



A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Jair Soares de Oliveira Segundo*

RESUMO

Elabora-se um estudo do princípio da imparcialidade do juiz na sociedade contemporânea. Afirma-se a imparcialidade como regra normativa que propicia legitimação às decisões judiciais quanto aos aspectos subjetivo (juiz imparcial) e objetivo (processo imparcial). No entanto, identifica-se que a imparcialidade global objetiva num provimento jurisdicional demanda, por vezes, a parcialidade tópica subjetiva do juiz, uma vez que estando ao alcance a essência do justo provimento, irracional seria contentar-se o juiz com a mera aparência. Diante disto, no exercício da jurisdição, é permitido ao juiz relativizar a regra clássica da imparcialidade quando esta 'quebra' se estabelece em benefício do justo processual.

Palavras-Chave: *Decisão judicial. Imparcialidade. Parcialidade. Juiz.*

1 INTRODUÇÃO

Há no Nordeste brasileiro um cesto de cipó chamado balaio. Dada a sua função de acondicionar mercadorias em desordem, sem arrumação, surgiu a expressão popular *um balaio de gatos*, que significa *uma confusão*.

Neste passo, espelhando o exemplo do balaio cuja utilidade é acondicionar objetos mesmo em desordem e, ainda assim, constata-se sua serventia, temos como perceptível que a palavra *imparcialidade* condiciona numa desordenada harmonia as mais variadas nuances que se lhe atribui. Neutralidade, isenção e independência são algumas dessas ideias que permeiam e preenchem o balaio da imparcialidade.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante do Projeto Cine Legis da UFRN. Membro de Grupo de Pesquisa sobre o STF da UFRN. Editor da Revista FIDES.

Diante disto, e levando em consideração que o princípio da imparcialidade apresenta ainda aspectos subjetivos – juiz imparcial – e objetivos – processo imparcial –, trataremos de estudar, ao início, os contornos da imparcialidade tendo por base tais aspectos e, bem assim, as várias acepções a que se lhe atribui (neutralidade, isenção e independência são algumas).

A partir daí, coloca-se para análise a seguinte questão: se a imparcialidade global objetiva num provimento jurisdicional pode demandar, por vezes, a parcialidade tópica subjetiva do juiz, uma vez que estando ao alcance a essência do justo provimento, irracional seria contentar-se o juiz com a mera aparência. Esse agir, essa tomada de posição diante de um caso concreto com vista à uma imparcialidade real (concreta; substantiva), é o que se vai denominar de parcialidade positiva.

Em breves palavras, tentaremos direcionar um olhar atual para essa ideia de imparcialidade considerada princípio do Direito e reitora da correta atuação do Estado-Juiz no deslinde de suas decisões, uma vez que o alheamento à demanda nem sempre é o adequado a garantir o núcleo axiológico do princípio da imparcialidade.

2 DELIMITAÇÕES NO CONCEITO DE IMPARCIALIDADE

Um conceito simples de imparcialidade advém da especificação ou delimitação do que seja seu contrário, a parcialidade. Será imparcial aquele ou aquilo que não seja parcial.

De um lado, parcial é *aquela que atua como se fosse parte de disputa ou conflito*, o que constitui caráter pessoal, subjetivo; de outro lado, é parcial *aquilo que é parte (parcela) de um todo*, e isto aponta para um caráter instrumental, objetivo.

Portanto, e inicialmente, a imparcialidade do magistrado pode ser conceituada como característica de alheamento subjetivo em relação às partes e a terceiros, e objetivo em relação ao processo. Não se pode afirmar, contudo, que imparcialidade implica ausência de parcialidade. Isto se deve, por exemplo, a situações onde, tamanha a disparidade de armas entre as partes num conflito, um tratamento imparcial poderia por à evidência, à contrário senso, uma flagrante parcialidade. Todavia, eventual tratamento parcial somente é admitido em relação a aspectos objetivos (parcialidade objetiva), vez que o que se busca, em si, não é privilegiar uma parte em detrimento de outra (parcialidade subjetiva), e sim garantir critérios

de direito previamente estabelecidos em lei ou resultantes da análise circunstanciada do caso concreto sob exame¹.

2.1 Imparcialidades subjetiva e objetiva

O *subjetivismo do juiz* é objeto de estudo da *imparcialidade subjetiva*. Nesta imparcialidade, tem-se em conta o alheamento do juiz em relação aos sujeitos, quer sejam eles as partes em litígio, quer seja o próprio Judiciário com seus valores ou, ainda, a sociedade que não raro tenta influir na atividade judicial, tudo isto na ideia de manter o juiz equidistante para não colimar a igualdade. Dessa forma, a imparcialidade subjetiva está intimamente ligada a uma percepção centrada no magistrado.

