Nº 24 – outubro/novembro/dezembro de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

O MAGISTRADO, PROTAGONISTA DO PROCESSO JURISDICIONAL?

J. J. Calmon de Passos
Livre-docente da Faculdade de Ciências Econômicas da UFBA. Professor Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFBA. Professor e Coordenador do Curso de Especialização em Processo do Centro de Cultura Jurídica da Bahia. Professor emérito da Faculdade de Direito da UFBA. Advogado.

O processo, já o afirmavam os antigos, é um acontecimento em que são figurantes principais três sujeitos: o autor, o réu e o juiz. Àqueles cumpre postular e a este último julgar qual das postulações perante ele formuladas faz jus a um seu pronunciamento favorável.

Julgar, entretanto, não é uma faculdade de que disponham apenas os juízes. Ela é inerente à condição humana. Todos os demais seres vivos nem podem nem necessitam julgar, porque são como devem ser e não podem deixar de ser como devem ser. O homem é uma exceção. Sua especificidade é precisamente ser um animal que foi abandonado pelo instinto e condenado à determinação de precisar avaliar para agir. Ele é como deve ser, mas este seu dever ser é, paradoxalmente, acreditar que não é como deve ser, mas está permanentemente diante do desafio de decidir sobre o que deve ser.

Desinformado sobre como agir e obrigado a fazê-lo, identifica alternativas para sua conduta e é compelido a, dentre elas, eleger aquela que lhe determinará a ação. Faz, para isso, uma ponderação dos objetivos possíveis de ser alcançados e qual dentre eles deseja alcançar, associando a este juízo outro sobre que meios ou instrumentos deve utilizar para alcançar o objetivo eleito do modo mais adequado. Daí se dizer que todo agir humano implica, num mínimo que seja, um juízo ético (fim – valor) e um juízo técnico (meios – utilidade).

Conseqüência disso é o imperativo de o homem lidar com valores como “certo”, “errado”, “justo”, “injusto”, “belo”, “feio” etc. Tais valores, entretanto, não

são inerentes às coisas, por isso mesmo são incapazes de percepção, precisando ser imputados pelos próprios homens, não só a seu pensamento como também a suas ações e opções. E isso não ocorre de modo uniforme, necessário e permanente. Já foi justo possuir escravos, hoje ninguém ousaria afirmar a Justiça da escravidão. Destarte, juízos de valor são históricos, relativos, submetidos a influências culturais, a par de muitos outros fatores, pelo que jamais deveriam ser impostos, mas sempre fruto de um máximo de consenso social.

Sendo assim, o que é específico do julgamento de um magistrado? No meu modo simplório de ver as coisas, algo muito evidente. Se eu disser a alguém que ele é devedor de fulano, corro o risco de levar alguns tapas, mas se eu for juiz e meu dizer estiver formalizado numa sentença, o destinatário de meu julgamento jamais ousará me dar um tapa e será devedor, mesmo que ele tenha a mais firme convicção de que jamais foi devedor de quem foi reconhecido como seu credor. Só nisso o julgamento judicial é diferente do julgamento de qualquer outro ator social. Pura falácia legitimá-lo por sua correção intrínseca. Por isso mesmo já foi civilizadamente entendido como expressão de uma violência simbólica.

No interagir dos homens no seio das várias instituições em que atuam, muitos são os julgamentos: na família, na escola, na empresa etc. Mas todos os que nelas nos julgam só serão obedecidos se por convicção ou conveniência quisermos obedecer. Há sempre um modo de escapar ou contornar a coerção que no seu seio se institui. No campo do direito, tudo é diferente. O julgamento só é jurídico se ele tiver a eficácia de impor a quem é julgado o comportamento que lhe for determinado. E isso de modo inelutável e incontornável. Daí, para civilizá-la, as muitas metáforas com que fantasiam esta sua inelutável crueza.

