

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

GUILHERME PETRY MATZENBACHER

**Da Imparcialidade à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de
Direitos Humanos**

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

GUILHERME PETRY MATZENBACHER

**Da Imparcialidade à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de
Direitos Humanos**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão do Curso.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik.

Porto Alegre
2011

GUILHERME PETRY MATZENBACHER

**Da imparcialidade à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos
Humanos**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Aprovado em 28 de novembro de 2011

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor Danilo Knijnik

Prof. Doutor Odone Sanguiné

Prof. Me. Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Dedico esse trabalho de conclusão à minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por me proporcionar, um curso de graduação do mais alto nível.

Ao professor Danilo, pela sua atenção e disponibilidade.

À minha família, pelo apoio e incentivo.

Aos meus amigos, pelo companheirismo e afeto.

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a imparcialidade judicial, especialmente sobre a sua concepção atribuída pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Por meio da distinção das duas vertentes da imparcialidade, a dizer, uma objetiva e outra subjetiva, pretende-se traçar um paralelo com os institutos processuais destinados a salvaguardar a imparcialidade do julgador. Objetiva-se, por meio desse cotejo, demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece a existência dessas duas acepções da imparcialidade, de maneira a demonstrar-se um manifesto descompasso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que trata como taxativas as hipóteses de impedimento e de suspeição, com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Imparcialidade. Imparcialidade Objetiva. Imparcialidade Subjetiva. Impedimento. Suspeição. Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This work approaches of judicial impartiality, involved especially with the conception assigned by the European Court of Human Rights. By the distinction of two different aspects of the impartiality – subjective and objective – it is intended to picture an outlook about the procedural means in the Brazilian legal system to protect the judge's impartiality. It is aimed to demonstrate that the Brazilian jurisprudence does not recognize the existence of any of those two conceptions of impartiality. Therefore, it is shown that the Brazilian jurisprudence is delayed, in comparison with the European Court of Human Rights, by take as exhaustive the hypotheses of procedural means designed to safeguard the impartiality.

Keywords: Impartiality. Objective Impartiality. Subjective Impartiality. European Court of Human Rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	10
2.1. A Imparcialidade como Regra.....	12
2.2. A Imparcialidade como Princípio.....	13
2.2.1. Correlação com o Princípio da Legalidade	15
2.2.2. Correlação com o Princípio do Juiz Natural.....	18
2.2.3. Correlação com o Princípio da Independência	20
2.2.4. Correlação com o Princípio Contraditório e com o Princípio Acusatório	23
2.2.5. A imparcialidade como Postulado Normativo	25
2.3. O Mito da Neutralidade	26
2.3.1. Origens Históricas.....	27
2.3.2. O Juiz e o Cientista – o Homem e a Neutralidade	28
2.3.3. A Incompatibilidade do Conceito de Neutralidade ao Direito	30
2.4. Imparcialidade e Parte Processual.....	34
3. A CONCEITUAÇÃO DA IMPARCIALIDADE PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS	37
3.1. A Imparcialidade Subjetiva	39
3.1.1. Do Sentire à Sentença	40
3.1.2. Dos Preconceitos às Influências Psicológicas	42
3.1.3. Uma Aplicação dos Arquétipos de Jung	43
3.2. A Imparcialidade Objetiva	47
3.3. Da Crítica a Classificação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos às Causas de Impedimento e de Suspeição.....	49
3.4. As Hipóteses de Impedimento	51
3.5. As Hipóteses de Suspeição	55
3.6. Sobre o Entendimento do Superior Tribunal de Federal Quanto aos Institutos do Impedimento e da Suspeição.....	58
4. CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS	65

1. INTRODUÇÃO

Mesmo simbolicamente, a imparcialidade encontra-se nitidamente relacionada com a justiça: tanto na Imagem da Deusa Iustitia, que têm seus olhos vendados, quanto na representação da Deusa Diké, que tem os seus abertos, é sempre feita especial alusão à imprescindibilidade de o julgador figurar na posição de terceiro imparcial. Na primeira imagem, a venda nos olhos simboliza a necessidade de o julgador conferir igualdade de tratamento às partes; na segunda, que o julgador deve atentar às diferenças que os desigualem. Disso segue que, independentemente da representação atribuída à justiça, faz-se alusão à imparcialidade¹.

Essa simbologia se enquadra perfeitamente com o entendimento de que, sem juiz imparcial, não há de se falar propriamente em jurisdição². Com efeito, o fato de o julgador ser um terceiro imparcial é o requisito mais elementar para que se dê a cada um o que é seu.

