

O Juiz e o Reconhecimento de seus Próprios Preconceitos: Um Caminho à Imparcialidade

Caetano Ernesto da Fonseca Costa

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Diretor-Geral da EMERJ.

RESUMO: Os regimes constitucionais democráticos estão amparados na efetividade dos direitos fundamentais. O propósito do texto é trazer alguma reflexão, principalmente para o magistrado, sobre como poderá lidar com a difícil tarefa de definir os principais conceitos vinculados a essa classe de direitos. Só depois de defini-los é que estará certamente apto a efetivá-los de maneira acertada, para o que se mostra antes fundamental conhecer a dimensão do seu próprio conhecimento e sua influência como técnica de interpretação.

1 - INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos criados ao entardecer do século que passou e que referendaram os regimes democráticos do mundo ocidental estão, sem exceção, amparados na preservação de garantias constitucionais vinculadas à espécie dos direitos fundamentais. Extensa é a relação dos direitos considerados como essenciais à humanidade, assim como genuína é a preocupação com a preservação desses direitos, do que é dependente o próprio regime democrático.

A questão é que o conceito que direciona os valores contemplados nessa relação não se acha previamente definido no texto constitucional, ou mesmo legal. Também não se mostra estático e imutável seu critério de avaliação, que transmuda inclusive com o tempo, ao menos no terreno da periferia que circunda o núcleo fundamental desses relevantes para-

digmas.¹ O que representa afinal, na prática, a dignidade ou a igualdade humana? A vida ou a saúde do cidadão?

Na realidade, o desafio maior de uma democracia plena não reside apenas na inclusão principiológica e teórica desses valores e conceitos no texto constitucional, mas sim da sua efetivação no dia a dia do cidadão a quem, ao final, vem a ser destinado esse especial aparato de proteção. E não há como se promover essa efetividade sem que, em momento pretérito, se passe por uma oportuna conceituação do valor protegido e objeto do cuidado constitucional, para o que se mostra fundamental a adequada exegese de sua definição.

Em outras palavras, estabelecer a razoável e justa definição do valor protegido pela norma constitucional é tarefa que, obrigatoriamente, antecede ao cuidado que se há de ter com a efetivação do sistema protetivo vinculado aos direitos fundamentais.

Não há fórmula matemática a definir previamente o proceder interpretativo da norma para se atingir esse desiderato, o que não impede, todavia, que algumas recomendações possam ser feitas, notadamente no terreno da hermenêutica judicial. Posto que indubitavelmente será também do Juiz essa tarefa, repita-se, tão essencial à manutenção do regime constitucional democrático.

Como de sabença, as Cortes Constitucionais a rigor se ocupam de definir o conceito desses valores, o que não significa, no entanto, dizer que somente a elas será permitido cumprir essa finalidade. Na verdade, a complexa tarefa dessa definição passa diuturnamente pelos Tribunais como resultado do exercício da própria jurisdição, daí porque os conceitos são permanentemente oxigenados pela seguida participação não só dos juízes, mas de todos os que operam no arrastar de um litígio.

Preocupa-me, particularmente, nesse momento, a forma como atuam ou deveriam atuar os magistrados e não vejo nesse *iter* interpretativo

1 Luís Roberto Barroso (2010, p. 128) cita Georges Burdeau e Anna Cândida da Cunha Ferraz em nota de rodapé n. 15: “Georges Bordeau, **Traité de science politique**, 1969, v. 4, p. 246-247: ‘Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo’ (tradução livre, destaque acrescentado). Ver também Anna Cândida da Cunha Ferraz, **Processos informais de mudança da Constituição**, 1986, p. 10: ‘Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau.’”

uma solução simples, como resultado de alguma forma pré-concebida de proteção desses valores fundamentais. Todo ou quase todo litígio tem algum recheio, ainda que não seja ele o centro da discussão, vinculado à classe dos direitos fundamentais. Como lidar com essa tarefa?

Esse grande desafio está a exigir respeito, evidentemente, à vontade majoritária, mas ao mesmo tempo cobra do juiz fina sintonia com a manutenção e a efetividade dos desejos e prerrogativas de grupos minoritários. No equilíbrio dessa equação imagino se achar a solução da adequada exegese do juiz.

A discussão é profundamente complexa, o que demonstra o compromisso, no presente texto, de simplesmente fomentar alguma reflexão. Nada, além disso, refletirá a honestidade desse propósito.