De outro lado, o *objetivismo do processo* está ligado à ideia de *imparcialidade objetiva*², que é a espécie de imparcialidade que se constitui em percepção instrumental direcionada ao processo. Nesse passo, imprescindível se faz a noção de devido processo legal, pois é este princípio que, em verdade, garante tal imparcialidade.

Em síntese, a *imparcialidade subjetiva* busca identificar o nível de alheamento do juiz no *processamento do resultado*, ou seja, o nível de compatibilidade de sua ação em relação ao princípio da igualdade. Já o intuito da *imparcialidade objetiva* é o de identificar o nível de interesse impessoal da sociedade no *resultado do processamento*, ou seja, o nível de compatibilidade ou conformação do processo em relação ao princípio do devido processo legal. Temos de ter sempre em mente sua diferença essencial: na objetiva, perquire-se pela relação entre juiz e processo; na subjetiva, entre juiz e as pessoas processuais ou extra-processuais (partes, sociedade e Judiciário³).

Interessante notar que, num e noutro, em subjetivismo e objetivismo, podem ser destacadas nuances que assemelham à disposição dos princípios da Administração Pública

¹ Exemplo disso está na aplicação do princípio da boa-fé onde, por vezes, uma parte é impedida de retroceder contra seus próprios passos (*venire contra factum proprium*) em prejuízo da outra parte (SCHREIBER, 2007, p. 95-96). Aqui, em que pese o fato de a cognição do juízo levar em conta aspectos subjetivos das partes (intenção, confiança e outros), a decisão judicial consubstancia um interesse do Direito, não propriamente das partes.

² Nas palavras de Artur César de Souza (2008, p. 36), Giuseppe Chiovenda já alertava para que a imparcialidade objetiva resulta da relação do juiz com o objeto do processo, e não com as pessoas que nele atuam, o que já restou infirmado na Sentença 32/94 do Tribunal Constitucional espanhol.

³ A relação de alheamento entre o Judiciário e os demais Poderes também é foco da imparcialidade subjetiva, notadamente no que diz respeito à nuance da neutralidade (ou independência). Cf.: subseção 2.1.3.

previstos no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988⁴. Para o presente trabalho, o foco está na imparcialidade subjetiva.

Vejamos então, *en passant*, uma a uma, as cinco⁵ nuances. Antes, no entanto, registramos a advertência de que boa parte da elaboração teórica a seguir integra, essencialmente (e com abreviado suporte externo), formulações do próprio autor deste estudo.

2.1.1 Nuança da Objetividade

A primeira das cinco nuances guarda relação com o princípio da legalidade.

Ora, se todos são iguais perante a lei, sem distinções de quaisquer natureza, conforme o *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, nada mais evidente que a imparcialidade seja garantida através do tratamento em igualdade diante da lei.

E tenha-se em conta que “tanto é parte da lei o que nela está explícito quanto o que nela está implícito” (BLACK citado por MELLO, 2009, p. 45). Se a essência da lei impõe a observância à imparcialidade, deve isto ser obedecido sob pena de se burlar a própria lei. É o que se abstrai do ensinamento de Seabra Fagundes:

A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal. (FAGUNDES, 1979, p. 71-73)

Na imparcialidade subjetiva, essa nuança da objetividade representa o modo como o juiz se posiciona em relação à juridicidade formal – legalidade em sentido estrito⁶. Para observar tal característica, o exercício da jurisdição deverá permanecer estritamente na linha do direito positivado, devendo a racionalidade da decisão estar adstrita à racionalidade da lei. Na imparcialidade objetiva, a nuança objetividade implica na maneira como o juiz observa a

⁴ Isto decorre da classificação a ser proposta no presente estudo, conforme se vê nas cinco subseções seguintes. Tal constatação leva em conta aspectos quantitativos e qualitativos, ou seja, a cada uma das cinco nuances corresponderá um princípio que lhe serve de base de orientação, indicando sua forma de atuar.

⁵ Para nossa classificação, tomamos por base a apresentada por Artur César de Souza (2008, p. 30-34), onde estabelece corolários da imparcialidade no sentido subjetivista as noções de imparcialidade como objetividade, isenção, neutralidade e transparência.

⁶ Para Artur César de Souza, em sua tese “A imparcialidade positiva do juiz” a objetividade deve ser entendida como juridicidade, e que, tanto no curso como na conclusão do processo, “o Estado-Juiz deve atuar com objetividade (no sentido de ser objetivo), segundo critérios lógico-rationais e estritamente jurídicos” (SOUZA, 2008, p. 30). Para ele, seria o critério jurídico, mas não especifica se tal juridicidade seria ampla ou estrita.

juridicidade material (legalidade em sentido lato). De tal forma, uma aparente quebra da imparcialidade só é admitida quanto a aspectos objetivos, ou seja, a parcialidade objetiva – e nunca a subjetiva – poderia estar amparada no princípio da imparcialidade (Cf. seção 3).