Todavia, parafraseando Aristóteles, há infinitas maneiras de errar, mas somente uma de acertar. Os modos ou as razões que tornam o julgador parcial e, portanto inapto a julgar a causa, são os mais diversos possíveis. Em razão disso, vislumbra-se uma manifesta impropriedade de o ordenamento jurídico brasileiro tratar como taxativas as hipóteses de aplicação dos institutos do impedimento e da suspeição.

Tendo isso em vista, o presente trabalho de conclusão tem como intuito apresentar a concepção atribuída pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos à imparcialidade. Por meio dessa noção, pretende-se conferir um distinto modo de apreciar o fenômeno da imparcialidade.

O tema faz-se relevante especialmente em razão de haver o Brasil se submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos por ocasião da

¹ FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2007. 384 p. p.32.

² A teor, é o enunciado da Sentença 60/1995 do Supremo Tribunal Constitucional Espanhol: "sin Juez imparcial no hay, propriamente, processo jurisdiccional" (Cf. SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. 709 p. p. 510).

promulgação do decreto nº 4.463/2002³. Assim sendo, passa a existir a possibilidade de que um Tribunal supranacional venha a analisar uma questão concernente à imparcialidade dos órgãos judiciais brasileiros.

Dessa feita, a primeira parte do trabalho consiste em uma breve abordagem acerca da natureza jurídica da imparcialidade, bem como distingui-la dos conceitos de neutralidade e da posição processual em que figuram as partes. Com isso, colima-se traçar os entornos do fenômeno da imparcialidade, de modo a melhor delimitar o tema.

Já a segunda parte do trabalho trata propriamente sobre os conceitos de imparcialidade objetiva e subjetiva, conferindo-se uma especial atenção ao subjetivismo imanente ao ato de julgar. Também, nessa parte do trabalho, será realizado um cotejo entre as apresentadas vertentes da imparcialidade com os institutos processuais do impedimento e da suspeição, com a respectiva análise de como a jurisprudência do Superior Tribunal Federal os aborda.

Especificamente por meio desse cotejo entre a jurisprudência da nossa Suprema Corte, pretendemos demonstrar que as vertentes subjetiva e objetiva da imparcialidade não são reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico. Dessa negativa segue que a pátria doutrina ignora a relevância da imparcialidade à *autoritas* do Poder Judiciário, bem como desconsidera que, por trás de toda a decisão, existe um ser humano.

³ BRASIL. **Decreto Nº 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm>. Acessado em: 22/11/2011, às 14h56m.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas jurídicas. Normas não se confundem com dispositivos legais: aquelas são o resultado do processo hermenêutico, ao passo em que estes são o objeto da atividade interpretativa⁴.

As normas jurídicas podem ser classificadas em três espécies normativas distintas: as regras, princípios e os postulados⁵.

Consoante a doutrina firmada por Humberto Ávila, regras são normas imediatamente descritivas centradas na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes⁶. São normas que prescrevem, imediatamente, a adoção da conduta que descrevem.

Já os princípios são normas imediatamente finalísticas que enunciam a promoção de um fim, entendido como estado ideal de coisas. Conforme o autor em comento, os princípios possuem uma “pretensão de complementaridade e de parcialidade”, que demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta necessária à sua promoção⁷.

Ainda, instituem os princípios o dever de adotar um determinado comportamento para a realização de um estado de coisas. A partir disso, segue que a positivação de princípios implica a obrigatoriedade de adoção dos comportamentos necessários para a sua realização. O conteúdo do comportamento exigido, no entanto, não resta determinado pelo princípio: há apenas a vinculação com a finalidade enunciada⁸.

Partindo do fato de que os princípios não indicam com precisão o modo por meio do qual o estado ideal de coisas proposto será alcançado, normalmente necessitam eles da complementação de regras⁹.

Merece ainda ser frisado que princípios não se confundem com valores. Aqueles se relacionam com estes na medida em que, quando se estabelece um fim,

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10.ed. ampl. São Paulo : Malheiros, 2008. 196 p. p. 30.

⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no civil Law. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010, p. 157.

⁶ ÁVILA, H., 2008. p.78.

⁷ ÁVILA, H., 2008. p. 78-9.

⁸ ÁVILA, H., 2008. p. 80.

⁹ ÁVILA, H., 2008. p. 48.

estabelece-se também uma qualificação positiva. Distinguem-se, todavia, em razão de os princípios se situarem no plano deontológico, estabelecendo a obrigação de adotar as condutas imprescindíveis à promoção de um estado ideal de coisas, ao passo em que os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico¹⁰

No que diz respeito ao modo de aplicação, tanto as regras quanto os princípios têm como pressuposto necessário à atividade interpretativa, apenas distinguindo-se em razão de as regras possuírem menor grau de abstração¹¹. Entretanto, amiúde distingue a doutrina regras e princípios em razão da forma como ocorrem conflitos normativos: enquanto as regras seriam aplicadas ao modo “tudo ou nada”¹², devendo ser excluída do ordenamento jurídico em face da aplicação de uma regra antinômica¹³, os princípios são sopesados, sobrevivendo intactos, mesmo quando não prevalecem¹⁴

Por fim, os postulados normativos se configuram como as condições essenciais sem as quais um objeto não pode ser apreendido. Trata-se de normas “imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”¹⁵.