2 - O PRÓPRIO INVENTÁRIO DO MAGISTRADO

Nenhum de nós que exerce a judicatura, em sã consciência, tem suas opiniões totalmente desvinculadas de algum preconceito ou de ideias já incorporadas em seu próprio consciente ou subconsciente. Somos hoje produto de uma educação moldada pelo exemplo de uma família tradicional, eminentemente patriarcal, na qual a religião, a propriedade e as vinculações sanguíneas tiveram papel de destaque, tanto no lar como no âmbito escolar e social².

Evidente que não cometeríamos aqui o equívoco de estender a todos esse conceito, em processo de generalização inadequado e preconceituoso. Falamos de um conceito difuso, em que pese majoritário, que vem refletido aparentemente no meio jurídico e dentre aqueles que escolhem trilhar os caminhos da judicatura.

Assim chegam, ou ao menos chegaram, por seguidos e seguidos anos, os nossos jovens à carreira da magistratura, que do mesmo modo que seus antecessores passavam a replicar suas ideias e comportamentos em suas decisões, como mantenedores do *status* de poder que ocupavam

2 Como nos ensina Kate Millett (2010, p. 83): “El patriarcado gravita sobre la institución de la familia. Esta es, a la vez, un espejo de la sociedad y un lazo de unión con ella; em otras palabras, constituye una unidad patriarcal dentro del conjunto del patriarcado. Al hacer de mediadora, entre el individuo y la estructura social, la familia suple a las autoridades políticas o de otro tipo em aquellos campos en que resulta insuficiente el control ejercido por estes. La familia y los papeles que implica son un calco de la sociedad patriarcal, al mismo tiempo que su principal instrumento y uno de sus pilares fundamentales. No solo induce a sus miembros a adaptarse y amoldarse a la sociedad, sino que facilita el gobierno del estado patriarcal, que dirige a sus ciudadanos por mediación de los cabezas de familia. Incluso em aquellas sociedades patriarcales que les conceden la ciudadanía legal, las mujeres salvo em contadas ocasiones, no suelen entablar contacto com el Estado sino a través de la familia”.

- ainda que de forma inconsciente. O direito, notadamente em sua perspectiva positivista, tem muito mais do que simples cheiro de tradição, por isso que sua *práxis* jamais ousou inovar antigos e costumeiros verbetes traduzidos pelo rigor da lei e pela manutenção dos costumes.

Esse inventário pessoal que o magistrado carrega e que o acompanha quase que necessariamente ao longo do exercício de sua profissão não raro é o maior inimigo que se pode ter. Dorme ao seu lado em silêncio, manifestando-se no inconsciente desse juiz, como se fosse a verdade absoluta e a solução adequada para toda a natureza de tantas e tantas adversidades. A expressiva maioria dos juízes não se dá conta da rigidez de suas opiniões e do perigo que traz na “certeza” de suas próprias e normalmente já ultrapassadas convicções.

Essa é, a nosso ver, a primeira tarefa de uma adequada exegese de qualquer conceito jurídico e social por parte de um juiz, ou seja, saber que já se encontra “contaminado” por ideias e prejulgamentos sobre os valores que ele próprio irá interpretar. E que terá que partir de um exercício de autoconhecimento e, porque não dizer, de limitação e redirecionamento dos conceitos desses próprios valores que serão por ele interpretados. Nem sempre poderá fazer prevalecer aquilo que rotula como de correto e adequado, passando a considerar antes disso a existência de uma realidade que pode não ser a sua.

Impressiona, infelizmente, o quantitativo de magistrados que não têm esse grau de consciência, justamente porque ainda vinculados ao conhecimento que lhes foi transmitido em décadas anteriores.

3 – O APERFEIÇOAMENTO DO MAGISTRADO

O aperfeiçoamento que vem sendo continuamente exigido do magistrado tem o propósito de combater esse perigoso e traiçoeiro desconhecimento da realidade que o acompanha em sua rotina.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM vem normatizando procedimentos e exigindo dos Tribunais, através de suas Escolas, a padronização de seus cursos de formação, não apenas para os juízes recém-aprovados e em processo de vitaliciamento, como também dos cursos de aperfeiçoamento para os que desejam a remoção ou promoção por merecimento ao longo de suas carreiras.

