a produção, reprodução e desenvolvimento da vida*.

No aspecto material da ética, os enunciados descritivos têm pretensão de verdade prática e teórica (com relação à realidade da produção e reprodução da vida do sujeito humano enquanto humano) e teórica (com relação à realidade em geral, com abstração ou segundo momento da verdade que mediadamente se referem em última instância a essa vida).

Este critério ético de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, aplica-se igualmente nas mais diversas ciências, inclusive no direito e seus subsistemas, como o processual.⁹⁷

ARTUR CÉSAR DE SOUZA conclui que se toda conduta humana está formatada para reprodução e desenvolvimento da vida humana, igualmente dá-se no caso do direito e de seus subsistemas, como o direito processual penal, razão pela qual a atuação do juiz deve ser guiado por este critério de verdade prática. É um critério com pretensão de universalidade, inscrito instintivamente na própria “afetividade” cerebral.⁹⁸

A questão que se coloca é como passar do *critério ao princípio*; ou, como passar dos enunciados *descritivos aos normativos*.

Se o atuar da espécie humana está formatado pelo sistema neurocerebral na preservação e desenvolvimento da vida humana, o mesmo dá-se na vida humana em comunidade, “*nas relações sociais, como é o caso do direito e, principalmente, no desenvolvimento da relação jurídica processual, razão pela qual a atuação do juiz deverá ser guiada por esse ‘critério da verdade’ prática*”.⁹⁹

Aqui reside a indagação: é possível material e concretamente, a partir de enunciados descritivos, *fundamentar* enunciados normativos? Ou seja, a partir do

⁹⁶ DUSSEL. P. 134. Dussel enuncia o critério material da ética:

“Aquele que atua humanamente sempre e necessariamente tem como conteúdo de seu ato alguma mediação para a produção, reprodução e desenvolvimento auto-responsável da vida de cada sujeito humano numa comunidade de vida, como cumprimento material de sua corporalidade cultural (a primeira de todas o desejo de outro *sujeito* humano) tendo por referência última toda humanidade”.

⁹⁷ ARTUR CESAR DE SOUZA, P. 372.

⁹⁸ ARTUR CESAR DE SOUZA, P. 373.

⁹⁹ Souza: ob. cit., p. 373.

critério material (produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana), é possível fundamentar uma *exigência* (obrigação/um dever-ser éticos).

Trata-se de todo o problema da possível fundamentação dialético-material, de “juízos-normativos” a partir de “juízos normativos” sobre a vida.

O critério material refere-se a um aspecto puramente descritivo. Agora, necessita-se de um princípio ético, de *obrigação*, ou *dever-ser*, que sirva como mediação entre o critério descritivo e sua aplicação crítica. Trata-se da passagem do mero critério descritivo (o “ser” em sentido concreto e material, como vida humana) ao propriamente dito princípio ético material normativo (o “dever-ser”).

O argumento de DUSSEL transcorre no nível concreto, material. Ninguém pode negar que o “ser” humano como sujeito tem a sua vida sob um certo controle autoconsciente. O vivente humano é constituído por uma intersubjetividade que constitui o próprio ser humano como sujeito comunicativo (numa comunidade de vida e de comunicação lingüística). O vivente humano é um sujeito que desde a sua origem participa do mundo cultural. Tudo isto, para DUSSEL quer dizer a relação necessária ao modo *humano do ser vivente*, isto, é de *produzir, reproduzir e desenvolver* a própria vida humana.

O ato humano, como *humano* tem como momento constitutivo específico o exercício da autoconsciência. A partir dessa, abre-se a possibilidade de auto-responsabilidade autônoma: o ser humano toma para si as mediações, possibilidades, ações como exigência de realização da própria *vida humana*, comunitariamente, e, como último horizonte implícito, de toda a humanidade..

Esta reflexão autoconsciente, auto-referente, é o momento em que a vida humana é entregue a responsabilidade do próprio sujeito humano: uma condição absoluta *a priori*, porque a vida já está aí desde sempre para o sujeito, para se constituir pela auto-responsabilidade como ação e projeto ético.

