



UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA

PEDRO GUILHERME KRELING VANZELLA

**A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Londrina
2014

PEDRO GUILHERME KRELING VANZELLA

**A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Mestrado em
Direito Negocial da Universidade Estadual de
Londrina, como requisito parcial para a
obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer
Soares

Londrina
2014

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

V285p Vanzella, Pedro Guilherme Kreling.
A parcialidade positiva do juiz no ordenamento jurídico brasileiro / Pedro
Guilherme Kreling Vanzella. – Londrina, 2014.
93 f. : il.

Orientador : Marcos Antonio Striquer Soares.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em
Direito Negocial, 2014.
Inclui bibliografia.

1. Direito positivo – Teses. 2. Parcialidade positiva – Teses. 3. Ética jurídica -
Teses. 4. Jurisdição – Teses. I Soares, Marcos Antonio Striquer. II. Universidade
Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-
Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 340.32

PEDRO GUILHERME KRELING VANZELLA

**A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Mestrado em
Direito Negocial da Universidade Estadual de
Londrina, como requisito parcial para a
obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer
Soares
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof^a Dr^a Valéria Silva Galdino Cardin
Universidade Estadual de Maringá - UEM

Londrina, 29 de setembro de 2014.

VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. **Hipóteses da parcialidade positiva do juiz no direito positivo brasileiro**. 2014. 93f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial: Estado Contemporâneo: Relações Empresariais e Relações Internacionais) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

RESUMO

A concepção clássica da jurisdição estabeleceu como indispensável ao processo justo o princípio da imparcialidade do juiz, entretanto, a interpretação que se emprestou a este princípio não apenas afastou o juiz das partes, mas autorizou o juiz omissivo e indiferente aos objetivos da República. Uma vez estabelecido pela carta Magna os objetivos da República, incumbe a todos os Poderes empreender esforços neste sentido, vale dizer, concretizar a igualdade entre as partes, eliminar a pobreza e etc. Com efeito, o princípio da imparcialidade deve ser reinterpretado, no sentido de que se é necessário o afastamento do juiz a fim de que seja imparcial na solução do litígio, ao mesmo tempo se exige que sua atuação seja positiva no sentido de se eliminar as desigualdades sociais refletidas no processo e, assim, permitir a paridade de armas e a busca da verdade mais próxima possível da real. Há, portanto, duas vertentes do princípio da imparcialidade. A negativa, que deve ser evitada e representa justamente a leitura clássica do princípio e a positiva, que é a de efetivamente exigir do juiz uma atuação *proativa* na busca da verdade real. É inarredável observar que o próprio ordenamento jurídico prevê a atuação parcialmente positiva do juiz, de modo que não se deve confundir *parcialidade positiva do juiz* com *ativismo judicial*, uma vez que se preserva a concretude e a integridade do ordenamento.

Palavras-chave: Jurisdição. Princípios e objetivos constitucionais. Parcialidade positiva do juiz. Desigualdade processual.

VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. **Hypothesis of the positive bias of the judge in Brazilian positive law.** 2014. 93p. Thesis (MS in Negotiation Law: Contemporary Status: Corporate Relations and International Relations) - State University of Londrina, Londrina, 2014.

ABSTRACT

The classical conception of jurisdiction established, as essential to due process, the principle of the impartiality of the judge. However, the interpretation that lent itself to this principle not only distanced the judge from the parties, but also permitted a remiss and indifferent judge with respect to the objectives of the Republic. Given the objectives of the Republic established by the Magna Carta, it is incumbent on all Powers to undertake efforts in this direction, that is, achieving equality between the parties, eliminating poverty, etc. Indeed, the principle of impartiality should be reinterpreted, in the sense that if the distancing of the judge is necessary for impartial resolution of the dispute, at the same time, positive action is required of the judge in the sense of eliminating social inequalities reflected in the process; and thereby permitting the equality of arms and a search for the reality as near as possible to the truth. There are, therefore, two aspects of the principle of impartiality. The negative, which should be avoided and fairly represents the classical reading of the principle; and the positive, which is to effectively require a *proactive* role of the court in the search for the real truth. And it is inevitably observed that the legal system itself provides for the partially positive role of the judge, such that the *positive bias of the judge* should not be confused with *judicial activism*, as long as the integrity and solidity of the process is preserved.

Keywords: Judge's impartiality. Jurisdiction constitutional. Principles and objectives. Judge's partiality. Procedural inequality.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 JURISDIÇÃO | 11 |
| 1.1 CONCEPÇÃO DE CHIOVENDA..... | 13 |
| 1.2 CONCEPÇÃO DE CARNELUTTI..... | 15 |
| 1.3 CONCEPÇÃO DE CALAMANDREI | 17 |
| 1.4 CONCEPÇÃO DE LIEBMAN | 18 |
| 1.5 CONCEPÇÕES MODERNAS DA JURISDIÇÃO | 19 |
| 2 A JURISDIÇÃO E A SUA PERSPECTIVA DIANTE DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO | 28 |
| 2.1 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE | 31 |
| 2.2 PRESUNÇÃO DE PARCIALIDADE – IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL..... | 34 |
| 2.3 CARACTERÍSTICAS DA IMPARCIALIDADE..... | 36 |
| 3 A PARCIALIDADE POSITIVA | 39 |
| 3.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ | 46 |
| 3.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA PARCIALIDADE POSITVA DO JUIZ | 53 |
| 3.3 A PARCIALIDADE POSITIVA E O ATIVISMO JUDICIAL | 56 |
| 3.4 O INTERPRETE-JUIZ E A “RECONSTRUÇÃO DE SENTIDOS”..... | 58 |
| 3.5 O JUIZ COMO HERMENEUTA | 62 |
| 3.6 LIMITES FILOSÓFICOS DA PARCIALIDADE POSITIVA..... | 64 |
| 4. HIPÓTESES DA PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO | 69 |
| 4.1 A VISÃO GERAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR | 70 |
| 4.2 A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR | 73 |
| 4.3 A PARCIALIDADE POSITIVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ | 76 |

| | | |
|-----|--|-----------|
| 4.4 | A INICIATIVA PROBATÓRIA E O DEVER DE MOTIVAÇÃO..... | 80 |
| 4.5 | A PARCIALIDADE POSITVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO | 83 |
| | CONCLUSÃO | 87 |
| | REFERÊNCIAS..... | 90 |

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende descrever e compreender o papel da jurisdição na sociedade e a contribuição do Poder Judiciário na concretização dos objetivos da República, como a igualdade social, econômica e cultural. Descrever, como consectário lógico, o papel do juiz frente ao princípio da imparcialidade do juiz e a concretização desses objetivos, considerando a desigualdade refletida no processo judicial.

Descrever e analisar a concepção do princípio da imparcialidade do juiz no Estado Constitucional, a sua releitura proposta por Artur Cesar de Souza. Estabelecer a diferença entre a parcialidade negativa, considerada o objeto do conceito clássico do princípio da imparcialidade, e a parcialidade positiva como necessária à concretização dos objetivos da República.

Analisar a repercussão e detectar a previsão e os limites constitucionais da parcialidade positiva do juiz no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente e exemplificativamente no Código de Defesa do Consumidor, no Direito Processual do Trabalho e na Instrução Probatória consignada no Código de Processo Civil.

Inicialmente, parte-se das variadas concepções de Jurisdição e da ideia de *instrumentalidade do processo* que, segundo moderna doutrina, deve ser sempre *positiva*, no sentido de garantir a efetividade da jurisdição, tanto no escopo jurídico quanto social e político¹. Portanto, não bastaria analisar o processo apenas como *instrumento* de aplicação do direito material ao caso concreto (*instrumentalidade negativa*), mas como efetivo instrumento de realização da *jurisdição*.

Na medida em que o Poder Legislativo não cumpre o seu papel de legislar sobre aspectos relevantes capazes de tornar o *instrumento efetivo gerador da pacificação social*, vale dizer, não tem acompanhado tal evolução social, de modo que as desigualdades não apenas têm sido intensificadas como, em muitos casos, legitimadas, incumbe ao Poder Judiciário, dentro da concretude e integração do ordenamento jurídico, atuar de forma *pro-ativa* na interpretação e concretização dos princípios e garantias constitucionais ao caso concreto.

Com efeito, diante das tantas desigualdades e diante da ausência de normas ou comandos normativos efetivos, o Poder Judiciário, mais precisamente o juiz,

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 20. ed., 2011.

passou a figurar como protagonista do ideal de concretização dos direitos fundamentais e do alcance dos objetivos da República.

Ocorre que, no mais das vezes, esse protagonismo é exercido com base em valores abstratos ou leis formuladas axiologicamente e traduzidas em cláusulas gerais e normas vagas que acabam por autorizar o subjetivismo nas decisões, vale dizer, o juiz, de fato, passa a definir o sentido e o alcance da lei atribuindo-lhe o resultado que melhor lhe convier no caso concreto².

Uma série de questionamentos, entretanto, emerge desta constatação. Dentre estes, e de início, qual seria o papel da Jurisdição ou do Poder Judiciário em relação aos objetivos da República? Qual o papel do juiz na relação jurídica processual? Poderá o juiz assumir o protagonismo na concretização de direitos fundamentais e na extirpação das desigualdades sociais, culturais e econômicas refletidas na relação jurídica processual? E o princípio da imparcialidade, não impede o juiz de atuar pela concretização de tais direitos? Quais são os seus limites?

Não é o objetivo deste trabalho responder a todos esses questionamentos, entretanto, almeja-se descrever com acuidade o papel do juiz frente às desigualdades sociais, culturais e econômicas que se refletem na relação jurídica processual, a fim de permitir às partes a paridade de armas e, assim, proporcionar um processo judicial justo e equilibrado.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira³ não se pode confundir a imparcialidade do juiz com a neutralidade deste em relação ao litígio. A primeira consiste em não *inclin*ar a *balança* a uma das partes oportunizando a paridade de armas. A segunda revela indiferença frente ao êxito do pleito, um desinteresse pelo desfecho justo da lide.

Mas a questão é justamente identificar qual o limite da proatividade judicial. A parcialidade positiva do juiz é um aspecto do *ativismo judicial*? Até que ponto a parcialidade positiva do juiz é um agir subjetivo ou uma previsão legal? A Constituição Federal impõem limites a essa atuação?

Com efeito, a presente pesquisa científica visa aprofundar a análise e a repercussão do ativismo judicial na garantia constitucional de um processo justo e eficaz, através de métodos científicos e mediante ampla pesquisa bibliográfica.

² THEODORO Junior, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. Revista da EMERJ, v. 9, nº 35, 2006

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual*. 7. série. São Paulo : Saraiva, 2001. p. 29-30.

Será descrito como consectário lógico os fundamentos jurídicos e filosóficos da parcialidade positiva, sobretudo como elemento necessário à integração e coerência do direito. Destaca-se, desde já, que a parcialidade positiva do juiz não se insere no campo do ativismo judicial e não se assemelha ao *decisionismo* marcante em muitas das teorias do *neoprocessualismo*.

Com efeito, a atuação parcialmente positiva do juiz possui limites que igualmente serão traçados neste trabalho, como a fundamentação ou motivação das decisões, além de apontar no plano concreto, apenas a título de exemplo, as normas que permitem, autorizam e orienta o atuar parcialmente positivo do juiz.

1 JURISDIÇÃO

Não raro, tratar sobre quaisquer particularidades do processo e das partes nele envolvidas exige compreender as diversas concepções sobre Jurisdição. Afinal, o estudo do Direito Processual é dinâmico e a sua compreensão se dá justamente na análise de sua evolução histórica.

Em que pese o presente estudo não ter por objeto esgotar o tema da Jurisdição, muito menos transitar sobre as inúmeras celeumas que vigoram na doutrina, o panorama conceitual dará a base necessária para se compreender efetivamente o papel da magistratura frente aos desafios que lhe apresenta a sociedade multifacetada, desigual e globalizada.

De plano, imperioso assentar que a Jurisdição se revela como uma das funções ou atividades que emanam exclusivamente do poder inerente à soberania do Estado⁴. Assim como o são as funções *legislativa* e a *administrativa*.

Essa teoria tripartida dos poderes, “*como princípio de organização do Estado constitucional, é uma contribuição de Locke e Montesquieu*”⁵, conforme esclarece Paulo Banovides:

Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina da separação dos poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem.⁶

Importante destacar que não se olvida entendimentos no sentido de que a jurisdição não seja exclusivamente estatal. Há quem defenda a possibilidade do exercício jurisdicional através de meios alternativos de solução de conflitos, como é o caso da arbitragem, por exemplo. Entretanto, o presente estudo não adota esta teoria, reafirmando que a Jurisdição emana exclusivamente do Estado, única capaz de produzir decisões com força de coisa julgada.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 513.

⁵ BONAVIDES, op. cit, p. 45.

⁶ Ibidem, p. 49.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni⁷ afirma que não há prestação jurisdicional na atividade arbitral, tanto porque *a lei arbitral teve apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com as essências da jurisdição e da arbitragem.*

Para o autor, o fato de a lei de arbitragem afastar da análise do Poder Judiciário a decisão arbitral, não o torna um procedimento ou lhe empresta caráter jurisdicional, pois ainda que haja a previsão constitucional da inafastabilidade (CF, art. 5º, XXXV), é certo que se trata de um ato de vontade das partes perfeitamente admitido pelo ordenamento.

Voltando ao princípio da separação dos poderes, não há dúvida de que se revelou fundamental para a proteção dos direitos da liberdade, sobretudo porque contrapõe a monopolização do poder, característica do absolutismo. Logo, “*a filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade*”⁸.

Justamente na decomposição do poder, que malgrado tripartido se mantém uno⁹, é que se refuta o absolutismo. Pelo princípio da separação dos poderes, há fiscalização de um pelo outro, a chamada teoria da *check and balance* (freios e contrapesos).

A propósito, Montesquieu adverte:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos príncipes, ou dos nobres ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou querelas entre os particulares.¹⁰

Ainda na perspectiva sobre a relevância da função jurisdicional como garantia à liberdade, Montesquieu ressalta que “*tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo*”¹¹.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸ BONAVIDES, Do Estado Liberal ao Estado Social, 10. ed. Malheiros: SP, 2011, p. 45.

⁹ Eduardo Cambi explica que “*a jurisdição, enquanto função do Estado, nada mais é do que uma emanção da sua soberania. O poder do Estado é uno, sendo a jurisdição uma das três funções compreendidas nesse poder*” (Jurisdição no processo civil: uma visão crítica, 1. ed. (ano 2003) 7 tiragem. Juruá: Curitiba, 2008, p. 17).

¹⁰ MONTESQUIEU, C. S. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachoo. 2.ed., Martins Fontes: São Paulo, 1996, p. 168.

¹¹ *Id Ibid.*

Em resumo, a função jurisdicional emana exclusivamente do poder estatal e se revela característica indissociável dos modernos regimes democráticos de direito. Trata-se de uma função exclusiva e inerente do Estado, atuante por meio do Poder Judiciário, de maneira que não se admite, nem mesmo é possível, conceber o seu exercício por outros órgãos estatais ou não-estatais.

Admitida a jurisdição como poder estatal inerente ao Estado Democrático de Direito, convém destacar o seu conceito e principais características concebidos por clássicos doutrinadores, como Giuseppe Chiovenda, Enrico Túlio Liebman e Francesco Carnelutti, bem como traçar um singelo panorama de sua evolução e o seu papel na sociedade.

1.1 CONCEPÇÃO DE CHIOVENDA

Giuseppe Chiovenda definiu a jurisdição como função exclusiva do Estado e como atuação da vontade concreta da lei:

a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.¹²

Para o jurista italiano, a característica essencial de diferenciação para os demais poderes (legislativo e administrativo) é a *substituição*. Essencialmente porque diferenciar a jurisdição do legislativo não é demais penoso, na medida em que a este incumbe “*ditar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos*”, enquanto que para aquele será “*atuá-las*”¹³.

O contrário ocorre ao diferenciá-lo do poder *administrativo*.

Para Chiovenda há uma *incompatibilidade psicológica* entre o atuar administrativo e o jurisdicional. O primeiro tem como pressuposto o interesse do Estado, já o segundo é autônomo. Daí porque deve ser confiado a órgãos autônomos “*de modo que quem atua a lei não se deixa guiar senão do que se lhe afigura a vontade da lei, segundo a sua ciência e consciência*”. Chiovenda

¹² CHIOVENDA, op. cit., p. 511/512.

¹³ Ibidem, p. 515.

acrescenta, ainda, que esses órgãos devem ser *independentes* para impedir a intromissão da administração na justiça (justiça de gabinete) ¹⁴.

Justamente por isso que a *atividade de substituição* é essencial para a diferenciação entre os poderes na teoria de Chiovenda. Na jurisdição há substituição de uma atividade pública por uma atividade alheia.

Mais uma vez nas palavras de Guisepe Chiovenda:

[...] o juiz age atuando a lei; a administração age em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em sua mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta. E ainda: a administração é uma atividade primária ou originária; a jurisdição é uma atividade secundária ou coordenada¹⁵.

Pode-se afirmar que o administrador igualmente profere juízos de valor, entretanto, sobre atos por ele próprio praticados. O juiz, ao contrário, julga atos de terceiros, em substituição à parte.

Nota-se que Chiovenda adota a *teoria dualista da ação* que, em outras palavras, significa dizer que o direito material dita as regras abstratas, enquanto o direito processual se apresenta como mero instrumento de realização prática destas regras de forma concreta.

O direito processual, portanto, não cria o direito, mas apenas concretiza a vontade da norma abstrata de direito material. A toda evidência e como bem destaca Eduardo Cambi, trata-se de uma visão extremamente *legalista* da jurisdição, já que a sua sujeição está intimamente vinculada à lei¹⁶.

Vale dizer, a objetividade da lei é o que legitima o atuar do juiz. O fundamento de validade do exercício jurisdicional, para Chiovenda, é a aplicação exata e objetiva do ordenamento jurídico tal como derivado do legislador ao caso concreto.

E é justamente esta visão legalista chiovendiana da jurisdição que, salvo melhor juízo, está superada. Sobretudo porque o objetivo maior da jurisdição, como será melhor alinhavado adiante, é promover a *justa composição da lide* que, invariavelmente, transcende a mera subsunção do fato à norma.

O atuar do juiz, como se verá, é valorativo, axiológico. A hermenêutica jurídica vai além de uma interpretação gramatical, ela deve considerar a essência da

¹⁴ CHIOVENDA, op. cit., p. 517.

¹⁵ Ibidem, p. 521.

¹⁶ CAMBI, op. cit., p. 20.

lei em seu momento criativo, os princípios que a norteiam e o objetivo que pretende atingir.

Nas palavras de Eduardo Cambi “o momento da decisão de cada caso concreto é sempre uma instante valorativo, onde, através de um juízo axiológico, o juiz procura considerar a mens legis (espírito da lei) do momento de sua edição, em confronto com o momento em que a lei deve ser aplicada”¹⁷.

1.2 CONCEPÇÃO DE CARNELUTTI

Carnelutti difere essencialmente de Chiovenda. Enquanto este adere à teoria dualista, aquele trilha sua concepção de jurisdição pela teoria unitária.

Para Carnelutti, o direito processual serve ao direito material, assim como este serve aquele. O doutrinador, portanto, concebe o direito material como insuficiente para produzir direitos e obrigações. A *justa composição da lide*, portanto, depende de uma interação entre o direito material e o direito processual. Este como complemento daquele, já que é inconcebível admitir a regulação de todas as situações jurídicas possíveis.

A partir desse raciocínio, pode-se concluir que a “*sujeição à jurisdição não está condicionada à prévia existência da lei ou ao direito material*”¹⁸. Pelo contrário, a Jurisdição precede ao direito material e ao direito processual, muito embora a sua atuação se dê nos limites da jurisdição. Logo, o direito processual interfere na criação de direitos subjetivos e de obrigações tal como o direito material.

Luiz Guilherme Marinoni destaca:

Para Carnelutti a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adepta da teoria unitária e a segunda, da teoria dualista do ordenamento jurídico, sendo que essas teorias também são chamadas de constitutiva (unitária) e declaratória (dualista).¹⁹

¹⁷ CAMBI, op. cit., p. 21

¹⁸ Ibidem, p. 26

¹⁹ MARINONI, op. cit., p. 37.

Nesta concepção, o direito material é o abstrato que somente se concretiza por meio do direito processual. Não significa, de outro lado, que não exista “*direito fora do processo, uma vez que a lei produz efeitos – mesmo sem a intervenção do juiz – quando há a colaboração do particular*”²⁰, o que se pode chamar de *ação de direito material*.

A esse respeito Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que o direito material “*é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida*”²¹.

A ação de direito material, portanto, representa o direito de exigir, com as ressalvas da autotutela, o cumprimento de uma determinada obrigação sem se valer do processo judicial. Trata-se de “*exercício pessoal do direito [...] de ação em sentido material*” restrito ao “*campo das relações fáticas, na frase pré-processual. Falamos do agir do titular de um direito subjetivo*” que representa a faculdade do indivíduo fazer valer o seu próprio direito e fundado no direito objetivo²².