Nos cursos de formação inicial, destinados aos novos juízes em sequência à aprovação no certame, a preocupação maior tem sido não só a formação ética e humanista desses magistrados, que cada vez mais jovens ingressam na carreira, mas também a transmissão do prévio conhecimento das principais dificuldades que terão na rotina da profissão.³

Já não se faz mais a praxe como antigamente, quando se pensava poder forjar o juiz no aprendizado e na superação das próprias dificuldades cotidianas. Agora, quando estão com um mínimo de conhecimento teórico incorporado - não é raro acontecer e isso ocorre no Estado do Rio de Janeiro - já se familiarizaram com alguma prática, posto que esses jovens magistrados cumprem também, durante o tempo do curso, horas de estágio ao lado de colegas mais experientes.

Após o curso inicial seguem os novos juízes nos estudos ao longo dos demais meses que incorporam o vitaliciamento, tendo que cursar uma carga horária mínima de 120 (cento e vinte) horas. Por último, há o aperfeiçoamento destinado aos juízes já vitaliciados e que queiram concorrer a remoções ou promoções por merecimento ao longo da carreira.⁴

Infelizmente devemos reconhecer que nesse capítulo o sistema não atende satisfatoriamente ao que se propõe, vale dizer, atualizar o magistrado permanentemente no seu imprescindível conhecimento. Transmitir conhecimento a um juiz não é tarefa das mais fáceis e pelo que foi possível perceber no exercício desse tempo que permaneço à frente da direção da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, essa equação de dificuldades se repete no mundo inteiro.

3 Art. 5º da Resolução Enfam nº 02 de 08 de junho de 2016: “O Programa de Formação Inicial, voltado para o desenvolvimento de competências necessárias ao exercício da magistratura, compreende os seguintes cursos:

I – Curso Oficial para Ingresso na Carreira da Magistratura, que constitui etapa final facultativa do concurso realizado para a seleção de juízes;

II – Curso Oficial de Formação Inicial, realizado imediatamente após a entrada em exercício do magistrado;

§ 1º O Curso Oficial de Formação Inicial conterà, compulsoriamente, um módulo nacional que será promovido pela Enfam.

§ 2º O Programa de Formação Inicial deve fazer uso de métodos ativos que promovam a participação e a interação dos discentes, em conformidade com as diretrizes pedagógicas definidas pela Enfam, dando ênfase à formação humanística, interdisciplinar e à prática da atividade judicante.

§ 3º As escolas judiciais poderão disponibilizar curso de adaptação aos magistrados ingressos nos tribunais pelo quinto constitucional.

4 Art. 7º da Resolução Enfam nº 02 de 08 de junho de 2016: “O Programa de Formação Continuada consiste em ações que levem à ampliação e ao desenvolvimento de competências profissionais e engloba todos os cursos oficiais de aperfeiçoamento dos quais o magistrado vitaliciando ou vitalício deverá participar ao longo da carreira, a saber: I – Cursos oficiais de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento, realizados durante o período do estágio probatório e destinados a magistrados que já tenham participado do Curso de Formação Inicial;

II – Cursos oficiais de aperfeiçoamento para promoção na carreira, destinados ao desenvolvimento de competências identificadas ao longo do exercício da magistratura”.

Excesso de trabalho, autonomia profissional e, porque não admitir, o próprio desinteresse em casos específicos, têm sido adversários astutos e difíceis de derrotar. Fazer esse trabalho de “interessar” o juiz no estudo e na pesquisa de matérias afins ao Direito é o grande desafio de todas as Escolas Judiciais.

Nesse ano que passou, por exemplo, a demanda em massa foi direcionada ao novo Código de Processo Civil, dentro de uma perspectiva de pura necessidade, ao passo que os cursos oferecidos na área das Ciências Humanas deixaram a desejar em termos de procura. Isso é preocupante posto que os conceitos, principalmente nesse terreno, mudaram muito depois da nossa Constituição, que está se aproximando dos trinta anos.

As relações afetivas se avolumaram em importância, o sexo deu lugar ao gênero, os direitos sociais são cada vez mais descumpridos e a noção de dignidade humana como principal referência dos valores fundamentais já não tem os contornos que imaginou o nosso constituinte de 1988.