A *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito humano* é ela mesma um *fato*, que se impõe a própria vontade. A vida humana se dá espontaneamente e é imposta a nós mesmos como “obrigação” sua conservação e desenvolvimento.

Sobre a própria vida humana pode-se fundamentar – racional, prático-

material e reflexivamente – o *dever-ser ético*, com pretensão de verdade, como exigências deônticas de produzir, reproduzir e desenvolver a vida do *sujeito ético*.

A passagem do juízo de fato material ao juízo normativo é feita pela razão prático-material que fundamenta a obrigação ética na necessidade biológico-natural. A passagem do critério ao princípio não é lógico-formal, mas dialética por fundamentação material, do fundamento descritivo ao fundamento deôntico.

CELSONO LUIZ LUDWIG, dissertando sobre os fundamentos da Ética da Libertação aplicada à política, conclui:

(...)O a razão política enquanto razão prático-material tem por tarefa dar conta da produção, reprodução da vida humana *em comunidade* e por isso é portadora de verdade prática no desempenho de tal tarefa. Há uma exigência de verdade no político e uma exigência de verdade no ético. Os atos, as normas, as instituições, as microestruturas e as macroestruturas na condição de mediações têm a obrigação de cumprir o imperativo que decorre desse fundamento inicial que é a concepção da razão política em seu momento material.

Nessa lógica de idéias, desde a concepção da vida como *modo de realidade do sujeito*, *limites rígidos* são estabelecidos e não podem ser ultrapassados, agora, pela ação política, e *conteúdos* são impostos, como necessidades concretas para tornar factível a vida em seu momento material, *conteúdos* sem os quais a vida desde o físico-biológico resta ameaçada, como *negações* permanentes até o modo de realidade o mais aperfeiçoado e sofisticado. Também aqui, da ação política – através de suas mediações específicas e particulares – exige-se (a exigência é ética) o cumprimento do imperativo material do *político*. Ainda não como exigência de *validade* (o formal), mas como exigência de *verdade prática* (o material).

A conclusão é que o Poder Judiciário, como instrumento dessa Ética existencial, considerando que é *instituição*, também atua mediante princípios éticos: ao realizar a atividade típica e atípica, deve atuar segundo o princípio material universal de *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*. Deve, portanto, reconhecer as desigualdades sociais, econômicas e culturais no âmbito da relação jurídica processual.¹⁰⁰

4.5 A negatividade crítica como fundamento da “parcialidade positiva” do juiz

Uma vez estabelecida o critério/princípio ético material da produção, reprodução e desenvolvimento da vida, sob um aspecto material positivo, não se pode permanecer apenas no campo epistemológico da positividade da construção de uma ética material para o processo sem considerar as vítimas não-intencionais

¹⁰⁰ Souza, César Artur de. Op. Cit., p. 374.

ou intencionais do sistema totalizado.

Na perspectiva de Enrique Dussel, este é o momento por excelência do exercício da razão ético-crítica, procurando desconstruir o “já dado” para dar passagem ao novo.

O ponto de partida não é a vida em sua *positividade*. Não é certamente o rico que pode custear bons advogados, arcar com as despesas processuais e a demora do trâmite processual, que muitas vezes o beneficia! Mas sim a vida em sua *negatividade*. A negação do acesso à justiça impede a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana.

A partir do critério material universal, correspondente a um juízo de fato, pretende-se estabelecer que todas as culturas particularizadas devem conformar-se como o aludido critério.

Entretanto, não é suficiente permanecer apenas no campo dos juízos de fato ou descritivos, prescrevendo apenas a descrição da via humana concreta como critério situado no nível da razão prática-material. “A vida humana não só se dá espontaneamente, mas nos é imposta a nós mesmos como uma ‘obrigação’, sua conservação e desenvolvimento”.¹⁰¹ Da necessidade biológico-cultural transpõe-se uma obrigação ética. O viver transforma-se em dever-viver.