2.1.2 Nuança da Isenção

A isenção corresponde ao princípio da impessoalidade.

Analisa-se, para a imparcialidade subjetiva, se há ou não alheamento do juiz quanto aos interesses envolvidos. Ou seja: há interesse do próprio magistrado que faça pender a imparcialidade? Nesta acepção de imparcialidade, o juiz deve evitar intervir quando for de seu conhecimento de que seus interesses – direitos ou indiretos – estão em jogo. Será considerado do interesse do magistrado, por exemplo, o interesse de seus familiares e amigos mais próximos.

De acordo com Artur César de Souza (2008, p. 31) a *isenção* refere-se à abstenção de atuar caso esteja envolvida alguma “inclinação pessoal negativa no resultado da decisão”. Aqui, o sentido da palavra ‘negativa’ é o de ‘não desejável’, de ‘prejudicial’.

Em relação à imparcialidade objetiva, a isenção implica na verificação de alheamento do processo também em relação aos interesses em jogo. Nessa medida, o processo deve ser instrumento orientado ao Direito, e não à vontade das partes.

2.1.3 Nuança da Neutralidade (ou independência)

A neutralidade é a nuança que corresponde ao princípio da moralidade.

Sob o aspecto da imparcialidade subjetiva, o foco está na independência do juiz relativamente às partes, à sociedade e ao Poder Judiciário, e na independência do Poder Judiciário frente aos demais Poderes⁷. De tal forma, por exemplo, será neutro o juiz que atuar com independência político-ideológica, eximindo-se de se submeter às imposições ideológicas que se possam apresentar. E, no entanto, em nada prejudica que o juiz possa ter suas próprias convicções, mas é vedado que tais convicções se revertam em julgamentos apriorísticos (antecipados à prova), dado seu caráter parcial, e considerada a real possibilidade de danos ao processo.

⁷ Na elaboração do prof. Artur César de Souza (2008, p. 32), a neutralidade é apresentada nessa dupla perspectiva: uma subjetiva, representada por um *dever funcional* de neutralidade; outra objetiva, indicativa de um *dever institucional* de neutralidade; ambas no sentido de alheamento às convicções político-partidárias no momento de aplicação da lei.

Para a imparcialidade objetiva, de modo análogo, importa verificar se o processo desenvolve-se com independência em relação às partes, à sociedade e ao Poder Judiciário.

Decerto, ainda, que há uma certa similaridade entre *neutralidade* e *isenção*, na medida em que seus objetos coincidem, numa e noutra é a verificação do interesse do magistrado. Todavia, a diferença torna-se bem evidente quando se tem em conta que na neutralidade há um interesse que estimula benefícios, uma vez que quanto mais politicamente neutro for o juiz, maior a sua imparcialidade; e, na isenção, um interesse que desestimula danos, pois quanto menores os interesses pessoais diretos ou indiretos do juiz, maior a sua imparcialidade.

2.1.4 Nuança da Transparência

É bem de se notar que transparência aponta para o princípio da publicidade (SOUZA, 2008, p. 33).

Em tal nuança, para a imparcialidade subjetiva, o que conta é a análise de como o juiz se percebe e é percebido em relação ao seu ofício de julgar. É a percepção interna e externa de seu atuar. Nesse passo, a imparcialidade é concebida enquanto apreensão cognitiva da imparcialidade que emana do juiz. Tanto mais imparcial será o magistrado que melhor conseguir expressar essa imparcialidade de forma a ser percebida quer pelas partes (percepção externa) quer por ele próprio (percepção interna). Deve o juiz ser imparcial e demonstrar que o é. Deve a imparcialidade restar configurada em essência e em aparência.

Importante aqui a transcrição do ensinamento do médico e professor João Lobo Antunes (RANGEL et al., 2008, p. 35):

A atitude defensiva de nos refugiarmos nas trincheiras da nossa suficiência, indiferentes à percepção que os outros têm daquilo que fazemos, acaba por ser fatal, até porque a eficácia do que praticamos depende em grande parte da conjunção harmônica do modo com somos percebidos dentro e fora das nossas profissões. Esta coincidência é um elemento fundamental na “autoritas” indispensável ao exercício da magistratura.

Já para a imparcialidade objetiva, tal nuança sinaliza para o modo como o processo é publicizado, ou seja, tanto maior a transparência do processo, maior a sua imparcialidade. Isso vale, inclusive, para os processos que tramitam em segredo de justiça, haja vista a transparência, neste caso, voltar-se aos que dele participam.

2.1.5 Nuança da Abstenção (ou inércia⁸)

A imparcialidade com a nuance da abstenção guarda relação com o princípio da eficiência.

