

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Bruno Amaro Lacerda

THE IMPARTIALITY OF THE JUDGE

RESUMO

A imparcialidade é um valor ético de grande importância para os juristas, normalmente associado às ideias de justiça, igualdade e verdade. Este artigo objetiva mostrá-la como um dever que exige a postura sensível e ativa do juiz, diferenciando-a da neutralidade ou da indiferença quanto ao resultado do processo, mas destacando que a atuação imparcial deve ocorrer nos limites do ordenamento, sem subordinação a valores extrajurídicos oriundos de convicções políticas do julgador. Rejeitam-se, com isso, as propostas de ativismo judicial que defendam ações exageradas de igualação ou mesmo a parcialidade “positiva” do juiz como método de solução das desigualdades sociais existentes.

» PALAVRAS-CHAVE: JUSTIÇA. IMPARCIALIDADE. NEUTRALIDADE. ATIVISMO.

ABSTRACT

Impartiality is an ethical value of great importance to the lawyers, usually associated with the ideas of justice, equality and truth. This paper intends to show it as a duty that requires a sensitive and active attitude of the judge, differentiating it from neutrality or indifference to the outcome of the judicial process, but also making clear that the impartial conduct should occur in the limits of the law, without subordination to extrajudicial values derived from political convictions of the judge. I reject, therefore, judicial activism that defends exaggerated actions of equalization or even “positive” partiality of the judge as a solution method of social inequalities.

» KEYWORDS: JUSTICE. IMPARTIALITY. NEUTRALITY. ACTIVISM.

INTRODUÇÃO

A imparcialidade é um valor tradicionalmente estimado pelos juristas, já que a ideia de um juiz parcial, que prefira indevidamente uma das partes no processo, soa contraditória. Afinal, como alguém poderia assumir a tarefa de decidir um conflito, substituindo a vontade dos litigantes, predisposto a favorecer um deles? O reconhecimento do valor, contudo, não torna sua realização tarefa fácil. Pelo contrário: a imparcialidade é um dever de difícil prática, pois cada juiz possui caracteres, vivências e preferências que o aproximam mais de determinados grupos de pessoas do que de outros, fato que gera o incessante perigo de aproximações e favorecimentos. Há que se ter, portanto, humildade diante da tarefa.

Este artigo, tendo em vista essa dificuldade, objetiva não só investigar o que é a imparcialidade e quais são suas principais características, mas também discutir uma questão que vem sendo proposta por alguns

estudiosos contemporâneos: os juízes deveriam assumir alguma forma de parcialidade no processo? Certas situações sociais justificariam uma postura mais ativa do julgador, impondo-lhe o comprometimento especial com uma das partes?

Justifica-se a investigação, porque, sem o esclarecimento do problema proposto, não se pode chegar a compreender corretamente a atuação do juiz, pensada não em seus aspectos técnicos, mas em relação aos valores que devem guiá-la. Questões de ética judicial nunca são despiciendas, pois, como observa Antoine Garapon, a ética não é para o juiz um valor agregado, como o é para outras profissões. Não é algo que se possa acrescentar à sua atuação profissional, porque, sendo o magistrado alguém encarregado de julgar condutas e de assegurar direitos, “ela é a essência mesma de sua ação” (GARAPON, 1992, p. 135).

1 JUSTIÇA, IGUALDADE E VERDADE

A característica essencial da jurisdição, como lembra Gian Franco Ricci (2012, p. 8), é a condição de “terceiro” (*terzietà*) do juiz, cuja função é tutelar direitos, pondo-se acima do conflito, em uma posição superpartes. E quem está acima, logicamente, não pode tomar parte na contenda, não pode ser parcial, pois essa atitude indicaria que, para o julgador, um dos litigantes é mais importante do que o outro, em clara afirmação da sua desigualdade. A imparcialidade, nesse sentido, é um “corolário da igualdade de direitos” afirmada já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (COMMARET, 1998, p. 262) e, atualmente, um direito consagrado em declarações e pactos internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo art. 10 prescreve: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, que sua causa seja julgada equitativamente por um tribunal independente e imparcial [...]” (DECAUX, 2008, p. 24).

Essa ligação entre igualdade e imparcialidade é destacada também por Otfried Höffe, para quem a proteção jurídica dos seres humanos depende da aplicação do preceito “casos iguais devem ser tratados de modo igual”, o qual exige que os litígios sejam resolvidos sem consideração às particularidades das pessoas envolvidas, tanto em sua forma negativa (proibição do arbítrio) quanto em sua forma positiva (garantia da imparcialidade). Não importa se o jurisdicionado é homem ou mulher, rico ou pobre, poderoso ou fraco, a imparcialidade impõe que cada um receba “um tratamento igual consoante a regra correspondente: todos são iguais perante a lei” (HÖFFE, 2003, p. 12).