Conforme Ana Paula de Oliveira Ávila, os postulados normativos seriam uma espécie de “metanormas”, que não estabelecem nem deveres de conduta, tal como ocorre com as regras, nem o dever de promoção de um certo estado de coisas, tal como ocorre com os princípios. Trata-se de normas de segundo grau¹⁶, que se caracterizam por estruturar a aplicação de promover o fim. Os postulados estabelecem como os deveres devem ser aplicados¹⁷. Atuam, portanto, fixando os modos de raciocínio e de argumentação relativos às normas que indiretamente prescrevem comportamentos.

Desse modo caracterizado, os postulados normativos situam-se num plano distinto do ocupado pelas regras e pelos princípios¹⁸, eis que têm como destinatários os aplicadores do Direito.

¹⁰ ÁVILA, H., 2008. p. 80.

¹¹ ÁVILA, H., 2008. p.48.

¹² ÁVILA, H., 2008. p. 47.

¹³ ÁVILA, H., 2008. p. 125.

¹⁴ DE SOUZA, Arthur César. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, volume 857, p. 29-53, mar., 2007. p. 35.

¹⁵ ÁVILA, H., 2008. p. 124.

¹⁶ ÁVILA, H., 2008. p. 124.

¹⁷ ÁVILA, A., 2010. p. 158.

¹⁸ ÁVILA, H., 2008. p. 124.

No que diz respeito ao modo de aplicação, os postulados normativos não comportam nenhum grau de flexibilização¹⁹, visto que estabelecem diretrizes metódicas²⁰. Portanto, assemelham-se às regras, na medida em que são aplicados ou não²¹.

Não se pretende, de modo algum, com essas considerações iniciais exaurir a temática das espécies normativas, tampouco sustentar a coerência desta sistemática da tipologia normativa. Tais considerações são abordadas apenas com o intuito de apontar a natureza jurídica da imparcialidade. Conforme será demonstrado, existem vertentes doutrinárias que afirmam que a imparcialidade, em nosso ordenamento jurídico se qualifica como regra, como princípio e como postulado normativo.

2.1. A Imparcialidade como Regra

No âmbito processual infraconstitucional, a imparcialidade é tratada negativamente²² nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal e nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil. Referidas regras jurídicas²³ impõem ao juiz um dever de não fazer²⁴: abster-se de atuar nas relações processuais em que se vislumbrar na condição de suspeito ou de impedido²⁵.

Tratando-se de uma regra, cabe ao juiz “fazer exatamente o que ela determina, nem mais nem menos”²⁶.

Cabe salientar, ainda, que a doutrina qualifica dos mais diversos modos possíveis as regras de impedimento e de suspeição: há desde quem sustente tratá-las como pressupostos negativos da sentença de mérito²⁷; como condições de

¹⁹ ÁVILA, A., 2010. p. 159.

²⁰ ÁVILA, A., 2010. p. 125.

²¹ ÁVILA, A., 2010. p. 159.

²² ÁVILA, H., 2010. p. 158.

²³ DE SOUZA, 2007. p. 36.

²⁴ ÁVILA, A., 2010. p.158.

²⁵ DE SOUZA, 2007. p. 36.

²⁶ DE SOUZA, 2007. p. 36.

²⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, Volume III. 4. ed. rev. atualiz. e com remissões ao Código civil de 2002 São Paulo : Malheiros, 2004. 4 v. p. 135.

validade da sentença^{28 29}; ou ainda, como concernentes à capacidade subjetiva do juiz³⁰.

2.2. A Imparcialidade como Princípio

A imparcialidade, nada obstante ser uma norma prevista na Declaração Universal dos Direitos dos Homens³¹, na Declaração Americana dos Direitos do Homem³², Pacto Internacional de direitos Cíveis e Políticos³³ e no Pacto San Jose da

²⁸ A propósito, afirma JAMES GOLDSCHMIDT que “há condições de validade da sentença que não são pressupostos de uma sentença sobre o mérito, por exemplo, ter sido prolatada a sentença pelo número legal de juizes (...) e não ter concorrido para prolatar a sentença um ou mais juizes cuja suspeição, fundamentada em causa legal e tentada tempestivamente e na forma prevista, tivesse sido deferida, ou houvesse sido denegada, sendo precedente” (Cf. GOLDSCHMIDT, James **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte : Lider, 2002. 150 p. p. 139)

²⁹ No mesmo sentido, é a orientação de CASSIO SCARPINELLA BUENO (Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v.1: teoria geral do direito processual civil. 4. ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010. 612 p. p.446.)