Em se tratando de imparcialidade subjetiva, a abstenção está no sentido de conformação do juiz com a prova produzida nos autos, de aceitação da verdade aparente. Tal noção, como se vê, denota uma *abstenção estática* onde há a aceitação da verdade formal contida nos autos processuais, isto é, é uma abstenção *contínua no tempo*.

Entretanto, é relevante observar que, na sociedade contemporânea, desenvolve-se cada vez mais a ideia de uma *abstenção dinâmica* que constitui uma abstenção *descontínua no tempo*, ou seja, o juiz estaria pelo menos ética ou moralmente obrigado a uma conduta proativa no sentido de sanar eventual grave irregularidade e, com isto, haveria uma quebra pontual da abstenção. Tal abstenção dinâmica representa, em regra, uma tentativa de “desigualação das desigualdades” ocasionadas por fatores sociais, econômicos e culturais. Tal também é classificada como *abstenção* devido à ideia de que o juiz deve se abster de uma postura estática quando verificar que essa postura possa configurar uma conduta parcial, assim entendida por deixar de agir em apoio à parte comprovadamente hipossuficiente que está necessitada.

Na imparcialidade objetiva, a abstenção é uma nuance pautada em saber até que ponto o processo alinha-se à prova produzida, ou noutras palavras, será considerado imparcial o processo que estiver em consonância com o conteúdo probatório levado aos autos.

2.2 Nuanças positiva e negativa das imparcialidades subjetiva e objetiva

Acrescente-se, ainda, em breves linhas, que tanto na imparcialidade subjetiva quanto na objetiva há nuanças *positivas* e *negativas* cujos significados dicotômicos indicam algumas vezes presença ou ausência de imparcialidade; e noutras, o que será mais constante, a adequação ou não do conteúdo da imparcialidade ao que é esperado pelo sentimento social prevalente (que deve estar de acordo com a Constituição).

⁸ O Dicionário Priberam da Língua Portuguesa define a palavra “Inércia” como sendo a “falta de movimento ou atividade”, e diz significar também a “propriedade dos corpos que não podem, de per si, alterar o seu repouso ou o seu movimento” (Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 2 jul. 2010).

Assim, não há propriamente *imparcialidade positiva* ou *imparcialidade negativa*, e sim efeitos de presença/ausência e adequação/inadequação referentes à imparcialidade subjetiva e objetiva.

2.3 Breve aponte sobre nuances da imparcialidade no HC 95.009

No intuito de comparar as mencionadas noções de imparcialidade ao que se vem considerando como conceito de imparcialidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, faremos uma incursão no HC nº 95.009-4/SP⁹, relatado pelo Min. Eros Grau. O objetivo aqui será retratar um pouco do referido *balaio de gatos* da imparcialidade ou, noutras palavras, evidenciar a desordenada harmonia nas formulações conceituais sobre o princípio da imparcialidade, mas que em nada prejudica sua utilidade¹⁰.

Em parte da ementa do referido *habeas corpus*, há lição expressa sobre os conceitos de neutralidade, independência e imparcialidade:

A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. *A independência* é expressão da atitude do juiz em face de influências proveniente do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo -- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. *A imparcialidade* é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 95.009-4/SP**. Pleno. Min. Eros Grau. J. 6/11/2008. DJe nº 241, 19/12/2008.

¹⁰ O estudo da imparcialidade, de suas características, serve ao que vamos chamar de “graus de imparcialidade”. Há graus forte, leve e levíssimo de imparcialidade, e a apreensão disto leva em conta a noção de zonas de certeza e incerteza que tomaremos da lição de Genaro Carrió, onde diz: “Todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero em el médio hay una zona mas o menos extendida de dos casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos que hacer” (CARRIÓ citado por MELLO, 2009, p. 27-28). Assim, a imparcialidade em grau forte implica na zona de certeza positiva, onde há certeza da imparcialidade; o grau levíssimo, do contrário, seria a zona de certeza negativa, onde a certeza é pela parcialidade. O grau leve, portanto, é o que remete à zona cinzenta, onde já não há certezas e pairam dúvidas razoáveis quanto a presença ou não da imparcialidade. Tais formulações são úteis, por exemplo, na verificação da imparcialidade do juiz para fins de definição de sua responsabilidade quando proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Cf., à propósito, CPC, art. 133, inc. I; cf. também CF/88, art. 37, §6º, mas que José Augusto Delgado considera ser de natureza pessoal a responsabilidade do art. 133 e, portanto, não teria vinculação com a responsabilidade do Estado (DELGADO, s.d., p. de internet). Portanto, não é qualquer erro que enseja a responsabilidade, mas tão somente aqueles desejados ou admitidos pelo juiz. Nesse sentido é a lição de Mauro Cappelletti (1989, p. 86) ao dizer: “Pretender que os juizes não cometam ‘erros’ na sua interpretação do direito, e condenar tais ‘erros’ como dano injusto causado à parte, equivaleria a absurdamente querer retornar aos ‘belos tempos’, quando muitos ainda podiam crer, ou pretender crer, no mito da interpretação jurídica como atividade puramente lógica, operação mecânica que não deixaria espaço à discricionariedade do juiz”.

prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da *impessoalidade*, que a impõe.

