

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

FLAVIO BARBOSA QUINAUD PEDRON

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Angela Araujo da Silveira Espindola; Flavio Barbosa Quinaud Pedron – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-632-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

Nesta edição, o GT Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III se destacou pela sintonia entre as abordagens dos trabalhos apresentados, demonstrando, que com a promulgação no CPC/2015, alguns temas acabaram por serem colocados em um spotlight epistêmico.

Um eixo comum de reflexão apresentado perpassa o reconhecimento de que o CPC/2015 pode se transformar em um importante instrumental para o combate ao mal instalado pela chamada “jurisprudência” lotérica. Assim, uma aposta clara parece ser o desenvolvimento de mecanismo que promovam uma padronização decisória.

Nessa lógica, JAQUELINE MARIA RYNDACK e ELIZEU LUCIANO DE ALMEIDA FURQUIM nos apresentam um texto no qual se procura demonstrar a necessidade do abandono de visões arcaicas acerca do papel do julgador e da leitura igualmente problemática sobre os princípios que disciplinam a atividade jurisdicional. Defendem o princípio da Parcialidade Positiva do julgador como forma de melhor correlacionar a justiça da decisão a uma leitura mais adequada da igualdade entre os sujeitos do processo.

Igualmente, GABRIEL DE CARVALHO PINTO nos traz um texto que aborda como ponto central a insegurança decisória e sob o prisma da análise econômica, para chegar a conclusão de que microssistema de precedentes gerará estabilidade; e isso será positivo para a economia, contudo, anda falta um maior número de julgamentos para avaliarmos.

Seguindo essa lógica, CRISTIANO BATISTA e PATRÍCIA BARBOSA NOGUEIRA apresenta uma investigação acerca do art. 927 do CPC/2015 e da suposta alegação que este

Relevante o trabalho de DANIEL ANDRADE PINTO, que escreve acerca dos aspectos históricos do controle de constitucionalidade, estrutura normativa das súmulas vinculantes e as críticas de Lênio Streck, em “Verdade e Consenso”. Demonstra que súmulas vinculantes são discursos contra fácticos que se distanciam da realidade, ficando apenas no plano da validade. Equiparam-se à lógica de produção de regras por um Legislativo, esquecendo-se que súmulas se aplicam aos fatos.

Outro tema de recorrência no nosso GT, nesta edição foi a promoção de estudos e reflexões acerca do papel das normas fundamentais trazidas pelo CPC/2015, em seus quinze primeiros artigos e os princípios formadores do devido processo legal (bem sua constitucionalização pela Constituição de 1988).

Assim, VANESSA MASCARENHAS DE ARAÚJO nos traz um texto preocupado em travar uma discussão sobre o fato de que as normas fundamentais se traduzem em direitos constitucionais fundamentais. A partir de um caprovso prático – o Caso Belo Monte – demonstra como a violação de direitos fundamentais da população indígena acaba ocorrendo, sem que, contudo, seja garantido o devido processo.

Já ZAYDA TORRES LUSTOSA COELHO abre seu texto analisando a Petição (PET) n. 3388 e ADI n. 3239, para questionar qual o papel do judiciário para dar a melhor resposta em conflitos envolvendo questões étnico-culturais, como o caso indígena e quilombola, dos processos mencionados. Lembra que o modelo do Processo cooperativo deve resinnificar o conceito de contraditório e o dever de fundamentação, de modo que as partes passam agora para num papel ativo, já que sua argumentação deve ser levada em conta para a melhor decisão judicial.

Igualmente relevante é a contribuição de JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, que abre uma importante discussão sobre se existe efetiva diminuição do tempo do processo com o advento do CPC/2015? Em seu texto, elaborará críticas à terminologia “cumprimento de

Logo, THIFANI RIBEIRO VASCONCELOS DE OLIVERIA nos traz um texto que prima pela crítica da concepção de que a mediação não pode ser reduzida e atrelada apenas para a garantia de celeridade e de “desafogamento” do judiciário. Para tanto, faz uma análise das inovações trazidas pela legislação sobre mediação. Em seu argumento destaca-se a defesa de se buscar de um empoderamento dos sujeitos litigantes, para que sejam capazes, como sujeitos autônomos, de solucionar esses conflitos, sem a participação estatal. Mas para tanto, faz-se premente a necessidade de implementação de uma mudança de mentalidade, para se valorizar o sistema multiportas, direcionando-se para conflito para o mecanismo mais adequado para a sua solução.

Já NIVALDO SOUZA SANTOS FILHO e FLAVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA corajosamente se propõem a discutir, em seu texto, o PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE como categoria jurídica – vetor de uma nova cultura de resolução de conflitos – dentro do ambiente processual. O texto tem o objetivo identificar e avaliar de que medida o princípio da fraternidade vai refletir em uma nova concepção para o processo civil. Lembra que Ayres Britto é precursor no Brasil da defesa de um maior humanismo jurídico. A defesa é que a fraternidade está assentada em um reconhecimento da igual dignidade humana. Isso reflete-se também no sistema de precedentes enquanto exigência de igual tratamento decisório. Em conclusão, tem-se que a fraternidade se mostra como uma proposta contra o individualismo de nossos tempos modernos.

Avançamos no sentido em deixarmos de lado concepções arcaicas da Teoria Geral do Processo, que reduziam o processo a uma instrumentalização da atividade jurisdicional. E a partir desse ganho qualitativo teórico, abre-se um novo campo de estudo e de pesquisa acerca da busca por construções decisórias cada vez mais legítimas e democráticas.

Cabe destacar que ANTONIO CALROS APOINÁRIO DE SOUZA CARDOSO e ROBERTO APOLINÁRIO DE SOUZA CARDOSO produziram um texto acerca do

GIERCK GUIMARÃES MEDEIROS destaca, em seu texto, a importância normativa do princípio da celeridade. A tônica dos precedentes estaria incluída na busca por previsibilidade, rapidez de julgamento, assim como a aplicação de filtros recursais como a repercussão geral ou o julgamento de recursos repetitivos. Isso retira o espaço do livre convencimento do magistrado em troca de um ganho de celeridade. Compara o texto original do CPC/2015 e a sua respectiva reforma pela Lei 13.256/2016. Questiona se tais mudanças efetivamente colaboram para o respeito do princípio da efetividade. Proposta não é a retirada do juízo de admissibilidade, mas de reformar o CPC para prever que o CPC fosse alterado para que o colegiado prolator da decisão realize o juízo de admissibilidade do recurso excepcional.

Já THIAGO PASSOS TAVARES apresenta uma reflexão acerca da tutela provisória, suas modalidades, requisitos e espécies.

Em ANA CAROLINA BUENO FERRER e PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA nos apresentam um breve histórico do direito a saúde nas Constituições brasileiras e na legislação. Tecem um paralelo entre o artigo 273 do CPC/73 e o atual CPC/15, com o objetivo de destacar a figura da estabilização da tutela provisória antecipada antecedente.