Feita esta breve consideração, é possível afirmar que a visão carneluttiana se concentra na efetividade do direito, tanto que “*a atividade jurisdicional não se reduz ao conteúdo do preceito legal, pois, quando este não é justo, o direito não consegue alcançar o seu fim*”²³.

Não basta, portanto, permitir o *acesso à justiça*, faz-se necessário o *acesso à ordem jurídica justa*²⁴. Não basta *uma decisão teoricamente justa*, senão em tempo razoável. Enfim, é preciso se preocupar com a “*força que faz mover*” a jurisdição²⁵, vale dizer, a *justa composição da lide*²⁶ e a sua efetividade.

²⁰ *Id Ibid.*

²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

²² PORTO, Sérgio Gilberto. *Sinergia Jurídica: processo e realização do direito*. Revista de Processo. Ano 38, vol. 215, jan/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45.

²³ CAMBI, op. cit. p. 27.

²⁴ “O pensamento acima reproduzido é revelador no sentido de destacar que o homem moderno, a sociedade moderna, não mais satisfazem sua querença por justiça tão-só porque formalmente estão à sua disposição os caminhos que conduzem ao foto. Evidencia-se a circunstância de que o acesso à jurisdição, ou a inafastabilidade do controle jurisdicional, estão presentes na qualidade da jurisdição que se presta, na proximidade entre o processo e o direito material, o primeiro como conduto ao segundo.

Há neste passo, evidente câmbio de enfoque, dado que a qualidade da jurisdição que se presta assume relevo cada vez maior quando o objeto de estudo é a inafastabilidade do controle jurisdicional”. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de Ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31/32.

²⁵ CARNELUTTI, f. *Direito Processual Civil e Pena*. V. 1, Camponas: Peritas, 2001, p. 113.

²⁶ *Ibidem*, p. 441.

Carnelutti não se preocupa apenas com a técnica processual, com o que, aliás, se ocupam os estudiosos, mas com as partes em foco, com a efetiva *pacificação social*.

O que se extrai da concepção de Carnelutti, portanto, é que o juiz, em sua visão, torna-se protagonista e não apenas parte no processo judicial. Trata-se, por essa análise, o responsável pelo desfecho da lide submetida à jurisdição. Tanto que o jurisconsulto chega a afirmar que os juízes deveriam ser escolhidos entre aqueles que se encontram no ponto mais alto da dignidade²⁷.

1.3 CONCEPÇÃO DE CALAMANDREI

Embora adepto da teoria unitária, assim como Carnelutti, Calamandrei enxerga a atividade do juiz como função subordinada ao legislador, vale dizer, como ato de declarar a lei no caso concreto.

Para Calamandrei, o Estado moderno reservou ao juiz a tarefa de aplicar as regras jurídicas gerais, já formuladas em abstrado pelo legislador, aos casos concretos. A tarefa do magistrado se constituiria em garantir e controlar *a posteriori*, nos casos a ele submetidos, a observância da vontade do Estado, manifestada *a priori* na lei.²⁸

A respeito da distinção entre as teorias de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, Marinoni afirma que:

[...] para a primeira, a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico, enquanto, para as demais, a jurisdição, apesar de não deixar de declarar a lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico [...]²⁹.

Nas palavras do próprio Calamandrei “*esta posterior atividade do Estado, direcionada a colocar em prática a coação ameaçada e a fazer efetiva a assistência prometida pelas leis, é a jurisdição*”³⁰.

²⁷ CARNELUTTI, op. cit., p. 113/114.

²⁸ CAMBI, op. cit., p. 37.

²⁹ Ibidem, p. 39.

³⁰ CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Trad. Luiz Abezia e Sandra Dima Fernandez Barbey. Campinas: Bookseller, 1999, vol. I, p. 107.

Para o doutrinador italiano a jurisdição é a garantia coercitiva do cumprimento da lei material abstrata. Intrinsecamente seria como se a norma possuísse força coercitiva dada pela jurisdição. A jurisdição tem por finalidade justamente assegurar que a lei produza os efeitos desejados na sua promulgação, ainda que violada, geraria os efeitos como se efetivamente fosse cumprida e respeitada voluntariamente.

A jurisdição, portanto, seria a garantia de efetividade do direito objetivo.

Essa concepção, como se vê, está baseada na autoridade. Justa ou injusta, a lei deve ser concretizada, efetivada e cumprida pelo jurisdicionado de forma objetiva.

Aliás, Marinoni afirma, citando Calamandrei, que *“a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponde à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida”*³¹.

É inarredável observar, neste aspecto, mais uma diferença essencial com a teoria de Carnelutti. O papel do juiz no atuar jurisdicional. Aqui a atividade do juiz está limitada pela ação proposta ao Estado-juiz. Vale dizer, ao juiz não compete à lide em suas questões sociológicas, mas apenas de uma porção destas questões delimitadas pela parte na ação.

Para Calamandrei, *“o que não foi objeto da ação não pode ser conhecido pelo juiz, não entra no processo e, por isso, é irrelevante para o direito processual”*³².

Enfim, é possível situar a doutrina de Calamandrei numa zona *grises* entre a doutrina de Chiovenda e Carnelutti. Embora afaste o conceito de jurisdição da legalidade, como ponderado por Chiovenda, não o faz ao ponto de Carnelutti, pois traça limites da lide, do pedido e da própria ideia de concretização e hierarquia a norma.

1.4 CONCEPÇÃO DE LIEBMAN

Em linhas gerais, Enrico Tulio Liebman não destoa das demais concepções já alinhavadas. Destaque merece a visão por ele disseminada de que a

³¹CALAMANDREI, Piero, *apud*, CAMBI, Eduardo. op. cit., p 39.

³² *Ibidem*, p. 43.

jurisdição não se exaure com a declaração do direito ou da lei. A rigor, a jurisdição possui duas direções: uma em que o juiz faz a subsunção do fato trazido pela parte à norma aplicável; e outra em que o juiz é responsável pelo efetivo cumprimento daquela norma no caso concreto.

Liebman, portanto, se preocupa com a satisfação do direito declarado. Tal como Calamandrei, a jurisdição está revestida de poder e de autoridade coercitiva para a satisfação do direito declarado.

Em suas palavras “*sempre que falte a observância espontânea é necessário identificar, declarar e dar atuação a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até mediante meios coercitivos*”³³.

É de Liebman o propalado conceito de que a sentença é o ato jurisdicional por excelência. O jurista entende que é por intermédio da jurisdição que “*o Estado cumpre, no processo de conhecimento, a função jurisdicional, fazendo justiça entre as partes e atuando a tutela jurídica*”³⁴.

Ponto comum em relação a outras concepções é que a função jurisdicional é um ato valorativo, um ‘*criterio di giudizio*’. Um exercício de interpretação dos fatos e do ordenamento, adequando este àqueles, com objetivo de fazer Justiça.

1.5 CONCEPÇÕES MODERNAS DA JURISDIÇÃO

Traçadas algumas das teorias mais relevantes e clássicas acerca da jurisdição é relevante apontar, também em linhas gerais, as concepções modernas da doutrina brasileira a esse respeito. Como pensam os doutrinadores o papel da jurisdição frente aos conflitos de interesse e, na mesma linha, qual o papel do juiz neste contexto.

³³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Trad. Candido Rangel Dinamarco. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 19.

³⁴ CAMBI, op. cit., p. 88.

Neste cenário, destaca-se Candido Rangel Dinamarco que repudia o conceito de jurisdição a partir da ação. Entende que essa visão é *individualista* e que o sistema jurídico-político hodierno é marcado pelo publicismo.

Em suas palavras, “*mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus*”³⁵, de tal modo que o juiz não estaria vinculado apenas e tão somente à porção sociológica delimitada pelas partes na lide, mas à concretização da

[...] pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei [...]³⁶.

Para o jurista o estudo processual deve ir além de uma visão interna do processo, como sistema fechado e auto-suficiente. Há que se debruçar numa perspectiva externa, na qual “*exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores*”³⁷.

Com Antonio Carlos de Araujo Cintra e Ada Pellegrini Grinover, Dinamarco afirma que:

A jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).³⁸

Não obstante a sentença criar o direito ou fazer a lei entre as partes é certo que produz efeitos em toda a sociedade. De uma maneira ou de outra, concretiza objetivos traçados pela Constituição da República, como a liberdade, por exemplo.

³⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90/91.

³⁶ Ibidem, p. 91.

³⁷ Ibidem, p. 91.

³⁸ CINTRA, op. cit., 139.

A pacificação do conflito havido entre as partes do processo mediante a aplicação do ordenamento jurídico e seu efetivo cumprimento, interessa a toda a sociedade e não apenas àquela relação jurídica.

Para Dinamarco, tudo o quanto se refira ao sistema processual, limitações, condicionamentos, condutas exigidas, permitidas ou reprimidas ao juiz, enfim, tudo aquilo que possa “*projetar reflexos no modo como ele atua na vida em sociedade há de ser coordenado com vista aos objetivos conhecidos e conscientemente delineados. A técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos sociais*”³⁹.

O objetivo do atuar a Jurisdição tornou-se essencial para Dinamarco. Os escopos do processo jurisdicional traçados por ele em sua doutrina se tornaram quase unanimidade em toda a doutrina brasileira. A respeito da finalidade da Jurisdição, ou de seus escopos, Dinamarco identificou, ente outros, os sociais e os políticos, além do meramente jurídico da jurisdição.

Analisando esta concepção como significativa evolução, Sérgio Alves Gomes comenta:

Tal avanço corresponde a uma nova visão que contempla a jurisdição não apenas como um poder destinado a resolver conflitos entre as partes envolvidas em determinada relação processual e capaz de pacificar os ânimos dos litigantes, mas que vê também o papel político que o poder jurisdicional é chamado a desempenhar no contexto da sociedade em que atua, ao legitimar-se por meio da solução de tais conflitos e ao servir de instrumento para evitar a explosão da violência incontrolável no meio social.⁴⁰

Os escopos sociais compreendem o fim maior da jurisdição. Aquilo que Dinamarco definiu como espoco metajurídico: a paz social⁴¹.

Em resumo, a jurisdição tem por finalidade maior a pacificação dos conflitos mediante critérios justos. Além disso, trata da conscientização dos membros da sociedade para seus direitos e obrigações, numa perspectiva de acesso à justiça.

Os escopos políticos, por sua vez, estão relacionados invariavelmente ao Poder Estatal, o caráter coercitivo de suas decisões, garantindo a liberdade e a

³⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 179.

⁴⁰ GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 53/54.

⁴¹ Ibidem, p. 184.

participação do jurisdicionado no Poder. Revela, por assim dizer, o controle das relações, ou melhor, o relacionamento entre o Estado e a sociedade por meio da atividade jurisdicional.

A concepção teleológica de Dinamarco é relevante, principalmente, para apontar o que adiante será melhor analisado acerca da função jurisdicional exercida pelo juiz.

Sentenciar não significa apenas conformar a norma ao fato concreto, tampouco investigar a essência da norma em sua criação ou o contexto social no qual foi editada. Sentenciar significa, além de tudo, analisar todas as perspectivas envolvidas, principalmente as consequências sociais e políticas inarredáveis refletidas na relação jurídica processual.

Além de Dinamarco, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero sintetizam a mais adequada concepção de jurisdição para os tempos atuais. É a concepção, aliás, adotada neste trabalho e que permite compreender, efetivamente, o papel do juiz na solução dos conflitos submetidos à jurisdição.

A Jurisdição não deve estar circunscrita àqueles conceitos clássicos. A leitura que se faz da Jurisdição em tempos atuais e os desafios que a ela são propostos não autorizam a inércia, no sentido de indiferença.

Não se admite um juiz “boca da lei” que se abstém de uma atividade intelectual, caracterizada pela figura de juiz atuante como mero instrumento de subsunção dos fatos à norma. Tão pouco se admite um juiz alienado dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, das consequências de suas decisões para as partes e para a sociedade.

Para os juristas que desenvolveram a concepção ora analisada, a Jurisdição é poder ou uma das manifestações do poder estatal que emana do povo canalizado no Estado, cujo exercício se leva a cabo por meio da função judiciária:

A jurisdicionalidade de um ato é aferida na medida em que é fruto de um órgão estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem imparcialidade e independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado o seu pronunciamento de irrevisibilidade externa⁴².

⁴² OLIVEIRA, Álvaro de. Curso de processo civil: vol. 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil / Álvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

Acompanhados por outros doutrinadores, como Ovídio Araujo Baptista da Silva, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, estabelecem que duas são as características essenciais da jurisdição: a *estatalidade do órgão* e a *imparcialidade*.

A primeira característica essencial decorre do fato de que é justamente dos órgãos estatais que emana o poder inerente à jurisdição. A segunda característica essencial é proveniente da obrigatória inexistência de interesses “pessoais” do julgador.

Mas o ponto nodal da concepção desses doutrinadores e que parece sintetizar a essência da Jurisdição nestes tempos desafiadores é de que “a *jurisdição aplica o direito, não aplica tão somente a lei*”⁴³. Vale dizer, há um contexto social refletido no litígio, resultado de uma história longa e complexa, de maneira que a decisão justa deve levar em conta tais fatores. Tanto porque “o *direito é um círculo maior a ultrapassar a mera regra da lei*”⁴⁴.

Para compreender o quanto se está a expor, imperioso diferenciar Estado Legislativo de Estado Constitucional.

Álvaro de Oliveira traça um paralelo entre esses Estados. No Legislativo, em que emergiu o atual Código de Processo Civil, o caráter de substitutividade representa ou pressupõe um ordenamento jurídico pleno. Todas as situações possíveis estão previstas no ordenamento. Entendimento arraigado no conceito clássico da Jurisdição, como visto.

Seria desnecessária, portanto, a atividade intelectual do juiz. Basta tão somente subsumir a norma ao caso concreto.

Em essência, a jurisdição, no Estado Legislativo, é vista como “*atividade plenamente vinculada à lei (art. 126), entendida essa última como expressão da vontade geral, integrada em um ordenamento jurídico pleno*”⁴⁵.

A abstração e a generalidade das leis concebidas pelo Estado Legislativo pressupõem algo absolutamente equivocado: a igualdade entre as pessoas.

Diz-se equivocado porque é notória a diversidade cultural, social, econômica entre os jurisdicionados. Indubitavelmente, a generalidade da lei perde o seu foco, atinge lugar nenhum, principalmente em uma sociedade multifacetária e

⁴³ OLIVEIRA, op. cit. p. 128.

⁴⁴ Ibidem, p. 283.

⁴⁵ Ibidem, p. 126.

globalizada, sem se esquecer das sociedades de países de modernidade tardia, como a brasileira, marcada pela desigualdade econômica e educacional.

Luiz Guilherme Marinoni explica que:

A lei genérica ou universal, assim como a sua abstração ou eficácia temporal ilimitada, somente seriam possíveis em uma sociedade formada por iguais – o que é utópico -, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, baseando-se na premissa de que essa somente seria garantida se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente das suas desigualdades concretas. Lembre-se que, para acabar com os privilégios, típicos do antigo regime, o Estado liberal resolveu tratar todos de forma igual perante a lei⁴⁶.

O problema do Estado Legislativo, em nosso sentir, é que se a lei é ‘igual para todos’ sem estabelecer diferenças sociais ou econômicas, por exemplo, é vedado ao juiz interpretá-la a partir dessas diferentes considerações.

Fato é que ‘grupos diferenciados’ de pessoas passaram a exigir e pressionar o parlamento a fim de criarem leis específicas e voltadas às suas diferenças. Exemplo disso foram os sindicatos, os profissionais liberais e órgãos de classe, enfim, pessoas que buscaram regular suas particularidades.

Infelizmente, esse movimento gerou conflitos de interesses transmutando a vontade política em vontade dos *lobbies*. Nesses casos, evidentemente, não há real e abrangente vontade de constituição.

As consequências são “*desprezo de direitos básicos e indisponíveis, por parte dos grupos de pressão*” que por sua vez geram “*cada dia mais leis complexas e obtusas, fruto de ajustes e compromissos entre os poderes sociais em disputa*”⁴⁷.

A respeito dos *lobbies* citados, ou também chamados *grupos de pressão*, importa destacar que não se trata de uma característica intrínseca brasileira, mas também americana. E não só atuam no Poder Legislativo como no Poder Judiciário, como acentua Julianna S. Gonenm da Universidade Estadual de Ohio, nos EUA: “*Courts are no longer, or perhaps never have been, outside of the policy process but more typically now constitute just another (often inevitable) stage in the highly iterative process of policy formation*”⁴⁸.

⁴⁶ MARINONI, op. cit., p. 40.

⁴⁷ Ibidem, p. 41.

⁴⁸ Em tradução livre: Os Tribunais não são mais, ou talvez nunca estiveram, fora do processo político, mas mais especificamente agora constituem apenas uma etapa (muitas vezes inevitável) no processo altamente interativo de formação política. GONEN, Julianna S. “Litigation as Lobbying : reproductive

Não obstante o nosso regime eleitoral se basear em ideologias partidárias, é certo que os *grupos de pressão* adquiriram papel importante na construção e interpretação do ordenamento jurídico⁴⁹.

Os interesses ou a pressão pela concretização dos interesses de uma determinada classe dominante, inegavelmente, conduz à formação da ordem jurídica, não apenas na conformação do direito positivo, mas igualmente na construção da jurisprudência.

Não se pode negar que o discurso jurídico, de uma maneira geral, está intimamente ligado à ideologia mais evidenciada num dado momento histórico. Basta uma análise do momento histórico em que se deu o aparecimento de determinado ordenamento jurídico para se constatar a falta de *neutralidade do direito*, principalmente do direito positivo de determinado Estado. A influência dos interesses escusos ou não de eventual classe dominante conduz à realização e efetivação da 'ordem jurídica.

[...]

O direito, como resultado de um dado momento histórico, representa de certa forma os interesses de uma dada formação social que "(...) manipula os instrumentos normativos e políticos necessários à manutenção de um padrão específico de manipulação.

Na verdade: "Direito e político são duas caras da mesma moeda: toda argumentação jurídica implica numa linha política determinada"⁵⁰.

O cenário é multifacetado e as leis têm conteúdo que obstaculizam a concretização de direitos fundamentais. Aplicar a lei, em mera subsunção, portanto, não é aplicar o Direito, não fazer ou concretizar a Justiça e, acima de tudo, compreender a sua finalidade mesmo diante desse processo de 'politização' da decisão judicial.

Ora, se "*o direito é um círculo maior a ultrapassar a mera regra da lei*"⁵¹, torna-se evidente que tal exercício exige muito mais do juiz. É preciso um trabalho intelectual, "um procedimento discursivamente justificado", embasado, sobretudo no justo e equo.

É preciso deixar absolutamente claro e indene de dúvidas de que não se está a autorizar ao juiz julgar de acordo com suas convicções pessoais. Não se trata

Hazards and Interest Aggregation". The Ohio State University : Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2003.

⁴⁹ Neste sentido observar a doutrina estrangeira de GONEN, Julianna S. "Litigation as Lobbying : reproductive Hazards and Interest Aggregation". The Ohio State University : Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2003.

⁵⁰ SOUZA, Artur Cesar de. A decisão do juiz e a influência da mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 261.

⁵¹ OLIVEIRA, Álvaro. Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, nº 26.5, p. 283.

de autorizar a *criação do direito pelo juiz*, de um *solipsismo*. Trata-se, apenas, de uma tarefa de reconstrução de sentidos à ordem jurídica.

O juiz não fundamenta sua decisão em algo pessoal, subjetivo, mas em algo já constante no ordenamento jurídico, no direito, portanto.

Álvaro de Oliveira assim adverte que “a tarefa do juiz no Estado Constitucional coloca-se como uma atividade de reconstrução da ordem jurídica. Não se trata, propriamente, de atividade criativa. A jurisdição não cria *ex novo*, mas recria – há uma reconstrução a partir de elementos já constantes dentro do sistema jurídico”⁵².

O Estado Constitucional rechaça o juiz inerte e exige um juiz hermeneuta, ativo, cômico do papel que desempenha e, acima de tudo, das desigualdades entre as partes. Exige um juiz que estabeleça a paridade de armas no caso concreto a ele submetido. Um juiz que busque, a partir de sua decisão, concretizar os direitos fundamentais erigidos à Constituição.

Em outras palavras, exige-se do juiz que reconstrua os sentidos do texto normativo a partir da realidade em que é desafiado, sempre com fundamento no próprio ordenamento jurídico já estabelecido, pois “a obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas sim a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”⁵³.

A respeito desta obrigação do magistrado, vale dizer, de concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição vem a calhar a doutrina de Michele Taruffo, citado por Edilton Meireles:

A Constituição brasileira ao atribuir ao juiz o poder de assegurar a realização dos direitos fundamentais – ante a ausência de normas legais ordinárias que os prevejam – não quer mais do que atribuir à jurisdição uma função supletória em relação aos outros poderes do Estado, precisamente com o fim de assegurar que os direitos fundamentais cheguem a se realizar⁵⁴.