Nesse *Habeas Corpus*, o Min. Eros Grau considera que a independência e a imparcialidade são desdobramentos da neutralidade. Isto é, neutralidade seria a categoria da qual independência e imparcialidade seriam espécies (cf. HC nº 95.009/SP, na parte do voto de Eros Grau), e ela – a neutralidade – restaria configurada quando o juiz não tiver nenhum interesse no conflito que está decidindo.

Assim, resta clara a divergência conceitual entre a classificação proposta nas subseções anteriores e essa apresentada pelo Ministro. Enquanto temos que *independência* é o meio pelo qual a neutralidade se manifesta, Eros Grau afirma não passar de um desdobramento da *neutralidade*. Bem assim, o que nominamos de nuança da isenção (cf. subseção 2.1.1) Eros Grau entende por apresentar como imparcialidade, mas acaba por considerar o mesmo princípio constitucional – o da *impessoalidade* – como reitor da matéria. Há, ainda, outros pontos dissonantes em relação a esse *Habeas Corpus*, e um exemplo está em que, conforme formulação da subseção 2.1.3, a neutralidade é uma nuança da imparcialidade, e não o inverso como consta do julgado.

Perceba-se, em tudo, que a discussão gira sempre em torno de conceitos postos, mas, ao final, a relevância prática é a mesma seja qual for o nome conferido à esse alheamento do juiz ante às pessoas – intra ou extraprocessuais – e ao processo em si.

Vencida essa parte inicial, essencialmente teórica, passamos à parte de maior interesse que se nos apresenta: a visualização pragmática desses conceitos no âmbito das ideias na contemporaneidade.

3 PARCIALIDADE POSITIVA

Exemplo bastante da mencionada “nuança positiva” (cf. subseção 2.2) é o que integra o título do presente estudo. Aqui, no adjetivo que compõe a expressão “parcialidade positiva”, o que se tem é a verificação de adequação/inadequação do conteúdo da *parcialidade*. No caso, adequação.

Uma vez que a parcialidade positiva expressa a necessidade de adequação circunstancial da imparcialidade subjetiva aos ditames jurídicos e axiológicos do ordenamento, percebe-se claramente sua intenção de ajustar-se às demandas do sentimento

social. É o caso, por exemplo, do ativismo judicial que tenha por base a concretização de princípios constitucionais¹¹. O sentido disso, em regra, é conferir ao magistrado o poder de amainar graves distorções que, pela natureza e amplitude, evidenciam hipossuficiência de uma das partes. Em havendo essa atuação parcial fundada no processo e no Direito, haverá a parcialidade positiva.

No entanto, é importante destacar que, para atuar conforme a parcialidade positiva, o juiz deverá levar em consideração tão somente aspectos de ordem objetiva cuja racionalidade e juridicidade possam ser validamente justificadas¹². É dizer, portanto, não estar autorizada a quebra¹³ da imparcialidade por razões de ordem subjetiva. Assim, a parcialidade positiva é, por assim dizer, uma parcialidade objetiva, mas não parcialidade subjetiva¹⁴.

E de onde exsurge essa necessidade de atuação parcial? Em que contexto isso se torna necessário? Uma breve dimensão será disposta nas seções que seguem.

4 IMPARCIALIDADE NA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA

Muito se tem falado nas características do Estado Democrático de Direito, ou Estado de Direito Democrático, no nível de relacionamento que seus Poderes devem manter entre si, com os cidadãos, com a sociedade. Nesse contexto, insere-se o Poder Judiciário brasileiro como o defensor da Constituição Federal e, ao mesmo tempo, defensor do ordenamento jurídico em benefício de toda a sociedade.

Na jurisdição democrática, o princípio da imparcialidade deve interagir com os ditames axiológicos do corpo social e, nesse sentido, a virtude norteia e preenche o conteúdo da imparcialidade. De tal forma, será a imparcialidade não meramente um princípio indicativo do alheamento do juiz face ao ambiente exterior, mas sim uma diretiva que propicia, por vezes, a atitude proativa do magistrado com o intuito de solver eventuais graves distorções

¹¹ É bem de ver, nesse sentido, que o conceito de parcialidade positiva remete ao conceito imparcialidade subjetiva na nuance abstenção dinâmica (cf. subseção 2.1.5).

¹² Os aspectos de ordem objetiva são os que direcionam a análise para os aspectos processuais, jurídicos. Dizem respeito à realização dos princípios do devido processo legal e do acesso à justiça. Ora, se a noção de imparcialidade caracteriza impessoalidade no tratamento, nada mais lógico que a parcialidade positiva deva ter fundamento no processo e no Direito, até por beneficiar uma das partes. Em suma: é necessária a aferição da juridicidade da atuação do juiz. O mero subjetivismo fere a imparcialidade.