³⁰ DALL'AGNOL, Antonio. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento: arts. 102 a 242. In: Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000-2001 v.2 P. 155.

³¹ Assim dispõe o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos dos Homens: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” . (Cf. ORGANIZACAO DAS NACOES UNIDAS, **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acessado em 24/11/2011, às 22h54m.)

³² Conforme o artigo XXVI, da Declaração Americana dos Direitos do Homem: “(...) Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida de uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que não lhe sejam infligidas penas cruéis, infamantes ou inusitadas.” (Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acessado em 24/11/2011, às 23h20m.)

³³ É essa a redação do artigo 14, I, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos da totalidade ou parte das sessões de julgamento por motivos de ordem moral, de ordem pública ou de segurança nacional numa sociedade democrática, ou quando o exija o interesse da vida privada das partes ou, na medida estritamente necessária em opinião do tribunal, quando por circunstâncias especiais o aspecto da publicidade possa prejudicar os interesses da justiça; porém, toda a sentença será pública, excepto nos casos em que o interesse de menores de idade exija o contrário, ou nas acções referentes a litígios matrimoniais ou tutela de menores” (Cf. ORGANIZACAO

Costa Rica³⁴, não possui previsão expressa na Constituição Federal Brasileira. Em nossa Magna Carta existe apenas a referência ao princípio da independência do poder judiciário em seu segundo artigo, havendo uma completa omissão quanto à questão da imparcialidade dos juízes³⁵.

Bem verdade que a existência da previsão expressa de uma norma não é condição *sine qua non* para que haja o reconhecimento da sua existência³⁶, uma vez que princípios determinam a adoção de determinado comportamento a fim de realizar um estado ideal de coisas, é plenamente possível que eles estejam implícitos no texto legal³⁷. Além do mais, por configurar-se o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema normativo aberto, reitera-se esta possibilidade³⁸.

E, com efeito, uma interpretação teleológica da Constituição Federal de 1988 implica o reconhecimento da imparcialidade como um princípio oculto³⁹. Nessa senda, aliás, Ana Paula de Oliveira Ávila chega ao ponto de asseverar que uma disposição expressa revelar-se-ia “dispensável”, visto que diversos dispositivos constitucionais implicam a imparcialidade ou pressuõem-na.

A imparcialidade, ante a uma perspectiva unitária da constituição, apresenta-se como um instrumento para uma série de princípios e garantias fundamentais. Desse modo, encontra-se a imparcialidade “arraigada”⁴⁰ em diversas garantias fundamentais previstas no Título II da Constituição Federal. A teor, a imparcialidade é vital aos princípios do Estado de Direito, legalidade e segurança jurídica, princípio democrático, igualdade e do devido processo legal⁴¹.

DAS NACOES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/detent/civpot_p.htm. Acessado em 24/11/2011, às 23h01m.)

³⁴ Nesse sentido, é o artigo 8º - 1. , do Pacto San José de Costa Rica: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto San José de Costa Rica**. 1969. Disponível em: <<http://www2.idh.org.br/casdh.htm>>. Acessado em 24/11/2011, às 23h14m)

³⁵ DE SOUZA, 2007. p. 55.

³⁶ ÁVILA, A., 2010. p. 158.

³⁷ ÁVILA, A., 2010. p. 158.

³⁸ DE SOUZA, Arthur César. **A parcialidade positiva do juiz**. Revista dos tribunais: São Paulo, 2008. 270 p. p. 51.

³⁹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 186, p. 333-352, ago. 2010. p. 338.

⁴⁰ TEIXEIRA, 2010. p. 141.

⁴¹ ÁVILA, A., 2010. p. 166-9.

Todavia, deve ser evitado o constante equívoco da doutrina de configurar a imparcialidade como um mero reflexo de outros princípios constitucionais⁴². Incorre em uma impropriedade a afirmação de que a imparcialidade se configura unicamente por derivação de outras normas eis que tal procedimento ignora a possibilidade de conferir-se um conteúdo autônomo à imparcialidade. Seguiria dessa proposição que a imparcialidade não exerceria eficácia direta⁴³ sobre os princípios dos quais ela decorreria, não lhes agregando, por consequência, novos elementos neles não previstos.

À vista desse fenômeno, a dizer, a imparcialidade, enquanto princípio, possui uma função integrativa sobre os demais princípios constitucionais, enseja-se uma apreciação conglobante dessas espécies normativas, verificando em que medida elas se correlacionam. Não se propõe, no entanto, com essa análise delimitar com maior precisão o real alcance da imparcialidade: referida pretensão revelar-se-ia incompatível com a ideia de que a imparcialidade se encontra implícita no Texto Constitucional. Ao contrário, pretende-se com isso destacar que, ante ao alto grau de abstração dos princípios, somente é possível realizar uma interpretação sistemática da Constituição enquanto vislumbrá-la como uma unidade.