Em que pese não seja o objeto do presente trabalho tratar a fundo a jurisdição, mas apenas fixar um marco teórico que embasa o atuar do juiz no Estado Constitucional, imperioso ponderar que a ideia de concretização de direitos

⁵² OLIVEIRA, op., cit. p. 129

⁵³ Ibidem, p. 129

⁵⁴ TARUFFO, Michele apud MEIRELES, Edilton. Limites da Jurisdição e a efetividade dos direitos subjetivos constitucionais. Revista de Processo. Ano 38, vol., 238, set/2013; São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 368.

fundamentais passa por uma releitura do princípio da divisão dos poderes tal como concebida por Montesquieu e brevemente tratado em linhas anteriores.

Essencialmente porque na concepção de Estado Constitucional há clara tensão entre o *legislativo* e a *jurisdição*. O primeiro representando a *vontade geral (majoritária)* e a segunda representando os *freios da vontade geral (contramajoritária)*⁵⁵.

A legitimação do atuar da jurisdição como “*função supletória em relação aos outros poderes do Estado*” para o fim de concretizar direitos fundamentais, reside na própria concepção de que os poderes se inter-relacionam e são harmoniosos entre si. Na omissão de um dos poderes, é legítimo, em caráter subsidiário, o Poder Judiciário implementar a missão do Estado.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck:

Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar desta discussão - traz à baila a questão da legitimidade do poder judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão⁵⁶.

Em face do objetivo comum, vale dizer, a concretização dos direitos fundamentais, o princípio da separação dos poderes deve abandonar as expressões impróprias que lhe foram agregadas ao longo do tempo, como *separação* e *divisão* e substituídas por outras que melhor representam suas atividades, como *distinção*, *coordenação* e *colaboração*⁵⁷.

O importante, em suma, é retratar o caráter de integração que deve estrelar as funções legislativas, judiciárias e administrativas, ainda mais diante do vastíssimo objeto social do Estado.

⁵⁵ A propósito, Lenio L. Streck afirma que a regra contramajoritária vai além de estabelecer limites formais às maiorias eventuais – como dito linhas anteriores. Para o jurista gaúcho “ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição”. Em outras palavras, é o núcleo duro de garantias do cidadão contra o Estado. Sem a regra contramajoritária, afirma Streck citando Rousseau, estaríamos em submetidos à uma ditadura das maiorias, ensejando, não raro, em retrocesso social. Verdade e Consenso. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 22.

⁵⁶ STRECK, op. cit., p. 25/26.

⁵⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 73.

2 A JURISDIÇÃO E A SUA PERSPECTIVA DIANTE DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Do que já restou alinhavado, é possível dizer que a Jurisdição é um poder estatal (estatalidade). Um poder que em coordenação ou cooperação com os outros poderes concebidos por Montesquieu (administrativo e legislativo) objetiva a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, alicerçada em direitos fundamentais.

Com efeito, nota-se que a divisão dos poderes não enseja no isolamento de um pelo outro. Muito menos no enfraquecimento mútuo. Pelo contrário, a divisão dos poderes do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida como elemento de contenção do absolutismo e, ao mesmo tempo, estruturante em favor do objetivo comum.

Em outras palavras, os poderes se caracterizam por uma relação de *integração ou complementaridade*, numa relevante divisão de tarefas, “*por modo que a antiga postura monopolizadora ou exclusivista se possa resolver numa lógica de preponderância, ou seja, pela ordem*” os poderes “*têm a seus cargos, principal e respectivamente, a nomogênese, a administração pública, a composição dos conflitos*”⁵⁸.

Fredie Diddier Jr, aliás, afirma que hoje não se pode interpretar a cláusula da separação dos poderes tal como se fazia há 200 anos, dada a “*valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas*”⁵⁹.

Nesta perspectiva de jurisdição, portanto, é inarredável concluir pela *força normativa da constituição*, concebida pela doutrina alemã. Afinal, o rol de direitos fundamentais previsto na Constituição de um Estado Democrático de Direito não pode ser visto como mera *carta de intenções*.

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 292.

⁵⁹ DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil. 12. ed. Salvador, Jus Podivm, 2010, v. I, p. 83

Edilton Meireles acentua que tal como qualquer norma inferior a Constituição estabelece direitos e obrigações. Segundo ele, dela decorrem direitos subjetivos e obrigações⁶⁰.

A força normativa da constituição exige, portanto, a concretização dos direitos fundamentais por meio da prestação jurisdicional no caso concreto, sobretudo no trabalho intelectual do juiz de relação entre *realidade (fatos) e a norma constitucional*.

Streck lembra que a força normativa da Constituição “sempre teve uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos direitos fundamentais sociais previstos na Lei Maior”⁶¹.

A norma constitucional não se desenvolveria e muito menos teria vigência caso não estivesse em sintonia com os valores culturais, sociais, políticos e econômicos da sociedade. Afinal, a essência da Constituição reside na sua vigência, ou seja, “*a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade*”⁶².

Eduardo Cambi acrescenta:

Aliás, se a realidade social está em constante movimento, a interpretação do direito não pode se restringir a uma operação silogística entre o texto da lei e as circunstâncias do caso concreto, mas ser um processo de contínua adaptação das regras e dos princípios, contidos no sistema jurídico, com aquilo que existe de efetivamente e as complexidades que ela apresenta, em determinado momento histórico, social, econômico e cultural. É possível retirar essa *força normativa* da Constituição Federal de 1988, que, tendo contemplado os valores mais caros à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, permite a construção de método interpretativo que possibilita a releitura do direito infraconstitucional à luz da Lei Fundamental⁶³.

A norma constitucional, portanto, tem a sua *força motriz* ou como afirma Konrad Hesse, sua “*força vital ou germe*”, na própria realidade cultural, social, política e econômica de uma nação. Tanto porque uma “*disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se*”⁶⁴.

Dado o seu caráter de racionalidade frente à realidade, baseado no intuito de construir a sociedade desejada e projetada pela nação, não bastaria, é claro, a

⁶⁰ MEIRELES, op. cit. p. 364.

⁶¹ STRECK, op. cit., p. 23.

⁶² HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

⁶³ CAMBI, op. cit., p. 104.

⁶⁴ HESSE, op. cit., p. 18.

mera relação de identidade entre a realidade e à norma constitucional. É imperioso que esta oriente aquela.

Mais do que isso, é preciso que o Estado-juiz, ao prolatar uma sanção não perca de vista o caráter admonitório de uma condenação, por exemplo. Nas palavras de Hesse “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas” ⁶⁵. Fazendo uso das palavras de Lênio Streck, a Constituição deve constituir-a-ação.

Em resumo, quanto mais a norma constitucional corresponder ao contexto social da nação mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa, sobretudo se esse conteúdo da norma for efetivamente praticado pela sociedade.

O papel do juiz, portanto, ganha especial importância no Estado Constitucional. O trabalho intelectual de subsunção do fato à norma, do trabalho valorativo de ambos, a compreensão dos preceitos constitucionais no panorama daquele caso concreto submetido à jurisdição, é que legitimará a sentença a ser prolatada.

A propósito, veja que a Constituição estabelece como objetivo fundamental da República: “*reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (art. 3º, III).

Logo, uma decisão judicial deve levar em consideração as diferenças sociais que deságuam numa dada relação jurídica e promover, face à força normativa da constituição e baseada no ordenamento jurídico, a redução da desigualdade e proporcionar a paridade de armas, a fim de que o processo e a decisão final seja justa e, porque não dizer, constitucional.

E se o Estado-juiz ganha significativa relevância nesse cenário, sobressai outra característica da Jurisdição que foi concebida à quase unanimidade pelos doutrinadores citados: a imparcialidade.

Afinal, somente um Estado-Juiz imparcial, livre de motivações pessoais ou de interesses relacionados, poderia equalizar as partes, alcançar o ideal de Justiça pretendido pela sociedade e mais ainda pela própria Constituição.

Com efeito, é importante observar, desde logo, que embora a imparcialidade do juiz signifique que este “*se mantém numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse tutelado*” ⁶⁶, não será

⁶⁵ Ibidem, p. 19.

⁶⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria Geral do processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

estranho à desigualdade social que afeta a paridade de condições materiais e processuais e não será inerte, neutro ou apático na condução do processo, principalmente na instrução processual.

Tanto porque “há muito tempo já perdeu atualidade o perfil de um Judiciário neutro e desengajado, como um dia fora concebido por Montesquieu, em nome de uma rígida separação entre os Poderes”⁶⁷. Repita-se, a Jurisdição não deve ser apática ou leniente, porquanto também a ela, enquanto poder estatal incumbe a concretização dos objetivos da República e dos direitos fundamentais.

A constituição exige que a tutela jurisdicional tenha uma atuação de dignidade constitucional, convergida para a promoção e concretização dos direitos fundamentais, o que põe de lado a teoria clássica da separação rígida dos poderes e a o conceito clássico de Jurisdição, ao menos em certa medida.

2.1 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

O Iluminismo foi o período que marcou a ruptura do Poder do Monarca, baseado no Estado Natural. A partir do “século das luzes”, houve a concepção do Poder Tripartido e, portanto, a ideia de um Poder Jurisdicional, apartado do Poder Legislador.

Para Montesquieu embora a decisão judicial devesse se ajustar à lei, deveria igualmente emanar de um terceiro àquela relação jurídica em litígio. Essa ideia de distanciamento da decisão judicial em relação às partes, ou melhor, de neutralidade do julgador é, sem dúvida, uma das contribuições mais importantes do pensamento iluminista para a solução dos conflitos.

Em que pese antes desse período já se concebesse, em alguns países, a ideia de um terceiro julgador *independente*, como lembra Artur Cesar de Souza⁶⁸:

Cabe ressaltar que, apesar de sua importância, a nota de *imparcialidade* não foi uma das mais destacadas no final do século XVIII.

A *independência* do Poder Judiciário resultou num princípio muito mais enfático em diversos documentos constitucionais do período, bem como no contexto da doutrina mais autorizada. Na Inglaterra, por exemplo, a

⁶⁷ MANCUSO, op. cit., p. 294.

⁶⁸ SOUZA, op. cit., p. 40/41.

independência dos juizes já estava expressamente consignada na *Acta de establecimiento* de 1701, permitindo, assim, a supremacia da lei no sistema britânico.

O princípio da imparcialidade, portanto, é fundamental e inseparável da Jurisdição, é condição de validade do processo justo. Em linhas gerais, significa dizer que a sua presença no ato de julgar revela, com o perdão do pleonasma, ausência de *sentimentos de vingança, de ódio*, enfim ausência da odiosa parcialidade subjetiva.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, a imparcialidade do juiz “é uma garantia de justiça para as partes”. Tanto por isso que às partes é dado o direito de exigir um juiz imparcial e, de outro lado, é dever do Estado “que reservou para si o exercício da função jurisdicional” o correspondente “dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas”⁶⁹.

A imparcialidade é garantia contra os *Tribunais de Exceção*, porquanto o *juiz natural*, contraponto daqueles, só pode ser exercido por quem efetivamente foi investido pela jurisdição.

Aliás, Nelson Nery Junior é enfático ao afirmar a relação entre os postulados constitucionais do *juiz natural* e da imparcialidade. Precisamente, afirma que aquele é garantia deste. A sua doutrina estabelece uma característica tridimensional à garantia do juiz natural:

Significa dizer: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial.⁷⁰

Exatamente por isso que o princípio da imparcialidade do juiz é uma garantia mundialmente reconhecida como fundamental à dignidade do homem.

Com efeito, além de condição de validade do processo, a imparcialidade do juiz representa, ou ao menos pressupõe, um processo ético e justo.

Organizações internacionais o prevêm em seus estatutos. Exemplo clássico é o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que preceitua:

[...] toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial,

⁶⁹ CINTRA, op. cit. p. 54.

⁷⁰ NERY JR., op.cit., p. 130.

para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ele em matéria penal [...] ⁷¹.

Em que pese a Constituição brasileira não mencionar expressamente a garantia do princípio da imparcialidade, o faz em relação ao *juiz natural* e, de outro lado, nos termos do §2º do art. 5º, recepciona outros direitos e garantias não previstos na Carta da República, mas decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Souza lembra que esse dispositivo “*permite afirmar que ao lado de uma série de direitos fundamentais exteriorizados como tais há outros direitos e garantias ocultos ou pelo menos não expressamente nominados no art. 5º da Constituição Federal*” ⁷², como ocorre exatamente no caso da *imparcialidade*.

Não bastasse isso, a Constituição oferece aos juízes garantias que lhe permitem agir de forma imparcial, outorgando total independência em relação a fatores que poderiam influenciá-lo, ainda que psicologicamente, a realizar o seu mister. Trata-se das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, como prevê o art. 95 da Constituição Federal.

A imparcialidade, portanto, possui dupla característica: direito fundamental e princípio geral constitucional informativo do Poder Judiciário.

Pode ser visto como princípio porque decorre essencialmente da jurisdição ou como elemento estruturante do Poder Judiciário. É geral porque transcende o ordenamento jurídico. É de direito porque não se trata de regra moral, mas de aplicação no mundo jurídico ⁷³.

Inclusive na legislação infraconstitucional, como no Código de Processo Civil, emerge a garantia da imparcialidade. São os fatos que tornam o juiz suspeito ou impedido de atuar em determinado caso concreto, nos termos dos artigos 134 e 135 do referido Diploma Processual ⁷⁴.

⁷¹ Além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a garantia da imparcialidade está prevista igualmente na Declaração Americana dos Direitos do Homem (art. 26, 2), Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1), Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14, I), Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6, 1).

⁷² SOUZA, pp. cit., p. 55

⁷³ SOUZA, op. cit., p. 59.

⁷⁴ Art.134 - É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte;

2.2 PRESUNÇÃO DE PARCIALIDADE – IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Em que pese o impedimento e a suspeição ensejam em *presunção de parcialidade* do juiz e, portanto, buscam preservar o princípio geral da imparcialidade, é preciso distingui-las.

Basicamente, o impedimento revela uma relação entre o juiz e o objeto da lide, enquanto que a suspeição entre o juiz e as partes. O impedimento se dá de forma objetiva, já a suspeição é de caráter subjetivo.

As hipóteses de impedimento estão previstas no art. 134 do Código de Processo Civil. As de suspeição no art. 135 do mesmo diploma processual.

Com efeito, é natural concluir que as hipóteses de impedimento são concretas e fáceis de serem identificadas no caso concreto e igualmente previstas pelo legislador. Enquanto que, de outro lado, a suspeição revela dificuldades de identificação, previsão e aplicação. Trata-se de conteúdo subjetivo, muito mais ligado ao caráter ético do magistrado.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, arrematou em julgamento proferido nos autos de Recurso Especial nº 582.692, oriundo do Estado de São Paulo e publicado em 20/05/2010, que “*a suspeição importa alijamento do magistrado de seu mister jurisdicional, envolvendo matéria de ordem moral de alta relevância*”.

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Art. 135 - Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dadas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único - Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Ainda a respeito da suspeição, verifica-se que todas as hipóteses descritas no art. 135 do CPC, referem-se à eventual interesse do juiz. O inciso V do comando normativo, aliás, o traz de forma expressa.

A doutrina de Nelson Nery Junior esclarece o que se deve entender sobre o termo “*interesse*” incluído no inciso V do art. 135 do CPC: “*o interesse referido no CPC 135 V é o próprio e direto, isto é interesse que possa transformá-lo em verdadeira parte processual*”⁷⁵.

O interesse, portanto, pode ter natureza *econômica* ou *jurídica Stricto sensu*. No primeiro caso “*a promessa feita ao juiz, sem forma juridicamente vinculante, de vender-lhe o bem objeto da ação*”. No segundo, quando o objeto da lide possa repercutir no mundo jurídico do juiz, como é o caso “*do garante, do fiador, do coobrigado*”⁷⁶.

A toda evidência, é impossível prever todos os casos de suspeição. Logo, é possível afirmar que o rol do art. 135 do CPC é exemplificativo, em que pese a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posicionar em sentido contrário, o que não nos parece, salvo melhor juízo, o melhor entendimento.

Significar dizer, segundo o que se entende, é que outras situações não previstas podem ser ali incluídas no caso concreto, inclusive para preservar e garantir o princípio geral constitucional da imparcialidade. Mais do que isso, garantir um resultado justo e equo.

De outro lado, a doutrina e a jurisprudência já pacificaram alguns casos que *não* configuram suspeição e, portanto, não violadores do princípio geral da imparcialidade, como sintetizado por Nelson Nery Júnior:

No processo civil, a norma do CPC 135 V não incide, por exemplo, nos casos em que o juiz: a) é membro de uma determinada religião ou seita religiosa; b) é membro de determinada agremiação cultural, social ou esportiva; c) adota determinada linha de pensamento político, filosófico ou ideológico; d) é partidário de determinada corrente doutrinária ou jurisprudência, majoritária ou minoritária; e) requisitou instauração de inquérito civil (LACP 9º) ou policial contra uma das partes (CPP 40); f) julgou ação penal contra uma das partes; g) decidiu contrariamente á parte, em ação anterior, ainda que semelhante (mesma causa de pedir ou pedido); h) teve sua decisão ou sentença anulada ou reformada no mesmo processo; i) exteriorizou opinião científica sobre matérias ou teses jurídicas, em entrevistas, artigos, dissertação de mestrado, teses de doutorado, livre-

⁷⁵ NERY Jr., op. cit., p 138.

⁷⁶ Ibidem, p. 138.

docência e de professor titular, livros etc., matérias essas que estão sendo discutidas na causa⁷⁷.

Exatamente neste contexto é que se desenrola o presente trabalho, com o intuito de aprofundar o exame e a descrição do princípio geral da imparcialidade sob o enfoque subjetivo. Entender e identificar até que ponto o magistrado deve se abster de atuar ou de julgar determinado caso concreto e, ao mesmo tempo, cumprir o seu papel jurisdicional de concretização de direitos fundamentais constitucionais.

2.2 CARACTERÍSTICAS DA IMPARCIALIDADE

Enrico Tulio Liebman é considerado árduo defensor da imparcialidade. Sua concepção do instituto, aliás, é seguida inclusive por grande parte da doutrina brasileira. Para o jurista italiano, o princípio da imparcialidade exige que o juiz seja “*completamente estranho aos interesses que ali estão em jogo, não sendo ligado às partes por especiais relações pessoais*”⁷⁸.

Embora complexa a definição do princípio da imparcialidade, podemos dividi-la sob a perspectiva *objetiva* e *subjetiva*. A primeira, de raiz objetiva, elimina a segunda e significa que o juiz deve atuar no processo sem se deixar influenciar pela subjetividade, vale dizer, por suas impressões pessoais.

Logo, a imparcialidade do juiz exige que, ao conduzir o processo e ao decidi-lo, deverá fazê-lo segundo critérios objetivos de raciocínio estritamente jurídico, afastando-se, o mais possível, de suas particularidades subjetivas, de sua própria consciência, sob pena de ferimento do “*princípio democrático*”⁷⁹.

Decidir de forma subjetiva é escolher. Não é decidir de forma justa. A Decisão pressupõe objetividade, raciocínio lógico-jurídico. Lenio Luiz Streck explica com clareza essa diferença:

É preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades*

⁷⁷ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 138

⁷⁸ LIEBMAN, op. cit., p. 113.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 107.

possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância⁸⁰.

Significa dizer, a escolha é sempre parcial⁸¹. E se é parcial, é antijurídica, é violadora do princípio democrático da imparcialidade.

Com efeito, a perspectiva objetiva da imparcialidade exige do juiz, como dito, uma decisão lógico-jurídica. Deve ser comprometida com “*aquilo que a comunidade política constrói como direito*”, ou melhor, toda decisão jurídica deve se pautar em um compromisso que lhe antecede, vale dizer, o próprio ordenamento jurídico, a Constituição⁸².

Artur Cesar de Souza traça três outras perspectivas para a compreensão do princípio da imparcialidade, como *isenção*, como *neutralidade* e como *transparência*⁸³.

Como *isenção* afirma que o Estado-juiz está proibido, ou impedido, de atuar ou de proferir decisões quando tiver interesse, direto ou indireto, no resultado da decisão⁸⁴. Em outras palavras, havendo interesse do juiz no resultado da decisão, deverá se abster da atividade jurisdicional, sob pena de violar o dever de imparcialidade.

A isenção de que trata Souza está relacionada ao interesse subjetivo do juiz frente ao resultado da lide. Talvez a mais odiosa e evidente infração à imparcialidade. Clássico exemplo de processo antiético e injusto.

Em relação à imparcialidade como *neutralidade*, trata-se de um distanciamento da jurisdição em relação aos interesses político-partidários, sobretudo diante do contexto histórico do iluminismo, em que se pretendia romper com a subordinação do Poder Judiciário ao poder político da época⁸⁵.

Mas também aqui se poderia analisar a *neutralidade* sob duas vertentes. Uma *objetiva*, justamente esta relacionada à instituição do Poder Judiciário frente ao

⁸⁰ Ibidem, p. 107.

⁸¹ Ibidem, p. 107.

⁸² Ibidem, p. 107.

⁸³ SOUZA, Artur Cesar de. A parcialidade positiva do Juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31/33.

⁸⁴ Ibidem, p. 31.

⁸⁵ SOUZA, op. cit., p. 31.

poder político, e outra *subjetiva* relacionada aos juízes no atuar concreto, como dever funcional.

Segundo essa concepção subjetiva, “os juízes devem aplicar a lei sem que se deixem conduzir por suas convicções políticas ou partidárias”⁸⁶. Em outras palavras, deve o juiz se manter o mais longe possível das partes.