Sem dúvida que é um vezo comum a quase todos os juristas o de mascarar a carantonha do direito, vestindo-o de fada madrinha. Inclusive autores da melhor qualificação intelectual chegam a afirmar que desde nosso nascimento até nossa morte somos impregnados pelo direito e nenhuma de nossas ações deixa de ter implicações com ele. Na estreiteza de meu modo de pensar, vejo nisso uma falácia. Costumo dizer a meus colegas na pós-graduação que sou feliz em minha vida familiar porque, para vivê-la, nunca precisei do Código Civil nem de juízes de família. Mas se minha vida familiar adoecer, o meu fracasso só encontrará remédio na possível tutela favorável que obtenha de algum magistrado. Daí minha convicção de que nós, profissionais do Direito, cuidamos de uma doença social – o conflito – como os médicos cuidam de uma doença do corpo. Dedução necessária: se num país abundam médicos, hospitais, preventórios etc., é porque a saúde do povo vai muito mal. O mesmo vale para o direito. Quando se exigem muitos juízes, muitos tribunais, muitos advogados privados ou públicos e há milhões de processos em curso, isso é sinal evidente de que socialmente este país está de mal a pior. E a doença que o direito cuida chamam-na inadequadamente de injustiça, mas devia ser mais bem qualificada como falência das instituições sociais, como a doença do corpo é falência de nosso órgãos e dos sistemas

em que eles se inserem.

Outro dado relevante é o de que, ainda comparando, os médicos nada podem diante da doença, salvo lançar mão dos medicamentos que estejam a sua disposição e torcer para que tenha sido correto o seu diagnóstico. O mesmo ocorre com os magistrados. Só podem curar a doença social utilizando os remédios que o sistema de dominação instituído põe a sua disposição e torcendo para que tenham acertado no diagnóstico do caso concreto que lhes cumpre decidir.

Infelizmente a quase unanimidade dos juristas oculta esta verdade cristalina e tenta casar o direito com a justiça, a dignidade da pessoa humana, a tutela da liberdade etc. como se o seu discurso, com cheiro de homilia[1] de missa de domingo, não fosse impotente e contraproducente em face da dura realidade das relações materiais efetivamente estabelecidas na sociedade.

Há mais ainda. Edgard Morin fala-nos do que denomina de ecologia da ação. Uma ação, esclarece ele, "não depende somente da vontade daquele que a pratica, depende também dos contextos em que ela se insere, das condições sociais, biológicas, culturais, políticas que podem mudar o sentido daquilo que é a nossa intenção". É essa complexidade que o direito ignora, e o faz por necessidade inelutável. Mais que isso: no processo jurisdicional, a decisão do magistrado está jungida ao relato dos sujeitos interessados em ser favorecidos, submetido o julgador aos limites de tempo e de meios que o direito positivo institui. E é assim e será sempre assim, porque o objetivo central do direito é desestimular a conduta desviante daquele modelo de comportamento que em determinado momento histórico e em determinado espaço político foi institucionalizado, com vistas a manter a salvo de riscos a ordem social, por sua vez instituída para assegurar a permanência de um sistema de hegemonia que logrou se impor a todos no grupo social.

A par dessa precariedade, ainda há o risco da veracidade dos testemunhos, da realidade que se coloca por trás da frieza da linguagem dos documentos, sem esquecer o abismo que vai entre a palavra consignada e o que em realidade se pretendeu traduzir com ela.

Esse complexo de fatores me leva a concluir que os poderes do juiz no processo devem ser definidos em função do que o sistema institucionalizado pretende alcançar em termos do que denominamos de "ordem": adequação entre o comportamento individual e o que foi colocado como limites ou diretivas para ele por normas impositivas que definem, com precedência (democracia) ou até mesmo sem esta exigência (autocracia) o que é devido ou proibido no caso concreto. E isso pelo motivo óbvio de que o papel do magistrado atende ao que o "senhor" lhe traçou como objetivo. Se este senhor é Id Amim Dada, o julgador é uma sua extensão ou será esmagado com a mesma impiedade com que ele esmaga os que lhe estão submissos. Se o senhor é "o povo soberano", este soberano só pode expressar sua vontade através de normas de caráter geral, produzidas por quem previamente legitimado e pelo procedimento

[1] Entrevista publicada pela Revista *Cult* 111/9-15.

previamente estipulado no pacto político fundamental – chamado de Constituição – um inevitável recurso de congelar, no tempo, uma soberania que, se realmente existisse, deveria estar sendo exercitada permanentemente.[2]

Para mantermos um mínimo de coerência com o que vimos de afirmar em termos de profissão de fé, o julgador está tão submisso a este senhor, quanto o magistrado que serve a Id Amim Dada. Se ele violentar a vontade do senhor, deve ser punido severamente e deslegitimado para julgar.