2.2.1. Correlação com o Princípio da Legalidade

Arthur César de Souza afirma que a imparcialidade “pressupõe e implica o princípio da legalidade”⁴⁴.

Pressupõe porque é a lei que outorga competência ao Judiciário para exercer a atividade de julgar, bem como determina o procedimento com que o juízo será emitido. É em razão disso que se afirma que a independência de um julgador se configura como diretamente proporcional à sua dependência à lei: a premissa mais importante de um procedimento é que existam normas gerais em vigor que

⁴² DE SOUZA, Arthur César. **A parcialidade positiva do juiz**. Revista dos tribunais. Ano 2008. 270 p. p. 51.

⁴³ ÁVILA, A., 2010. p. 97.

⁴⁴ DE SOUZA, 2008. p. 66.

determinem o modo como o julgador deve proceder⁴⁵. Dessa sorte, só se pode falar em um juiz independente quando houver uma norma, geral e anteriormente fixada, da qual dependa⁴⁶.

A sujeição somente à lei acaba por determinar a posição institucional do juiz. Essa posição, externa em relação aos sujeitos da causa e estranha aos interesses em jogo, cristaliza-se na ideia da imparcialidade⁴⁷. Analisando por esse prisma, a legalidade, por si só, “bastaria para fazer valer (...) a imparcialidade”, bem como de princípios constitucionais, tais como o do contraditório e da ampla defesa⁴⁸.

Cordón Moreno, seguindo a mesma orientação, assevera que, especificamente no âmbito penal, a função do juiz se vê limitada pela transcendência constitucional do princípio da legalidade, de maneira a tornarem-se irrelevantes as convicções íntimas do juiz. Ante tal irrelevância, impossibilita-se que magistrado se coloque na posição de justiceiro, castigando condutas não previstas em lei⁴⁹.

Ademais, por evidente, o princípio da legalidade também é disposto como um pressuposto à imparcialidade quando prevê as hipóteses de suspeição e de impedimento. Ora, no momento em que essas regras outorgam às partes o direito de recusa ou o dever de abstenção do magistrado⁵⁰, configuram-se as normas positivas como uma questão prévia para que se instaure um julgador imparcial. Também, tal efeito ocorre à medida que legalmente se estabelecem mecanismos para assegurar a imparcialidade, a teor das garantias da inamovibilidade,

⁴⁵ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Madrid : Alianza, 1992. 377 p. p. 155.

⁴⁶ A propósito, digna de destaque a seguinte passagem: “*Todas las demás configuraciones del Estado de Derecho, y todas las garantías específicas del mismo, presuponen el carácter general de la Ley. La independencia del juez respecto de mandatos oficiales, por ejemplo, tiene su esencial correlato en La dependencia del juez respecto la Ley. Dependere de La Ley significa outra cosa que depender de mandatos y ordenes especiales de um superior; significa una cosa contrapuesta. Si el legislador puede adoptar la forma de la Ley para dirigir mandatos al juez, este deja de ser Independiente; depende de los órganos competentes para legislar. Y si éstos pueden usar su competencia legislativa para dirigir al juez ordenes especiales y ‘decretos’, ellos son precisamente los superiores jerárquicos Del juez. Sólo en tanto se mantega el carácter general de la Ley son independientes los jueces*”.(Cf. SCHMITT; 1992. p. 180).

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. 766. p. 534.

⁴⁸ TEIXEIRA, 2010. p. 142.

⁴⁹ CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2. ed. Navarra : Aranzadi, 2002. 235 p. p. 92-3.

⁵⁰ Segundo TORNAGHI, tal dever seria implícito no caso de ocorrência de uma hipótese de suspeição. (Cf. TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil** : Arts. 1º a 153. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976. 479 p. p. 427.)

vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios⁵¹, de maneira a revelar-se a legalidade como um elemento prévio à existência da imparcialidade.

Dessa sorte, o princípio da legalidade, ao regulamentar a atividade estatal (dispondo uma divisão funcional dos poderes do Estado) e ao conferir condições para a existência de um juiz imparcial, apresenta-se como uma condição lógica à imparcialidade.

Todavia, com a derrocada do velho paradigma positivista, em que o juiz se apresentava como a longa *manus do legislador*⁵², passa-se a considerar a sujeição do juiz somente às leis constitucionalmente válidas, ou seja, em consonância com a própria Constituição. Disso segue que a interpretação judicial da lei passa a ser, também, um juízo sobre a lei propriamente dita⁵³, o que passa a agregar um novo conteúdo ao princípio da legalidade. Portanto, a mera existência formal da lei torna-se despicienda quando a lei é incoerente com os demais preceitos constitucionais. Dessa sorte, resultaria que uma lei formal que afronte ao princípio da imparcialidade reputar-se-ia como inválida.