É necessário dar um passo além, eis que permanecer restrito ao aspecto positivo das mediações do critério e do princípio material universal, “corre-se o risco de se encontrar inserido numa certa opacidade do que efetivamente oculta, o que disciplina e começa a limita, oprimir, dominar”.¹⁰²

Deve-se romper com a totalidade ontológica de uma dado sistema de eticidade, onde o Ser corresponde a Realidade, e a Realidade é o pensável.¹⁰³

É a partir da exterioridade de uma dada totalidade, em que se situam as vítimas, é que nasce a consciência crítica

É desde o momento negativo da vida (dialética da vida) se dá o reconhecimento do outro, *Outro* na condição de vítima causada pelo sistema

Aqui, há a constatação de que a vítima é inevitável. Sua inevitabilidade

¹⁰¹DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 141.

¹⁰²SOUZA, Artur César de. Op. Cit., p. 378.

¹⁰³SOUZA, Artur César de. Op. Cit., p. 378.

deriva do fato de que é *impossível* empiricamente que uma norma, ato, instituição ou sistema de eticidade *sejam* perfeitos em sua vigência e conseqüências. (DUSSEL, p. 373).

O “fato” de haver vítimas em todo o sistema é categórico e por isso a crítica é também necessária: o reconhecimento do outro, *como outro*, como vítima do sistema que a causa e a simultânea re-sponsabilidade por esta vítima, como experiência ética que Lévinas denomina “face-a-face” – que coloca em questão crítica o sistema ou Totalidade.

Ao mesmo tempo, surge a responsabilidade por tal vítima, desde o momento negativo (não-ser). Trata-se da vida negada como efeito do sistema, que agora é criticado. A existência empírica de vítimas permite a formulação de um enunciado empírico com pretensão de verdade:

Eis aqui uma vítima!

É o juízo descritivo que indica a tomada de consciência de uma situação empírica na qual há uma *negação originária* – negação da vida afirmada.

O sistema de eticidade que corresponde a um nível ontológico de totalidade começa a ser questionado, refutado por um juízo ético material da razão crítica negativa que se encontra na exterioridade. O pensamento crítico é material e negativo. Agora a relação dialética é entre afirmação e negação.¹⁰⁴

CÉSAR ARTUR DE SOUZA propõe uma racionalidade crítica que visa romper com a totalidade processual dominante, consubstanciada no atual princípio da imparcialidade. O juiz deve reconhecer a exterioridade das vítimas, mas “(...) não deve tematizar o Outro (vítima inferiorizada na relação jurídica processual), mas deixar transparecer um desejo metafísico de proferir uma decisão *équo e justa*, pois o juiz, em relação às vítimas do sistema, tem uma responsabilidade ética pré-originária à totalidade do sistema jurídico dominante.¹⁰⁵

Constrói-se uma imagem chamada *processo*, onde os atores, as partes, *com paridade de armas*, em perfeita igualdade material (haja vista a nomeação de um defensor dativo!) exercem as suas faculdades, direitos etc. O “ser” recebe o estatuto de “igual”, por definição e passa a crer efetivamente que tem as mesmas

¹⁰⁴ SOUZA, César Artur. Op. Cit., p. 399.

¹⁰⁵ SOUZA, César Artur. Op. Cit., p. 400.

condições técnicas dos demais integrantes da relação jurídica. O mais grave é que se equiparam formalmente os atores/sujeitos processuais, enquanto detentores de iguais faculdades/direitos /prerrogativas, impondo uma visão ontológica que se instaura com pretensão de verdade e validade em face da negatividade dos que estão empiricamente fora das possibilidades de participar da dialética processual.¹⁰⁶

O magistrado, como ser humano vivente e co-responsável pelo *outro* se conscientiza, na qualidade de “intelectual orgânico” da imperfeição do sistema!

¹⁰⁶ ARENHART, Bianca. p.210-211

CONCLUSÃO

A concepção ontológica do processo reclama a participação dialética de todos os interessados, segundo modelo do devido processo legal.

Sendo o devido processo legal a síntese de toda uma gama de princípios que visam equacionar um processo justo, a imparcialidade judicial é, segundo, a doutrina tradicional, o princípio que garante as partes *parciais* um julgamento livre e isento, cuja compromisso do juiz dá-se exclusivamente com a aplicação da lei..