Devemos reconhecer, em verdadeiro mea culpa, que há juízes atuando em segmentos criminais que não têm qualquer perspectiva de gênero, ou que ainda acham que o casamento tradicional de um homem com uma mulher é a única maneira de acasalamento! Essa é a nossa realidade e enquanto perdurar tal *status* veremos posições de teratologia já não admitidas pelo universo jurídico e pela realidade social que cerca a muitos magistrados, tudo isso em quantitativo infinitamente superior ao desejado.

Há que se pensar, como solução, em modos de trazer o magistrado para a Escola de forma continuada e permanente, fazendo com que os conceitos que a sociedade tem alterado com tanta liquidez e velocidade sejam, também por eles, a todo tempo repensados.

Tenho que o caminho não deve ser, necessariamente, o de tentar implementar uma nova forma de pensar, mas trabalhar com esse juiz um preliminar exercício de reflexão, destinado a demonstrar, pelo menos, que há outras realidades que não aquela que o mesmo carrega no seu imaginário.

4 – A DIGNIDADE HUMANA: O PARADIGMA PRINCIPAL

Como já disse alhures, não creio em equações miraculosas para solucionar todos os conflitos constitucionais que desaguam no nosso Judiciário. Na técnica da interpretação há que se fazer exercícios nem sempre de fácil indagação, principalmente do juiz que terá que pôr fim àquela celeuma que lhe é apresentada em forma de litígio.

O Critério da Ponderação tem inegavelmente requintado significado em nossa hermenêutica, mas penso que a tarefa primeira de um juiz sempre será, dentro da perspectiva de resguardar o texto constitucional, a de fazer prevalecer para o cidadão um mínimo de dignidade humana.

Mas afinal de contas, o que representa essa dignidade? Em que termos pode e deve ser ela aquilatada pelo magistrado ao decidir um conflito de interesses?

Aproveitamos a lição do mestre João Pedro Gebran Neto, na obra **“A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A busca de uma exegese emancipatória”**, para tentar responder a essa indagação. Leciona o renomado mestre:

“O princípio da dignidade da pessoa humana antes referido, além de configurar o mínimo necessário para um Estado Social de Direito, funciona como pedra angular para a interpretação constitucional, servindo de norte e como última ratio para dirimir conflitos entre interpretações. José Carlos Vieira de Andrade, após analisar os direitos fundamentais em três ordens, assinala que ‘há um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens.’” (2002, p. 47-48).

Há, portanto, um mínimo a ser observado ao ser humano, em termos de respeito e dignidade, não só no terreno material, mas também espiritual, de forma que a vida valha a pena ser vivida.

5 – CONCLUSÃO

A natureza humana que reveste o magistrado na técnica interpretativa da lei o conduz ao perigoso caminho de não questionar, com o devido rigor, a influência do seu próprio conhecimento - ou desconhecimento - na qualificação e definição dos valores embutidos no conceito objeto da pesquisa.

São valores já incorporados, muitas vezes até preconceituosos, que transitam perigosamente pelo inconsciente do juiz como se fossem verdades absolutas e o exato reflexo da expressão da realidade.

Para tentar combater essa prática traiçoeira, nossa proposta é a de conscientizar esse juiz/intérprete, para que tenha sempre em mente as seguintes e importantes reflexões:

1. Ter sempre o juiz a noção da limitação do seu conhecimento e da velocidade com que o mesmo se torna obsoleto no mundo atual e globalizado;

2. Possuir a todo tempo a exata dimensão da adversidade, melhor dizendo, da pluralidade de conceitos, de crenças e de ideologias que o cercam, de forma a saber que há outros valores que pode e deve considerar;

3. Jamais se afastar de seu compromisso com os valores fundamentais, norteando e atualizando seus próprios conceitos pela efetividade e o compromisso com a dignidade humana e a garantia do mínimo de subsistência não só em termos de valores materiais, mas também espirituais e de afeto.

Evidente que o atuar hermenêutico não pode se esgotar em tão simples conceitos, mas de alguma maneira - isso é certo dizer - se seguidos irão ajudar o juiz a encontrar-se com o espírito da lei e da nossa Constituição Federal. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: RT, 2002.

MILLETT, Kate. **Política Sexual**. Madrid: Cátedra, 2010.

RESOLUÇÃO Enfam N. 2 de 8 de junho de 2016: **Diário da Justiça Eletrônico**, Edição nº 1989, Brasília. Disponibilização: 10 de Junho de 2016. Publicação: 13 de junho de 2016.