Ainda, César de Souza, pautando-se em sua “vertente positiva da imparcialidade”⁵⁴, aduz que há a permissão de o juiz, durante o desenvolvimento da relação processual, levar em consideração aspectos sociológicos, econômicos e culturais das partes envolvidas no conflito para realizar a efetivação material de princípios fundamentais⁵⁵.

A imparcialidade, assim vislumbrada, além de agregar uma distinta significação ao princípio da legalidade estrita, institui novos parâmetros de conduta no âmbito da atividade jurisdicional. A imparcialidade, portanto, protege e representa

⁵¹ A rigor, é a redação do artigo 95 da Constituição Federal: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”. (Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acessado em 23/11/2011, às 15h23m.)

⁵² PORTANOVA; 2005. p. 79.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, c1999. 180 p. p. 26.

⁵⁴ A tese da parcialidade positiva do juiz, conforme será visto posteriormente, arraiga-se sobre a distinção entre imparcialidade e neutralidade.

⁵⁵ DE SOUZA, 2007. p. 47.

valores que estão além da legalidade formal, eis que possui um âmbito de aplicação que “excede em larga medida o da legalidade estrita”⁵⁶.

2.2.2. Correlação com o Princípio do Juiz Natural

O Princípio do Juiz Natural manifesta a finalidade de promover um estado ideal das coisas que consiste: na imprescindibilidade de que o juiz seja preestabelecido pela lei e, portanto, não constituído *post factum*; na impossibilidade de derrogação; na indisponibilidade das competências e, por fim, na proibição de existências de juízes extraordinários e especiais⁵⁷.

Nelson Nery Junior, por igual, também adota uma perspectiva tridimensional da garantia do Juiz Natural, que significa: (1) não haverá juízo ou tribunal de exceção; (2) que todos têm direito de submeter-se a um julgamento de um juiz preconstituído pela lei e (3) que “o juiz competente tem de ser imparcial”⁵⁸.

Assim delimitado, o Princípio do Juiz Natural se imiscui com os princípios da legalidade, da independência e da imparcialidade. Existe, entre estas normas, uma inter-relação. Tal situação é ilustrada pela constatação histórica de Tocqueville, que relata que “não havia em toda a Europa país algum cuja justiça comum dependesse menos do governo que na França, mas tampouco havia um só país com tantos tribunais de exceção”. Explica que, como “o rei quase nada podia fazer em relação aos juízes, não tendo o direito de revogá-los nem transferi-los para outro lugar nem mesmo elevá-los a um posto superior”⁵⁹, tinha como única alternativa tirar do conhecimento destes magistrados os negócios que lhe interessavam diretamente.⁶⁰

Essa intrínseca relação também é destacada por Rui Portanova ao apontar que, no ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio do Juiz Natural foi acumulando requisitos, estendendo-se “a aspectos que tocam tanto a jurisdição em geral (como

⁵⁶ DE SOUZA, 2007. p. 67.

⁵⁷ FERRAJOLI, 2010. p. 542.

⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural: opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado. **Revista Ajuris**, v. 32, n. 100, p. 305-316, 2005. p. 306.

⁵⁹ Não podendo, assim, dominar os juízes nem pelo medo nem pela ambição

⁶⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. 212 p. p. 89.

segurança do cidadão) como o processo em particular (como direitos da parte e garantia do juiz) ”⁶¹. Define, portanto, o Juiz Natural como o magistrado integrante do Poder Judiciário, “cercado das garantias próprias conferidas àqueles que exercem esse Poder, e, por isso mesmo, independentes e imparciais”⁶².

Também o Tribunal Constitucional espanhol, durante o período de 1982 a 1987⁶³, inseriu a imparcialidade no âmbito do Direito ao juiz ordinário predeterminado por lei. Digno de registro o excerto da Sentença 44/1985 que diz que “*el derecho al Juez ordinario predeterminado por ley ‘comprende también el de recusar cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad’*”⁶⁴

Picó I Junoy, todavia, contesta essa apontada identificação com o argumento de que o Juiz Natural tende a garantir a ocorrência de um tribunal organicamente competente estabelecido por lei e sua consequente *perpetuatio iurisdictionis*, enquanto a imparcialidade “hace referencia no tanto al órgano jurisdiccional considerado em su dimension orgânica, sino a la persona, juez o magistrad, que lo integra”⁶⁵. Por tal razão, conclui o autor em análise que a garantia do juiz imparcial “*no cabe encardinarla dentro del derecho al juez natural, salvo cuando las normas de sustitución de un juez, como consecuencia de una abstención o recusación, no estén predeterminadas legalmente*”⁶⁶.