Discorrendo sobre a justiça, Sergio Cotta elenca como seus elementos estruturais, dentre outros, a paridade dos sujeitos em sua condição humana (que impõe que ninguém seja tratado como simples meio para fins alheios), a simetria (pela qual o que um sujeito reivindica para si em uma dada situação deve também reconhecer para o outro em situação similar) e a imparcialidade do juiz, uma garantia de ordem processual:

Se a justiça quer ser medida objetiva que não privilegia ninguém nem comporta aceitação de pessoas, a controvérsia exige um exame imparcial. Porque, em primeiro lugar, ninguém pode ser *iudex in causa propria* e, em segundo lugar, o juiz não pode favorecer nenhuma das partes (COTTA, 1983, p. 108).

Michele Taruffo, seguindo outra via, sustenta que a imparcialidade não é apenas condição prévia para o deslinde do processo, mas elemento constitutivo da própria ideia de verdade. Um juiz parcial, condicionado por fatores estranhos aos fatos *sub judice* (como interesse pessoal na causa ou preconceito em relação a uma das partes), não teria como realizar uma leitura adequada das provas e terminaria por se afastar da justiça. Além disso, o autor explica que não basta ao juiz respeitar as vedações à parcialidade previstas nas leis processuais (como o impedimento e a suspeição), mas é preciso também que ele se oriente continuamente por um escopo fundamental: o processo justo. Assim, não é suficiente a mera “correção do procedimento”; deve-se aspirar a uma aproximação da verdade real, capaz de embasar a melhor decisão (TARUFFO, 2009, p. 117).

Desse modo, pode-se dizer que a imparcialidade é um valor decorrente das noções de igualdade, justiça e verdade. Como os jurisdicionados são iguais em sua condição pessoal, precisam que suas alegações e provas sejam examinadas por um juiz que não menospreze um em benefício do outro, pois somente assim o que é verdadeiramente devido a cada um (o direito, objeto da justiça, consoante a definição clássica) poderá ser efetivamente amparado, e o conflito instalado, enfim, encontrar boa solução.

2 IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE

A imparcialidade, no entanto, não deve ser confundida com indiferença quanto ao resultado do processo. Daí os esforços da doutrina para elaborar a distinção entre imparcialidade e neutralidade do juiz. Em obra dedicada à imparcialidade, Isabel Trujillo explica que esta implica a posição “ativa” no julgamento, ao contrário da neutralidade, que comporta a abstenção ou a omissão. O julgamento “consiste precisamente em tomar partido em um conflito de partes, sob determinadas condições, a favor de uma ou de outra” (TRUJILLO, 2007, p. 71), o que é diferente de “preferir uma das partes”. Trata-se simplesmente de dar razão à parte cujo direito se mostra merecedor de tutela no caso concreto. O juiz imparcial, assim, atua para favorecer o melhor direito; abstendo-se de agir, há o risco de que esse direito não seja devidamente amparado.

Taruffo, por sua vez, explica que o juiz imparcial não é o que se mantém alheio ao que ocorre no processo, mas o que, valendo-se dos poderes instrutórios que o ordenamento lhe disponibiliza, emprega-os de modo imparcial para atingir os conhecimentos fáticos necessários para a melhor decisão. As provas, mesmo quando produzidas por determinação do juiz e não por iniciativa de uma das partes, se indicarem que se deva dar ganho de causa a um dos lados, não podem ser confundidas com parcialidade, se o contraditório foi respeitado. Não se pode confundir o juiz ativo, que busca a verdade dos fatos, com o juiz parcial, que propositalmente se afasta da verdade: “Portanto, para ser imparcial, o juiz não é obrigado a ser passivo e neutral no âmbito do processo: ser imparcial não significa não tomar posição (isto é: permanecer neutro)” (TARUFFO, 2009, p. 122).

Entre os brasileiros, José Carlos Barbosa Moreira, ressaltando que a imparcialidade é condição indispensável para o exercício legítimo da jurisdição, afirma que o juiz imparcial é aquele que conduz o processo “sem inclinar a balança”, assegurando às partes a igualdade de tratamento preconizada na lei processual, não permitindo, assim, que uma delas tenha “oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 12-13).

Disso, porém, não se segue que o juiz deva ser neutro ou indiferente à justiça no processo: “Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 13). Logo, deve o juiz valer-se de todos os meios processuais que estiverem ao seu alcance, para que a verdade apareça e para que se ampare, então, a parte que detém a posição jurídica de vantagem.

O que não significa que o julgador possa desejar a vitória de uma das partes por “traços e circunstâncias pessoais” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 13). O juiz, portanto, é imparcial, mas não é neutro, pois, embora não possa favorecer a parte como tal, deve favorecê-la quando possuir o melhor direito. Com isso, percebe-se que um juiz interessado (isto é, não neutro) tem de, necessariamente, ser imparcial: se não o fosse, tenderia a beneficiar uma das partes por circunstâncias alheias à consideração dos direitos em disputa e não estaria, assim, comprometido com o desfecho justo do processo.