Porque o senhor a quem devemos reverência é a Constituição, os poderes do magistrado só podem ser admitidos se compatíveis com quanto nela instituído. E ela consagra o princípio da legalidade, a par de muitos outros que buscam proteger a cidadania. A eles também estão submetidos os magistrados, daí a relevância da fundamentação de quanto decide. Decidir sem fundamentar é incidir no mais grave crime que se pode consumar num Estado de Direito Democrático. Se a fundamentação é que permite acompanhar e controlar a fidelidade do julgador tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas pelo sistema jurídico, sua ausência equivale à prática de um ilícito e sua insuficiência ou inadequação causa de invalidade. E desta exigência não pode fugir nem mesmo os que se tornam "a voz da Constituição", que, incapacitada de comunicar-se diretamente, está condenada a ser mero boneco de ventríloquo.

Não se trata de escravizar o julgador à letra da lei. Se assim fosse, de nada valeria a ciência do direito. Mas só o quanto positivado pode ser utilizado pelo julgador, como o operador nas ciências exatas ou naturais está adstrito aos instrumentos, substâncias e conhecimento teórico e prático disponíveis no seu tempo ou no espaço cultural em que atua.

Analisando a Constituição de 1988, verifico que ela consagra o princípio fundamental de toda democracia: o da inércia do julgador. Fácil de justificar-se, a meu ver. Se o fundamental na democracia é que aos indivíduos tudo é permitido (princípio da liberdade), salvo o que a lei proíbe ou impõe, a ele se deve deferir a decisão sobre seu interesse ou necessidade de valer-se do aparato judicial para solucionar os conflitos em que se envolver. E esse princípio é tão fundamental que, para atender ao excepcional de existirem interesses qualificados pelo sistema como "indisponíveis", foi instituído um órgão independente e estranho ao Judiciário – o Ministério Público, ao qual se deferiu o poder de provocar a prestação da atividade jurisdicional.

Também foi instituído, por coerência com o que vem de ser dito, o poder do interessado de definir o que pretende ver julgado e os limites desse julgamento. Em outros termos: aquele que toma a iniciativa de provocar a prestação da atividade jurisdicional delimitará o *thema decidendum* a que fica vinculado o julgador, obstado de decidir *ultra, extra* ou *citra petita*.

---

[2] Leitura proveitosa, a este respeito, em que pese certo radicalismo, a do livro de Antônio Negri, *O poder constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade, Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

Outra exigência fundamental, sob pena de desfiguramento do julgador num sistema democrático, é a de sua imparcialidade, não no sentido de neutralidade em face do caso concreto, entendida esta neutralidade como o milagre de uma assepsia em que o julgador se liberta de sua precompreensão, seus preconceitos, suas limitações intelectuais e suas distorções morais etc. A neutralidade, aqui, é, única e exclusivamente, a exigência de que o julgador nada saiba sobre os fatos que foram postos como fundamento da pretensão das partes, não tenha vínculos com elas nem interesse direto ou indireto no objeto do litígio. Uma neutralidade mínima, quase como a exigência que se faz a quem deseja assistir a um ato cirúrgico de se fantasiar de médico ou de enfermeiro.

Esta convicção me levou a aderir ao ensinamento de Santiago Sentis Melendo, distinguindo fonte de meios de prova. A fonte de prova, sintetizando, é tudo o que testemunha os fatos ocorridos antes e fora do processo. O testemunho dos próprios interessados, de terceiros que presenciaram os fatos ou deles tiveram notícia, do documento em que a declaração de ciência ou de vontade foi cartulada e até da própria coisa, quando nela ficaram sinais que permitem, com seu exame no processo, deduzir algo sobre a verdade ou inverdade dos fatos. Porque situado antes e fora do processo, sobre elas nenhum poder deve ser admitido ou reconhecido ao magistrado. Assim não ocorrendo, os princípios da inércia e da neutralidade estarão mortalmente comprometidos.