Por fim, Odone Sanguiné afirma que o direito das partes ao juiz independente e imparcial, apesar de sua íntima relação com o Direito ao Juiz Natural, deve ser entendido como incluído dentro do mais genérico direito ao devido processo legal com todas as garantias. Desse modo, os caracteres constituintes do juiz ordinário e predeterminado pela lei devem se subordinar ao objetivo de instaurar e de possibilitar um procedimento que respeite a todas as garantias⁶⁷.

⁶¹ PORTANOVA, Rui. **Principios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 308 p. p. 65

⁶² PROTAVANO, 2005. p. 64.

⁶³ DE SOUZA, 2007. p. 38.

⁶⁴ DE SOUZA, 2008. p. 80.

⁶⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. **La imparcialidad judicial y sus garantías: la avstención y la recusación**. Barcelona: Bosch, 1998. 262p. p. 33-34.

⁶⁶ PICÓ I JUNOY, 1988. p. 35.

⁶⁷ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. 709 p. p. 511.

2.2.3. Correlação com o Princípio da Independência

Verdadeiro postulado do Estado de Direito, a independência do Judiciário trata de garantir que a função jurisdicional seja exercida somente com sujeição à lei⁶⁸. Além do mais, a independência do magistrado frente às partes só é salvaguardada por meio de mecanismos legais – os quais, nas palavras de Cordón Moreno, existem para garantir a imparcialidade do julgador⁶⁹.

O princípio da independência costuma ser visto por duas distintas perspectivas: a independência interna e a externa.

A independência externa é aquela que protege os órgãos jurisdicionais de intromissões provenientes de outros poderes; é a exterioridade do Poder Judiciário ao sistema político⁷⁰. Trata-se, portanto, da tradicional concepção da autonomia do judiciário frente ao Poder Executivo, a qual é consagrada pela vedação a pressões da administração frente ao exercício da jurisdição⁷¹, e frente ao Poder Legislativo.

Alguns autores, todavia, logram vislumbrar na preposição “autonomia frente ao sistema de poderes” uma mais ampla concepção ao termo “poderes”, nela incluindo qualquer sorte de instituição social com aptidão de influenciar a autonomia do julgamento. É essa a posição adotada por Rui Portanova, que declara que:

O Judiciário como um todo e cada juiz em particular é independente não só em relação aos outros poderes, como diante do próprio poder e da opinião pública. É direito do cidadão que a jurisdição seja isenta de pressões externas, e como tal a parte deve exigir do julgador que exerça esta independência.⁷²

Por essa vereda, abre-se espaço para se discutir a influência que pressões sociais e que a mídia podem exercer sobre o juiz e sobre o tribunal. Tal questão ganha especial pertinência na matéria penal, tanto por receberem maior notoriedade

⁶⁸ CORDÓN MORENO, 2002. p. 104.

⁶⁹ CORDÓN MORENO, 2002. p. 106.

⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. 315 p. p. 72.

⁷¹ Acrescenta ainda Rui Portanova que “a independência do poder judiciário em relação ao poder executivo dá-se por duas vias. Por um lado, o exercício da jurisdição está imune a qualquer forma de pressão da Administração em relação aos aspectos políticos dos atos submetidos à decisão. Por outro, pela via jurisdicional, o cidadão pode controlar os atos do Poder Executivo.” (Cf. PORTANOVA; 2005. p. 74.)

⁷² PORTANOVA, 2005. p. 75.

pela mídia quanto pela exigência de, no processo penal, se presumir a inocência do acusado. Nesses casos, a utilização da prisão provisória com a finalidade de tranquilizar ou satisfazer a opinião pública representam o risco de fazer depender a liberdade do acusado a fatores emocionais facilmente manipuláveis pelos veículos de comunicação⁷³.

Já a independência interna é aquela que protege os membros da carreira judiciária de perturbações oriundas dos próprios órgãos jurisdicionais ou de seus órgãos de administração⁷⁴. Dessa forma configurada, a independência interna se relaciona diretamente com a estrutura adotada pelo Poder Judiciário de sorte que, quanto maior o reconhecimento de igual dignidade a todos os juízes, maior será a sua independência⁷⁵.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior chama atenção para a figura do juiz totalmente dependente do “pai-tribunal”, reproduzindo aquele cegamente as decisões deste. Segundo o referido autor, nessa circunstância, o magistrado se coloca em uma posição de burocrata “acrítico e autofágico”, que se limita a “repetir decisões alheias com a finalidade de aderir à maioria”⁷⁶.