A distinção é comum entre outros processualistas brasileiros, como mostra esta passagem das Lições de Alexandre Câmara:

Não se deve achar, porém, que a exigência de imparcialidade esteja ligada a uma suposta exigência de neutralidade do juiz. Em primeiro lugar, tal neutralidade é absolutamente impossível, uma vez que o juiz, como qualquer ser humano, exerce seu trabalho embasado em razão e emoção [...]. Em segundo lugar, a neutralidade poderia levar o juiz a uma posição passiva, de mero expectador do processo, esperando que as partes se digladiassem para, só após, e com base estritamente nos elementos trazidos ao processo pelas partes, proferir sua decisão. Tal neutralidade, porém, não está de acordo com as exigências do processo moderno, em que se quer um juiz dirigente e participativo, capaz de guiar o processo em busca da verdade, com poderes reais de instrução do processo, podendo – por exemplo, determinar de ofício a produção de provas que entender necessárias [...] (CÂMARA, 2014, p. 54).

Mas nem sempre os termos “imparcialidade” e “neutralidade” se apresentam em clara oposição. Para Antonio Cabral, por exemplo, a imparcialidade é a tradução de um estado de espírito, de uma convicção. É uma virtude ligada ao psiquismo de certos atores processuais, como juízes, membros do Ministério Público e peritos. Nesse sentido, diz o autor, “imparcialidade é sinônimo de neutralidade, que impõe um ‘mandado de distanciamento’ (*Distanzgebot*) para certas figuras, como o magistrado” (CABRAL, 2007, p. 342). Do que decorre a necessidade de impessoalidade e de trato igual, que não se confundem, todavia, com desinteresse:

Assim ocorre, por exemplo, com a imparcialidade do juiz: deve ele tratar os demandantes de forma impessoal, alheio aos interesses controversos, descomprometido com a vitória de uma ou outra parte, o que é estampado no brocardo secular do direito romano: *nemo iudex in causa sua*. Não significa, entretanto, que o juízo deva ser totalmente descompromissado: o magistrado deve ter a responsabilidade com a decisão correta, dando razão à parte que deve, segundo o ordenamento jurídico, sagrar-se vencedora (CABRAL, 2007, p. 343).

O que o autor quer dizer é que o juiz deve estar comprometido com a decisão que efetivamente irá amparar o direito ameaçado ou violado e, por tal razão, não é e nem pode se pretender neutro ou indiferente. O que é bastante diferente de se compromissar com uma das partes *a priori* antes da análise das provas e das alegações de direitos. A imparcialidade, portanto, exige o distanciamento dos jurisdicionados, mas não a insensibilidade quanto aos seus direitos. O juiz “não deve ver” quem são as partes (com suas condições, peculiaridades, circunstâncias e diferenças) para que possa “ver melhor” quem possui o direito ou outra posição jurídica de vantagem. É este o sentido da venda que, há alguns séculos, cobre os olhos das imagens da justiça (LACERDA, 2010); (FRANCA FILHO, 2011).

Luiz Fernando Coelho, tratando do “princípio da subsunção”, que determina que as decisões judiciais se apresentem racionalmente como um silogismo lógico garantidor da “neutralidade do juiz”, observa que uma decisão judicial não é propriamente neutra, pois o juiz “é portador de valores, crenças e preconceitos de toda ordem, conscientes ou não, herdeiro de um passado teórico que interfere no resultado decisório” (COELHO, 2011, p. 77). O juiz não é, nesse sentido, alguém afastado da política e, por essa razão, não pode ignorar os impactos que sua decisão trará para as partes e, em muitas situações, também para a sociedade como um todo. Essa “condição política”, porém, não o impede de ser imparcial:

O que se procura estabelecer é a diferença entre *imparcialidade* e *neutralidade* do juiz, submetendo-se à evidência de que, nas decisões judiciais, se o magistrado deve ser imparcial em relação aos interesses *sub judice*, ele não deve ser neutro em relação aos problemas que a aplicação das normas jurídicas só suscitar no meio social (COELHO, 2011, p. 77-78).

Essa passagem vai além do que os autores anteriores afirmam. Coelho não está apenas dizendo que o juiz não deve ser neutro, porque tem de buscar tutelar o melhor direito, mas algo diverso: que o juiz não é neutro, porque deve se preocupar com o impacto das suas decisões na vida social. Mas até onde deve ir essa preocupação? Basta que se contente em ser ativo e imparcial, protegendo os direitos previstos no ordenamento, ou deve ir mais longe, buscando atender expectativas sociais não previstas na legislação? Em que medida considerações de ordem política (como aspirações e reclamos da sociedade) devem se compatibilizar ou mesmo se sobrepor às de justiça, vinculando sua atuação?

3 ENTRE JUSTIÇA E POLÍTICA

Para responder a essa pergunta, Piero Calamandrei, em ensaio publicado em 1939, compara a atuação do juiz à do historiador, cuja missão também é revelar o que aconteceu no passado e estabelecer a verdade dos fatos. Mas, enquanto o historiador escolhe o objeto de sua investigação, delimitando a questão para a qual buscará resposta, o juiz tem de resolver o problema estabelecido pela demanda de outrem, da qual ele não pode se afastar, sob risco de julgar *extra petita*. Assim, a “curiosidade” do historiador, que pode levá-lo a explorar questões sem se preocupar com delimitações de tempo e de extensão, não existe para o juiz. Na atuação deste, em razão do princípio dispositivo e de sua importância para o processo moderno, se valoriza menos a curiosidade e mais a “passividade”,

entendida não como indolência ou insensibilidade, mas como a atitude de manter-se vinculado às leis e ao pedido formulado pelo autor em sua demanda. Atitude que é “a garantia suprema da sua imparcialidade” (CALAMANDREI, 1939, p. 110).