Já o mesmo não ocorre no tocante aos meios de prova. Cada fonte de prova deve ser trazida para o processo por um *meio* que a lei disciplina. As partes podem ser interrogadas pelo juiz ou qualquer delas pode requerer o depoimento pessoal do adversário. Os terceiros que sabem dos fatos devem ser arrolados pelas partes como testemunhas. Os documentos devem acompanhar as peças postulatórias instauradoras do processo ou, excepcionalmente, nos termos da lei, em outros momentos. E se a coisa está em condições de fornecer, mediante perícia, informações sobre os fatos, este meio de prova é admissível, como o é quando os fatos colocados para avaliação pelo magistrado reclamam um saber técnico de que não dispõe o julgador.

Se no particular das fontes de prova nenhum poder deve ser deferido ao magistrado, no tocante aos meios de prova ele é o senhor; lógico que não um senhor à moda de Id Amim Dada, mas um senhor adequado para uma democracia: soberano para deferir ou indeferir a produção da prova e para avaliá-la, desde que o faça fundamentadamente e respeitando as garantias processuais deferidas às partes e às exigências de neutralidade que lhe são impostas.

Assim é que, mesmo quando não requerido o depoimento pessoal, ele pode determinar o interrogatório das partes. Pode reinquirir e acarear testemunhas, chamar para depor testemunhas referidas, indeferir tudo que seja impertinente ou irrelevante, requisitar documentos públicos referidos pelas partes ou impor a exibição dos documentos particulares mencionados e não

trazidos para os autos, determinar perícias ainda que esta prova não tenha sido requerida pelas partes etc.

Também lhe é assegurado o poder de valorizar a prova produzida no processo sem estar preso a limitações, salvo as que em caráter excepcional, se compatíveis com a Constituição, forem estabelecidas pelo sistema. Mas este seu poder está submetido, para sua legitimidade, à exigência de uma precisa, clara e suficiente fundamentação, sem distorção ou distanciamento da prova dos autos, que somente é prova quando submetida ao crivo do contraditório.

Se tudo isso se exige para determinação da verdade processual dos fatos sobre que assentará o dizer jurídico do magistrado, outros princípios disciplinam a sua tarefa de aplicação do direito aos fatos provados.

Gregorio Robles[3] tem colocações a respeito que se mostram de meu agrado, por sua clareza e coerência.

Em resumo, diz ele: o ordenamento jurídico é um texto constituído por "atos de fala" que denominamos de *decisões* jurídicas. O direito é gerado mediante decisões, e sem decisões não há vida jurídica. Desde a decisão constituinte, que instaura um ordenamento jurídico, passando pelas decisões intra-sistêmicas, tomadas pelos órgãos constitucionalmente legitimados, desde as que se revestem de generalidade até a decisão judicial, que disciplina, em termos particulares, a solução dos conflitos que deixaram de ser solucionados por outras instâncias sociais.

O ordenamento jurídico é o texto jurídico em bruto, produzido sob a pressão dos fatos políticos, econômicos etc. e é esse texto bruto que deve ser submetido ao refinamento e reelaboração pela ciência do direito, gerando-se um novo texto que reflete o primeiro e ao mesmo tempo o completa. Esta é a tarefa da dogmática, e o produto de seu labor é a idéia de sistema jurídico, um esforço no sentido de emprestar coerência, consistência e previsibilidade ao que, no seu estado bruto, sempre esteve distanciado dessas preocupações. Neste nível se identificam as instituições e as normas jurídicas e as ações concretas que estruturam o sistema jurídico.

Utilizando palavras do próprio Robles: "O ordenamento é o texto que resulta da linguagem criativa das autoridades, que são plurais e muitas vezes sem contato entre si. É um texto submetido à 'motorização' e à pressa. Sua linguagem é deficiente e necessitada de uma reelaboração reflexiva que ponha este material diversificado em uma ordem acabada. Isto é precisamente o sistema, a construção do ordenamento em 'linguagem científica'. Os juristas não são pessoas que descrevem a realidade do direito, mas sim 'construtores criativos' dessa realidade. A linguagem do direito é a linguagem dos juristas" (p. 26).

---

[3] *El derecho como texto* (Cuatro estúdios de teoria comunicacional del derecho). Madrid: Civitas, 1988. p. 15 e ss.