Em resumo, a *neutralidade* é uma característica da imparcialidade que impõe o distanciamento da jurisdição em relação às diversas correntes político-partidárias e dos juízes em relação às partes.

Já a imparcialidade como *transparência* se refere à proibição de decisões tomadas em segredo. Segundo Souza, o princípio da publicidade “*exterioriza a transparência como corolário da imparcialidade*”⁸⁷.

Mas não é apenas a publicidade, também o dever de motivação ou de fundamentação das decisões, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal, são características de transparência e reveladoras da imparcialidade.

A fundamentação das decisões judiciais, ademais, está diretamente relacionada ao caráter objetivo da imparcialidade, como já alinhavado. Até porque, dela emana a compreensão da lógica jurídica, do encontro entre ordenamento e os fatos, o trabalho intelectual e hermenêutico realizado pelo juiz.

Álvaro de Oliveira aponta o conteúdo essencial mínimo da motivação da decisão:

(a) enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para: (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) accertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados (que corresponde ao modelo estrutural da motivação); (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta. Se o ato decisório não atende a qualquer desses requisitos mínimos, verifica-se ausência de motivação e não simplesmente sentença mal fundamentada.⁸⁸

Pois bem, ocorre que no Estado Constitucional, precisamente a concretização dos direitos fundamentais numa sociedade multifacetada, desigual e globalizada, é de rigor enfrentar o princípio da imparcialidade, sobre outra perspectiva, principalmente sua aplicação no processo judicial.

⁸⁶ Ibidem, p. 32.

⁸⁷ Ibidem, p. 33.

⁸⁸ OLIVERA, op. cit., p. 48.

Ora, se o Poder Judiciário tem por obrigação concretizar direitos fundamentais e alcançar os objetivos da República na relação jurídica processual, não pode ser omissivo às desigualdades sociais, culturais e econômicas das partes litigantes a pretexto da imparcialidade.

A imparcialidade, como visto, objetiva uma decisão justa a partir de um distanciamento em relação às partes, porém, na medida em que este distanciamento favorece e convalida as diferenças, a imparcialidade perde a razão de ser e se torna ela própria violadora da estrutura da Jurisdição.

Com efeito, o princípio da imparcialidade não é absoluto e deve ser ponderado.

Antes disso, porém, há de se notar que o princípio da imparcialidade pressupõe uma perspectiva negativa e outra positiva. Na primeira, há o impedimento do juiz que tenha qualquer interesse no resultado do processo ou pessoalmente por qualquer das partes litigantes. A segunda, por sua vez, é aquela *“na qual se exige do juiz, diante das barreiras externas existentes (sociológica, cultural, econômica), o reconhecimento no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual dessas diferenças”*⁸⁹.

3 A PARCIALIDADE POSITIVA

Não obstante se tratar de princípio de elevada importância para a decisão justa, a imparcialidade não deve ser entendida como absoluta. Tanto mais diante da Hermenêutica Constitucional já alinhavada em que não se admite mais a afirmação peremptória de caráter “absoluto” dos princípios normativos, de acordo com a *teoria da ponderação dos princípios*⁹⁰.

Robert Alexy é o expoente dessa teoria e afirma que os princípios são *mandatos de otimização*, sem relação de precedência de um em relação a outro

⁸⁹ Ibidem, p. 59.

⁹⁰ SOUZA, op. cit., p. 60.

bem como não quantificáveis entre si. A solução para aplicação em caso de colisão, portanto, deve ser ponderada⁹¹.

Nesta perspectiva é que Artur Cesar de Souza afirma que o princípio da imparcialidade pode dar lugar a outro princípio no caso concreto.

A título de exemplo, o doutrinador traça um paralelo entre o princípio da imparcialidade e o princípio da igualdade, sobretudo quando, concretamente, há “graves diferenças sociais, econômicas das pessoas envolvidas na relação jurídica processual, e essa desigualdade materialmente empírica pudesse macular o contraditório e a ampla defesa”⁹².

Haveria neste caso um princípio recomendando a neutralidade do juiz (imparcialidade na sua concepção clássica) e outro postulando um ativismo judicial que pudesse dar tratamento desigual para aqueles que são contingencialmente desiguais (igualdade material).⁹³

A desigualdade inegável das partes que compõem a relação jurídica processual, no mais das vezes como reflexo da desigualdade social, viola, a toda evidência, o princípio constitucional do art. 5, *caput*, da Constituição Federal.

Logo, o princípio da imparcialidade como concebido em sua forma clássica já delineado em linhas anteriores, vale dizer, de neutralidade ou de afastamento do juiz em relação às partes, não garante a solução justa para o caso concreto, porque convalida a desigualdade social.

Não se pode negar que a imparcialidade como concebida em sua origem beneficia a parte mais favorecida e em melhores condições no litígio em detrimento daquela que, dadas as mais variadas hipóteses, não reúne sequer as mínimas condições de contraditório.

Se a pretensão da imparcialidade do juiz é, em última análise, a pacificação social, não se pode negar que nestas hipóteses estará fomentando justamente o oposto.

Com muita mais razão esta será a conclusão, quando levamos em conta que a *verdade* alcançada no processo judicial é sempre *contingencial e histórica*⁹⁴,

⁹¹ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112

⁹²SOUZA, A decisão do juiz e a influência na mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61

⁹³Ibidem, p. 61

⁹⁴SOUZA, op. cit., p. 261.

de maneira que as relações de poder evidenciadas no contexto social e imbricadas na relação jurídica processual influenciam a decisão judicial.

Nas palavras do próprio Artur Cesar Souza⁹⁵:

Assim, o juiz que guia o processo penal ou civil também é guiado por aspectos internos e externos que nele interferem, bem como por suas experiências no mundo, sendo a *verdade processual* uma verdade construída não por meio de uma simples verificação da prova, mas, sim, por meio de um complexo contexto histórico, contingencial e principalmente linguístico.

Ora, se o princípio da imparcialidade se propõe justamente a permitir um julgamento justo mais próximo possível da verdade real, não poderia ser ele limitador da igualdade entre as partes. Afinal, esta é uma condição indispensável para a concretização da Justiça.

E o que se está a afirmar em relação à igualdade entre as partes não se resume à igualdade formal senão também, e principalmente, na igualdade material, de oportunidades, de riscos e de tratamento⁹⁶. Isso é o que reclama o processo moderno, principalmente quando a questão diz respeito ao *acesso à justiça*⁹⁷.

Considerando, portanto, que o papel do Poder Judiciário é, dentre outros, concretizar os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, não pode abster-se de proporcionar a paridade de armas na concreta relação jurídica processual. Aliás, trata-se de condição essencial e imprescindível para a decisão justa.

É por isso e a partir deste cenário que se deve fazer uma releitura do *princípio da imparcialidade do juiz*. Veja que não se cogita da falência do princípio ou de sua exclusão como basilar de um processo justo. Mas de uma releitura, mais

⁹⁵ Ibidem, p. 261.

⁹⁶ Sobre os três aspectos do problema da igualdade no processo, Barbosa Moreira ensina que “quanto à igualdade de riscos, a credibilidade do processo como instrumento de solução de conflitos de interesses depende essencialmente de sua capacidade para oferecer aos respectivos titulares uma perspectiva de equanimidade. É indispensável, antes de tudo, que ambos litigantes possam nutrir alguma esperança de vencer; e, mais ainda, que possam confiar na vantagem prática da vitória. A igualdade das partes se traduz aqui, em primeiro lugar, por igualdade de riscos [...] A igualdade de oportunidades consiste em se atribuir ambas as partes o poder de influenciar igualmente na marcha e no resultado do processo. Há de se assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha do resultado do pleito. Por último, ambas devem ter as mesmas possibilidades de atuar e também ficar sujeitas às mesmas limitações. [...] Quanto à igualdade de tratamento exige, antes de tudo, que a conformação do procedimento não fique sujeita ao arbítrio do juiz, mas que se ajuste ao modelo previamente instituído pela lei para os processos em geral”. Cf. A igualdade das Partes no Processo Civil. *In* Temas de Direito Processual, 4ª série, São Paulo, Saraiva, 1989.

⁹⁷ SOUZA, op. cit., p. 63.

adequada às reais necessidades de um processo justo e à luz dos princípios constitucionais que norteiam o Estado Democrático de Direito.

É preciso, portanto, reafirmar a imparcialidade como essencial à própria segurança jurídica, à pacificação social. O princípio da imparcialidade deve ser encarado como regra jurídica garantidora de um direito fundamental ao juiz imparcial e princípio do juiz imparcial. Entretanto, é de rigor afastar a sua leitura a partir de um necessário distanciamento do juiz em relação às partes.

O princípio da imparcialidade, portanto, comporta duas vertentes. Ambas essenciais para um *processo justo e equo*. A primeira vertente, tal como concebido pelos clássicos, que visa garantir um juiz desvinculado de quaisquer interesses pessoais ou de vinculação à uma das partes e, de outro lado, uma segunda vertente que, com fundamento nas mesmas premissas, desafia o juiz a eliminar as desigualdades processuais a fim de permitir a paridade de armas e evitar que estas desigualdades influenciem a conclusão da decisão e, por corolário lógico, o resultado do processo.

Na primeira hipótese, a imparcialidade deve ser interpretada como ausência de parcialidade negativa. Negativa porque vinculada a interesses pessoais do juiz em relação ao resultado do processo. O viés *negativo* é justamente aquele que representa “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”⁹⁸.

Em outras palavras, a *parcialidade negativa* é a essência daquilo que se busca evitar com o princípio da imparcialidade – ausência de imparcialidade - do juiz pregada e disseminada pelos clássicos. Esta é a razão de ser e da intuição registrada pelos iluministas e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Precisamente, o princípio da imparcialidade como ausência do viés negativo da parcialidade “é [...] um princípio constitucional de estruturação do Poder Judiciário e um direito fundamental constitucional conferido a todos aqueles que participam da relação jurídica processual penal ou civil, e não simplesmente uma regra jurídica [...]”⁹⁹.

⁹⁸ Ibidem, p. 230.

⁹⁹ SOUZA, op. cit., p. 237.

Esta será uma regra absoluta, sem ponderações ou permissões. É a partir desta perspectiva que se alicerçam as proibições ou deveres exigidos dos juízes na relação jurídica processual.

Acentua Artur Cesar Souza que:

Dessa característica da imparcialidade judicial decorrem duas regras importantes: *Nemo iudex in causa própria* (proíbe-se o exercício dos poderes funcionais por quem tenha algum interesse na decisão) e *audi et alteram partem* (impõem o contraditório e o direito de audiência em todo o arco do procedimento penal ou civil) ¹⁰⁰.

Por outro lado, Artur Cesar de Souza aponta que a parcialidade do juiz não é apenas negativa. O princípio da imparcialidade não pode ser analisado, portanto, apenas por este viés. Há de se admitir que o atuar do juiz, principalmente diante da tomada de posição frente a um cenário de disparidade de armas, na investigação probatório acerca dos fatos controvertidos do processo, é também positiva no sentido de se garantir um processo *justo e equo*.

Souza afirma que a *parcialidade positiva do juiz* “representa, acima de tudo, a necessidade de o juiz ponderar de forma adequada e previamente à tomada de decisão todos os interesses juridicamente relevantes” ¹⁰¹.

Maria Teresa de Melo Ribeiro, doutrinadora portuguesa citada por Souza, lembra que o aspecto da *parcialidade positiva* se dá “(...) quando impõe a ponderação dos diversos interesses juridicamente protegidos e presentes no caso a confirmar”¹⁰².

A toda evidencia o aspecto *negativo* da parcialidade e que se reveste na essência do princípio da imparcialidade, garante os valores de independência do magistrado, afastando-o da relação jurídica processual com isenção, ausência de interesses pessoais.

Assim também o aspecto *positivo* da parcialidade, igualmente garante a independência do magistrado, porquanto culmina na eliminação das diferenças sociais, econômicas e culturais reveladas na relação jurídica processual e concretiza a igualdade entre as partes, vale dizer, proporcionar a paridade de armas e conduz a uma decisão justa.

¹⁰⁰ Ibidem, p 231.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² SOUZA, op. cit., p. 232

A rigor, o princípio da imparcialidade revela o mesmo que outros princípios fundamentais, vale dizer, “uma dupla função: negativa, pois proíbem determinado comportamento e, outra, positiva, porque informam materialmente os atos dos poderes públicos”¹⁰³.

A vertente positiva do princípio da imparcialidade é precisamente o viés do juiz que não se importa com a vitória do indivíduo “X” ou do “Y”, mas, sem sombra de dúvida, importa-se que seja vitorioso aquele que tem razão, ou melhor, que seja realizada efetiva Justiça¹⁰⁴.

Em última análise, as duas vertentes da *imparcialidade*, nos termos propostos por Artur Cesar de Souza, se complementam.

Trata-se de garantir a imparcialidade do juiz, tanto afastá-lo de processar e julgar casos concretos em que tenha qualquer tipo de interesse pessoal (*parcialidade negativa*), quanto obrigá-lo a proporcionar a paridade de armas e eliminar as diferenças sociais e econômicas refletidas na relação jurídica processual (*parcialidade positiva*).

Em suma, tanto uma quanto outra visa impedir que uma das partes seja favorecida. Seja pelo interesse pessoal do juiz, seja pela sua indiferença em relação à disparidade de armas. As duas têm por objeto, a toda evidência, uma decisão justa, uma decisão que se aproxime o quanto mais da verdade real.

Ao garantir a paridade de armas e a eliminação das desigualdades sociais, culturais e econômicas refletidas na relação jurídica processual, a parcialidade positiva do juiz visa garantir a decisão que proporcionará a segurança jurídica e o fim último da jurisdição, vale dizer, a pacificação social.

Enfim, é possível afirmar que o princípio da imparcialidade afasta a parcialidade *negativa*, portanto, afasta o juiz da relação jurídica impedindo-o de atuar em interesse próprio ou em alguns dos casos de impedimento, já a parcialidade *positiva* o aproxima para concretizar a igualdade, para proporcionar de forma efetiva a paridade de armas, o exercício pleno ao contraditório e à ampla defesa.

Imagina-se a hipótese de um litígio envolvendo uma empresa multinacional da indústria farmacêutica cujo medicamento, hipoteticamente, não produziu o efeito desejado ou pretendido. Do outro lado, uma pessoa física, com poucos recursos econômicos que adquiriu o medicamento e o utilizou na esperança

¹⁰³ Ibidem, p. 233.

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a Prova, *in* Revista de Processo, nº 35. p. 178-179.

de que sua moléstia fosse curada a partir dos efeitos pretendidos, mas que, ao contrário, foi acometido por inúmeros outros problemas de saúde.

Regra geral, a prova acerca do ônus constitutivo do direito é do autor da ação. Mas diante de algo tão complexo e evidentemente caro, como permitir àquele cidadão a paridade de armas? Ainda que a perícia técnica seja custeada pela outra parte, diante das regras da inversão do ônus da prova, terá o autor condições de contratar assistente técnico à altura para enfrentar eventual laudo pericial prejudicial e equivocado? Evidente que a ré, no exemplo, terá condições de fazê-lo. Não reside aí uma disparidade de armas?

O juiz neutro e indiferente à tamanha desigualdade, sob as escusas do princípio da imparcialidade, a toda evidência, prejudica a solução justa do litígio e beneficia uma das partes, contrariando justamente o próprio princípio em que se fundamenta, ao sentenciar o processo simplesmente baseado no laudo pericial deste *juez*.

Já o juiz parcialmente positivo, não se abstém de enfrentar o problema. Verificada a discrepância econômica, no caso concreto, a ausência de assistente técnico capaz de contrapor o laudo pericial que se revela, em princípio, equivocado, exige que o juiz se valha do comando normativo do art. 436 do Código de Processo Civil¹⁰⁵, e, em decisão fundamentada e submetida ao contraditório, ordenar outras provas capazes de esclarecer os fatos ou, ainda, julgar de forma contrária à conclusão do laudo pericial com base em outros elementos probatórios colacionados ao caderno processual.

Outro caso que se pode avaliar o atuar parcialmente positivo do juiz é o da hipótese exemplar de uma ação de despejo de imóvel locado, em que o locador é composto por um grupo de investidores com notória capacidade financeira e pretende a concessão de decisão liminar, nos termos do art. 59, § 1º da Lei 8245/91, mediante a caução equivalente a três meses de aluguel.

Como locatário e, portanto, figurando no pólo passivo da demanda, um microempresário cuja única fonte de renda é a exploração daquele imóvel comercial locado.

Neste caso, o juiz parcialmente positivo, observando a disparidade econômica e social entre as partes, poderá exigir caução ainda maior do que aquela

¹⁰⁵ Art. 436 - O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

estipulada pela Lei 8245/91, com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil, pois, consciente de que o despejo poderá levar a falência o locatário, entende que aquele valor estipulado na legislação de regência não seria suficiente a reparar eventuais danos.

Veja que não é o caso de um juiz ativista ou de um juiz que beneficia exclusivamente o autor da demanda simplesmente por conta de sua condição financeira inferior. A rigor, trata-se de cumprir uma obrigação intrínseca ao julgador de investigar, o máximo possível, a verdade acerca dos fatos controvertidos e concluir pela decisão justa e mais próxima possível da verdade real, proporcionando tanto a paridade de armas, quanto avaliando as provas produzidas de modo a equilibrar o litígio.

Trata-se, como já alinhavado, do mesmo princípio da imparcialidade, portanto, que exige e conforma a aplicação e efetividade, no caso concreto, dos direitos e garantias fundamentais. É o mesmo que amolda a concepção clássica da Jurisdição independente com a visão moderna e relativa à harmonia ente os Poderes.

3.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ

Basicamente, o fundamento jurídico da parcialidade positiva do juiz pregado por Artur Cesar de Souza está anunciado no art. 2º e 3º da Constituição da República. Enquanto o art. 2º alude à harmonia entre os Poderes o art. 3º estabelece como *objetivo fundamental da República Federativa do Brasil*, portanto, objetivo dos três Poderes:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Artur Cesar Souza esclarece:

A feição positiva do princípio da imparcialidade é resultado dessa síntese axiológica de um determinado complexo normativo “principiológico” previsto na Constituição Federal, em outras palavras, o princípio da imparcialidade não é um fim em si mesmo, mas é estruturado apoiando-se mutuamente nos outros princípios consagrados pelos textos constitucionais, entre eles, aqueles que estabelecem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil como a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária, e a erradicação da pobreza, marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais*¹⁰⁶.

A rigor, o princípio da imparcialidade analisado sob a perspectiva da *parcialidade positiva* se apoia em outros princípios fundamentais, sobretudo aqueles relacionados aos objetivos fundamentais da República.

Em outras palavras, a *parcialidade positiva* é o compromisso do juiz pela concretização dos direitos fundamentais dada a *força normativa* da Constituição e o papel do Poder Judiciário como legitimado para “na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão”¹⁰⁷.

Pode-se afirmar que a parcialidade positiva do juiz é uma ação do *direito processual constitucional*.

Trata-se de uma “visão metodológica (que) consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*”¹⁰⁸.

A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. No campo do processo civil, vê-se a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional; no do penal, o da ampla defesa, sendo rigorosamente indispensável à celebração do processo, como condição para a imposição da pena (*nulla poena sine iudicio*); todo processo há de ser feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula *due process of Law*. O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade. A evolução do sistema de garantias constitucionais dos princípios do processo e da organização judiciária, a partir do conhecido art. 39 da *magna Charta Libertatum* (João-Sem-Terra, 1215) e através dos

¹⁰⁶ SOUZA, op. cit., p. 233.

¹⁰⁷ STRECK, op. cit., p. 25/26.

¹⁰⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 26.

aprimoramentos creditados às Constituições, *Bill of rights*, tribunais e doutrinadores, vai caminhando nos tempos atuais para a conscientização generalizada entre os usuários dos mecanismos processuais.¹⁰⁹

Compreendendo a Jurisdição como um Poder Estatal ou a *substituição do particular pelo Estado* é inarredável concluir que também no âmbito do processo judicial, nos limites da relação jurídica processual, deve-se buscar a realização dos *objetivos e os valores fundamentais da República*. Vale dizer, o Poder Judiciário deve buscar o equilíbrio das partes eliminando as diferenças econômicas, culturais e sociais, como previsto no art. 3º da Constituição.

A parcialidade positiva, portanto, é uma norma de ação. Neste sentido, afirma Souza que o princípio da imparcialidade no seu âmbito positivo “vincula a função jurisdicional, ao prescrever, na sua essência, uma norma de ação que diz respeito ao modo de exercício de toda atividade jurisdicional”¹¹⁰.

Não se pode olvidar que o processo judicial não é apenas formal. As diferenças sociais, culturais e econômicas nele refletidas igualmente não se resumem ao aspecto formal. Há conteúdo material na relação jurídica na medida em que se observam as partes como pessoas em sua concretude¹¹¹.

Neste aspecto é imperioso lembrar que a tutela jurisdicional adequada visa a igualdade material entre as partes litigantes. E essa igualdade material somente “pode ser alcançada na medida em que se possibilite uma tutela jurisdicional diferenciada aos litigantes, levando em conta justamente a natureza da controvérsia levada a juízo, suas contingências e as condições pessoais dos envolvidos”¹¹².