Mas não seria melhor que o juiz fosse mais “curioso” e se dispusesse a resolver problemas sem se prender às limitações processuais e materiais, deixando de lado o formalismo e decidindo de acordo com suas impressões ou convicções políticas? Isso não decorreria da compreensão da sentença como um ato não somente intelectual, mas também *volitivo*?

Para Calamandrei, não. A independência da justiça em relação à política é um postulado fundamental dos ordenamentos jurídicos modernos, para os quais a lei abstrata e impessoal é um *prius* e a sentença, um *posterius*. Nessas ordens jurídicas, os momentos de elaboração e de aplicação das normas não se confundem, e a função legislativa se encontra separada da judiciária. As coisas, todavia, passam-se diversamente nos ordenamentos cuja formulação jurídica é inteiramente remetida ao juiz, “o qual, para encontrar o direito do caso concreto, não deve ter outro guia a não ser a sua consciência” (CALAMANDREI, 1939, p. 121). Como exemplos, ele cita a ordem jurídica russa de sua época, que autorizava os juízes a julgar segundo a “política geral do governo”, e a alemã, que conferia poderes aos magistrados para decidirem de acordo com o “são sentimento do povo”. Segundo o autor, são amostras do triunfo prático da teoria do “direito livre”, elaborada na virada do século XIX para o XX, a qual deve ser rechaçada por todos que acreditam no valor da legalidade.

Nos ordenamentos que valorizam a lei, esta preexiste à sentença, e o juiz não pode agir retificando-a ou ignorando-a, para consagrar sua própria opinião ou para favorecer uma das partes. A posição pessoal do juiz, decorrente de uma visão ideológica, jamais pode ser o critério de sua decisão. Por isso, é melhor que ele se veja como historiador limitado do que como filósofo ou político.

Sua função, segundo os critérios consagrados em leis preexistentes, é qualificar fatos ocorridos que, provados, justificarão sua sentença. Logo, para a manutenção “do supremo bem que é, no Estado, a certeza dos direitos e dos deveres individuais e o igual tratamento dos casos similares” (CALAMANDREI, 1939, p. 125), só se pode admitir um juiz atado aos fatos e ao ordenamento, que se mantenha dentro dos limites da demanda e não ceda à tentação de impor seus padrões em detrimento daqueles estabelecidos juridicamente. O juiz que, a pretexto de alcançar uma justiça mais perfeita que a consignada legalmente, decidisse politicamente, correria o grande risco de ser parcial e, nesse caminho, de frustrar sua missão.

Em estudo dedicado à imparcialidade do juiz, Elio Fazzalari considera os reclamos por uma proteção judicial especial do “litigante mais frágil” um *slogan* destituído de fundamento, já que o juiz deve permanecer fiel aos valores constitucionais e legais resguardados pela ordem jurídica, sem pretender introduzir outros provenientes de suas visões pessoais ou políticas. A “discricionariedade interpretativa” deixada ao julgador pelas normas postas é, em geral, restrita, e de modo algum pode

servir como motivo para transgredir a “vocação de ser fiel às leis, isto é, aos valores do ordenamento” (FAZZALARI, 1972, p. 195).

É verdade que os ordenamentos instituem medidas de compensação de certas “fragilidades sociais”, como quando, por exemplo, reconhecem a deficiência de meios de alguns litigantes ou atribuem um tratamento que, embora favoreça uma determinada categoria, é justificável e previsto em lei. Essas medidas, porém, não são frutos de uma escolha do juiz, mas determinações jurídicas que antecedem e vinculam sua ação. Elas jamais se equiparam a uma opção de parcialidade do julgador. Uma coisa é a própria ordem jurídica reconhecer certas diferenças e dar-lhes tratamento diverso constitucional ou legal; outra, bem diferente, é o juiz, ao arrepio dos valores jurídicos, escolher outros mais ao seu agrado:

[...] se, ao invés, a norma substancial não contempla ou não supre aquela fragilidade, o juiz não pode, em sede de julgamento de direito, abandonar-se à dúvida ou ceder à tentação de escolher, como medida de julgamento, outro valor (ou, mais simplesmente, a própria valoração pessoal) (FAZZALARI, 1972, p. 199).