¹³ Tratando-se de parcialidade positiva, a quebra da imparcialidade seria apenas aparente, uma vez que a atuação parcial teria por objetivo a imparcialidade efetiva (ou material).

¹⁴ A parcialidade subjetiva não tem por objeto o processo regular nem se submete à juridicidade, tendo em vista levar em consideração apenas razões de ordem subjetiva, pessoal.

advindas, em regra, de fatores socioeconômicos e culturais. Essa é a base de aplicação para a teoria da parcialidade positiva do juiz¹⁵.

Sabe-se que os juízes são o espelho e a virtude de sua Instituição, e que devem estar abertos à mudança e renovação exigidos pela sociedade (RANGEL et al., 2008, p. 11). Nessa quadra, “na verdade, nunca foi tão complexo, tão angustiante e tão arriscado ser Juiz Hoje. Mas também nunca foi tão desafiante e estimulante” (RANGEL et al., 2008, p. 10).

Conforme nos fala José Eduardo Sapateiro, há três características pessoais e profissionais do magistrado:

honestidade, humildade e humanidade, ou seja, uma vida honrada e séria, em que a palavra, como a cara, é só uma. Muita capacidade de encaixe à razão contrária e um cavado sentido de auto-crítica. Para reconhecer os seus erros e deficiências. Bem como para entender os dos outros. Estando sempre disposto a aprender e a mudar. Finalmente, uma entranhada sensibilidade pessoal e social relativamente a cada uma das situações que é chamado a decidir. Porque muitos dos casos judiciais são, também e acima de tudo, casos humanos. (RANGEL et al., 2008, p. 25, grifos do autor)

Até porque “nenhum Juiz é uma ilha. Cercada de cidadãos. Ou sequer um Robinson Crusoe. Civilizando Sextas-Feiras. Partilha antes, ombro a ombro com a comunidade onde se encontra inserido, o sentir e devir coletivos” (RANGEL et al., 2008, p. 28).

Atentos a essas premissas, os juízes podem ser considerados responsáveis pela vivacidade da função jurisdicional, sendo considerados *señores del derecho* (ZAGREBELSKY, 2008a, p. 150), uma vez que por eles transitam todas as dimensões do direito: lei, direitos, justiça. Daí o arremate de Gustavo Zagrebelsky (2008a, p. 153):

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador em el pasado siglo. Son más exactamnte los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.

À vista disso é que, na sociedade contemporânea, ao judiciário não cabe a desconsideração apriorística do direito legislado, relegando a contribuição do Legislativo ao

¹⁵ Cf. à propósito, a obra “A parcialidade positiva do juiz”, de Artur César de Souza, pela Revista dos Tribunais.

ordenamento jurídico, pois, nesse cenário, teríamos um Estado até mais constitucional, porém não democrático (ZAGREBELSKY, 2008a, p. 153).

A ressalva ao contributo do legislador é feita tão somente quando este se aparta da Constituição, sem que reste nem a alternativa da interpretação conforme. Assim, temos que “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas ordinárias” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 480).

Mas é preciso resguardar os membros do Judiciário das influências externas. Para tanto é que as modernas Constituições estabelecem garantias a estes servidores especiais.

Conforme Alexander Hamilton (2009, p. 478), na obra *O Federalista*, a liberdade geral do povo está condicionada ao grau de independência do Poder Judiciário relativamente aos Poderes Executivo e Legislativo, dado que é temeroso estabelecer uma união do Judiciário com os demais sob pena daquele ser dominado, intimidado ou influenciado e, por isto, a estabilidade nos cargos no Judiciário ser imprescindível à sua constituição, à justiça e segurança pública. Outro ponto merecedor de atenção – além da estabilidade do cargo – é o dos vencimentos do juiz, pois “de acordo com o procedimento geral da natureza humana, ‘o controle sobre os meios de subsistência de um homem equivale a um controle sobre sua vontade’” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 485).

Tudo isto é necessário para garantir ao juiz os meios necessários a que exerça devidamente suas funções, e para que o Judiciário cumpra com sua missão Estatal de garantir a vida e o desenvolvimento do Direito e da jurisdição. No mesmo sentido, e já revelando o poder/dever do juiz de alheamento às pressões externas, tem-se que:

Esta independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que, através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que, embora esta rapidamente se recupere após ser bem informado e refletir melhor, tendem, entretantes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. [...] Entretanto, é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão, por parte dos juízes, para cumprirem seus deveres como fiéis guardiães da Constituição, se as invasões do Legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 481).