De maneira inovadora, RODRIGO ANDRES JOPIA SALAZAR elabora uma análise das estabilidades processuais, partindo da estabilização da tutela provisória antecipada antecedente. Primeiro, porque o art. 304 do CPC parte do paradigma da coisa julgada para explicar a estabilização processual. O sistema novo demanda uma reflexão dos conceitos antigos. Traça um paralelo, então, da estabilidade dos precedentes, como solução para expectativa normativa no tempo. Uso do Antônio do Passo Cabral. Com o confronto da coisa julgada, analisando com a doutrina da coisa julgada, faz uso de Barbosa Moreira e da doutrina norte-americana.

Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Professora Adjunta do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Guanambi (Bahia). Editora da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Membro da Associação Brasileira do Ensino do Direito (Abedi). Membro Fundadora e Secretária Geral da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogada e Consultora.

Flávio Quinaud Pedron

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação do Centro Universitário de Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA PARCIALIDADE POSITIVA DO JULGADOR: CAMINHO A PROFERIR UMA DECISÃO MAIS JUSTA

THE PRINCIPLE OF PARTIALITY POSITIVE OF THE JUDGE: PATH TO MAKE A DECISION MORE FAIR

Jaqueline Maria Ryndack ¹
Elizeu Luciano de Almeida Furquim ²

Resumo

O presente trabalho procura demonstrar a necessidade do abandono de visões ultrapassadas acerca do papel do julgador e da errônea definição dos princípios processuais aplicados à jurisdição. Através da diferenciação de princípios como isonomia e igualdade, neutralidade e imparcialidade do magistrado, bem como a demonstração da importância da necessidade de fundamentar suas decisões de forma a tentar proferir uma decisão sensata; chegamos, por fim, a exposição do Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador. Para nós, o referido Princípio é capaz de alcançar as desigualdades existentes no processo, de modo a buscar a melhor decisão para o caso concreto.

Palavras-chave: Princípio da imparcialidade do julgador, Princípio da parcialidade positiva do julgador, Decisão mais justa

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to demonstrate the need for abandonment of outdated visions about the judge's paper and of the erroneous definition of the procedural principles applied to the jurisdiction. Through the differentiation of principles such as isonomy and equality, neutrality and impartiality of the magistrate, as well as demonstrating the importance of decision need to be well-founded make a decision more fair; we come, finally, the exposition of the Principle of Partiality Positive of Judger. For us, this Principle is capable of achieving the inequalities existing in the process, so to seek the best decision in the concrete case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of the judger's impartiality, Principle of the

1 INTRODUÇÃO

Em meio a uma errônea definição dos princípios processuais aplicados a jurisdição, dois fatores recentes realizaram uma drástica mudança na atual conjectura da sociedade brasileira: a decretação da Força Tarefa Lava Jato e o Novo Código de Processo Civil em vigor desde março de 2016. Com o retorno ou o início do sentimento de credibilidade pelo Poder Judiciário, passou-se a questionar sobre a imparcialidade do julgador brasileiro, do mesmo modo, como se dá a formação destes. Será que o julgador ao analisar um caso consegue realmente deixar de lado todos os seus preconceitos e julgar de forma a ser imparcial na sua decisão?

Fugindo da adoção da nomenclatura Princípio da Imparcialidade do Juiz, adotamos o posicionamento de Nelson Nery Junior e Wendel de Brito Lemos Teixeira defendendo Princípio da Imparcialidade do Julgador. Isso ocorre pelo fato que a qualidade equidistante “é exigida também do julgador administrativo no processo administrativo” (NERY JUNIOR, 2013, p. 149). Ainda porque “O *nomen iuris* de ‘imparcialidade do julgador’ em detrimento ‘da imparcialidade do juiz’ é mais apropriado porque sua aplicabilidade não se limita ao processo judicial, aplicando-se também ao processo administrativo público e particular” (TEIXEIRA, 2010, p. 334). Desse modo, qualquer decisão ou ato da administração pública e judiciário têm caráter decisório e valorativo, devendo sua ação estar pautada em tal princípio.

Procura-se demonstrar a diferença entre neutralidade e imparcialidade do magistrado, bem como a necessidade de fundamentar suas decisões de forma a tentar proferir uma decisão sensata, evitando assim o cometimento de arbitrariedades e decisões genéricas, pois é evidente a importância que seja fundamentada essa decisão, para que a parte sucumbente possa convencer-se de maneira eficiente.

2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS A JURISDIÇÃO

Fredie Didier Jr entende que a jurisdição é a função atribuída a um terceiro imparcial que realiza o Direito de modo criativo e imperativo, ainda atribuído o dever de reconhecer, efetivar e proteger situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível. (DIDIER JR., 2014, p. 101).

Tendo em vista que o poder decisório é revestido de imensa carga valorativa e como o próprio nome diz, de poder; é necessário regulamentar o mesmo através de limitações ou direcionamento daquele que irá exercer tal função, com o intuito de que não haja cometimento

de equívocos ou injustiças em sua atuação. Como a “jurisdição ou a função jurisdicional (para, neste passo, usarmos as palavras sinônimas) dos Estados ocidentais contemporâneos, tal como é concebida no Estado de Direito, é informada por uma série de princípios que lhe dão fisionomia, distinguindo-a da jurisdição de outras épocas” (ALVIM, 2012, p. 206) é necessário delimitar nosso campo de pesquisa.

Desse modo, a seguir, além de apresentar o Princípio da Imparcialidade do Julgador, expomos e diferenciamos outros princípios que complementam, circundam e constroem o princípio ao qual defendemos.

2.1 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Por mais que o Princípio da Imparcialidade do Julgador seja aplicado em diversas áreas do direito brasileiro, o mesmo encontra-se implicitamente na Constituição Federal e em outras leis, contudo expressamente somente em diplomas em que o Brasil é signatário.

O presente princípio, pelo viés estruturante do Poder Judiciário, constitui como essência do justo processo penal ou civil, além de consistir como direito fundamental da parte ou do acusado e configurar como regulador da função jurisdicional. Artur César de Souza, citando Eduardo García de Entería e Tomás Ramon Fernandez expõe que por ser suporte estruturante e fundamental do ordenamento jurídico, é princípio. Por transcender preceitos jurídicos particularizados e respeitar todo o ordenamento jurídico, é geral. E por ter aplicação no mundo jurídico e não ser critério ou regra moral ou de bom comportamento, é de direito (GARCÍA DE ENTERÍA, 1991 apud SOUZA, 2008, p. 59).

O Princípio da Imparcialidade tem a função de reger a atuação do magistrado ou julgador. É uma garantia de que o mesmo avaliará o conflito com parcimônia, “com total isenção, de modo a apreciar o caso concreto sem qualquer interferência externa ou parcialidade” (AMORIM, 2004, p. 133) ou nas palavras de Carnelutti, trazidas por Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 1987, p. 82), “Il giudice, si dice, è au dessus de la mêlée”.¹ Ou seja, ambas as partes envolvidas devem estar colocadas e vistas em pé de isonomia por parte do julgador.

José Cretella Neto afirma que no presente princípio é assegurado “que o processo será apreciado e julgado por magistrado investido de autoridade legal conferida ao cargo, isento de pressões de qualquer ordem, sujeito apenas à lei e apto ao efetivo exercício da tutela

¹“O juiz, se diz, é porque está acima do conflito.” (Tradução nossa)

jurisdicional” (CRETELLA NETO, 2002, p. 120). Já para Artur César de Souza imparcialidade não é uma expressão que possa ser definida, pois a mesma é percebida pelas pessoas no mais profundo da concepção de justo e injusto (SOUZA, 2008, p. 28).