Dinamarco pontua que “é indispensável dar ao conceito de *justiça* um conteúdo substancial e efetivo”, para tanto “é preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades”¹¹³. Deste objetivo não se afasta o Poder Judiciário, porquanto é o “guarda último da Constituição e dos valores e garantias que ela abriga e oferece”.

E a parcialidade positiva do juiz visa exatamente eliminar tais diferenças concretas, a fim de que “*todos ellos tengan iguales probabilidades de llevar a cabo*

¹⁰⁹ IBIDEM, p. 27.

¹¹⁰ SOUZA, op. cit., p. 234.

¹¹¹ Ibidem, p. 235.

¹¹² OLIVEIRA, Álvaro de. Curso de Processo Civil: vol. I : teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29.

¹¹³ DINAMARCO, op. cit., p. 34.

su plano de vida"¹¹⁴, vale dizer, a fim de que todos tenham iguais probabilidades de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa.

No julgamento da Apelação e Reexame Necessário nº 2006.70.00.007609-4/PR, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, agiu de forma *parcialmente positiva* ao eliminar a diferença cultural, econômica e social do autor daquela demanda frente ao Poder Estatal, precisamente do Instituto Nacional de Seguridade Social.

Naquele caso concreto, o autor pleiteava o direito à aposentadoria especial, de modo que deveria comprovar o exercício efetivo em atividade laborativa rural. Sua pretensão foi parcialmente procedente, porquanto na primeira instância a juíza deixou de declarar e reconhecer determinado período como de efetivo exercício de ruralista, sob o argumento de que *“em depoimento, o próprio autor admitiu que, em 1967, iniciou labor como empregado em uma empresa chamada Isfer, sem registro em carteira, trabalhando de segunda-feira à sexta-feira. Informou que, quando dava, ajudava seu pai na roça da família, ou seja, era um mero auxílio. Disse que estudou até 1967, porém a declaração do Departamento de Educação de fl. 17 comprova que o estudo foi até 1965.”*.

Submetido o caso ao segundo grau de jurisdição por força de apelação manejada pelo autor, o TRF da 4ª Região ponderou:

Entretanto, do citado depoimento pessoal se verificam informações um pouco diversas das sinaladas pela magistrada de 1º grau: i) omissão quanto à natureza da atividade também rural da empresa ISFER - **“empresa plantadora de Faxinal”**; ii) não afirma que seu labor era mero auxílio à família, pelo contrário, pois parou de estudar para trabalhar o dia inteiro e além disso, ajudava seus pais na lavoura, ou seja, após o expediente de diarista, continuava o labor no regime familiar; iii) que durante o período que estudou - indiferente ter encerrado em 1965 ou 1967 (primeira informação da certidão de fl. 17 e segundo o relatado pela parte) - um turno mantinha de trabalho na agricultura; iv) que somente em 1968 passou a trabalhar de carteira assinada.

Dessas informações e o restante do contexto em que se insere a situação do autor, pode-se até verificar algumas imprecisões na prova documental e testemunhal produzida, mas merecem o relevo pela distância no tempo (mais de 40 anos) e pouca instrução da parte e demais depoentes. Em suma, a falta de objetividade das informações colhidas na instrução apontada pela magistrada *a quo* deve receber a devida ponderação e contextualização.

¹¹⁴ Apud, SOUZA, Artur Cesar, Op. cit. 234. FARREL, Martin D. Algunas maneras de entender ala neutralidade. Doxa 15-16 (1994). Disponível em: [HTTP://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/03161620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa_15_09.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/03161620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa_15_09.pdf) – acessado em 30de setembro de 2013.

É a típica situação que exige um posicionamento do julgador mais aproximado da realidade social e cultural em que se inserem os fatos e vida do jurisdicionado, associada a uma aplicação interdisciplinar das normas, em especial quando se trata da concessão de direitos sociais.

Essa “devida ponderação e contextualização” de que fala o acórdão, de lavra do Desembargador Federal Rogério Fraveto, funda-se justamente na flagrante desigualdade entre as partes do processo, ou melhor, na “[...] disparidade entre as partes” que acaba por gerar nos “menos favorecidos economicamente ou socialmente dificuldade de participar e atuar no processo de forma mais efetiva”. O Desembargador então conclui que entende “correta a ponderação da aplicação do princípio da imparcialidade, a fim de melhor nivelar o procedimento jurisdicional, pelo reconhecimento das diferenças empíricas, tratando-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Ao fim e ao cabo, o que se evidencia é que o Tribunal foi pró-ativo na análise das provas. Agiu de forma parcialmente positiva ao ponderar o contexto social e a extrema dificuldade de se produzir provas mais contundentes acerca do controvertido. Na primeira instância, de seu turno, a inércia da magistrada na análise da prova a partir da ponderação social e histórica, indubitavelmente prejudicou o autor que estava em posição de evidente desvantagem.

Afinal, ou o direito processual deve ser um instrumento de concretização e realização dos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento jurídico ou será utilizado pelos mais “poderosos” em benefício de seus interesses.

O direito processual deve ser um instrumento de concretização e realização dos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento jurídico. Nos dizeres de Eduardo Cambi, “o direito ao justo processo é uma conquista civilizatória que compreende a dinâmica garantia dos meios e dos resultados. Isto é, ao se assegurar o devido processo legal, busca-se a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais”¹¹⁵.

Diante da escala axiológica da sociedade estampada nas garantias fundamentais da constituição, exige-se maior participação das partes envolvidas no processo judicial e, acima de tudo, “atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até o ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes”¹¹⁶.

¹¹⁵ CAMBI, op. cit., p. 87.

¹¹⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 36.

Outro exemplo que pode ser citado, aliás, já o foi pelo próprio Artur Cesar de Souza, é a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330, que tratou da Medida Provisória nº 213/2004, instituidora do Programa Universidade Para Todos (PROUNI).

Na ação discutia-se a violação ao princípio da igualdade, face à discriminação em relação aos demais brasileiros que hipoteticamente não se inseriam naqueles requisitos necessários às benesses da lei. Ao julgar improcedente o pedido da ação, o C. STF, segundo Souza¹¹⁷, agiu de forma *parcialmente positiva*, porque “[...] além de ser motivada pela perspectiva dogmática da imunidade e da isenção tributária ou mesmo sob a ótica da *igualdade*, assim como em relação ao conceito dogmático de entidade beneficente e social, de certa forma também levou em consideração as diferenças sociais e econômicas dos alunos que ingressam na universidades brasileiras”.

Em que pese no artigo Souza afirme que “o caso apresentado, sob o aspecto filosófico rompe em definitivo com o princípio da autonomia da ciência jurídica”, conclui o raciocínio mais adiante afirmando que “é na ética como ciência normativa que se irá estabelecer uma nova leitura para a (im)parcialidade do juiz a fim de justificar um comportamento que leve em consideração as *diferenças sociais, econômicas, culturais* daqueles que participam da relação jurídica processual civil ou penal ou possam ser afetados por ela”.

De tudo o quanto avaliado, é certo que não se aceita mais a figura de um “juiz asséptico” que corresponderia à figura de alguém que “(...) quando se dispõe a julgar, deve atuar como eunuco político, econômico e social, desinteressado do mundo fora do tribunal” não é apenas utópico como incoerente com o princípio da busca pela verdade e pela Justiça.

Logo, “(...) não existe a 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 (...)”¹¹⁸.

O juiz exerce papel fundamental na sociedade, vale dizer, o da pacificação social. Com efeito, deve concretizar os objetivos da República e eliminar

¹¹⁷

Confira

em

<http://ns2.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/boletimdaenfam/article/viewFile/1579/1574>, artigo do autor intitulado *A decisão da ADI 3330 à luz do princípio da parcialidade positiva do juiz*, acessado em 25 de agosto de 2013.

¹¹⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 136.

as desigualdades sociais, econômicas e culturais. Sobretudo, deve oportunizar as partes de uma relação jurídica processual a *paridade de armas*, a fim de que o princípio da *ampla defesa* não seja meramente formal, mas efetivo.

José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁹ acentua que a *efetividade do processo* “*impede assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade*”.

Torres de Melo conclui que a “imparcialidade que se almeja da atividade jurisdicional, e que lhe serve de pressuposto, não pode ser confundida com neutralidade, em sua acepção de “não engajamento”: a imparcialidade traduz a participação com isenção, jamais ausência de posicionamento¹²⁰”.

De igual modo, Marcus Orione Gonçalves Correia comenta que o juiz deve utilizar-se do *poder assistencial*, vale dizer, deve preservar a paridade de armas entre as partes da relação jurídica processual, a fim de que cada uma disponha de iguais condições de litígio. Por isso, deve o juiz assistir a parte mais fragilizada processualmente e alçá-la à condição de igualdade com a parte contrária¹²¹.

Sem dúvida, a decisão de um juiz inerte e ‘cego’ às desigualdades sociais transportadas à relação jurídica processual jamais estabelecerá *Justiça*. O processo jamais alcançará o escopo social.

A igualdade de todos perante a lei é meramente formal. Incumbe, assim, ao juiz o papel de concretizá-la, eliminando as diferenças a partir de interpretações *mais favoráveis*, declarando a *nulidade de cláusulas abusivas* e, a fim e ao cabo, oportunizando o equilíbrio da relação jurídica.

Portanto, a *interpretação mais favorável* do juiz ou a *inversão do ônus da prova* numa dada relação jurídica processual não implica, em absoluto, na violação ao princípio da imparcialidade do juiz.

A rigor, o juiz não interpreta a cláusula de forma mais favorável a uma das partes “*em virtude de um interesse próprio*” ou porque assim “*obterá uma vantagem*”

¹¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo*. v. 10. n. 29. Porto Alegre: *Ajures*, nov. 1983, p. 77.

¹²⁰ MELLO, Rogerio Licastro, 2010, p. 27.

¹²¹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *A imparcialidade do Juiz e seus Poderes Assistenciais no Processo*. v. 1. Brasília: Revista CEJ, n. 5, maio/ago. 1998, p. 68-71. p. 70.

peçoal”. Ao contrário, o fará ao fito de estabelecer uma relação de igualdade e assim permitir a realização da Justiça.

A respeito da visão de mundo e da responsabilidade profissional em relação à sociedade, Paulo Freire¹²² se manifesta:

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

Neste sentido, um juiz apático frente à desigualdade social refletida na relação jurídica processual e que se ‘esconde’ sob o manto da imparcialidade não concretiza os objetivos da República e muito menos os direitos fundamentais. Mais do que isso, não realiza a Justiça e perpetua o conflito social.

Acreditar que o *acesso à justiça* se resume ao direito de petição e que uma vez constituída a relação jurídica processual haverá paridade de armas é, sem dúvida, uma *visão ingênua da realidade*.

Como fundamento jurídico da parcialidade positiva do juiz, portanto, pode-se afirmar que não decorre “da regra jurídica consubstanciada no direito fundamental do juiz imparcial, mas, sim, do *princípio de estruturação democrática* do Poder Judiciário”.¹²³

3.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ

Traçadas as linhas gerais dos fundamentos jurídicos da parcialidade positiva, impõem-se discorrer acerca dos fundamentos filosóficos que norteiam o princípio enquanto ação.

¹²² FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 29ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 26.

¹²³ SOUZA, Artur Cesar. A parcialidade positiva – Fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. *Revista de Processo*. Ano 38, vol. 224, out/2013; São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 26.

Para Souza, a releitura da imparcialidade como ação positiva revela seu fundamento no plano “ético material”.

A ética, como ciência normativa da conduta humana, é, portanto, o pressuposto fundante da “parcialidade positiva” do órgão jurisdicional, uma vez que essa ciência comportamental não se satisfaz com a mera descrição da conduta de ser humano. Usualmente, aspira-se que o comportamento humano siga determinadas diretrizes consideradas necessárias ao seu aperfeiçoamento. [...] é nela que se irá estabelecer uma nova leitura para a (im)parcialidade do juiz, para justificar um comportamento que leve em consideração as diferenças sociais, econômicas, culturais daqueles que participam da relação jurídica processual penal ou civil¹²⁴.

Esta postura desafia o juiz a reconhecer o ser humano, mais precisamente o jurisdicionado, como uma parte do todo, vale dizer, como produto cultural, econômico e social de um sistema globalizado e totalizador e não apenas como indivíduo, ou seja, a partir de uma visão solipsista.

Apenas a partir desta concepção universal, desta consciência acerca da realidade social é que o juiz poderá delinear um processo justo.

Este viés universal está embasado na doutrina filosófica de Enrique Dussel, denominada como Filosofia da Libertação.

Em resumo, “o projeto da libertação dos *oprimidos e dos excluídos* é aberto, partindo da exclusão do outro e indo mais além (*jenseits*) de qualquer situação apresentada”. Para Dussel, trata-se de uma “[...] ‘des-coberta’ responsável, como resposta à interpelação do outro, dentro de um lento processo de prudência”¹²⁵.

Da análise da filosofia da libertação, como contraponto da ideologia da exclusão, Souza lembra que “a Constituição Federal (do Brasil) exige uma ética universal material no sentido de que os órgãos e instituições da República Federativa ajam de forma a *produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana*”¹²⁶.

O papel do Poder Judiciário enquanto poder estatal tem por objetivo permitir que as “vítimas” nominadas na filosofia de Enrique Dussel tenham espaço para o debate e para defender-se. Oportunidade que não tiveram no “reproduzir ou desenvolver sua vida”, face à opressão do sistema totalizador e globalizado¹²⁷.

¹²⁴ Ibidem, p. 237.

¹²⁵ DUSSEL, Enrique. Filosofia da libertação. Crítica à ideologia da exclusão. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995, p. 119-120.

¹²⁶ SOUZA, op. cit., p. 240-241.

¹²⁷ DUSSEL, op. cit., p. 303.

A obra de Dussel encontra respaldo em Emmanuel Lévinas, como pontua Souza¹²⁸. E o ponto nodal na teoria de Emmanuel Lévinas, para o tema em que nos debruçamos é a ideia de que o “bem é sair de si mesmo para o outro-diferente-de-si, para o diferente de si mesmo. O mal é a imparcialidade na sua concepção clássica, o bem é sair dessa concepção clássica para o reconhecimento do outro por meio da parcialidade positiva do juiz”¹²⁹.

A parcialidade positiva é o deslocar-se de si mesmo e reconhecer o outro como ser vitimizado, é a concreta responsabilidade com o outro. A presença do outro no processo judicial deve, portanto, questionar e acusar a liberdade individual, ingênua e solipsista do juiz¹³⁰.

Artur Cesar Souza arremata:

Por meio de uma racionalidade crítica que rompe com a totalidade processual dominante (atual concepção do princípio da imparcialidade), 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. [...] O juiz não deve tematizar o outro (vítima inferiorizada na relação jurídica processual), mas deixar transparecer um desejo metafísico de proferir uma decisão *équo e justa*, pois o juiz, em

relação às vítimas do sistema, tem uma responsabilidade ética pré-originária à totalidade do sistema jurídico dominante¹³¹.

O fundamento filosófico da parcialidade positiva, com efeito, tem lugar na *racionalidade do outro* que desafia o movimento de saída do juiz de si mesmo para o encontro das partes vitimizadas e subjugadas às diferenças culturais, sociais e econômicas refletidas no processo judicial. Entretanto, com um objetivo bem definido que é a busca pela igualdade entre as partes no debate judicial, travado no processo.

Não se trata de um juiz “justiceiro” ou “ativista” no sentido de “criador do direito”, mas de um juiz consciente das desigualdades apresentadas no plano processual, bem como consciente do dever de concretização dos objetivos da República e das garantias fundamentais.

¹²⁸ SOUZA, op. cit., p. 242.

¹²⁹ Ibidem, p. 245.

¹³⁰ Ibidem, p. 253.

¹³¹ SOUZA, op. cit., p. 254.

O juiz parcialmente positivo é ativo na promoção da igualdade. Seus limites de atuação estão delineados no próprio ordenamento jurídico, nas garantias fundamentais como a oferta do contraditório e no dever de fundamentação de suas decisões como previsto no art. 93, inciso IX da Constituição.

Mais precisamente, o juiz parcialmente positivo é aquele que possui uma “pré-compreensão do todo”, a partir do conhecimento de si mesmo e do mundo. Não se trata de um juiz restrito ao *sujeito-objeto*, como critica Lênio Streck.

3.3 A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ E O ATIVISMO JUDICIAL

É imperioso concluir, embora já se tenha dito em linhas anteriores, que a parcialidade positiva do juiz difere do ativismo judicial e, por isso, não pode ser a ele equiparado.

Em que pese na parcialidade positiva o juiz assuma papel de relevância e destaque na busca pela concretização dos objetivos da República, tal como ocorre na ideia do ativismo judicial, é certo que naquele o juiz está *submisso às leis*, portanto, comprometido com a concretude e a integridade do ordenamento jurídico.

A concepção de ativismo judicial que se adota na oportunidade para confrontá-la com a ideia de parcialidade positiva do juiz, embora haja inúmeras vertentes na doutrina, é a de Evandro Gueiros Leite¹³², ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, que assim a define:

O ativismo do juiz atua sobre o comportamento deste no processo, em busca de um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais. Não importa numa simples, embora ágil, aplicação da norma e que a deixe inalterada. Nem é atitude *voluntariosa*, mas tomada de consciência no presente e diretriz de decisões futuras.

A doutrina sobre o ativismo judicial pretende superar a força normativa do ordenamento jurídico e coloca a discricionariedade ou o subjetivismo do juiz acima do ordenamento.

¹³² LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. Revista BDJur in <http://bdjur.stj.gov.br>, acessado em 15/08/2013.

O ativismo, visto a partir deste prisma, autoriza o *decisionismo judicial* que viola a concretude e a integridade do ordenamento jurídico. Abre caminho para a insegurança jurídica e, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, viola aquele que talvez se destaque como o maior e mais importante.

A rigor, essa concepção de ativismo judicial é violadora da caráter *objetivo* imparcialidade do juiz.

O juiz ativista decide de acordo com a sua “consciência”, a partir de sua visão de mundo e subjetividade. Portanto, não decide, mas escolhe o resultado que melhor se aproxima de seus ideais. Sem dúvida, um risco para a segurança jurídica.

O julgamento baseado na autoconsciência do juiz não é aceito de boa-fé como um dado em si, como já ponderaram os filósofos do quilate de Nietzsche e Freud. Neste sentido é que Gadamer acentua o “novo papel que o cento de interpretação recebe”¹³³.

E o problema do julgamento conforme a autoconsciência implica em insegurança jurídica, posto que o fato será julgado de acordo com interpretação subjetiva do julgador em relação a eles e não de acordo com o sistema, ou melhor, com a concretude e com a integridade do direito.

Gadamer, citando novamente Nietzsche, destaca: “não conheço nenhum fenômeno moral. Só conheço uma interpretação moral de fenômenos”¹³⁴.

Não é objeto deste trabalho descrever e analisar o ativismo judicial e muito menos em contrapô-lo à parcialidade positiva do juiz.

O que se pretende com essas pequenas linhas é traçar um marco teórico diferencial entre as duas correntes.

Precisamente, busca-se delinear o que se concluiu pela pesquisa e estudo da parcialidade positiva desenvolvida por Artur Cesar de Souza.

É certo, portanto, que muitos poderão discordar desse posicionamento e admitir a parcialidade positiva como uma ramificação ou mesmo um braço do ativismo judicial, entretanto, parece-nos que a conclusão deve ser outra.

Trata-se de constatar a parcialidade positiva como garantia e efetivação do princípio da imparcialidade tal como concebida pelos clássicos do iluminismo, na medida em que atua de forma a eliminar as diferenças que, notadamente, implicarão em desigualdade e, portanto, favorecimento a uma das partes.

¹³³ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 103.

¹³⁴ GADAMER, op. cit., p. 103.

Nada mais é do que uma responsabilidade do magistrado já prevista no ordenamento jurídico e em nada relacionado ao subjetivismo solipsista.

A parcialidade positiva do juiz, com efeito, versa sobre o atuar do juiz e revela sua postura responsável que o impele a concretizar objetivos constitucionais dentro dos limites impostos pelo próprio direito positivado que, aliás, prevê, autoriza e exige a parcialidade positiva, como será descrito em linhas posteriores.

O juiz parcialmente positivo é o interprete “reconstrutor de sentidos” e não legislador. Seu compromisso é com o ordenamento jurídico e com igualdade de condições das partes. A parcialidade positiva não representa o favorecimento a uma das partes, mas no favorecimento da verdade, na medida em que oportuniza a paridade de armas através da eliminação das desigualdades sociais, econômicas e culturais refletidas no processo judicial.

Lado contrário, afirmar que a pretexto de respeitar o princípio da imparcialidade, o juiz deve abster-se de favorecer o equilíbrio processual ou a paridade de armas, é autorizar o favorecimento à parte mais abastada economicamente ou melhor assessorada.

Em outras palavras, é favorecer a desigualdade e se afastar da busca da verdade real.

Dado que a diferença predominante entre o ativismo e a parcialidade positiva se concentra no subjetivismo daquele, de acordo com o conceito paradigmático alinhavado neste trabalho, é preciso compreender o atuar do juiz parcialmente positivo inserido no círculo hermenêutico apresentado por Hans-Georg Gadamer e os limites filosóficos da interpretação parcialmente positiva.