Ou ainda, nas palavras da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, em seu voto na ADI 3.510-O/DF¹⁶, “emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica”.

Mas, se de um lado a emoção não faz direito; de outro, a percepção da realidade envolvente é essencial à conformação do Direito ao ambiente social. Em atenção a isto, e no mesmo sentido, transcreve-se do voto do Min. Eros Grau na ADI nº 3.510-0/DF¹⁷:

Tenho reiteradamente insistido em que o intérprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever ser, há de interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais do poder, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa.

Ainda o voto do Min. Eros Grau, ao esclarecer que a Corte não se subjeta à comodidade dos interessados, nos diz que “o tempo é indispensável ao exercício da prudência, ainda que isso cause transtorno aos interessados mais estouvados”.

E onde se encontra positivado tal princípio da imparcialidade¹⁸? No ordenamento jurídico brasileiro, o *locus* desse princípio, embora de maneira implícita, está na Constituição Federal de 1988¹⁹ e, bem como, na legislação ordinária, com especial destaque para os códigos de processo civil²⁰ e penal²¹. Para Artur César de Souza (2008, p. 55-56), esse princípio entra no ordenamento jurídico brasileiro através da integração propiciada pelo art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, que fala da incorporação dos princípios decorrentes de Tratados e Acordos Internacionais. E cita alguns dos quais: o art. 10 da Declaração Universal

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF**. Pleno. Min. Carlos Brito. J. 29/05/2008. DJe. nº 101, 05/06/2008

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF**. Pleno. Min. Carlos Brito. J. 29/05/2008. DJe. nº 101, 05/06/2008

¹⁸ No direito constitucional comparado, do que optamos por citar a Constituição portuguesa de 1976, temos a previsão expressa do princípio da imparcialidade em seu art. 222º.5, vejamos: “Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais”. E também há menção no ar. 266º.2: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé” (PORTUGAL. Constituição Portuguesa de 1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 30 out. 2009).

¹⁹ A imparcialidade pode ser abstraída dos princípios que constam no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (Cf. subseção 2.1). Outros dispositivos da Constituição também apontam para a existência da imparcialidade, como é o caso do princípio da separação de poderes cuja atuação no resguardo à independência do Judiciário face aos demais Poderes é evidente.

²⁰ Cf. arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil. Cf. também: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental na Exceção De Suspeição nº 19/PR**. S1. Min. Ministro Teori Albino Zavascki. J. 09/06/2004. DJ. 28/06/2004, p. 176.

²¹ Cf. arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal.

dos Direitos Humanos²², de 10/12/1948; o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²³, de 12/12/1966, dentre outros²⁴.

Nesse contexto, o princípio da imparcialidade – como espelho de um Judiciário em sintonia com as expectativas da sociedade – apresenta-se como das mais transparentes qualidades de quem, por ofício, tem o poder/dever de dirimir conflitos e promover a paz e harmonia no seio social.

4 COMPROMISSO SOCIAL DO JUIZ E A PARCIALIDADE POSITIVA

Ao tratar do compromisso do profissional para com a sociedade, Paulo Freire (2006, p. 19) diz que este tem de estar engajado com a realidade envolvente, ser necessariamente solidário, verdadeiramente generoso e multilateral (no sentido de solidariedade mútua entre os que se comprometem²⁵).

À medida que aumentamos nossa capacitação como profissionais, e mais nos utilizamos do patrimônio cultural que é de todos, mais aumenta nossa responsabilidade com os homens (FREIRE, 2006, p. 20). E o professor esclarece:

Se o compromisso só é válido quando está carregado de humanismo, este, por sua vez, só é conseqüente quando está fundado cientificamente. Envolve, portanto, no compromisso do profissional, seja ele quem for, está a exigência de seu constante aperfeiçoamento, de superação do especialismo, que não é o mesmo que especialidade. O profissional deve ir ampliando seus conhecimentos em torno do homem, de sua forma de estar sendo no mundo, substituindo por uma visão crítica a visão ingênua da realidade, deformada pelos especialismos estreitos. (FREIRE, 2006, p. 21)

²² Diz o art. 10: “Toda pessoa tem o direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial [...]”.

²³ Conforme o art. 14: “Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial [...]”.

²⁴ Cf. também: art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 26.2 da Declaração Americana dos Direitos do Homem.

²⁵ Nesse sentido é que Paulo Freire (2006, p. 21) afirma: “Não devo julgar-me, como profissional, ‘habitante’ de um mundo estranho; mundo de técnicos e especialistas salvadores dos demais, donos da verdade, proprietários do saber, que devem ser doados aos ‘ignorantes e incapazes’. Habitantes de um gueto, de onde saio messianicamente para salvar os ‘perdidos’, que estão fora. Se procedo assim, não me comprometo verdadeiramente como profissional nem como homem. Simplesmente me alieno”.