Se as partes possuem o direito de participar da formação do provimento jurisdicional por meio da simétrica paridade que constitui o contraditório, o juiz não pode favorecer o litigante mais frágil em situações não previstas no ordenamento. A paridade no processo resulta da atribuição às partes de poderes, faculdades e deveres simétricos, isto é, de uma “igual possibilidade de agir e reagir” (FAZZALARI, 1972, p. 200), que, de modo algum, se confunde com uma proteção especial de fragilidades sociais não encampadas pela ordem jurídica. A atuação da espada, lembra Falazzari, simbolizando o momento de “comando” da sentença, deve ser precedida pelo manejo da balança, com a qual metafóricamente representa-se a ação do juiz de, em conformidade com os valores jurídicos (e não com base nos próprios), ponderar os interesses envolvidos para, de modo superpartes e desapassionado, finalmente dar razão ao melhor direito. Uma justiça parcial, ideia por si só desconcertante, poderia, caso levada a sério, tornar possível que o juiz, também por razões arbitrárias, viesse a favorecer o “mais forte”. O esforço constante para ser imparcial constitui, portanto, em figura de linguagem, “a dobradiça da justiça” (FAZZALARI, 1972, p. 200), sem a qual não se pode, legitimamente, “abrir as portas” para uma adequada jurisdição.

Norberto Bobbio, por seu turno, explica que o juiz deve ser independente, apolítico e imparcial. Independência e apoliticidade são “faces da mesma moeda”, a primeira protegendo o juiz contra influências indevidas dos outros poderes de Estado e a segunda, “de condicionamentos políticos que provenham da sociedade civil” (BOBBIO, 1971, p. 270). A primeira é a condição externa da imparcialidade e a segunda, a interna. Mas, adverte, “apolítico” não significa afastamento da vida social e de seus problemas, meta impossível e indesejável para o julgador, mas tão somente um acatamento dos “valores políticos dominantes” (BOBBIO, 1971, p. 272), consagrados nas normas constitucionais e legais.

Apoliticidade, portanto, é um compromisso constante de não permitir que as discussões políticas, comuns em uma democracia, impeçam que os casos concretos sejam apreciados e decididos

em conformidade com os padrões prefixados pela ordem jurídica, postulado que exige que o Judiciário respeite e realize a vontade legislativa que, nos ambientes democráticos, é a principal responsável pela inovação jurídica (BOBBIO, 1971, p. 271). O juiz “político”, que se afasta dos padrões do ordenamento, para realizar outras pretensões, desliga-se da garantia constitucional da separação dos poderes e assume uma função que é potencialmente perigosa no Estado de Direito. Por mais que as leis positivas, como expressões da vontade humana, possam ser falhas, são “sempre preferíveis ao arbítrio” (BOBBIO, 1971, p. 270).

4 A PARCIALIDADE DO JUIZ: UMA TENDÊNCIA CONTEMPORÂNEA?

Nos últimos anos, levantaram-se algumas vozes na doutrina brasileira, sustentando que o juiz deve ser parcial, se não sempre, pelo menos em determinadas circunstâncias, ou que ele deve “desequilibrar a balança” e, até mesmo, que a justiça é, por essência, parcialidade, e não imparcialidade. Baseando-se em uma ideologia igualitária, de luta pela superação das desigualdades econômicas, esses autores compõem o amálgama entre justiça e política e apresentam como proposta um modelo de juiz não meramente ativo, mas ativista. Não deixa de ser interessante observar que, atentos ao fato de que as imagens, por vezes, representam melhor uma ideia do que as palavras, esses autores criticam e até sugerem modificações nos famosos atributos figurativos pelos quais a justiça é conhecida: a balança, a espada e a venda nos olhos. Vejamos alguns exemplos.

Para Fábio Konder Comparato, a ideia de justiça passou a ser pensada na modernidade como “puro ente de razão”, desconectada da “sensibilidade valorativa” que os antigos romanos chamavam de *prudentia*. Sua representação simbólica, diz o autor, revela esse distanciamento da sensibilidade, quando se apresenta “sob a forma de uma personagem cega e neutra, de gênero indefinível, implacável e marmórea em sua fria impassibilidade” (COMPARATO, 1995, p. 283). A venda que lhe cobre os olhos é símbolo de “não conhecimento” e “insensibilidade”, e sua altivez entronada, de “frieza”, “distanciamento” e “implacabilidade”. Para Comparato, essa representação está muito distante da verdade: “A verdadeira justiça, muito ao contrário, é sempre parcialíssima. Ela não se coaduna com equidistâncias formais nem se contenta com equilíbrio de circunstância” (COMPARATO, 1995, p. 283).

O autor não diz mais do que isso, deixando algumas dúvidas para seus leitores. Quando afirma que a justiça é “parcialíssima”, quer simplesmente reforçar, com o uso do superlativo, a não neutralidade do juiz ou, ao contrário, pretende mesmo dizer que o juiz deve ser parcial e preferir uma das partes na contenda? Uma justiça não mais entronada “desceria” em direção aos jurisdicionados, mas não correria o risco, deixando seu posto superpartes, de se aproximar indevidamente de um dos litigantes? Sem a venda, poderia enxergar, mas para ver o quê? Os direitos estatuídos no ordenamento? Ou a fragilidade social de uma das partes?