3.4 O INTERPRETE-JUIZ E A “RECONSTRUÇÃO DE SENTIDOS”

A concepção de jurisdição abordada, como já discorrido, revela-nos que não basta ao interprete reverberar os sentidos pré-concebidos dos textos normativos ou *justapor* os sentidos dados pelo texto ao fato concreto.

Exige-se do juiz que vá além da *pré-compreensão* do texto normativo, que considere todo o contexto hermenêutico, social, cultural, econômico, enfim, toda sorte de nuances do litígio.

O juiz deve *reconstruir* o sentido do texto normativo e apurar a norma a cada instante hermenêutico. Deve partir de suas pré-compreensões, de suas experiências e dialogar com o texto, com o contexto social, cultural e econômico do litígio, culminando na decisão mais justa possível e conectada aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, e a toda evidência, pensamos que não se admite hodiernamente juízes passivos, inertes, “eunucos”, incapazes de tomar decisões ou incapazes de iniciativas. Numerosa doutrina, entretanto, encoraja a proliferação de juízes com estas características, a pretexto de preservar a garantia/direto da *imparcialidade*.

Por fim, forçoso considerar que se de um lado não se admite um juiz passivo, de outro igualmente não se admite um juiz que decida de acordo com suas próprias convicções e dissociado do ordenamento jurídico, sobretudo dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Necessário, portanto, apontar os limites de atuação do juiz hermeneuta e reconstrutor de sentidos da norma.

Inicialmente, necessário observar que, ao se falar de interpretação ou hermenêutica jurídica, é preciso considerar, de antemão e ainda que de forma sumária, que a *norma* não se confunde com *textos normativos*. Muito menos mantêm correspondência entre si. Singelamente, a norma é o produto da interpretação sistemática dos textos normativos. De forma mais precisa, a norma representa o “sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos”¹³⁵.

Tanto que poderá haver norma sem um texto normativo correspondente ou, ainda, um texto normativo donde se extraia mais de uma norma. Não se encontra no ordenamento jurídico, por exemplo, texto normativo específico e que disponha expressamente sobre o *princípio da segurança jurídica*.

É inegável, entretanto, que por força de interpretação sistemática de textos normativos se constitui em *norma* basilar do *Estado Democrático de Direito*.

O artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, por sua vez, é exemplo clássico de um único *texto normativo* que emana mais de uma norma, porquanto dispõe sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa. Dele se extrai a norma do

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

prazo razoável para defesa, livre acesso aos documentos do processo, paridade de armas, entre outros.

O importante, a partir desta reflexão, é conceber que a tarefa do interprete não se resume apenas e tão somente a compreender o conteúdo gramatical do *texto normativo* ou proceder à mera “subsunção do fato à norma”. Sua arte vai muito além de descrever um significado previamente dado pelo texto. Segundo Humberto Ávila, a interpretação é “*um ato de decisão que constitua significação e os sentidos de um texto*”¹³⁶.

Não se nega que o texto contenha palavras ou expressões que são previamente conhecidas pelo interprete, que lhe trazem determinadas expectativas acerca do quanto dito. Entretanto, interpretar significa “reajustar a expectativa e fazer concluir o texto na unidade de um pensamento, a partir de outra expectativa de sentido”¹³⁷. Trata-se de um *círculo hermenêutico* do todo para a parte e novamente desta para o todo.

A arte de interpretar, com efeito, pressupõe o interprete como *ser humano*, em toda a sua complexidade, experiências, cultura, formação, “visão do mundo”, enfim, como alguém inserido na sociedade e capaz de formar uma pré-compreensão do texto objeto de seu estudo.

De outro lado, exige deste mesmo *ser humano* um ato de humildade, de desprendimento, pois, “quem pretende compreender um texto está disposto a deixar que o texto lhe diga algo”¹³⁸.

Hans-Georg Gadamer acentua:

Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve estar disposta a acolher a alteridade do texto. Mas tal receptividade não supõe a “neutralidade”, nem a autocensura, mas implica a apropriação seletiva das próprias opiniões e preconceitos. É preciso precaver-se das próprias prevenções para que o texto mesmo apareça em sua alteridade e faça valer sua verdade real contra a própria opinião¹³⁹.

O interprete não busca apenas confirmar suas convicções ou antecipações, mas guiado por uma intenção metodológica, busca tomar consciência

¹³⁶ Ibidem, p. 34.

¹³⁷ GADAMER, Hans-Georg, in ALMEIDA, Custódio Luíz Silva de. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer* – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 141.

¹³⁸ GADAMER, op. cit., p. 145.

¹³⁹ Ibidem, p. 145.

delas para controlá-las e obter, assim, a reta compreensão a partir das coisas mesmas.

Considerando, pois, a *pré-compreensão do texto* a partir de um contexto vivido pelo interprete e pela própria sociedade naquele dado momento interpretativo, é certo que o interprete “*parte de algo*” pré-concebido.

Com efeito, supera-se a ideia de que interpretar seja apenas um ato de *construir* sentidos, mas, a rigor, num ato de *reconstrução* a partir do próprio texto normativo e de outros sentidos já constituídos ou preexistentes.

Segundo Humberto Ávila¹⁴⁰:

[...] *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

A importância de conceber o interprete jurídico, precisamente o juiz, como um hermeneuta *reconstrutor de sentidos* é que permite a conclusão por um Poder Judiciário, ou de uma Jurisdição, que concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.

A esse respeito Gomes destaca que quanto mais vasto for o horizonte do hermeneuta, maiores serão as possibilidades de compreensão e, por consequência, maior será a possibilidade de encontrar a solução “mais adequada para o contexto em que a norma jurídica resultante da interpretação será aplicada”¹⁴¹.

Sérgio Alves Gomes¹⁴² conclui:

Se este contexto é o do *Estado Democrático de Direito*, o intérprete está vinculado ao dever de interpretar o texto jurídico em consonância com os *princípios, valores e objetivos* que integram o referido paradigma estatal, pois é nesse sentido que estão as expectativas da sociedade em relação ao Direito vigente em tal contexto.

A toda evidência, é mais adequado falar em *reconstrução* de sentidos quando se versa sobre a interpretação jurídica. Sobretudo porque o interprete não

¹⁴⁰ Ibidem, p. 36.

¹⁴¹ GOMES, op. cit., p. 131.

¹⁴² Ibidem, p. 132.

pode desprezar o que já está construído pelo ordenamento jurídico, pelo processo legislativo que o antecedeu e até mesmo pela jurisprudência.

A rigor, e acima de tudo, deve ele “interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões e significados de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”¹⁴³.

A função do interprete, precisamente a do interprete em *sentido estrito*, vai muito além, como se vê, da mera *subsunção do fato à norma* ou de um observador do *procedimentalismo jurídico*. Efetivamente, se revela como postura *substancialista*, consistente na concretização dos valores que motivam e balizam o Estado Democrático de Direito.

Logo, trata-se de um ato de inteligência que jamais poderá ser realizado de forma mecânica ou mesmo burocrática.

Não significa dizer, entretanto, que o interprete esteja livre para expressar as suas próprias convicções morais, as suas conveniências políticas, ou mesmo para atuar como um *ativista judicial*. Afinal, só se pode falar em concretização de direitos quando houver, efetivamente, *coerência* de sentidos em relação aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

Aliás, esta coerência de sentidos é que torna eficaz o próprio direito concretizado. Quanto mais intensamente o sentido dado ao texto normativo estiver suportado por princípios superiores, isto é, com a constituição, tanto mais será eficaz e efetivamente concretizado.

Gomes afirma que o Estado Democrático de Direito exige do juiz e de todo o Poder Judiciário a *máxima conexão com a hermenêutica constitucional*, a fim de que a própria Constituição ganhe *sentido* e os direitos fundamentais sejam concretizados

3.5 O JUIZ COMO HERMENEUTICA

É inegável, portanto, a importância e o papel do juiz que sobressai da análise de todo o contexto hermenêutico sobredito. Ainda mais diante do Estado

¹⁴³ ÁVILA, op. cit., p. 39.

Constitucional Contemporâneo em que se situa a Jurisdição. O exercício de sua função não apenas interpreta o texto normativo, mas igualmente o conflito social representado na lide e toda a sorte de conseqüências nele envolvidas.

Interpretar os fatos e o controvertido dos autos do processo é um trabalho de hermenêutica, no qual o juiz busca *construir e comunicar sentidos*. Não apenas em relação à norma aplicável, mas de todo o contexto axiológico daquela relação posta em julgamento. Mais do que isso, deve o juiz “*reconhecer todas as formas de vida humana e articulações de cada uma de suas respectivas imagens de mundo*”

144 .

Com efeito, o juiz não deve ser alguém alienado do contexto ou convívio social onde ocorre, efetivamente, o fenômeno jurídico.

Todo juiz, ao julgar, ao fazer uso do processo hermenêutico, deveria levar em consideração aspectos sociais, culturais, políticos e ideológicos persuasórios, como forma de superação da opressão instituída. O magistrado “(...) subsumindo o caso concreto à norma jurídica, equalizando direitos conflitantes, não poderá deixar de lembrar que o direito funciona como estratégia de controle social, sendo inegável seu caráter político. Ao proferir uma decisão deve ter sempre presente que o discurso legal trabalha estrategicamente com elementos ocultos que privilegiam certas camadas sociais e que propagam, dissimuladamente, padrões culpabilizantes na tentativa de encobrir sua enorme carga ideológica”¹⁴⁵.

Não há como conceber um “juiz dissociado do contexto social, marginalizado da sociedade, purificado de qualquer concepção ideológica, social, cultural e psicológica”¹⁴⁶.

Ora, será exatamente a partir de tais concepções que formará sua pré-compreensão sobre o conflito a decidir e as normas a serem aplicadas. Sem dúvida, um juiz ‘marginalizado’ e ‘cego’ às desigualdades sociais transportadas à relação jurídica processual não estará apto a *reconstruir sentidos* porque não conhece o que está *construído* e sequer o próprio objeto cognoscente.

Em última análise, não estabelecerá *Justiça*.

O juiz não alcançará sequer o sentido do texto normativo, jamais alcançará a *norma*, sobretudo se considerado o Direito em sua Tríplice Perspectiva

¹⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg, in ALMEIDA, Custódio Luíz Silva de. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer* – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 23.

¹⁴⁵ SOUZA, op.cit., p. 262.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 136.

(*fato, valor e norma*), pois os “valores são acessíveis somente por meio da intuição emocional”, de modo que, para compreendê-los é preciso vivenciá-los¹⁴⁷.

Gomes acentua que “a atenção sobre a *dimensão humana do juiz* é de extrema relevância quando se percebe e se defende que, de problemas humanos, só pode entender e dar solução justa quem compreende os seres humanos”¹⁴⁸.

Aliás, é “utópica” a pretensão de um juiz que não seja cidadão, que não possua suas próprias e personalíssimas convicções de mundo.

Ocorre, todavia, que boa parte da doutrina desencoraja a análise feita a partir destas premissas, receosos de que se estaria com isso violando o *princípio da imparcialidade do juiz*.

Entretanto, essa posição se mostra absolutamente equivocada, pois a *imparcialidade do juiz* não pressupõe um “juiz asséptico”, como já alinhavado, no sentido de que deve “atuar como um eunuco político, econômico e social, desinteressado do mundo fora do tribunal”¹⁴⁹.

Forçoso, então, enfrentar o princípio da imparcialidade e compreender o seu real sentido. Necessário será ultrapassar as pré-compreensões dadas exclusivamente pelo texto normativo e ampliar os horizontes da norma que lhe resulta.

3.6 LIMITES FILOSÓFICOS DA PARCIALIDADE POSITIVA

Com efeito, o juiz parcialmente positivo, não deve julgar de acordo com a sua consciência *solipsista*.

A princípio pode parecer contraditório entender como limite à parcialidade positiva do juiz o próprio ordenamento jurídico. Entretanto, defende-se aqui a interpretação de um *positivismo normativista*, segundo a interpretação alinhavada por Lênio Luiz Streck.

Segundo ele, o positivismo normativista é mal interpretado pela doutrina brasileira, porquanto esta não é capaz de distinguir dois momentos distintos do

¹⁴⁷ GOMES, op. cit., p. 361.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 361.

¹⁴⁹ SOUZA, op. cit., p. 131.

positivismo, aos quais denomina de *positivismo primevo* e *positivismo normativo* conforme se extrai de suas próprias palavras:

A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico (denominado de *positivismo primevo*), no que tange a problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos Rudolf Cunap, poderíamos chamar de sintático. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito.¹⁵⁰

Em relação ao “segundo momento” do positivismo, Streck lembra que houve superação da antiga separação entre Direito e Moral. Lembra, inclusive, que o próprio Kelsen integrou esse segundo momento e que defendia a ideia de que “a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista [...] impossível de ser corrigido”.

A respeito desse “segundo momento”, portanto, explica:

Num segundo momento, aparecem propostas de aperfeiçoamento desse “rigor” lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo. É esse segundo momento que podemos chamar de *positivismo normativista*. Aqui há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do “positivo”, do “fato”. Primeiramente, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de um modo avassalador, o poder regulatório do Estado – o que intensificará nas décadas de 30 e 40 – e a falência dos modelos sintático-semânticos da interpretação da codificação, que se apresentaram completamente frouxos e desgastados.¹⁵¹

Em outras palavras, o positivismo saltou do mero legalismo “rasteiro que reduzia o elemento central do direito”, para uma “concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade”¹⁵².

Streck arremata a sua posição afirmando que “obedecer à risca o texto da lei democraticamente construída” (já superada – a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de forma; agora, no Estado Democrático de Direito ela é co-originária¹⁵³.

¹⁵⁰ STRECK, op. cit., p. 87.

¹⁵¹ STRECK, op. cit., p. 87

¹⁵² Ibidem, p. 87

¹⁵³ Ibidem, p. 87

O ordenamento jurídico, portanto, já oferece ao magistrado parcialmente positivo os mecanismos para a concretização dos objetivos da República e dos direitos fundamentais. Deve o juiz parcialmente positivo, portanto, aplicá-los.

O que se pretende afirmar é que o juiz parcialmente positivo não deve praticar *decisionismos*, isto é, interpretar “*de acordo com a sua consciência*”, conforme apregoa a *teoria da argumentação*.

De acordo o círculo hermenêutico de Gadamer, já alinhavado, o juiz parte de uma compreensão acerca do todo para interpretar a norma, sobrepondo à simples análise do sujeito-objeto, característica de uma decisão meramente solipsista.

Com efeito, é preciso compreender para interpretar e não o contrário¹⁵⁴.

Se compararmos a “teoria da moda” (teoria da argumentação jurídica) com a hermenêutica filosófica (na perspectiva que defendo), veremos a distância que existe entre tais posturas. A diferença fundamental talvez esteja no fato de que a hermenêutica atua no âmbito de um mundo compartilhado (podemos chamar a isso de intersubjetividade), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) *não superaram o esquema sujeito-objeto (S-O)*.¹⁵⁵

Constata-se que na “teoria da argumentação” – embora não se trate aqui de sua adoção ou não como fundamento da parcialidade positiva -, ou como preferir no “pensamento jurídico pós-moderno”, que se advoga ostensivamente a supremacia de valores abstratos, que ignoram a importância do direito legislado, face às tendenciosas posições ideológicas, sem preceitos claros e precisos que as demonstrem genericamente e, por isso mesmo, permitem ditar por mera conveniência do intérprete e simples prepotência do aplicador o sentido que bem lhes aprouver nas circunstâncias do caso concreto¹⁵⁶.

Não é isto o que representa o juiz parcialmente positivo. A rigor, a nova leitura do princípio da imparcialidade do juiz, nos termos propostos por Artur Cezar de Souza convalida, ou melhor, sobreleva o próprio princípio como garantia de um processo justo e alinhado aos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 87

¹⁵⁵ STRECK, op. cit., p. 94.

¹⁵⁶ THEODORO op. cit., p. 17.

O juiz parcialmente positivo não *escolhe* a decisão que lhe parece mais adequada para o determinado caso concreto. Isto beira a *parcialidade negativa* da qual tratamos. A rigor, aquele está comprometido com algo que se antecipa¹⁵⁷, vale dizer, com a Constituição, com os objetivos democráticos da República e com os direitos fundamentais nela previstos.

A Constituição se antecipa à decisão do juiz parcialmente positivo, porquanto se trata de uma construção daquilo que a *comunidade política construiu para si*. É ela quem integra o Direito e a própria decisão do juiz. Ora, este não está acima dos objetivos traçados pela comunidade. Ao contrário, o juiz se reveste do Poder Estatal justamente para concretizar tais objetivos.

Dentre esses objetivos, como já tratamos, está a promoção da igualdade social, econômica e cultural dos jurisdicionados. No campo processual essa igualdade se concretiza no atuar do juiz, na promoção da paridade de armas, com fulcro no próprio ordenamento jurídico.

Segundo Lenio Luiz Streck, uma decisão que esteja em harmonia ou que concretiza os objetivos e os direitos fundamentais previstos na Constituição, deve “estabelecer padrões hermenêuticos” com o fito de:

- a) preservar a autonomia do direito;
- b) estabelecer que a fundamentação hermenêutica para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio final*, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade);
- c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito;
- d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais;
- e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.¹⁵⁸

A parcialidade positiva do juiz visa eliminar as desigualdades sociais econômicas e culturais refletidas na relação jurídica processual, valendo-se exatamente de tais critérios, sobretudo velando pela integridade e coerência do direito, em decisões fundamentadas e a partir da Constituição Federal.

Logo, e é preciso deixar claro, não se trata de um campo aberto à criação do direito ou à prática do subjetivismo. Não revela um juiz *ativista* no sentido empregado pela doutrina. Trata-se apenas de uma releitura do princípio da

¹⁵⁷ SOUZA, op. cit., p. 108.

¹⁵⁸ STRECK, op. cit., p. 106-107.

imparcialidade do juiz e que revela o dever-poder do juiz em atuar de modo a concretizar os objetivos da República, bem como os direitos fundamentais, apagando a ideia de que imparcialidade significa *distanciamento ou passividade*.

A parcialidade positiva do juiz está longe, portanto, de se enquadrar em “*voluntarismos* ou *decisionismos*, próprios do ativismo judiciário irresponsável”, antes disso, permite a reflexão acerca da “existência, a validade e a eficácia dos institutos jurídicos na promoção e realização dos direitos fundamentais e dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que tem como norte a Constituição”¹⁵⁹.

O próprio ordenamento jurídico infraconstitucional contém comandos normativos que permitem e até impelem o juiz a atuar de forma parcialmente positiva, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor e do próprio Código de Processo Civil.

Notadamente, aponta-se como exemplo o Código de Defesa do Consumidor não apenas como legislação isolada, mas antes disso, trilhando o conceito de uma interpretação hermenêutica, necessário compreender o todo, os motivos de uma lei específica, suas nuances interdisciplinares, enfim, para interpretar, a título de exemplo, o art. 6º, VIII, que trata da inversão do ônus da prova.

No citado comando normativo não há, por exemplo, determinação expressa para que o juiz promova a inversão do ônus da prova de forma automática. Numa leitura solipsista, é o que se poderia concluir, mas, ao contrário, a norma transfere ao magistrado a análise e a ponderação do caso concreto permitindo uma atuação parcialmente positiva a eliminar as desigualdades econômicas, culturais e sociais, de acordo com a estrutura do próprio Código.

Quando o Código de Processo Civil, igualmente, autoriza a iniciativa probatória do juiz, não se trata de uma ordem universal, que deve ser interpretada apenas e tão somente para quando ‘convier’ ao juiz. Mas refere-se a uma permissão à parcialidade positiva, dado que, em casos específicos que devem ser compreendidos à luz da estrutura sobre a qual se funda o Código de Processo Civil.

Assim, convém observar que o ordenamento jurídico brasileiro não apenas autoriza o atuar do juiz parcialmente positiva, mas igualmente estabelece

¹⁵⁹ CAMBI, op. cit., p. 84

meios e limites para essa atuação. Em outras palavras, o atuar do juiz parcialmente positivo está assegurado no próprio ordenamento jurídico, como nos exemplos acima e nos termos que se expõe a seguir, começando pelo Código de Defesa do Consumidor e avançando ao Código de Processo Civil.

4 HIPÓTESES DA PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Traçadas as diretrizes fundamentais acerca do papel do juiz na atividade jurisdicional, entendida como poder estatal concretizador dos objetivos do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, bem como as premissas e limites objetivos e filosóficos da parcialidade positiva do juiz frente às desigualdades sociais refletidas na relação jurídica processual, é de rigor apontar, ainda que por simples análise de exemplos, as hipóteses desta parcialidade positiva do juiz no direito positivo.

Considerando que o foco do presente estudo é o atuar do juiz parcialmente positivo exclusivamente no campo processual, ou melhor, na relação jurídica processual, as hipóteses analisadas, a toda evidência, se restringem ao direito processual.