Contudo, o modelo do processo ambientado na ação comunicativa, como meio de assegurar a igualdade, os valores da certeza e segurança jurídica etc apenas se subordina a um discurso idealista num país como o Brasil, onde o acesso ao Judiciário é uma realidade para poucos.

O desenvolvimento do processo jurisdicional por meio da ação comunicativa, sem que se visualize a concreta desigualdade, inviabiliza a dialética discursiva.

Desta forma, como forma de assegurar os valores insculpidos no art. 3º, I e III, da Constituição de 1988, é que se postula uma postura do juiz em conformidade com os fins da República (construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalidade), na instância processual, reconhecendo o “Outro” em sua singularidade, com as suas diferenças sociais, econômicas e culturais.

No moderno modelo de justiça social, o magistrado deve “retirar o véu” que é imposto pelo discurso jurídico tradicional, a fim de reconhecer as desigualdades que se projetam no âmbito da relação jurídica processual.

Assim, tendo-se constatado que o discurso da neutralidade decorre de uma ideologia conservadora, própria de um ordenamento jurídico historicamente entregue ao projeto capitalista, é que se propõe à tese da “neutralidade positiva”: afirmar para libertar a realidade do excluído, do dominado.

A *neutralidade positiva* no processo não vem configurar ilegitimidades, ao revés, permite ao juiz se pautar pela racionalidade do *outro* enquanto resistência ao discurso da totalidade, reconhecendo as reais desigualdades que se perpetuam na relação jurídica processual. Desvela-se o mito da igualdade formal, desigualando os desiguais.

A racionalidade processual com fundamento da razão do *outro* se autojustifica, pelo simples fato de se fazer Justiça.

Conclui-se que o presente trabalho teve por escopo trabalhar a filosofia da libertação no âmbito do processo, para reconhecer a razão do *Outro*: a parte pobre desprovida do acesso à justiça, porque ausente uma assistência judiciária que lhe coloque em condições de efetiva igualdade com a parte favorecida econômico-sócio-culturalmente

Portanto, a tese da “neutralidade positiva” desenvolvida com base na Ética da Libertação, confere uma nova leitura ao princípio da imparcialidade, em consonância com a realidade brasileira, no sentido de que o magistrado adote uma conduta segundo a racionalidade do *Outro*, percebendo, reconhecendo e se responsabilizando pelas conseqüências das desigualdades econômicas-sociais-culturais das partes.

Destarte, o magistrado, agora, deve “tomar a cargo” a vida negada do outro. É responsável pelo outro pelo fato de ser humano, “sensibilidade” aberta ao rosto do outro. É re-sponsabilidade pela vida negada que se funda, agora, num princípio ético normativo: porque deve produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana!

Referências:

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006.

ARENHART, Bianca Georgia Cruz. *O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel*. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Coordenador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, (p. 191-230).

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial – A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRUM, Nilos Bairros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Magistratura, sistema jurídico e sistema político*. In *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. Org. Jose Eduardo Faria. 2ªed. São Paulo: Editora Ática, 1994.

CAPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora LTr, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tomo I. 3ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação – na idade da globalização e da exclusão*. 2ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES JR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LUDWIG, Celso Luiz. *Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dusse*. In Repensando a Teoria do Estado – org. Ricardo Marcelo Fonsenca. Belo Horizonte: Editora Fórum Ltda, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin.

MARINI, Rui Mauro. *Dialética da Dependência*. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Temas de Filosofia do Direito: Decisão, argumentação e ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Portanova, Rui. *Motivações Ideológicas da sentença*. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

RUIVO, Fernando. *Aparelho judicial, Estado e legitimação*. In: JOSÉ EDUARDO FARIA (org). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994. p. 66-94.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: JOSÉ EDUARDO FARIA (org). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994. p. 39-61.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DA SILVA, Domingos Eduardo. *A Assistência Jurídica Gratuita e a execução da*

pena no Brasil, Consulex, 198 -55.

SOUZA, Artur César. *A “parcialidade positiva” do juiz e o justo processo penal: nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”*. Curitiba, 2005. 424 f. Tese de doutorado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELO RIBEIRO, Maria Teresa de. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.