Rui Portanova, por sua vez, afirma que a aplicação do princípio da isonomia exige que os indivíduos estejam em uma situação real de igualdade. Quando isso não acontece, “impõe-se promover certa igualização” (1995, p. 39). A ideia de uma lei abstrata e impessoal, expressa no preceito “todos são iguais perante a lei”, não é suficiente para promover a igualdade de indivíduos e grupos, acabando “por gerar mais desigualdades e propiciar injustiça” (PORTANOVA, 1995, p. 39). Por essa razão, limitar-se à aplicação formal do princípio da isonomia é uma postura injustificável, que deve ser substituída pela atitude de “investigar os desequilíbrios existentes entre as partes e, depois, agir de forma concreta e efetiva para equilibrar as posições dos interessados” (PORTANOVA, 1995, p. 40).

O juiz deve realizar essa tarefa, a “igualização”, porque também ao Judiciário, e não somente ao Executivo e ao Legislativo, compete lutar contra as “contradições criadas pela produção capitalista” e evitar “a exploração desmesurada e o lucro exagerado” (PORTANOVA, 1995, p. 45). No processo civil, essa “igualização” se realiza por meio de um juiz próximo, atento às diferenças entre as partes e às circunstâncias do caso concreto. Embora a imparcialidade seja um dever, uma “condição primordial para que o juiz atue”, não pode servir de “capa” para que “se volte à ideia de um juiz acomodado, asséptico, acrítico, neutro e distante da realidade” (PORTANOVA, 1995, p. 79). O juiz não pode ser apenas a *longa manus* do legislador, pois, nesse caso, escapar-lhe-iam as diferenças e as distorções que a lei, em sua generalidade e abstração, não tem como captar de antemão. A simbologia tradicional, para Portanova, parece respaldar essa visão antiquada:

Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada na mão e a balança equilibrada na outra. Contudo, não há negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las (PORTANOVA, 1995, p. 79).

O que não fica claro é o alcance da “igualização” proposta por Portanova. Essa atividade deve servir apenas para suprir eventuais lacunas e para adaptar a lei às circunstâncias do caso ou também para “corrigir” a lei, estabelecendo distinções que o ordenamento não previu? Considerando a proposta de abrir os olhos da Justiça e a afirmação de que a imparcialidade não pode ser “capa” para perpetuar explorações sociais, a aposta na segunda opção parece mais plausível.

Artur César de Souza, por fim, defende o que chama de “parcialidade positiva” do juiz, um “ativismo judicial” baseado no reconhecimento da “alteridade do outro”, em especial daqueles que são pobres ou socialmente fragilizados (2008, p. 226). A função do juiz, afirma, é realizar os princípios fundamentais da Constituição, espelhos da unidade axiológica que dão sentido à juridicidade. Esses princípios, como a dignidade humana e a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, possuem duas funções: uma negativa, que veda certos comportamentos, e outra positiva, que vincula o Poder Público à prática de certas ações.

A atuação do magistrado, para o autor, está também informada por essa função positiva, de modo que, no curso da relação jurídico-processual, devem ser levados em consideração “os aspectos

instrumentais necessários para a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais etc.” (SOUZA, 2008, p. 233-234).

Valendo-se de categorias da “ética da libertação” de Enrique Dussel e da filosofia de Emmanuel Lévinas, Souza acredita que os juízes devem se libertar de seu “sono” e de sua “subjetividade egoística”, deixando o conforto de sua imparcialidade pensada como neutralidade para alcançarem “o outro”, o “excluído”, o “pobre”, que lhes são completos desconhecidos. O juiz que se pauta pelo ordenamento jurídico e se mantém firme na postura de aplicá-lo como tal, mesmo que dessa aplicação resulte “prejuízo” para a parte socialmente mais fraca, é um tipo que deve ser superado e substituído pelo magistrado que “tem uma responsabilidade ética pré-originária à totalidade do sistema jurídico dominante” (SOUZA, 2008, p. 254).

Percebe-se que, para o autor, o reconhecimento do outro em sua fragilidade é exigência ética que se impõe aos órgãos jurisdicionais mesmo em caso de conflito com exigências jurídico-positivas. O Judiciário, desse modo, é “instrumento dessa ética existencial” (SOUZA, 2008, p. 240) que exige que as decisões sejam vistas como algo mais do que meras aplicações de uma racionalidade jurídica prévia que deve apenas ser conhecida e não também criada. A decisão jurídica, portanto, não é apenas ato de conhecimento, mas também de vontade, de escolha ou opção do julgador pelos menos favorecidos: “[...] o juiz deve abandonar sua subjetividade solipsista de apenas realizar um ato de conhecimento no âmbito de atividade jurisdicional, para, por meio de sua sensibilidade, reconhecer a exterioridade das vítimas, das diferenças sociais, econômicas e culturais” (SOUZA, 2008, p. 254).