Em essência, o Princípio da Igualdade é norma de ação e busca garantir o interesse público, em detrimento do Princípio da Imparcialidade, que tem por característica consistir em norma de relação e por essência, garantir direitos e deveres de particulares (Ibid, p. 70-71).

Wendel de Brito Lemos Teixeira define o Princípio da Imparcialidade do Julgador como obrigação de postura “equidistante do julgador das partes e de tratamento equânime das mesmas.” (TEIXEIRA, 2010, p. 340). Assevera que o juiz deve ser terceiro imparcial “na prestação jurisdicional, formando seu convencimento mediante um processo dirigido como paritá dele armi (paridade de armas) entre as partes, sendo a imparcialidade – segundo Comoglio – uma condição mínima e insuprimível de um processo justo.” (TEIXEIRA, loc. cit.). Segundo Sergio Alves Gomes, equidistância deve ser vista como a análise da alegação de cada parte sem estar inclinado favoravelmente a um dos polos da ação inobservado o devido respeito ao tramite do processo e o pleno convencimento (GOMES, 2001, p. 75).

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco expõem que “O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2012, p. 61) de modo que o juiz se coloca “entre as partes e acima delas” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; loc. cit.). Não obstante, imparcialidade do julgador “é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; loc. cit.)(Grifo dos autores). Ainda, tem a função de servir como uma garantia de justiça para as partes. Desse modo, “têm elas (as partes) o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; loc. cit.).

No entendimento de Sergio Alves Gomes, imparcialidade é o verdadeiro propósito do processo. Ela não significada neutralidade perante os valores protegidos pelo processo e ainda, não existindo incompatibilidade entre o Princípio da Imparcialidade e a atividade do julgador “para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, este é o verdadeiro intento do processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tem razão. Nisto consiste sua imparcialidade.” (GOMES, 2001, p. 75).

Aos olhos de Arruda Alvim, o magistrado, sujeito imparcial na relação processual, está em um patamar acima e desinteressado do conflito. Logo, ele conduz o conflito baseado na lei, “devendo agir imparcialmente.” (ALVIM, 2012, p. 549)(Grifo do autor).

A observância do julgador do princípio da imparcialidade se faz *mister* ao fato que só a jurisdição retirada de “influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2012, p. 53).

Desse modo, entende-se que tal princípio, que é voltado à pessoa do julgador, proporciona um sentimento de credibilidade e fé na jurisdição, a certeza da isonomia entre as partes, o direito à ampla defesa, o acesso à justiça, o contraditório e também, a igualdade entre as partes. Já com relação ao processo propriamente dito, a imparcialidade do juiz é requisito de validade, logo, “o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado” (DIDIER JR., 2014, p. 269). Ainda, existem dois graus de parcialidade, sendo o impedimento e a suspeição. A parcialidade é vista como vício que não gera a extinção do processo, já os atos decisórios praticados devem ser invalidados (DIDIER JR., loc. cit.).

2.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA x PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Previsto no caput e inciso I do art. 5º da CF, o Princípio da Isonomia prevê que todas as pessoas são iguais perante a lei. Ao trazê-lo ao campo do Processo Civil, temos estabelecido no inciso I do art. 139 do CPC que o juiz assegurará tratamento de igualdade as partes. É um tratamento idêntico que os litigantes deverão receber do magistrado, de modo que “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.” (NERY JUNIOR, 2013, p. 112).

Para Nelson Nery Junior, “são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigualam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigualam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos.” (NERY JUNIOR, op. cit., p. 112). Devendo-se buscar “na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.” (NERY JUNIOR, loc. cit.).

Ainda, muito mais que um princípio expresso na Magna Carta, muitos anos antes já era apresentado o mesmo no campo filosófico. Por meio de Aristóteles (384 a 322 a.C.), a

noção consistia em tratar os iguais de forma igual na medida da sua igualdade, e de forma desigual os desiguais em conformidade com suas diferenças.

Contraponto o Princípio da Isonomia, contudo utilizado e visto por muitos como sinônimo, temos o Princípio da Igualdade. Da mesma forma que o Princípio da Isonomia, o Princípio da Igualdade também é encontrado no caput e inciso I do art. 5º da Constituição Federal. De acordo com José Cretella Neto, “A *igualdade* deve ser entendida como a equiparação de todos os homens no que diz respeito à fruição e ao exercício de direitos, assim como à sujeição a deveres e obrigações. Não consiste em uma igualdade de tratamento apenas perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.” (CRETELLA NETO, 2002, p. 51)(Grifo do autor). Complementando, “A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2012, p. 62), de modo que os procuradores e as partes “devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; loc. cit.).

O princípio da igualdade é tratar todos da mesma forma independente da sua cor, raça, credo, sexo, condição financeira, social, dentre outros aspectos que possam ser usados para discriminar ou priorizar um público sem uma justificativa plausível constitucional.

Fredie Didier Jr. quando expõe sobre tal princípio, além de reafirmar a necessidade de tratamento idêntico, apresenta a evocação da “paridade de armas”, ou seja, “o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta” (DIDIER JR., 2014, p. 67). Para ele “O processo é uma luta. A garantia da igualdade significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta” (DIDIER JR., loc. cit.).

Seremos injustos se aplicarmos sempre o Princípio da Igualdade, pois ela nos faz irrelevante as diferenças e desigualdades. É como se tampássemos os olhos ou visualizássemos somente o que está na nossa frente. Apresentando diferenciações constitucionais permitidas ao Princípio da Igualdade, mas que aos nossos olhos começam a adentrar no tocante ao Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador, temos os ensinamentos de Jose Cretella Neto e Celso Antônio Bandeira de Mello. O Princípio da Igualdade pode ser relativizado quando não ofender demais princípios constitucionais e a dignidade humana, havendo um vínculo entre o critério diferenciador e a finalidade buscada.

Ademais, o Código de Processo Civil consagra o Princípio da Igualdade “em diversas dispositivos, ao dispor que o juiz deverá assegurar às partes *igualdade de tratamento*

(art. 125, I)², bem como os dispositivos relativos à citação e à resposta do réu, as normas relativas à participação e conhecimento das partes quanto às provas, etc.” (GRECO FILHO, 2000 apud CRETELLA NETO, 2002, p. 56). É necessário observar a realidade dos sujeitos e adaptar o princípio da igualdade ao caso prático, de modo a suprir diferenças e desigualdades; sendo que tal diferenciação é permitida e necessária.

2.3 NEUTRALIDADE x IMPARCIALIDADE

Para poder apresentar o devido posicionamento que defendemos que o julgador deve adotar, é necessário apresentar a definição e a diferença de neutralidade e imparcialidade. Da mesma forma que o Princípio da Imparcialidade do Julgador é confundido com o Princípio da Igualdade das Partes, muitos acreditam que o julgador deve ser neutro e imparcial, contudo é um equívoco desejar tal posicionamento e condenável o julgador neutro.