Neste sentido, foram analisadas as normas processuais inseridas nos microssistemas do Código de Defesa do Consumidor e da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como, e de forma específica, no Código de Processo Civil. Neste último caso, a análise se concentrou exclusivamente nos *poderes instrutórios do juiz*, porquanto se trata de tema que, não raro, desperta debates na doutrina e na jurisprudência acerca de tais limites.

Já no Código de Defesa do Consumidor, tratou-se desde a sua concepção e princípios gerais que nortearam o legislador, de modo a compreender, em última análise, o papel do juiz parcialmente positivo na concretização daqueles objetivos que, em última análise, são também os objetivos da República, conforme já alinhavado.

O mesmo se deu em relação às hipóteses observadas na Consolidação das Leis do Trabalho, vale dizer, partiu-se dos princípios que

nortearam o legislador trabalhista, a fim de compreender o alcance de suas normas e, de igual modo, compreender o juiz parcialmente positivo como reconstrutor de sentidos relação jurídica processual-trabalhista.

É importante destacar de forma clara e evidente, que o objetivo do trabalho não é a análise exaustiva dos princípios e das normas indicadas, mas correlacioná-los aos pressupostos e concepções traçadas até o momento sobre a parcialidade positiva do juiz. Portanto, não se trata de descrever todas as vertentes ou debates acerca dos comandos normativos indicados, mas apenas e tão somente a relação destes com a parcialidade positiva.

A rigor, o que se pretende analisar e descrever são algumas das hipóteses concretas em que a parcialidade positiva do juiz se faz presente no direito objetivo brasileiro. Em outras palavras, apontar em quais circunstâncias, destas elegidas, o legislador previu e autorizou o atuar parcialmente positivo do juiz na solução dos conflitos.

Com isso, pretende-se apontar que a parcialidade positiva do juiz não é apenas um conceito abstrato, filosófico ou teórico. Mais do que isso, trata-se de uma regra de conduta do magistrado no caso concreto, observados os limites do próprio direito objetivo e dos princípios que o regem nas hipóteses apontadas.

Inicialmente, serão analisadas as hipóteses da parcialidade positiva do juiz no Código de Defesa do Consumidor, em seguida no Código de Processo Civil, precisamente no que concerne aos poderes instrutórios. Por último, na Consolidação das Leis do Trabalho, mais precisamente nos comandos normativos que tratam do Direito Processual do Trabalho.

4.1 A VISÃO GERAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Considerando o quanto exposto acerca da compreensão do todo – círculo hermenêutico – para se interpretar a norma, imperioso analisar, de plano, a visão geral do Código de Defesa do Consumidor. Principalmente, convém analisar as motivações ou visão geral do Código, sob a visão, inclusive, dos co-autores do anteprojeto, observando o contexto social de desigualdade ao qual está inserido e a solução apresentada pelo legislador para reequilibrar a relação de consumo e

jurídico processual e, ao fim e ao cabo, transferir ao juiz parcialmente positivo o poder-dever de concretizar os objetivos da República e as garantias fundamentais.

Identifica-se, de plano, e como é notório, que o avanço da *globalização* impacta profundamente as relações de consumo. Os efeitos por ela produzidos na sociedade contemporânea¹⁶⁰ não são novidades. Fim das barreiras comerciais e das fronteiras, esvaziamento da soberania dos Estados, ágeis transferências de recursos, multiculturalização, enfim, uma transformação significativa no comércio e nos negócios jurídicos.

Anthony Giddens é esclarecedor neste aspecto:

A globalização trata efetivamente da transformação do espaço e do tempo. Eu a defino como ação a distância, e relaciono sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa. (...) A globalização não diz respeito apenas à criação de sistemas em grande escala, mas também (nessa nova relação tempo-espaço) à transformação de contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social. Nossas atividades cotidianas são cada vez mais influenciadas por atividades que ocorrem do outro lado do mundo. De modo oposto, hábitos dos estilos de vida locais tornaram-se globalmente determinantes.¹⁶¹

É inarredável a conclusão de que o movimento da *globalização* transformou as relações jurídicas negociais, sobretudo as relações de consumo. Enquanto antes o consumidor estabelecia relações diretas com o próprio fornecedor ou fabricante, permitindo liberdade para discutir as condições do negócio, hoje deve *aderir* às condições previamente estabelecidas pelo fornecedor.

Sobretudo com a expansão da *internet*, os negócios jurídicos passaram a ser celebrados de forma impessoal, não raro com grandes corporações domiciliadas do outro lado do planeta. A toda evidência, perdeu-se o poder da barganha, ou melhor, o contato direto com a parte negociante e, a toda evidência, impactou a soberania dos Estados e, via de consequência, também a Jurisdição.

¹⁶⁰ Não obstante em sua gênese o termo *globalização* se referir exclusivamente à economia, ao rompimento de barreiras comerciais, atualmente é entendido com maior amplitude, como a integração de cultura, encurtamento de distâncias e de comunicação. Segundo os dicionários da língua portuguesa, *globalização*, também chamado de *mundialização*, é um 'fenômeno ou processo mundial de integração ou partilha de informações, de culturas e de mercados'. In <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=globaliza%E7%E3o>. Acessado em 28/07/2013.

¹⁶¹ GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita: o futuro da política radical*. Trad. Álvaro hattner. São Paulo. Ed: UNESP, 1996, p. 13.

Perdeu-se a isonomia frente ao grande poder econômico de empresas que faturam, em alguns casos, volume maior que o PIB (Produto Interno Bruto) de uma nação¹⁶².

Sem dúvida, a mudança foi drástica na relação de consumo e no conseqüente exercício do direito. E note que, não obstante a dignidade da pessoa humana tenha sido construída à duras penas, perde ela sua essência quando, nas relações de consumo, o consumidor se torna apenas um número. À evidência, o consumidor se torna vítima desse sistema totalizador.

Ao exporem a visão geral do Código de Defesa do Consumidor, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁶³, co-autores do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, afirmaram que:

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até que se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, 'dita as regras'. E o Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.

A disparidade entre o poder econômico ou de barganha do consumidor em relação ao fornecedor de bens e serviços desafiou a efetivação de garantias mínimas de proteção ao hipossuficiente, com o fim de assegurar a dignidade da pessoa humana, tão cara à sociedade e tida por fundamental pela Constituição da República.

José Lopes de Oliveira, citado por José Geraldo Brito Filomeno, afirma que o objetivo de "impedir a exploração do mais fraco pelo mais forte, e os abusos decorrentes do acentuado desequilíbrio econômico entre as partes" desafiou o Estado a regular "*através de disposições legais cogentes*, o conteúdo de certos contratos, de modo que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que está previsto na lei, não podendo, naquelas matérias, regular diferentemente seus interesses"¹⁶⁴.

¹⁶² <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0993/noticias/um-ano-de-records> - acessado em 05/2014

¹⁶³ GRINOVER, op. cit., p. 6.

¹⁶⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

Grinover e Benjamim concluem que a *ratio* da legislação de proteção ao consumidor é exatamente “reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado”¹⁶⁵.

E o juiz enquanto investido no Poder Estatal de julgar os conflitos deste contexto ganha especial relevo no ordenamento regulador. Precisamente porque “*reclama o reconhecimento material da desigualdade real (...) Disso decorre que não se pode pensar no direito processual penal ou civil apenas sob o ângulo da igualdade formal*”¹⁶⁶.

Diante das claras diferenças numa relação de consumo, há de se realizar uma *valoração comparativa* dessas diferenças, eliminá-las e, então, tornar a relação jurídica processual equilibrada. Este é, sem dúvida, o papel juiz que o legislador idealizou com o Código de Defesa do Consumidor.

4.2 A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor não se limitou a regular as relações de consumo no aspecto material, senão também a desigualdade ou disparidade de armas verificada na relação jurídica processual, como espelho da desigualdade social.

A pretensa “purificação” do mercado¹⁶⁷ pelo Código de Defesa do Consumidor é utópica caso se restrinja ao campo material. É de rigor oferecer mecanismos processuais que garantam a efetividade da tutela jurisdicional no caso de violação às “normas imperativas de controle do relacionamento consumidor-fornecedor”.

Mais do que isso, urge que também no campo processual se garanta a paridade de armas, vale dizer, o equilíbrio entre as partes, porquanto de acordo com o quanto já exposto:

¹⁶⁵ GRINOVER E BENJAMIM, op. cit. p. 7.

¹⁶⁶ SOUZA, op. cit., p. 63.

¹⁶⁷ Termo utilizado por Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, co-autores do anteprojeto do CDC, in *Código brasileiro de direito do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 7.

Se é dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a *realização desses fins e a execução dessas tarefas* também há de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal.¹⁶⁸

Ora, não se pode perder de vista os *propósitos norteadores do processo*. Segundo Dinamarco “*fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade*”¹⁶⁹. Sobretudo o *escopo social* que, nada mais é, do que *pacificar com justiça*. Para tanto, exige-se uma participação efetiva do juiz, que não deve atuar como mero espectador do litígio.

Exatamente por isso que o Código de Defesa do Consumidor *autorizou* o magistrado, quando verificar a *hipossuficiência do consumidor e segundo as regras ordinárias de experiências, a facilitar a defesa os direitos do consumidor “inclusive com a inversão do ônus da prova”* em favor do próprio consumidor (art. 6º, VIII).

Filomeno¹⁷⁰ lembra, com grifos nossos, que “a lei, como é sabido, não contém palavras inúteis. E o legislador quis, certamente, deixar claro que a inversão do ônus da prova é *faculdade do juiz (...)*” e *balizado*, de um lado, pela verossimilhança da alegação e, de outro, pela hipossuficiência, segundo as regras ordinárias da experiência.

Nota-se, portanto, que a lei consumerista conclama a parcialidade positiva do juiz e traça critérios técnicos delimitadores de sua atuação. Vale dizer, ao mesmo tempo em que permite a parcialidade positiva impede que o ato se revele numa criação subjetiva.

Não apenas a possibilidade da inversão do ônus da prova foi facultada à parcialidade positiva do magistrado. Também há permissão de intervir, em favor do consumidor, pela “*modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*” (art. 6º, V), tanto quanto declarar a nulidade das cláusulas contratuais que incorram em uma das circunstâncias do art. 51 da Lei nº 8.078/90.

¹⁶⁸ SOUZA, op. cit., p. 234.

¹⁶⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 36.

¹⁷⁰ FILOMENO, Manual dos Direitos do Consumidor. 11. ed. São Paulo: Atlas 2012.

Os comandos normativos citados, aliás, estão diretamente ligados, em sinergia, ao artigo 47 do CDC, que *autoriza* uma interpretação *favorável ao consumidor* das cláusulas contratuais.

A respeito desse comando, Nelson Nery Junior ensina que “não apenas as cláusulas ambíguas dos contratos de adesão se interpretam em favor do aderente, contra o estipulador, mas o *contrato de consumo como um todo*, seja ‘contrato de comum acordo’ (*contrat de gré à gré*), seja de adesão, será interpretado de modo mais favorável ao consumidor”¹⁷¹.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor autoriza o juiz parcialmente positivo, permitindo uma atuação *pró-ativa* na condução do processo judicial ao fito de reequilibrar a paridade de armas em benefício do hipossuficiente, bem assim como interpretar o controvertido dos autos do processo de forma *parcialmente positiva*.

Não se está a dizer, contudo, que o CDC nega vigência ao princípio da *imparcialidade do juiz* ao favorecer o consumidor na relação jurídica processual. A rigor, a imparcialidade do juiz “é um pressuposto para que a relação processual se instaure validamente”¹⁷².

Mais do que isso, trata-se de garantia da efetividade jurisdicional, de uma regra jurídica. Candido Rangel Dinamarco¹⁷³ lembra que:

Sabe-se que o princípio da demanda e o dispositivo constituem limitações indispensáveis ao exercício da jurisdição, no sentido de que o juiz não exerce o seu mister *ex officio*, nem se considera inteiramente solto na relação jurídica processual, livre para investigar os fatos segundo os ditames de sua curiosidade. Um dos fundamentos dessas limitações é a exigência de *imparcialidade* e o temor de que (...) acabe por assumir uma postura emocional no processo, sem condições espirituais para o julgamento sereno.

O que se busca com a aplicação do princípio da *imparcialidade* é afastar do julgamento interesses egoístas do próprio julgador, colocando-o acima das partes e de seus respectivos interesses. Enfim, pretende evitar o envolvimento emocional do magistrado, conforme Dinamarco, no trecho acima citado.

¹⁷¹ NERY JUNIOR, op. cit., p. 548.

¹⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, p. 35.

¹⁷³ DINAMARCO, op. cit., p. 194.

Seja como for, a imparcialidade do juiz não pode ser confundida com a inércia do juiz frente ao litígio posto a julgamento. Aliás, em tempos atuais, as partes que integram a relação processual clamam por efetiva participação do órgão julgador para a solução do caso. Sobretudo o consumidor que, como já alinhavado, é oprimido na relação comercial face à hipossuficiência.

Rogério Licastro Torres de Mello¹⁷⁴ ressalta essa posição:

Há no ar uma indisfarçada atmosfera de convite à maior participação do magistrado nas questões que lhe são conduzidas, como pedisse o jurisdicionado que o juiz fosse ao seu encontro, aproximando-se do problema que lhe é conduzido e, principalmente, deixando para trás os estigmas da inércia e da inatividade como regra e como (falsa) premissa imparcialidade.

Como visto, o juiz é um hermenauta em essência na medida em que é o destinatário das provas e dos textos produzidos pelas partes. Não apenas para aplicar a subsunção do fato à norma, mas destinatário de todo o contexto axiológico daquela relação posta em julgamento. Deve o juiz “*reconhecer todas as formas de vida humana e articulações de cada uma de suas respectivas imagens de mundo*”¹⁷⁵.

A toda evidência, não há como conceber um “juiz dissociado do contexto social, marginalizado da sociedade, purificado de qualquer concepção ideológica, social, cultural e psicológica”¹⁷⁶. Mais ainda, que não seja consumidor ou que não tenha, vez ou outra, experimentado o desequilíbrio atual das relações de consumo.

4.3 A PARCIALIDADE POSITIVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Não raro, não apenas no plano material se evidencia a desigualdade entre as partes litigantes, também na esfera processual o juiz se depara empiricamente com situações de extrema desigualdade. Seja pelo desequilíbrio técnico e econômico dos advogados, seja pela hipossuficiência técnica e econômica

¹⁷⁴ MELLO, op. cit., p. 25.

¹⁷⁵ GADAMER, Hans Georg. in ALMEIDA, Custódio Luíz Silva de. *Hermenêutica filosófica : nas trilhas de Hans-Georg Gadamer* – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

¹⁷⁶ SOUZA, op. cit., p. 136.

da própria parte. Essa experiência revela que a garantia constitucional a um tratamento igualitário entre elas é meramente formal.

Exigir do juiz que se mantenha alheio, inerte ou mesmo neutro em relação a tamanha desigualdade é admitir a ineficácia do princípio da igualdade, além de um processo injusto e regido não pela justiça mas, sobretudo, pelo poder econômico. Tanto porque essa desigualdade, inegavelmente, acaba por obstaculizar em grande medida uma decisão justa e *conectada* com os princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Exatamente em casos deste jaez atua o *juiz parcialmente positivo* a fim de encontrar “meios legítimos conferidos pelo ordenamento jurídico, e que não são poucos” e promover ou viabilizar a *paridade de armas*, ou melhor, “promover o desenvolvimento da relação jurídica processual penal ou civil com base nos princípios democráticos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira de 1988”¹⁷⁷.

Aliás, é importante destacar, que o juiz é quem dirige o processo nos termos do art. 125 do Código de Processo Civil, porquanto nenhuma prova será produzida sem a sua participação. Com efeito, pode o magistrado determinar a produção de provas, de ofício ou a requerimento das partes, desde que entenda como necessárias (CPC, art. 130 e 331, I e II), como também poderá atuar *ativamente* no procedimento de produção da prova (CPC, arts. 342, 355, 413, 415, parágrafo único, 416, 418, 426, II, 440, etc).

Há toda evidência, os comandos normativos são meios legítimos e autorizadores conferidos pelo ordenamento jurídico ao juiz *parcialmente positivo*. Até porque, “não basta a lei processual para que o processo atinja suas finalidades. Mister se faz que o juiz ao dirigi-lo, assuma com amplitude os poderes que lhe são conferidos para tanto”.¹⁷⁸

Dentre os meios legítimos conferidos pelo ordenamento jurídico ao juiz *parcialmente positivo* estão os *poderes instrutórios* previstos, sobretudo, no Código de Processo Civil, com destaque ao artigo 130 que assim dispõe: *caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

¹⁷⁷ Ibidem, p. 211.

¹⁷⁸ GOMES, op. cit., p. 243.

Todavia, e como já dito alhures, há vozes na doutrina tradicional que rejeitam um juiz parcialmente positivo e os seus poderes instrutórios. Segundo essa corrente, tais poderes devem ser desencorajados por refletir uma tendência paternalística e que não guarda relação com as funções do Poder Judiciário¹⁷⁹.

Outros argumentos utilizados por doutrinadores como Frederico Marques e Arruda Alvim, é de que a iniciativa probatória do juiz violaria o princípio da *imparcialidade*, pois o *levaria a crer no objeto de sua própria investigação*¹⁸⁰.

Entretanto, esse enfoque *negativo* da *imparcialidade* é de todo equivocado, pois, o que se percebe é a tentativa de anular a figura do juiz diretor do processo e fazer prevalecer o juiz meramente expectador, que admite e aceita passivamente a vitória não daquele que detém o direito, mas daquele que utiliza o processo como um jogo em seu benefício. Esta postura não considera a perspectiva *positiva* e acaba por aceitar a violação da própria garantia que visam assegurar. Afinal, “não seria parcial

o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?”¹⁸¹.

A omissão nestes casos é antijurídica, porquanto negligencia o dever concretizador dos objetivos e direitos fundamentais da República a ser realizado pelo Poder Judiciário.

Em outras palavras, a leitura do princípio da imparcialidade apenas sob a perspectiva *negativa*, além de ensejar em sua própria violação, impede a concretização dos objetivos fundamentais da República e afasta a decisão final da *máxima conexão com a hermenêutica constitucional*.

Essa visão equivocada do princípio da *imparcialidade* tem contribuído para fundamentar a posição de juízes passivos, meros espectadores e temerosos de qualquer iniciativa, ainda que estejam convencidos do contrário.

O processualista italiano Sergio Charlton, em outras palavras, afirma que inibir a iniciativa probatória do juiz, a pretexto de se preservar a *imparcialidade*, não concretiza as garantias constitucionais, mas apenas revela o processo como um

¹⁷⁹ BEDAQUE, op. cit., p. 115.

¹⁸⁰ *Apud*, BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit. p. 114.

¹⁸¹ BEDAQUE, op. cit., p. 116.

jogo em que não vence a parte que tem razão, mas aquela que possui um advogado mais hábil, vale dizer, aquela que se sagra campeã.

Affermare che il provvedimento officioso che ammette la prova “aggira” le preclusioni “a favore” di una parte e “a danno” dell’altra significa preoccuparsi del fatto che la parte ha torto in fatto e che spera di vincere la causa per l’errore commesso dall’avversario nel non dedurre in tempo la sua prova viene “danneggiata” dal successivo intervento del giudice. Tutto ciò non há che fare con le garanzie costituzionali, bensì con vetusta concezione del processo come un giuoco dove non vince la parte che ha ragione, ma la parte che si può avvalere del campione, cioè dell’avvocato, più abile¹⁸².

Ora, o processo não pode ser visto como um jogo, muito menos como um *jogo de soma zero*, em que o vencedor se sagra campeão na exata medida da derrota do outro. Pelo contrário, o processo deve ser norteado pelo princípio da cooperação entre as partes, incluindo também aí o juiz.

É certo, portanto, que a iniciativa probatória do juiz, baseado na perspectiva da *parcialidade positiva*, não apenas concretiza os direitos fundamentais ou os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito como também solidifica e reforça a garantia/princípio/direito ao tratamento igualitário entre as partes, à *imparcialidade* e, ainda, torna efetivo o direito material.

Nestes termos, José Roberto dos Santos Bedaque conclui:

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma nenhuma afeta sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento, e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concede o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa¹⁸³.

Considerando, portanto, que as regras jurídicas estão sempre “*centradas na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes*” é correto afirmar que a atuação do juiz assentado nos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil, longe de violar o princípio da *imparcialidade*, atende aos princípios constitucionais *axiologicamente subjacentes* à referida

¹⁸² CHIARLONI, Sergio. *Giusto Processo*. Revista de Processo, ano 38, v. 219, maio/2013, p. 119/152, p. 132.

¹⁸³ BEDAQUE op. cit., p. 119.

norma processual, como a *igualdade entre as partes, a pacificação social, a busca pela verdade real, a segurança jurídica, entre outros.*

4.4 A INICIATIVA PROBATÓRIA E O DEVER DE MOTIVAÇÃO

Conforme já alinhavado, a perspectiva de um juiz *parcialmente positivo* não pressupõe, a toda evidência, a sua alforria em relação à motivação das decisões ou mesmo o autoriza fragmentar o direito ao contraditório. Aliás, também estas se revelam em garantias essenciais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 5º, LV, e art. 93, IX).