Assim, além da parcialidade “negativa” que as leis processuais combatem, há também a parcialidade “positiva” que os juízes devem assumir como guia de sua ação, buscando, a todo tempo, favorecer o jurisdicionado cuja debilidade social seja expressiva, mesmo que, para isso, tenham que sacrificar as proporcionalidades e as equidistâncias fixadas pela ordem jurídica. O juiz que o autor deseja não tem os olhos vendados, pois “quer ver” quem são as partes e quais são suas carências, elementos que poderão mesmo levá-lo a “desequilibrar a balança” em prol do litigante socialmente mais frágil. Daí sua proposta de modificação do símbolo da justiça:

A venda da deusa da Justiça necessita ser retirada para que se possa reconhecer no processo a *racionalidade do outro*, a sua diferença sociocultural-político-econômica. A balança, diante da realidade latino-americana, deve ser desequilibrada, a fim de representar as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes num continente regrado por injustiças sociais. E a espada, por fim, deveria ser substituída por uma “lupa”, para que se possam avistar as concepções ideológicas que existem por detrás de um determinado ordenamento jurídico de cunho capitalista e neoglobalizante (SOUZA, 2008, p. 255).

Em que pesem as boas intenções do autor, essa proposta é um abandono da imparcialidade. É verdade que, como visto, o juiz não é neutro, pois deve sempre buscar o desfecho justo para o processo. Um julgador distante, insensível e passivo não mais se justifica, se é que algum dia se justificou. Esse fato, contudo, não autoriza o juiz a passar ao largo do ordenamento jurídico, “desequilibrando a balança” e preferindo antecipadamente uma das partes.

Miguel Reale, em estudo dedicado à ética do juiz, reconhece que a decisão não pode ser reduzida a simples juízo lógico, pois traz em si um elemento valorativo: a participação do julgador na vida de outros, os jurisdicionados, cujas pretensões a sentença substituirá. Mas adverte que a “jurisdição” (*iuris dicere*) não é propriamente “dizer o direito”, mas declarar o que é “de direito”. É a atividade por meio da qual o juiz, valendo-se dos modelos e das fontes que constituem a juridicidade vigente, põe fim à dinâmica dialética que constitui o processo. Nessa tarefa, seu guia são os parâmetros preestabelecidos, não os próprios: “O juiz declara o que é ‘de direito’. É por isso que a palavra está no genitivo *iuris* que quer dizer ‘de direito’” (REALE, 1994, p. 139).

Reale explica que, embora a atuação do juiz deva ser ética e prudencial, atenta às circunstâncias do caso, jamais pode abandonar o ordenamento jurídico vigente, pois, se o fizesse, adentraria a perigosa via do arbítrio, incompatível com a segurança e a previsibilidade que o Estado de Direito busca assegurar:

Ninguém postula a atividade de um juiz passivamente situado na e perante a ordem jurídica, mas é pretensão desmedida apresentar o próprio entendimento pessoal como alternativa, exposta como verdade cientificamente demonstrada e fundada, para substituir os modelos jurídicos considerados em conflito com a justiça devida [...] (REALE, 1994, p. 145).

Concordando com as observações de Reale, pode-se também dizer que propostas como a de Souza parecem não harmonizar os preceitos constitucionais, reivindicando alguns, como a dignidade humana, mas deixando de lado outros, como a legalidade (um direito individual). Pode-se, por isso, perguntar: quando o juiz favorece o litigante “pobre” ou “excluído”, dando-lhe um tratamento benéfico não previsto nas normas positivas, está respeitando direitos constitucionais do outro litigante (como a legalidade e a segurança jurídica)? A resposta é negativa. Assim, uma decisão que escapa à legalidade, que abandona os critérios jurídicos para impor preferências de ordem política, não pode se pretender democrática e justa. Como aponta Taruffo, só há processo justo, quando se interpreta e se aplica adequadamente a norma utilizada como critério de decisão, pois “não se pode considerar justa uma decisão que [...] não esteja embasada no direito, em atenção ao princípio da legalidade” (2009, p. 118).

É importante destacar, para encerrar, que a “sujeição do juiz à lei” ou o compromisso com a legalidade não implica uma atitude legalista, tampouco uma adesão ao literalismo. Como pontua Gustavo Zagrebelsky (1992, p. 206), juízes não são “*êtres inanimés*” (seres inanimados), imunes aos métodos interpretativos e ao juízo de equidade (que adapta a norma às peculiaridades do fato), de modo que o que se procura evitar não é a compreensão da lei em função do caso, algo normal para o juiz ativo e não neutro, mas a sua *torção* ou *abandono* com o objetivo preestabelecido de beneficiar uma das partes por condições que a própria lei, por qualquer via que se a interprete, não contempla.

Se o juiz não é um aplicador autômato de leis, também não pode ser, como observa Eduardo García de Enterría (1997, p. 51), “o senhor do Direito em uma sociedade livre e igualitária”, pois a democracia (com seu processo constitucional de produção de leis e outras normas) é incompatível com “juízes pretensamente redentores ou iluminados, autoinvestidos como representantes de

qualquer ideologia, doutrina ou tradição histórica” (1997, p. 50). Ou, nas palavras de Michael Stolleis, se ninguém mais admite o juiz “boca da lei”, mero “matemático de condições”, também não se aceita aquele que julga como se fosse um “rei judiciário”, porque “ninguém deseja as sentenças puras do juiz desligadas do cumprimento da lei” (2009, p. 32).