Neutralidade, significa, em sentido genérico “o *estado de neutro*, ou seja, a situação daquele *que se coloca indiferente ou fica imparcial* diante de questão ou luta ferida entre outros.” (SILVA, 2012, p. 952)(Destaque do autor). É a situação de quem não mostra ou não tem qualquer interesse a respeito do que outros estão fazendo. Ainda, neutralidade é a “condição daquele que permanece neutro” (HOUAISS, VILLAR; 2009, p. 1353) e neutro seria não tomar posicionamento, abster-se de tomar partido. Logo, neutralidade nada mais é do que não adotar um posicionamento acerca de algo, é permanecer sem emitir uma decisão ou julgamento mesmo quando necessário que o faça.

Passando a definir imparcialidade, temos que a mesma é “caráter ou qualidade do que imparcial; equidade, isenção <a i. de um magistrado>.” (HOUAISS, VILLAR; 2009, p. 1051). Que por sua vez, imparcial é “que não é parcial, isento de parcialidade 1 que se abstém de tomar partido ao julgar ou ao constituir-se em julgamento que julga sem paixão” (HOUAISS, VILLAR; loc. cit.). Desse modo, imparcialidade é o ato de proferir uma decisão, tanto por ser uma obrigação, quanto pelo fato de que o magistrado formou um conhecimento acerca do embate para poder manifestar a sua sentença.

É pertinente ressaltar que a decisão proferida pelo juiz imparcial, em nenhum momento ele, como ser humano, trouxe ao processo suas impressões e vivências como magistrado; ou seja, aos nossos olhos, tal sentença foi proferida por um robô, alguém alheio a sentimentos, que só aplicou a lei ao caso concreto. No mesmo sentido, Zaffaroni afirma que o

²Atual art. 139, I do Novo Código de Processo Civil.

julgador não pode ser neutro, pois “não existe neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e menos ainda de um juiz” (ZAFFARONI, 1995, p. 92). Segundo Ataíde Junior, “a independência do juiz, e sua correlata imparcialidade, não podem ser confundidos com neutralidade axiológica ou moral do magistrado.” (ATAÍDE JUNIOR, 2006, p. 27), desse modo, neutralidade do julgador não é o mesmo que a imparcialidade do mesmo.

Corroborando com o entendimento de Ataíde Junior, Artur César de Souza afirma ser impossível exigir um julgador neutro e imparcial, pois no momento em que se realiza o ato de interpretar e compreender, as características pessoais do julgador indubitavelmente interferem diretamente no ato de compreensão. (SOUZA, 2008, p. 208). De modo que, conforme Manuel Serra Domínguez (VIAGAS BARTOLOMÉ, 1997 apud SOUZA, 2008, p. 208), o próprio sentimento de que o justo será determinado por um fato anterior que será determinado pela personalidade do juiz. Ainda, Benjamin Nathan Cardozo observou que os julgadores não conseguem escapar, no momento de julgar, das “forças que eles não reconhecem e que não podem nomear e que os estiveram impulsionando continuamente – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas [...]’, ou seja, eles não podem escapar de sua filosofia, de sua lógica, de seus conhecimentos históricos, de seu senso jurídico.” (CARDOZO, 1943 apud CAPPELLETTI; BRYANT; 1988 apud SOUZA, 2008, p. 141).

Queremos ser julgados por um magistrado imparcial, nunca por um neutro.

3 A PARCIALIDADE POSITIVA

O Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador, nada mais é do que o magistrado, ao se deparar com o conflito, quando for analisar a situação e realizar suas ponderações sobre o assunto, deve reconhecer e também levar em consideração a condição econômica e social das partes, em casos já julgados anteriormente para poder formar o seu convencimento. Conforme Artur César de Souza, tal princípio “prescreve que o magistrado, na solução do caso concreto, reconheça as diferenças sociais, econômicas, culturais etc. das partes que compõem a relação jurídica processual, e aja de acordo com essas diferenças.” (SOUZA, 2010, p. 263).

Para Benjamin N. Cardozo, nós estamos carregados de inclinações ou filosofia, não sendo diferente a pessoa do magistrado. Nas palavras dele, “Há, em cada um de nós, uma corrente de tendências – quer a chamemos de filosofia, quer não – que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes, como todos os mortais, não podem escapar a essa

corrente.” (CARDOZO, 2004, p. 3). De modo que “Ao longo de suas vidas, são levadas por forças que não conseguem reconhecer nem identificar – institutos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; o resultado é uma perspectiva de vida, uma concepção das necessidades sociais, um sentido, como disse James, ‘da pressão e da força globais exercidas pelo cosmos’, que há de determinar onde recairá a escolha quando as razões forem bem ponderadas.”(CARDOZO, 2004, p. 3-4). Tal princípio é oriundo do Princípio da Estruturação Democrática do Poder Judiciário e ‘força’ da sua aplicação é configurada na medida da situação fática e jurídica, ou seja, por meio de “mandado de otimização”.

Ainda segundo Artur César de Souza, o Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador apresenta característica dúplice de direito fundamental e princípio geral constitucional informativo do Poder Judiciário. (SOUZA, op. cit., p. 46).

Em uma interpretação extensiva das palavras de Edgard de Moura Bittencourt, podemos dizer que a “arte de julgar” é o Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador. Para ele, a “arte de julgar está na descoberta da justiça no vasto campo do direito, que a lei traça na extensão do necessário e do conhecimento. A doutrina aclara; a jurisprudência orienta e define. Mas todas solicitam do juiz o respeito às particularidades, para os rumos da realidade.” (SOUZA, 2010, p. 46). O julgador não é cerceado pela doutrina e jurisprudência, pois ele também cria as mesmas. Por fim, “arte de julgar (‘instintiva e divinatória’, como a denominou Rivière) está na descoberta da justiça no campo do Direito. O magistrado não a encontrará fora desse campo, porque ele próprio alargará seus limites onde a encontrar.” (BITTENCOURT, 2002, p. 159). A referida interpretação extensiva pauta-se nas palavras do já citado anteriormente Artur César de Souza quanto à necessidade de uma relativa ponderação natural dos princípios democráticos para o caso concreto.

Frente a uma perceptível necessidade do estabelecimento da diferença entre aplicação da regra jurídica garantidora de um direito processual ao juiz imparcial contraponto com o princípio constitucional do juiz imparcial como densificador do princípio democrático, Artur César de Souza apresenta que

O direito fundamental processual ao *juiz imparcial*, garantido pela *regra jurídica* incorpora no contexto das legislações infraconstitucionais e do Código Modelo, diz respeito àquilo que se passa a denominar neste trabalho de “*parcialidade negativa*” do órgão jurisdicional, representada por todas aquelas hipóteses de abstenção ou recusa do juiz, além de outras que possam sugerir alguma vinculação pessoal negativa do magistrado com uma das partes da relação jurídica processual. Por sua vez, o *princípio do juiz imparcial* reclama uma *ponderação* natural relativa a todos os demais princípios democráticos. Como neste caso não se está diante de uma regra de validade do ordenamento jurídico, permite-se conceber a parcialidade do juiz sob dois aspectos.