Nesta esteira, Bedaque aponta que “a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões [...]”¹⁸⁴. Com efeito, sempre que houver a iniciativa oficial pela produção de determinada prova, haverá de se observar o contraditório, oportunizando a manifestação das partes em igualdade de condições.

De outro lado, o dever de motivação da decisão judicial é a expressão do trabalho hermenêutico praticado pelo juiz. Revela, por assim dizer, o caminho percorrido pelo juiz e que o levou à conclusão por aquela determinada sentença. A *reconstrução de sentidos* dos textos normativos é revelada exatamente pela motivação consignada na decisão.

É através da motivação das decisões que se avalia a exigida *máxima conexão com os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.*

O próprio comando normativo do art. 131 do Código de Processo Civil exige que a apreciação livre da prova deve atender “*aos fatos e circunstâncias constantes dos autos*”. Com efeito, a livre apreciação pelo juiz não significa *ausência de regras* a que o julgador deve recorrer no momento de sua valoração. O juiz, portanto, não está “autorizado a valer-se de seu *conhecimento privado*, desprezando

¹⁸⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 111.

o conteúdo dos autos, e deve indicar os motivos que levaram a formar o seu convencimento”¹⁸⁵.

A imparcialidade do juiz, numa leitura atualizada pelo viés da *parcialidade positiva*, impõe ao magistrado o dever de ordenar a produção de provas que entender relevante e necessário à solução justa da lide, eliminando, assim, desigualdades sociais e econômicas refletidas no processo. Entretanto, é na reconstrução dos fatos consignados no processo que se evidencia os *parâmetros objetivos*¹⁸⁶ da decisão e se tem assegurada a segurança jurídica, ou melhor, a integridade e coerência do direito¹⁸⁷.

Logo, a garantia à *imparcialidade* não se restringe às *proibições*, pelo contrário, aos *deveres*. Não é razoável proibir ou mitigar os poderes instrutórios do magistrado, pois, como dito, não favorecerá a parte que tem razão, mas aquela mais hábil ou em melhores condições de litígio.

Neste sentido ensina Dinamarco que “o juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não lhe tolera, porém, a *indiferença*”¹⁸⁸.

O que garante a eficácia da *imparcialidade* são os *deveres* do juiz, tanto no atuar de forma *parcialmente positiva* equilibrando o litígio e permitindo que ambos as partes tenham as mesmas condições de produção da prova, como também no observar o contraditório e na motivação de suas decisões.

Motivações que devem levar em conta a completude da prova e das circunstâncias fáticas alinhavadas nos autos do processo judicial, uma vez que não basta apontar apenas as provas que o levaram à conclusão final, mas também de enfrentar todas as demais provas produzidas ao longo da instrução, inclusive e, sobretudo aquelas que entendeu não serem suficientes à comprovação do alegado, já que nisso se assenta o postulado do contraditório.

¹⁸⁵ CAMBI, Eduardo. Protagonismo Judiciário Responsável. Revista Argumenta UENP. nº 16, 2012, p. 89.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 89.

¹⁸⁷ STRECK, op. cit., p. 106-107.

¹⁸⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 256.

Além de ser o suporte e limite do juiz parcialmente positivo, a fundamentação das decisões judiciais, válida e torna eficaz o princípio constitucional da segurança jurídica.

A segurança jurídica, ao menos no plano dos atos judiciais, está relacionada à fundamentação das decisões judiciais “sobre normas jurídicas válidas e em vigor”, como pondera o constitucionalista português Canotilho:

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre as normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.¹⁸⁹

É a partir da fundamentação que se alcança a *previsibilidade* e a *estabilidade* necessárias à segurança jurídica. Na fundamentação que se busca a completude e a integração do direito. Nela e através dela se propicia “o controle crítico da sentença”, permitindo a compreensão acerca do decidido, pois se verifica eventual falha cometida pelo juiz. Em última análise, garante a efetividade do contraditório¹⁹⁰.

É exatamente no trabalho intelectual, racional e estruturado da fundamentação das decisões que se concretizam os princípios da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, bem como os objetivos da República, vale dizer, a eliminação das desigualdades sociais, econômicas e culturais da relação jurídico processual.

Não obstante haja balizada doutrina no sentido de flexibilizar a garantia da fundamentação, com destaque para José Roberto dos Santos Bejaqui¹⁹¹, é certo que se trata de garantia inegociável do Estado Democrático de Direito e da parcialidade positiva do juiz.

Ora, a afirmação de que “o vício (de ausência de motivação)” poderá ser convalidado em sede recursal caso não prejudique a parte, não soluciona o problema da falta de motivação justamente no acórdão de segundo grau. Além

¹⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 250, *apud*, Humberto Theodoro Júnior, op. cit., p. 26.

¹⁹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da Sentença no Processo Civil. Tese apresentada ao concurso para professor livre docente do departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. São Paulo. 1987, p. 22-24.

¹⁹¹ BEDAQUE, Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 503.

disso, não leva em consideração o fato de que a motivação não se reveste de mero formalismo, mas a razão de ser da compreensão acerca do julgado.

O fim último da jurisdição, que em uma palavra significa a paz, não será alcançado se a parte não compreender o raciocínio estrutural e lógico que ensejou em determinada conclusão. Logo, mais do que prejuízo ao contraditório e a ampla defesa, há de se ter em conta, o prejuízo à paz social quando se negligencia o dever de fundamentação.

4.5 A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O objetivo maior do presente estudo é exatamente apontar a parcialidade positiva do juiz no direito positivo. Considerando, no entanto, o universo infindável de normas que compõem esse ordenamento, optou-se por especificar em três ramos precisos do Direito, comandos normativos que indicam e orientam o atuar parcialmente positivo do juiz.

São eles, o direito do consumidor, o direito processual civil, especificamente no que concerne à instrução probatória e, por fim, o Direito do Trabalho. Os dois primeiros já tratados e alinhavados acima e este que se passa a analisar.

Dentre esses, certamente, o que mais se aproxima daquilo que é o objetivo central da tese da parcialidade positiva do juiz, vale dizer, a concretização dos objetivos da República, é o Direito do Trabalho.

Afinal, é na relação jurídica de emprego que se manifesta de forma mais evidente a “desigualdade econômica, social e cultural entre os demandantes, isto é, entre as partes que figuram no processo”¹⁹².

Historicamente o nascimento do Direito do Trabalho está relacionado às “distorções econômicos-sociais”¹⁹³ dinamizadas pela relação de poder e sujeição. O Direito do Trabalho essencialmente foi concebido para regular as distorções econômicas, sociais e culturais da relação jurídica de emprego¹⁹⁴.

¹⁹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. 4. ed. São Paulo : LTr, 2006, p. 52.

¹⁹³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo : LTr, 2009, p. 78.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 78.

Especificamente versando sobre o Direito Processual do Trabalho, possível afirmar que está a “serviço da realização dos valores contemporâneos, que traduzem um sentimento universal em prol da verdadeira justiça. Daí o surgimento de uma nova doutrina guiada pela ideia da socialização do direito processual”¹⁹⁵.

O princípio da igualdade e isonomia há muito é delineado pelo Direito do Trabalho não apenas como objetivo formal, mas substancial.

Vale dizer, o princípio da igualdade há de ser entendido no seu sentido amplo, isto é, tanto no aspecto da igualdade formal quanto no da substancial. Disso resulta a necessidade de adaptação da aplicabilidade desse princípio nos domínios do direito processual do trabalho, no qual se observa, não raro, manifesta desigualdade econômica entre os demandantes, isto é, entre as partes que figuram no processo.¹⁹⁶

De se notar que o Direito do Trabalho, segundo a própria doutrina, foi “criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral”¹⁹⁷.

Uma das características notória de mitigação da desigualdade econômico-social na relação jurídica processual do trabalho é a isenção de custas aos necessitados e carentes, desde que beneficiários da justiça gratuita, assim declarados na decisão judicial, bem como a isenção de caução para os trabalhadores no ato de levantamento de depósitos judiciais (Dec-Lei 779/69, art. 1º; Súmula 303 do Tribunal Superior do Trabalho).

Mas o princípio que efetivamente legitima o juiz parcialmente positivo na esfera trabalhista é o da *proteção* ou *tutelar*.

Carlos Henrique Bezerra Leite lembra que seu objetivo é de “compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica com uma desigualdade jurídica em sentido oposto [...] deriva da própria razão de ser do processo do trabalho”¹⁹⁸.

Wagner Giglio explica que o princípio da proteção como fundamento do Direito do Trabalho não representa um defeito do juiz, mas um favorecimento à parte hipossuficiente de modo a permitir igualdade de tratamento e de condições de litígio, sobretudo de produção de provas¹⁹⁹.

¹⁹⁵ LEITE, op. cit., p. 39.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 52.

¹⁹⁷ LEITE, op. cit., p. 73.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 73.

¹⁹⁹ GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 67.

Alinhavados os fundamentos que dão suporte e que orientam o Direito Processual do Trabalho e, por consequência, o magistrado condutor do processo judicial trabalhista, é preciso detectar os comandos normativos que orientam e exigem a parcialidade positiva do juiz.

Nenhum outro comando normativo é mais específico do que o comando do art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho que assim está lançado: “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

A toda evidência, o comando remete ao art. 130 do atual Código de Processo Civil, já delineado em tópico anterior, e que já estava previsto no Código de 1939, portanto, antes da edição da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não resta dúvida, da leitura do artigo de lei federal, que o juiz poderá ordenar a realização de perícia, a expedição de ofícios, promover diligências, intimar testemunhas, inspecionar pessoas ou coisas, tal como previsto também no art. 440 do Código de Processo Civil.

O interesse do legislador trabalhista, sem dúvida, é outorgar ao magistrado poderes suficientes para buscar, o quanto possível, a verdade real. Busca que desafia a eliminação das desigualdades socioeconômicas refletidas na relação jurídica processual, como corolário dos objetivos da República.

Não se pode olvidar, ainda, a previsão celetista que autoriza o próprio juiz do trabalho instaurar reclamação trabalhista em virtude de expediente oriundo da Delegacia Regional do Trabalho (art. 39, CLT), numa clara atuação *proativa*, ou melhor, parcialmente positiva.

A mesma atuação parcialmente positiva é identificada no art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê a promoção *ex officio* da execução pelo juiz do trabalho.

Por fim e não menos importante, deve ser destacado o princípio da interpretação mais favorável ao empregado, parte notoriamente hipossuficiente na relação de trabalho. O art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho que desafia a aplicação de princípios trabalhistas na solução dos litígios é amplamente aplicada sobretudo em relação à competência territorial.

Em que pese a própria norma de regência ordene o processamento da reclamatória trabalhista no local da prestação de serviços ou da contratação como

regra (art. 651 da CLT), a interpretação mais favorável e assentada pela jurisprudência laboral é de que referida norma deve ser interpretada em harmonia com o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF), portanto, de forma a favorecer o empregado a demandar em seu domicílio.

Neste sentido, colaciona-se ementa de jurisprudência publicada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Estado da Bahia:

INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. INTERPRETAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 651 DA CLT DE FORMA MAIS FAVORÁVEL AO EMPREGADO. A regra prevista no art. 651 da CLT deve ser interpretada em consonância com o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88). Nesse passo, exigir que o empregado demande seu empregador no local em que fora contratado ou prestou serviços, em hipóteses como a retratada nos autos, inviabilizaria a obtenção da prestação jurisdicional. Portanto, dada as parcas condições financeiras do recorrente, jamais poderia enfrentar uma demanda desta natureza, contra a empresa recorrida, na cidade de Veranópolis, localizada no Estado do Rio Grande do Sul²⁰⁰.

Não há dúvida, portanto, que o legislador trabalhista não apenas autoriza como desafia a parcialidade positiva do juiz. Observa-se que não há criação do direito e muito menos subjetivismo a autorizar *decisionismo* mas o próprio ordenamento que, a fim de equilibrar a relação jurídica processual, prevê o juiz *pro-ativo* na concretização dos objetivos da República, sobretudo na eliminação da desigualdade socioeconômica refletida no processo judicial.

Mais um vez, há de se destacar que o juiz omisso que se reduz como expectador do litígio travado pelas partes à pretexto de conservar a incolumidade do princípio da imparcialidade acaba por violá-lo, na medida em que agindo desta forma permite que o mais capacitado econômica e socialmente vença o litígio como num jogo de cartas.

²⁰⁰ TRT-5 - RECORD: 1981120105050038 BA 0000198-11.2010.5.05.0038, 4ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 14/06/2011.

CONCLUSÃO

É indubitável que o direito processual, ao longo dos últimos anos, tem sido submetido a incontáveis transformações. Seja por uma tutela jurisdicional mais célere e eficaz, seja pela concretização de direitos fundamentais na relação jurídica processual, o fato é que há inúmeras teorias e linhas de pesquisa que buscam solucionar os problemas que se apresentam diuturnamente aos operadores do direito.

E esses problemas são, em grande medida, resultado da desigualdade social, cultural e econômica entre os jurisdicionados, dada a globalização das relações comerciais e empresariais ou pela simples evolução da humanidade (tecnologia, cultura, etc.). O certo é que essa gritante e inquestionável desigualdade entre os membros da sociedade se reflete na relação jurídica processual.

De outro lado, e não menos certo é o fato de que o Poder Legislativo não tem acompanhado tal evolução social, de modo que as desigualdades não apenas têm sido intensificadas como, em muitos casos, legitimadas.

Com efeito, diante das tantas desigualdades e diante da ausência de normas ou comandos normativos efetivos, o Poder Judiciário, mais precisamente o juiz, passou a figurar como protagonista do ideal de concretização dos direitos fundamentais e do alcance dos objetivos da República.

Ocorre que, no mais das vezes, esse protagonismo é exercido com base em valores abstratos ou leis formuladas axiologicamente e traduzidas em cláusulas gerais e normas vagas que acabam por autorizar o subjetivismo nas decisões, vale dizer, o juiz, de fato, passa a definir o sentido e o alcance da lei atribuindo-lhe o resultado que melhor lhe convier no caso concreto²⁰¹.

Para tanto, é preciso compreender o juiz como um hermeneuta jurídico, no sentido dado por Hans-Georg Gadamer. Da mesma forma, é necessário fazer uma releitura do princípio da imparcialidade do juiz diante de seu protagonismo na solução dos conflitos, destacando a superação do juiz “eunuco”, omissivo e inerte, por conta das necessidades que se apresentam no processo civil moderno e das complexas relações jurídicas.

²⁰¹ THEODORO Júnior, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. Revista da EMERJ, v. 9, nº 35, 2006.

Certo é a indispensabilidade do princípio da imparcialidade para se garantir um processo justo, que reverbera no plano concreto tanto no sentido de o juiz se abster de interesses pessoais e subjetivos na solução do conflito, como também de atuar precisamente a eliminar as desigualdades sociais e econômicas de modo a permitir a paridade de armas.

Há, portanto, duas vertentes da imparcialidade a serem examinadas no presente trabalho, partindo do pressuposto lógico de que a imparcialidade significa ausência de parcialidade. De plano destaca-se a vertente negativa da parcialidade, vinculada aos “interesses pessoais” do juiz na solução da lide, talvez a mais odiada forma de injustiça e que representa exatamente aquilo que os iluministas procuraram eliminar da relação jurídica processual como pressuposto de um julgamento justo e equo.

Mas há, de outro lado, a vertente positiva da parcialidade que exige a participação efetiva do juiz no sentido de concretizar direitos fundamentais e os objetivos traçados pela Constituição, sobretudo a eliminação das desigualdades refletidas na relação jurídica processual, decorrente de uma sociedade globalizada e massificada.

O juiz parcialmente positivo é igualmente imparcial, no sentido negativo, porquanto atuar pela concretização da igualdade e dos direitos fundamentais na relação jurídica processual não significa favorecer uma das partes em detrimento da outra, pelo contrário, é evitar que a supremacia ou a hipersuficiência da outra seja motivo de favorecimento no processo judicial.

Vale dizer, o juiz omissivo na concretização da igualdade entre as partes que integram a relação jurídica processual, a pretexto da imparcialidade, incorre no mesmo erro daquele que atua ativamente no julgamento por interesses subjetivos ou próprios. Precisamente porque deixar de promover a igualdade e, portanto, um julgamento justo, é favorecer aquele que detém as melhores condições econômicas e sociais de litigar.

Com efeito, o juiz parcialmente positivo como será descrito não significa conceitualmente que se torna “parte” na relação jurídica ou como “flexibilizador” de procedimentos e muito menos um “*decisionista*”, aquele “cria o direito” de acordo com a sua consciência.

Trata-se apenas de reconhecer que o juiz é protagonista na relação jurídica processual, um gestor dessa relação e que busca, além de se abster de interesses

privados na solução do litígio (parcialidade negativa), igualmente preservar a igualdade entre os litigantes, proporcionando a paridade de armas, invertendo o ônus probatório em caso de hipossuficiência nos termos da lei, ordenando a produção de provas independente de requerimento da parte, conduzir o processo de execução da forma menos onerosa, enfim, sob a égide do ordenamento jurídico e preservando a integridade e a coerência do direito, concretizar os objetivos da nação e os direitos fundamentais na relação jurídica processual (parcialidade positiva).

Será descrito como consectário lógico os fundamentos jurídicos e filosóficos da parcialidade positiva, sobretudo como elemento necessário à integração e coerência do direito. Destaca-se, desde já, que a parcialidade positiva do juiz não se insere no campo do ativismo judicial e não se assemelha ao *decisionismo* marcante em muitas das teorias do *neoprocessualismo*.

Com efeito, a atuação parcialmente positiva do juiz possui limites que igualmente serão traçados neste trabalho, como a fundamentação ou motivação das decisões, além de apontar no plano concreto, apenas a título de exemplo, as normas que permitem, autorizam e orienta o atuar parcialmente positivo do juiz.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a Prova, *in Ver. Processo*, nº 35. _____ . A igualdade das Partes no Processo Civil. *In Temas de Direito Processual*, 4ª série, São Paulo, Saraiva, 1989.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual*. 7. sér. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Trad. Luiz Abezia e Sandra Dima Fernandez Barbery. Campinas :Bookseller, 1999, vol. I.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 20. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2012.
- CAMBI, Eduardo. Jurisdição no processo civil: uma visão crítica, 1. ed. (ano 2003) 7ª tiragem. Juruá: Curitiba, 2008.
- _____. Protagonismo Judiciário Responsável. *Revista Argumenta UENP*. nº 16, 2012
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 250, *apud*, Humberto Theodoro Júnior, p. 26.
- CARNELUTTI, f. Direito Processual Civil e Pena. V. 1, Campinas: Peritas, 2001, p. 113.
- CHIARLONI, Sergio. *Giusto Processo*. Revista de Processo, ano 38, vol. 219, maio/2013.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009

CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da Sentença no Processo Civil. Tese apresentada ao concurso para professor livre docente do departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. São Paulo. 1987.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *A imparcialidade do Juiz e seus Poderes Assistenciais no Processo*. v. 1. Brasília: Revista CEJ, n. 5, maio/ago. 1998, p. 68-71. p. 70.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009

DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. I, 12. ed. Salvador, Jus Podivm, 2010

DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

DUSSEL, Enrique. Filosofia da libertação. Crítica à ideologia da exclusão. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995..

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 26.

GADAMER, Hans-Georg, in ALMEIDA, Custódio Luíz Silva de. *Hermenêutica filosófica : nas trilhas de Hans-Georg Gadamer* – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva* . Petropolis: Vozes, 2009.

GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita: o futuro da política radical*. Trad. Álvaro hattnher. São Paulo. Ed: UNESP, 1996.

GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

GONEN, Julianna S. "Litigation as Lobbying : reproductive Hazards and Interest Aggregation". The Ohio State University: Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. al.]. *Código brasileiro de direito do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. Revista BDJur in <http://bdjur.stj.gov.br>, acessado em 15/08/2013.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manuale di Diritto Processuale Civile. Trad. Candido Rangel Dinamarco. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Atuação de Ofício em grau recursal. São Paulo: Saraiva, 2010

MONTESQUIEU, C. S. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachoo. 2ª ed., Martins Fontes: São Paulo, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a Prova, in Ver. Processo, nº 35. p. 178-179.

NERY Jr., Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

OLIVEIRA, Álvaro de. Curso de processo civil: vol. 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil/Álvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, nº 26.5

PORTO, Sérgio Gilberto. Sinergia Jurídica: processo e realização do direito. Revista de Processo. Ano 38, vol. 215, jan/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria Geral do processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

SOUZA, Artur Cesar de. A parcialidade positiva do Juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Artur Cesar de. A decisão do juiz e a influência da mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Artur Cesar. A parcialidade positiva – Fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. Revista de Processo. Ano 38, vol. 224, out/2013; São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOUZA, Artur Cesar. *In A decisão da ADI 3330 à luz do princípio da parcialidade positiva do juiz*, <http://ns2.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/boletimdaenfam/article/viewFile/1579/1574>, acessado em 25 de agosto de 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 2. ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008.

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

TARUFFO, Michele. apud. MEIRELES, Edilton. Limites da Jurisdição e a efetividade dos direitos subjetivos constitucionais. Revista de Processo. Ano 38, vol, 238, set/2013; São Paulo: Revista dos Tribunais.

THEODORO Junior, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. Revista da EMERJ, v. 9, nº 35, 2006.