A neutralidade do profissional frente ao mundo refletiria um medo de atuar, ou uma atuação comprometida egoisticamente com a desumanização do homem e, reflexamente, desumaniza-se também a si mesmo (FREIRE, 2006, 19).

A imparcialidade do juiz de que tratamos não é o mero alheamento ante a realidade concreta (técnica pela técnica, que alimenta o processo de alienação), e sim uma conduta ativa de compromisso do homem concreto que deve ser o juiz, onde a imparcialidade subjetiva ou objetiva deve estar a serviço de uma ética da humanização, de um reconhecimento das situações imanentes à natureza humana. Nesse sentido, diante de uma visível desigualdade material, que comprometa o acesso à justiça, a perspectiva de imparcialidade deve guardar consonância com as diferenças sociais, econômicas e culturais (SOUZA, 2008, p. 62-64).

Nesse sentido, para Artur César de Souza (2008, p. 59, 64 e 65), a parcialidade positiva decorre tanto mais de uma dupla vertente, que exige um julgador sem inclinações pessoais em favor de uma das partes e, também, que leve em consideração as desigualdades sociais, culturais e econômicas das partes; que de uma mera colisão entre princípios da imparcialidade e igualdade. Na prática dos tribunais,

A função jurídica de interpretação da imparcialidade cabe apenas ao Judiciário, uma vez que o Legislativo ou Executivo interpretam a Constituição simplesmente como meio de subsidiar o exercício de suas funções de Estado (MELLO, 2009, p. 52). E uma tal interpretação “Solo en una mínima parte depende de reglas escritas. Éstas, como mucho, sirven de marco. Lo que cuenta es la institución y la percepción que de ella tienen los jueces” (ZAGREBELSKY, 2008b, p. 21).

E, ao arremate dessas reflexões sobre o compromisso do juiz, vale registrar a lição de Gustavo Zagrebelsky (2008b, p. 98) onde afirma que “La razón de ser del juez es el derecho, es decir, algo separado de la crudeza de la vida y de la inmediatez de los hechos, y de lo que ellos llevan en si de tosco, ocasional, arbitrário y prepotente”.

Face a esse compromisso, falar em parcialidade positiva do juiz, portanto, nada mais é que falar na imparcialidade mesma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, podemos perceber que, embora haja certa confusão doutrinária e jurisprudencial quando o assunto é delimitar o conteúdo jurídico da imparcialidade do juiz – o que sinaliza para um verdadeiro *balaio de gatos* – não há maiores

complicadores quando da implementação prática do princípio. No entanto, a jurisprudência necessita de atualização no sentido de privilegiar o princípio da imparcialidade para além dos estreitos espaços dos comandos legais, uma vez que, como se pode presumir, seria impossível catalogar numa lei todas as situações que possam ensejar mácula à imparcialidade.

Bem assim, tem-se que o juiz deve respirar o ar da contemporaneidade e viver intensamente a sociedade e seu cotidiano, devendo ficar sempre atento para as desigualdades sociais, econômicas e culturais que possam vir a comprometer o acesso à justiça para as pessoas hipossuficientes. Caso venha a perceber tal acontecimento, deverá ser pontualmente parcial para que consiga, em verdade, a imparcialidade global, em privilégio das nuances objetividade, isenção, neutralidade, transparência e abstenção. A isto nomina-se parcialidade positiva do juiz.

Por fim, ao respeitar o princípio da imparcialidade, estará o magistrado cumprindo corretamente com seu dever, seu compromisso social, em observância do sentimento de nossa Constituição e, ainda mais, em destacado respeito aos anseios dos cidadãos que querem e merecem um Poder Judiciário mais justo e zeloso com suas atribuições, e mais alinhado à esta sociedade brasileira que tanto o admira e respeita.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. **BDJur**, Brasília, s.d.. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/9390>>. Acesso em: 30 out. 2009.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 29. ed. São Paulo: Paz e terra, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russell, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

RANGEL, Rui (Coord.) et al. **Ser juiz hoje**. Coimbra: Almedina, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2007.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Madri: Trotta, 2008a.

_____. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2008b.

THE POSITIVE PARTIALITY OF THE JUDGE IN CURRENT SOCIETY

ABSTRACT

It elaborates a study about the principle of impartiality of the judge in our current society. Also, defends the impartiality as the rule that gives legitimacy to the judgments concerning the subjective aspects (impartial judge) and objective (impartial process). However, it identifies that general impartiality demands, sometimes, topical subjective bias of the judge ‘cause, being possible to reach the essence of the just provement, it would be irrational that the judge get satisfied with mere formality. Faced this situation, in the exercise of jurisdiction, the judge is allowed to relativize the traditional rule of impartiality when this “rupture” is established aiming the benefit of fair procedural.

Keywords: Judicial decision, Impartiality, Partiality, Judge.