Em primeiro lugar, o *princípio do juiz imparcial* visa aos mesmos objetivos já delineado pela *regra jurídica* processual de abstenção e recusa do juiz, ou seja, legitima qualquer postura jurídica que evite a participação de um juiz que se caracterize pela “parcialidade negativa”.

Em segundo lugar, e aqui reside o ponto central da tese deste trabalho, o *princípio da imparcialidade do juiz* também reclama uma postura de *natureza positiva* por parte do magistrado. (SOUZA, op. cit., p. 62-63)(Grifo do autor)

Artur César de Souza conclui que essa nova perspectiva é denominada como parcialidade positiva do juiz. Não obstante, em que pese Edgar Carlos de Amorim propriamente dito não afirmar “Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador”, ele demonstra o magistrado como “um produto social da própria sociedade em que vive” (AMORIM, 1998, p. 8) de modo que suas experiências fazem parte e resultado do seu processo decisório. Além do juiz apresentar-se como a parte mais importante da “orquestra” sob os pontos de vista social e jurídico, cada qual possui “a sua filosofia de vida, o seu *modus vivendi*”,³ ou maneira particular de ver as coisas do mundo, e, conseqüentemente, a própria sociedade.” (AMORIM, loc. cit.). De modo que, “sendo o juiz um produto social da própria sociedade em que vive, não deixa de fazer uso, na busca por um ideal de justiça, dos conhecimentos adquiridos no correr dos tempos, dos instintos herdados, bem como das crenças e concepções absorvidas.” (Ibid., p. 8-9).

É possível afirmar que o Princípio da Parcialidade Positiva do Juiz é envolto em um caráter mais humanitário, pois entre os demais princípios expostos no decorrer do presente artigo, ele é o único que utiliza todas as características e aspectos do conflito para buscar encontrar a melhor solução para o embate. O presente princípio não decorre da colisão dos princípios da igualdade e imparcialidade para se tornar sustentável, em que pese possuir dupla perspectiva: de um lado exigir que o magistrado atue sem vínculo ou interesse pessoal em favor de uma das partes e de outro, do reconhecimento da necessidade da consideração das diferenças culturais, econômicas e sociais dos que se encontram envolvidos na relação jurídica processual (SOUZA, op. cit., p. 64). A ideia não é privilegiar o hipossuficiente ou aquele que pela sociedade é discriminado, mas sim, analisar todo embate por meio de todo o conhecimento oriundo de todas as vivências e estudos do julgador.

O reconhecimento de desigualdade não pode estar restrita a base econômica, mas deve contemplar aspectos em que seja existente a vitimização oriunda das “amarras de um sistema injusto e desigual”. Aos olhos de Artur César de Souza, reconhecer as desigualdades das partes, visa permitir a feitura de atos eficazes e concretos de modo a diminuir a lamentável e indesejável circunstância da vida, que no caso seria as diferenças sociais,

³“modo de viver” (Tradução nossa)

culturais e econômicas (Ibid., p. 211). Como “solução”, é apresentada a necessidade de realçar a parcialidade positiva do julgador em relação ao réu, vítima e sociedade, para que, através de meios legítimos auferidos pelo ordenamento jurídico, seja promovido o “desenvolvimento da relação jurídica processual penal ou civil com base nos princípios democráticos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira de 1988.” (SOUZA, loc. cit.).

Percebe-se a necessidade de superar a visão formal e idealista do Princípio da Igualdade de modo a inserir a efetiva eficácia de tal princípio, só sendo encontrada ao aplicar o Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador. O julgador, ao analisar a situação fática e jurídica do conflito, além de levar em consideração todos os aspectos acima mencionados, precisa reconhecer e pautar-se em sua formação pessoal e profissional, concepções de mundo e vivências para poder proferir uma decisão mais justa e humana. Conforme Joan Picó i Junoy, o julgador possui valores adquiridos oriundos de sua origem e posição social, formação, cultura, etc, que inevitavelmente é refletido em suas decisões judiciais (PICÓ I JUNOY, 1998, p. 23). Conclui-se que, o Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador observa o caso concreto e a partir das suas vivências de mundo, formação acadêmica, legislação, decisões recentes e reconhecimento das desigualdades das partes, o juiz formula sua decisão de modo a buscar a solução mais justa e humanitária para os litigantes.

4 O PAPEL DO MAGISTRADO SOB E COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme Sergio Alves Gomes, entre o processo de conhecimento, execução e cautelar, é no primeiro em que “a atividade dos principais sujeitos do processo (autor, réu e juiz) se desenvolve de modo mais amplo” (CRETELLA NETO, 2002, p. 109). Isso decorre pelo fato que é no processo de conhecimento em que se busca julgamento de mérito, ocorre a apreciação dos “fatos alegados diante das normas invocadas, das provas requeridas e produzidas, para a final proferir a sentença, por meio da qual dirá com quem está a razão, considerando procedente ou improcedente a pretensão do autor, formulando a norma jurídica concreta para o caso em apreço.” (CRETELLA NETO, loc. cit.). É através da sentença de mérito que ocorrerá a exteriorização da norma jurídica disciplinadora da situação controversa.

No art. 139 do Novo Código de Processo Civil são estabelecidas as incumbências do magistrado. Conforme a leitura é perceptível que foi dado ao julgador um maior poder de modificar ou solicitar diligências a fim de obter um processo mais justo, célere e que celebre a

melhor decisão para ambas as partes. Ainda no art. 8º está estabelecido que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”⁴

Não obstante, no art. 6º, afirma que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”⁵, trazendo a lume a ideia do processo cooperativo ou ativismo judicial; bem como no disposto no art. 190 do CPC ao apresentar a negociação processual, em que se trata de processo sobre direitos que admitam autocomposição, é permitido às partes estabelecerem as regras processuais aplicadas ao conflito; ou seja, as partes podem ‘criar’ seu próprio Código de Processo Civil. Todos os autores cooperam uns com os outros e podem agir de modo a alcançar que a decisão seja proferida de modo mais célere, justo, amistoso e benéfico a todos.

O NCPC coloca o magistrado equidistante para não pender e favorecer uma das partes do litígio, pois o mesmo é vedado, contudo estabelece um pé de igualdade entre o julgador e as partes no tocante que ambos devem colaborar para a melhor solução da lide.

Em “O Juiz”, Edgard de Moura Bittencourt nos apresenta o magistrado como alguém digno, a independência de sua função, a crise da função e o papel principal da justiça. Ele afirma que a Justiça sobrevive aos injustos e Magistratura coloca-se acima dos seus detratores. Em que pese o magistrado sempre ser recrutado do povo de tal forma que “a sua atuação tem sempre algo de semelhante com aquilo que é o modo de onde provém” (AMORIM, 1998, p. 1), nos deparamos com um julgador que nem sempre está na carreira por vocação.

Edgar Carlos de Amorim classifica os que ingressam na Magistratura em três tipos: por vocação à Magistratura, por vocação à advocacia e aquele que busca refúgio na carreira de magistrado (AMORIM, loc. cit.). Explicando cada um dos três tipos, ele afirma que aqueles que possuem vocação à Magistratura e por ela optam, sempre serão excelentes magistrados. Aqueles que tem vocação para a advocacia, mas que por infortúnios não o podem seguir e por fim, ele apresenta o indivíduo que busca refúgio na carreira de magistrado como um fracassado na advocacia e na política, utilizando a Magistratura como solução. Dentre os três tipos de magistrados, percebe-se que o último, em primeira análise, não possui amor pela profissão e pelo seu papel na coletividade, de forma a ser visto como um

⁴BRASIL. PLANALTO. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 30/03/2018.