Mesmo autores amplamente favoráveis à criatividade ou à discricionariedade do juiz, como Mauro Cappelletti, têm o cuidado de destacar que, ainda que se admita que o juiz possa escolher um dos sentidos da lei revelados na interpretação, esse fato “não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete”, pois discricionariedade não é arbitrariedade, e o juiz não está “completamente livre de vínculos” (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24). Ao contrário: está sujeito a certas limitações processuais, como “uma atitude processual de imparcialidade, neutralidade e distanciamento” que o possibilitará manter “um comportamento de equânime tratamento (*‘fairness’*) das partes no processo, no sentido de que deve garantir a todas elas adequada oportunidade de fazer valer as próprias razões” (CAPPELLETTI, 1999, p. 82-83).

O que implica não beneficiar nenhuma delas, mantendo “a balança equilibrada”. Seu desequilíbrio proposital, em última análise, seria um equívoco, porque converteria o juiz em justiceiro, afastando-o de sua nobre missão: “a busca da justiça não pode ser feita à custa de desequilibrar a balança, pondo em pior posição uma das partes ou substituindo o papel de imparcialidade que lhe cabe pelo do ativismo beligerante ou do juiz justiceiro [...]” (URBANO CASTRILLO, 2005, p. 452). Logo, a “parcialidade do juiz” é uma tendência teórica que não merece prosperar, para o bem das garantias do cidadão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, pode-se afirmar que a ideia de neutralidade judicial, entendida como insensibilidade ou indiferença ao resultado do processo, não se justifica e, de modo algum, pode ser confundida com imparcialidade. Esta exige um juiz atuante, ativo, preocupado com o desfecho justo do processo, imbuído em buscar uma tutela efetiva dos direitos subjetivos e não somente a correção formal dos procedimentos.

Como visto, essa postura ativa se dá nos quadrantes do ordenamento, respeitando os valores juridicamente fixados. Não deve ser substituída por um “ativismo” dissociado do dever de imparcialidade, pelo qual o juiz, deixando de ofertar tratamento equânime às partes, viesse a tutelar especialmente o litigante “socialmente mais frágil”, o “pobre” ou o “excluído”.

Os objetivos fundamentais da República, elencados no art. 3º da Constituição brasileira, dentre os quais a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não podem ser implementados à custa de direitos individuais. Seria pretender realizar preceitos constitucionais contra a própria Constituição. E se configuraria também um desvio ético, pois o litigante que tivesse sua pretensão processual preterida (embora juridicamente resguardada) em razão

da preferência política do julgador pela outra parte, mais pobre ou “frágil”, perderia a confiança no Judiciário e se sentiria legitimamente desamparado como cidadão. Pode-se, portanto, concluir que o juiz cuja ideologia se converte em parcialidade, mesmo que “positiva”, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Aprovado: 1º/12/2016. Recebido: 30/8/2016.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Revista Jurídica*, v. 250, p. 5-13, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Quale giustizia, quale legge, quale giudice. Quale giustizia*, n. 8, p. 268-274, 1971.
- CABRAL, Antonio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, v. 149, p. 339-363, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico. Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. XVI, p. 105-128, 1939.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- COELHO, Luiz Fernando. *Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito*. Curitiba: Bonijuris e JM Livraria, 2011.
- COMMARET, Dominique Noëlle. *Une juste distance: ou réflexions sur l'impartialité du magistrat. Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 27º cahier, p. 262-264, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Papel do jurista num mundo em crise de valores*. *Revista dos Tribunais*, v. 713, p. 277-283, 1995.
- COTTA, Sergio. *Perché il diritto*. 2. ed. Brescia: La Scuola, 1983.
- DECAUX, Emmanuel. *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*. Paris: La Documentation Française, 2008.
- FAZZALARI, Elio. *La imparzialità del giudice. Rivista di Diritto Processuale*, v. XXVII, p. 193-203, 1972.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A cegueira da justiça*. Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *L'impartialité du juge. Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 6º cahier, p. 53-57, 1999.
- GARAPON, Antoine. *Le juge et son éthique. Esprit*, n. 10, p. 133-136, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La democracia y el lugar de la ley*. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El derecho, la ley y el juez*. Dos estudios. Madrid: Civitas, p. 23-62, 1997.
- HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- LACERDA, Bruno Amaro. Ver ou cegar-se? Considerações sobre a origem e o sentido da venda da justiça. In: LACERDA, Bruno Amaro; LOPES, Mônica Sette. *Imagens da justiça*. São Paulo, LTr, p. 23-39, 2010.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- REALE, Miguel. *A ética do juiz na cultura contemporânea*. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130-146, 1994.
- RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2012.
- SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008.
- STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: BARBAS HOMEM, António Pedro et al. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, p. 21-34, 2009.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. México, D.F.: UNAM, 2007.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de. *Deontología judicial: El arquetipo de juez de nuestra época. Ética del juez y garantías procesales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 397-466, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Legge diritto giustizia. Torino: Einaudi, 1992.

Bruno Amaro Lacerda

Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG.

Professor Adjunto na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Rua Padre Café 138, Caixa Postal 20035

Juiz de Fora/MG

CEP 36016-970

brunoamarolacerda@gmail.com