O legislador produz textos revestidos de validade jurídica não submetendo esta produção a crivos de racionalidade e coerência sistêmica. A atuação política é, no seu predominante, circunstancial, submetida a pressões sociais e voltada para o contingente e episódico, normalmente. O mesmo se pode atribuir ao administrador e aos agentes econômicos

Esse conjunto de textos é que se torna o material com que vai trabalhar o cientista do Direito e seu papel é construir algo com um mínimo de coerência e capaz de nortear a atividade do jurista prático, de modo a maximizar a segurança jurídica e minimizar o arbítrio e o casuísmo.

Daí se poder falar numa dogmática conceitual, a par de uma dogmática hermenêutica e, hoje, também de uma dogmática da decisão. Elas estão formalizadas na doutrina, legitimadas pela autoridade do saber dos que as elaboram. Não em qualquer arremedo de dizer jurídico, encadernado ou em brochura, mas num dizer jurídico cuja legitimidade assenta na rigorosa obediência aos cânones que presidem à expressão do pensamento humano em termos que, à falta de outro nome, chamamos de racionalidade.

Este trabalho de seleção do valioso, distinguindo-o da ganga impura a que se mistura na mina explorada por muitos, também deve ser feito pelos julgadores. Eles estão constitucionalmente obrigados a decidir em harmonia com a doutrina autorizada pela comunidade dos juristas ou eles próprios, julgadores, trabalharem de forma inovadora quanto já consagrado dogmática e jurisprudencialmente, antes, não como ato de poder, sim como demonstração de saber.

Daí ter sempre afirmado a meus colegas e alunos que é bem fácil se traçar os limites do dever constitucional de fundamentação dos julgados imposta aos magistrados. Viola-o quem julga sem apoio na prova dos autos, ou aplica o direito aos fatos sem invocar um suporte doutrinário autorizado ou precedentes jurisprudenciais que atenderam à exigência constitucional de sua fundamentação substancial e ainda, se tanto puder, inovar ele próprio, oferecendo conclusão inédita mas alicerçada em cânones da dogmática legitimada como saber jurídico pela comunidade em que atua.

São estes e unicamente estes os poderes que numa democracia podem ser deferidos ao magistrado, na dimensão certificadora de sua atuação. Destarte, quando se lhe defere poder sem que este poder seja submetido a controles da correção de seu exercício, o julgador se tornará um déspota intolerável, visto como livre e desembaraçado para fazer do direito positivo gato e sapato. Será um tirano que nem mesmo terá a grandeza dos tiranos políticos, vulneráveis em sua visibilidade, mas a pequenez de um tirano solerte que se esconde e se dissimula na decisão que profere, a nível micro, quase anônima pelo reduzido de sua visibilidade, protegido em seus desvios funcionais pelo bonito discurso do imperativo da “independência” do julgador, como se numa democracia houvesse independência aceitável em face do verdadeiro soberano de todos – os cidadãos.

Daí o imperativo tanto do controle interno das decisões como do controle

externo do exercício da própria função jurisdicional. Se inexistirem, tudo será falácia. Nem se poderá falar de democracia, nem se estará falando de algo viável no concreto da vida social, visto como, nos regimes autocráticos, o juiz é uma figura secundária, apenas o chicote do tirano; e nas democracias, se liberado de sua submissão à legalidade (no seu sentido amplo), será, caso tolerado, a prova cabal de que a democracia em que atua é um faz-de-conta ou uma fachada com cara de decente ocultando um covil de sicários.

Concluindo. Se fui fiel no desenvolver as premissas, a conclusão a que chego é a de que o magistrado, numa democracia, nem é o deus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semideuses que olham de cima para baixo, com desprezo ou piedade, o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as conseqüências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre e incansavelmente lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo colocou para os que interagem na sociedade e as soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nessa tarefa.

Costumo afirmar que nada é mais significativo para diagnosticar o grau de saúde política de um povo do que fazer uma análise realística do papel que nela desempenha a magistratura. E só este fato de ser o magistrado o referencial básico para isso já diz tudo sobre a importância do Judiciário, mas por igual sobre sua imensa responsabilidade. Daí não podermos nem devermos ser injustos ou displicentes no julgar aqueles que nos julgam.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PASSOS, J.J Calmon de. O Magistrado, Protagonista do Processo Jurisdicional? **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

PASSOS, J.J Calmon de. O Magistrado, Protagonista do Processo Jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, p. 9-17, jan./fev. 2009