⁵Ibid. Acesso em: 30/03/2018.

“problema, não só para o tribunal respectivo, mas também para os advogados, parte e, por que não dizer, para a própria sociedade.” (Ibid., p. 2).

No mesmo sentido, na obra “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira”, ao tratar do perfil dos que ingressam na carreira de magistrado, apresentam que “a duração prolongada do curso universitário implica um número mais elevado de participação em concursos para a magistratura, ainda que esta circunstância não se reflita em um intervalo maior entre a graduação e o ingresso no Poder Judiciário.” (BURGOS; CARVALHO; MELO; VIANNA; 1997, p. 169). De tal modo a indicar que “o estudante com uma trajetória universitária irregular conclui a graduação com a perspectiva do concurso público.” (BURGOS; CARVALHO; MELO; VIANNA; loc. cit.).

Como solução para o problema encontrado na Magistratura, Edgar Carlos de Amorim nos afirma a experiência como solução:

O juiz deveria ser um homem vivido, experimentado nas lides forenses; mas nem sempre o é. Somente é possível alguém conhecer as artimanhas de um sagaz advogado, conhecendo também o seu mister, tendo vivido deste mister. Nem sempre os 2 (dois) anos de prática exigidos possibilitam isto, mesmo porque, às vezes, durante esses 2 (dois) anos, a atividade do bacharel em Ciências Jurídicas se limitou, nada menos e nada mais, a 6 (seis) ou a 7 (sete) lides exercitadas em tempo alternativo e versando sobre questões de somenos importância, tais como: justificações, execuções ou notificações etc. Daí por que ouvi, certa vez, do Presidente do Tribunal de Justiça do Ceará – na época, o Desembargador Agenor Studart – uma assertiva que considerei muito válida, a saber: “O juiz, que se propõe a ser juiz, o será apenas dentro de 10 (dez) anos de exercício na Magistratura; e aquele, que assim não pensa, não o será nunca”. (AMORIM, 1998, p. 2)

É necessário realizar duas ponderações acerca das palavras do referido autor. A primeira é a percepção que seu trabalho foi escrito no século passado e ainda é possível verificar o problema exposto, contudo, podemos acrescentar um novo de magistrado: o graduando que busca os rendimentos da carreira. Essa pessoa pode ter inclinações para ser advogado, magistrado ou nenhuma das duas funções, contudo, visando comodidade seja funcional como bancária, escolhe ser magistrado sem sobrepesar as vidas que futuramente estarão em suas mãos. A segunda ressalva é acerca do tempo de prática jurídica. Em 1998 um dos critérios para poder concorrer ao cargo de magistrado era a prática jurídica de dois anos, atualmente é necessária a comprovação de três anos. Porém, infelizmente, as palavras de Amorim permanecem atuais. Três anos de prática jurídica não significam uma real vivência da problemática jurídica de modo a demonstrar que o candidato conhece suficiente bem os dois lados da lide e poderá ser um julgador justo. Em que pese às situações adversas e o que

verse a lei vigente, o julgador deve sempre buscar a justiça e suas decisões buscarem ser a mais benéfica e justa para as partes do conflito.

5 O NOVO JULGADOR

Em 1978, na obra “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Right Effective”⁶, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os autores já apresentavam o acesso à justiça, no tocante a sua efetividade, como algo vago e utópico, devido a impossibilidade de uma completa “igualdade de armas” (CAPPELLETTI; BRYANT; 2002, p. 15). Ainda acerca do acesso à justiça é apresentado como um requisito fundamental de sistema jurídico igualitário e moderno que visa garantir o direito a todos.

Conforme Edgar de Moura Bittencourt, julgar “é apreciar a conduta perante o Direito bem interpretado, assimilando a realidade com a Doutrina, a Lei com a Justiça. Mais intuição e menos dedução; mais compreensão e menos lógica; mais bom senso e menos expansão intelectual ociosa” (BITTENCOURT, 2002, p. 184). “Em quase todos os julgamentos, o julgador não escapa do impulso de colocar um pouco de si na apreciação das proposições jurídicas e das versões do fato” (CAPPELLETTI; BRYANT; op. cit., p. 163-164). Antes de observar o julgador como um ser incompatível a erros e a inobservância das leis em sua vida pessoal, devemos lembrar que o ser humano é falho. Em determinado momento da obra “Juízes Legisladores?”, Mauro Cappelletti apresenta que o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do eu haviam sugerido as doutrinas tradicionais. (CAPPELLETTI, 1993, p. 33)

Para Manuel Serra Dominguez (SERRA DOMINGUEZ, 1969, p. 63) a miséria do julgamento encontra-se baseada em um paradoxo. Ao colocarmos um problema jurídico perante determinada pessoa que, para poder resolvê-lo, esperamos que a mesma se encontre acima das partes. Contudo a figura do juiz não está acima das mesmas, pois ele é uma parte a mais, suscetível a erros e paixões. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro entende que o personagem principal do processo é o juiz. Na sua concepção, o juiz pode ser visto como um “mocinho de um filme, que se espera, muitas vezes em vão, que sempre termine bem.” (CARNEIRO in FARIA; JAYME; LAUAR; 2008, p. 560). É o magistrado que exerce o poder de polícia, dirigirá o processo e dará a palavra final na lide. Porém, ainda para Carneiro, a figura do juiz é confundida com a ideia de justiça, pois ele perde a sua identidade física. Esmiuçando melhor,

⁶Traduzido para “Acesso à Justiça”, em 1988, por Ellen Gracie Northfleet.

não é relevante o nome do magistrado, mas sim, o fato dele ser o juiz e personificar o justo e enquanto valor a própria justiça. É na pessoa do juiz esperado um comportamento mais rigoroso e a observância, tanto das normas éticas que conduzem a atividade jurisdicional, como das normas morais que regem a sua conduta enquanto pessoa civil.

Até mesmo a Lei Orgânica da Magistratura realiza essa diferenciação à pessoa do magistrado ao estabelecer como dever do mesmo a obrigação de tratar as partes com urbanidade, prevendo sanções pelo eventual descumprimento. Ademais, concluindo o pensamento, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma como evidente e fundamental “que o juiz procure, no limite máximo, garantir um razoável equilíbrio de armas utilizadas pelas partes e seus advogados, de sorte a evitar que a atuação absolutamente desastrosa, sem uma base fins que informam a atividade jurisdicional.” (CARNEIRO, 2008, p. 561)

Reforçando a ideia da qual deixamos claro como nosso posicionamento, o julgador é uma pessoa com vida, medos, anseios e suscetível a erros, sem que ele seja um deus supremo ou reencarnação de algum deles na terra, Vicente de Paula Ataíde Junior expõe que, “o *novo juiz* é aquele que detém capacidade de legitimar democraticamente o seu poder, através do exercício independente e eficiente da judicatura.” (ATAÍDE JUNIOR, 2006, p. 69)(Grifo do autor). Logo, “o *novo juiz*, a par de sua formação técnico-jurídica, desfruta de uma formação interdisciplinar que lhe permite ir *além*, conhecendo da realidade social, econômica e mesmo psicológica envolvida na lide em julgamento.” (Ibid., p. 69-70)(Grifo do autor).

O novo julgador, ou aquele que esperamos que julgue a nossa lide, além de respeitar as leis vigentes e para aplicá-las ao caso concreto, também utiliza como forma de visualizar o conflito suas vivências anteriores, seja por casos já julgados, decisões atuais dos tribunais, leitura de pensadores do direito ou próprias experiências pessoais, em sua casa, com sua família. Aos nossos olhos, aplicando a realidade fática do Princípio da Parcialidade Positiva ou se preferir, o Princípio da Imparcialidade do Julgador com outra roupagem, temos a decisão proferida pela Ministra Cármen Lúcia em janeiro de 2017.

Na Ação Civil Originária 2972, contrapondo-se ao determinado, em liminar a Ministra Cármen Lucia suspendeu o bloqueio de R\$ 181 milhões das contas do Estado do Rio de Janeiro. Analisando a situação fática que condicionou o posicionamento Ministra, no momento da sua decisão, o referido estado estava enfrentando uma aguda crise financeira. Conforme noticiado no site Consultório Jurídico⁷, no ápice da crise financeira do Rio de

⁷CONSULTÓRIO JURÍDICO. **Cármen Lúcia suspende novo bloqueio nas contas do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/carmen-lucia-suspende-bloqueio-contas-rio-janeiro>>. Acesso em: 30/03/2018.

Janeiro manifestada no mês de junho de 2016, foi necessário a decretação do estado de calamidade pública. A União interveio realizando o empréstimo de R\$ 2,9 bilhões com a finalidade de que o valor fosse voltado aos programas de mobilidade urbana e o “PAC Favelas”, além de permitir que o poder público realizasse diversas medidas para restabelecer a saúde dos cofres públicos. Em contragarantia, celebraram contratos de vinculação de receitas e de cessão e transferência de crédito.

Logo após, o Supremo Tribunal Federal, na pessoa do ministro Ricardo Lewandowski, determinou que o estado repassasse os recursos destinados por lei aos poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública até o dia 20 de cada mês. Em outubro o estado passou a ser obrigado a efetuar até o décimo dia útil de cada mês o pagamento do salário dos servidores, além de encontrar-se proibido a conceder novas isenções fiscais sem que apresentasse um estudo do impacto orçamentário-financeiro dos incentivos anteriormente concedidos.

Diante desse contexto, depois de liminarmente impedir o bloqueio de R\$ 193 milhões das contas do Estado do Rio de Janeiro, a ministra necessitou novamente suspender novo arresto no valor de R\$ 181 milhões e afastar os efeitos da condição de devedor que valeria para o estado devido à falta de pagamento. Tal posicionamento adverso a norma posta só foi tomado por buscar evitar a ocorrência do comprometimento da continuidade da execução de políticas públicas e da prestação de serviços essenciais à população fluminense. Caso a Ministra não tomasse a referida decisão, todos os cidadãos que vivem ou necessitam de alguma forma do Rio de Janeiro sofreriam desde cortes de despesa com a saúde à atraso na folha de pagamento dos serventuários públicos.

O posicionamento que nos interessa é acerca da neutralidade e imparcialidade. A Ministra ressaltou em sua decisão a violação, por parte do Governo Federal, da garantia do devido processo legal por estar executando contragarantia contra o Rio de Janeiro; além da incongruência do Governo de ter prestado auxílio financeiro justamente devido à grave situação econômica pela qual passa o Rio de Janeiro e, logo em seguida, executar contra ele contragarantia, retirando-lhe recursos imprescindíveis. Percebe-se, nesse caso que é imprescindível a parcialidade positiva do magistrado para que não ocorram injustiças.

Não estamos defendendo o posicionamento de nova interpretação da norma jurídica ou decisões fundadas em “achismos”, mas o reconhecimento de que o julgador não é imparcial e da necessidade de fundamentar suas decisões de forma a tentar proferir uma decisão sensata, evitando assim o cometimento de arbitrariedades e decisões genéricas. Além disso, o juiz será parcial, contudo ele terá parâmetros. Seus parâmetros para o justo processo

sempre serão a Constituição Federal e a lei. Seu convencimento pela decisão mais justa estará alicerçado na Constituição Federal e a parte “vencedora” será aquela que estiver mais fundamentada no direito posto e seu argumento seguir a legalidade.

Justo processo, em que pese não estar definido em nossa legislação, é identificado como “conjunto de exigências que permitem ao juiz, como terceiro (im)parcial, ditar uma decisão conforme o direito, em um processo público que garanta um debate equilibrado entre as partes e a observância da presunção de inocência do acusado” (SOUZA, 2008, p. 222).

Mera observância da lei e suas formalidades não “gera” um justo processo ou *giustizia giusta*⁸, mas

Processo *justo constitucional* pressupõe, envolve, contém, integra-se por meio do acesso à jurisdição, sem obstáculos que de fato lhe vedem o direito de participação, o direito de ser ouvido, de gestionar e praticar as provas pertinentes, o direito a uma sentença motivada e célere, definindo-se num prazo razoável, um processo em que se possam propor os recursos, em que a garantia de bilateralidade de audiência e do contraditório sejam tangíveis; assim como a possibilidade de exercer os atos e atividades como assistência técnica adequada e que o conteúdo da defesa não se satisfaça somente formalmente senão de maneira efetiva e com utilidade. E mais, na busca da jurisdição (obtenção de uma solução justa), o sistema constitucional consagra, com clareza digna de todo elogio, um modelo de justiça que proíbe eventual falta de defesa, sem obstáculos nem desigualdades que desfaçam o universo das possibilidades dos que não são iguais senão distintos. (Ibid., p. 225)(Grifo do autor)

Ainda acerca dos parâmetros, Benjamin N. Cardozo nos traz o questionamento de onde é encontrada a lei que o juiz incorpora em seu julgamento. Por resposta, quando óbvia a fonte, é fornecida pela Constituição ou lei. Complementa afirmando que “A Constituição prevalece sobre uma lei escrita, mas uma lei escrita, se coerente com a Constituição, prevalece sobre a lei dos juízes. Nesse sentido, o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores.” (CARDOZO, 2004, p. 4-5).

Artur César de Souza ressalta que os valores contidos na Constituição Federal deverão ser a “bússola” que guiará o magistrado quanto ao exercício da sua atividade jurisdicional, pois a mesma contém os valores assentidos da sociedade em um determinado contexto histórico social. Contudo, como os valores da sociedade modificam ao longo do tempo, o julgador deve sobrepesar aos valores insculpidos na Carta Magna valores internos e externos do sistema jurídico (SOUZA, op. cit., p. 171).

Lenio Luiz Streck propõe o retorno a estudar o Direito e a respeitar o Direito, que acostumemos a dizer que aonde está escrito presunção, leiamos presunção. Ainda, não devemos odiar sinônimas, pois elas são desejáveis na democracia. Na sequência de

⁸Justiça justa. (Tradução nossa)

pesamento, ele apresenta que a “Norma é diferente de texto. Viva. Sabemos disso. Mas não é, mesmo. E finalmente, não tenhamos vergonha de estudar Direito. Sejam ortodoxos. Salvemos o Direito. Se é que ele ainda existe.”. (STRECK, 2016. Acesso: 27/05/17)(Grifo do autor) Desse modo, não podemos relativizar ou expandir o princípio da igualdade para contemplar em seu conteúdo o Princípio da Isonomia. As palavras e seus significados devem permanecer intactos, de modo que o que engloba tal mudança de visão para as partes e fundamentos para as decisões é o Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador.

Ademais, não é possível novas interpretações da lei ou a violação evidente da mesma como forma da busca da melhor decisão. A violação a tudo o que aprendemos nos bancos acadêmicos e com os ‘pais’ do Direito dá-nos essa vontade apresentada pelo respeitado doutrinador. “O que temos é o que os juízes e tribunais pensam, de forma pessoal, subjetiva e solipsista, sobre o direito. Popper chama a isso de ‘racionalidade teológica’.” (STRECK, 2016. Acesso: 27/05/17).

Reafirmamos, o julgador que esperamos que decida o nosso caso, bem como a nossa postura diante dos conflitos, é defender a lei e a justiça, visando a melhor decisão que contemple a justiça para ambas as partes. Realizar novas interpretações que se adequem a cada caso específico ou um ‘direito’ *ex post* não deve ser considerado direito, ou se sim, estão longe do Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador.

Retomando o trabalho de Vicente de Paula Ataíde Junior, o autor apresenta as palavras de Eugenio Raúl Zafarroni que mostra o magistrado como alguém dotado de consciência moral, sendo impossível a determinação da independência moral ou ética, de modo a caber ao direito a independência moral. Ainda, nas palavras de Ataíde Junior para que se estabeleça uma independência moral do magistrado no tocante que suas “direções decisórias” é necessário que o mesmo possua independência externa e interna, de modo que o seus juízos sejam pautados “pelo seu entendimento jurídico e não por injunções ou influências externas.” (ATAÍDE JUNIOR, 2006, p. 27).

Desse modo, o magistrado deve possuir independência ao decidir as demandas, mas seu poder decisório está restrito aos princípios, leis e decisões atuais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho analisamos o Princípio da Imparcialidade do Julgador iniciando a pesquisa ao abordarmos os princípios aplicáveis à jurisdição, foi realizada a diferenciação entre os Princípios da Isonomia e Igualdade, Neutralidade e Imparcialidade, dando enfoque

especial para o Princípio da Imparcialidade do Julgador. Contudo, tais princípios não contemplam todas as desigualdades materiais e formais encontradas na lide, sendo necessário a aplicação do Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador para obter uma decisão mais justa e humana para ambas as partes.

Na sequência, ao expormos o papel do magistrado sob e com o Novo Código de Processo Civil, apresentamos que o mesmo tem o poder de modificar ou solicitar novas diligências a fim de obter um processo mais justo, célere e que celebre a melhor decisão para ambas as partes; sem esquecer que todas as partes – nesse ponto incluindo o julgador - cooperam uns com os outros de modo a alcançar a melhor decisão.

Por fim, terminamos apresentando o novo julgador. Realizamos a ressalva de que, antes de observar o juiz como alguém não passível de erros, é necessário lembrarmos que o ser humano é falho. Para nós o novo julgador é aquele que, além de respeitar as leis vigentes e para aplicá-las ao caso concreto, também utiliza como forma de visualizar o conflito suas vivências anteriores, seja por casos já julgados, decisões atuais dos tribunais, leitura de pensadores do direito ou próprias experiências pessoais, em sua casa, com sua família. Sem esquecer que ele também observa as desigualdades formais e materiais das partes e, fundamentando sua decisão, consegue chegar a uma decisão mais justa e sensata para ambas as partes; desse modo, aplica o Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador.

Conforme o livro “o Juiz”, de Edgard de Moura Bittencourt foi afirmado que, conduzida a observação a proporções razoáveis, o juiz deve ser advogado da parte que está com a razão. “Deixar o magistrado que a pretensão justa seja sacrificada pela indiferença, ou por seu desamor à investigação e ao estudo, é omissão da primeira opinião, e fechar-se ao convencimento contrário – é tão ou mais indigno. Com tais reservas, admite-se que o juiz seja advogado da parte injustamente lesada.” (BITTENCOURT, 2002, p. 140)

É necessário reafirmar que o juiz deve encontra-se em pé de igualdade para que ele possa efetivamente constatar as diferenças e não concorrer para que a sua decisão seja injusta. Conforme defendido por muitos doutrinadores e profissionais da área jurídica, para ser um bom magistrado seria necessário no mínimo 10 anos de atividade jurídica, para que assim o mesmo conheça a vivência de um sagaz advogado, tenha vivido intensamente os imprevistos do fórum, “as peripécias dos adversários que às vezes tentam transformar a mentira em verdade, ou o injusto no injusto” (AMORIM, 1998, p. 19).

Não podemos relativizar ou expandir o Princípio da Igualdade para contemplar em seu conteúdo o Princípio da Isonomia. As palavras e seus significados devem permanecer intactos, de modo que o que engloba a mudança de visão para as partes e fundamentos para as

decisões, do mesmo modo, o que proporciona um processo e uma decisão mais justa e humana para ambas as partes é a aplicação do Princípio da Parcialidade Positiva do Julgador.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Processo Civil**. 15ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2012.

AMORIM, Edgar Carlos de. **O juiz e a aplicação das leis**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O novo juiz e a administração da justiça: repensando a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O juiz**. 3ª edição. Campinas: Editora Millennium, 2002.

BRASIL. PLANALTO. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30/03/2018.

BURGOS, Marcelo Baumann; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; VIANNA, Luiz Wernneck. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Reimpresso. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do Processo Judicial: Palestras proferidas na Universidade de Yale**. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. *in* FARIA, Juliana Cordeiro de; JAYME, Fernando Gonzaga; LAUAR, Maria Terra. **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda, p. 563 – 588, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

CONSULTÓRIO JURÍDICO. **Cármem Lúcia suspende novo bloqueio nas contas do Rio de Janeiro**. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/carmen-lucia-suspende-bloqueio-contas-rio-janeiro>>. Acesso em: 30/03/2018.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Volume 1, 16ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

GOMES, Sergio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Objetiva LTDA, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2013.

PICÓ I JUNOY, Joan. **La imparcialidade judicial y sus garantías: La abstención y la recusación**. Barcelona: Bosch, 1998.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel. **El juicio jurisdiccional: Estudios de derecho procesal**. Barcelona: Ariel, 1969.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagil Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29ª Ed. Rio de Janeiro, 2012.

SOUZA, Artur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Artur César de. **Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”**. Revista do Processo. V. 32, n.180, fevereiro, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Por que, contra a lei, juíza acha que pode autorizar revista coletiva? **Revista Consultor Jurídico**, 24 nov. de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/senso-incomum-lei-juiza-acha-autorizar-revista-coletiva>>. Acesso: 30/03/2018.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo**. Revista do Processo. V. 35, n. 186, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, ago. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.