Assim delimitado o alcance do Princípio da Independência, cuida-se de um princípio que guarda íntima correlação com a imparcialidade. Diferenciam-se um do outro, todavia, por possuírem distintos enunciados e desiguais alcances.

Rui Portanova assevera que a independência diz respeito à função de julgar, sendo a porção técnica jurisdicional do Estado. Já a imparcialidade refere-se ao juiz como homem julgador (tratar-se-ia, assim, de uma conexão subjetiva do julgador ao órgão). Conclui, desse modo, que se poderia dizer que “independência gera imparcialidade”⁷⁷. Tal posicionamento, por sinal, encontra amparo na Sentença nº 168/63 da Corte Constitucional Italiana⁷⁸.

⁷³ SANGUINÉ, 2003. p. 536.

⁷⁴ DE SOUZA, 2008. p. 75.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos.** Sao Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. 216 p. p. 89.

⁷⁶ LOPES JUNIO, 2006. p. 75.

⁷⁷ PORTANOVA, 2005. p. 72.

⁷⁸ “Ora, la Corte non può non rilevare che l'indipendenza della Magistratura trova la prima e fondamentale garanzia nel senso del dovere dei magistrati e nella loro obbedienza alla legge morale, che è propria dell'altissimo ufficio e che consiste nel rendere imparzialmente giustizia: principi, questi, ai quali si è costantemente uniformata la Magistratura italiana.” (Cf. ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza 168/63.** Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. acessado em 17/11/2011, às 16h22m.)

Também Moura Bittencourt compartilha da mesma concepção, afirmando que “é a independência (...) que gera a imparcialidade”, sendo esta aquela em ação. A imparcialidade, conforme o doutrinador em apreço, seria “considerada sobre o ângulo da justiça distributiva”, ao passo que a independência diria respeito à “firmeza do magistrado no cumprimento de seu ministério”⁷⁹. Coaduna-se esta tese com a ideia de que “a independência judicial está pensada para a garantia dos direitos fundamentais”⁸⁰.

Pela mesma orientação, aduz Zaffaroni que a independência é “pressuposto ou condição indispensável da imparcialidade”, sendo uma precondição exigida não só aos hodiernos modelos jurídicos ocidentais, mas também uma exigência de outros modelos historicamente configurados. Aponta que, mesmo quando os conflitos eram resolvidos por meio da luta ou da sorte, os juízes “limitavam-se a garantir as condições de que não houvesse interferência” nas decisões divinas – para o que necessitavam de independência das partes⁸¹.

Já Arthur César de Souza assinala que, apesar de a independência ser um *prius* da imparcialidade que com ela não se confundiria, eis que a existência de um juiz imparcial requer, por definição, sua independência, ao passo que um juiz pode ser independente e, ainda assim, não ser imparcial⁸².

Deve-se, todavia, atentar ao fato de que a independência do magistrado não se concilia com o seu sentimento subjetivo de Justiça, pois, se levada esta preposição ao extremo, serviria este atributo de fundamento para que o julgador se afaste da ordem jurídica objetiva e coloque em prática o seu ideal de justiça. Por essa concepção, “a independência seria incompatível com a imparcialidade” uma vez que implicaria a emissão de juízos parciais⁸³.

⁷⁹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O juiz**: estudos e notas sobre a carreira, função e personalidade do magistrado contemporâneo. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1966. 325 p. p. 121-2.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura**: no estado constitucional e democrático de direito. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1997. 266 p. p. 40.

⁸¹ ZAFFARONI, 1995. p. 91.

⁸² DE SOUZA, 2008. p. 76.

⁸³ ÁVILA, A., 2010. p. 152.

2.2.4. Correlação com o Princípio Contraditório e com o Princípio Acusatório

O princípio da imparcialidade abarca o adágio *audiatur et altera pars*, visto que, obrigado o julgador a reconstruir a controvérsia no âmbito processual, deve ele integrar a lide em uma posição distinta da assumida pelas partes. Intenta-se, em outras palavras, obstar que uma pessoa que seja parte intervenha na lide assumindo um papel que não seja o de parte⁸⁴. O ato de erigir-se o processo em torno de uma controvérsia implica, portanto, que seja dada audiência a ambas as partes, sob a pena de, ao viés de firmar-se um procedimento em contraditório, institua-se uma mera encenação monológica⁸⁵.

A mencionada parêmia, nesses termos definida, contribui para a instituição de um julgador imparcial, eis que enforma o litígio em um modelo dialético. Conflui, dessa sorte, à formação dos sistemas de abstenção e de recusação na exata medida em que pretere o desenvolvimento da controvérsia a partir de um único ponto de vista⁸⁶. Aliás, segundo Tornaghi, a característica de desenvolver-se o processo em forma de diálogo se revela como marco distintivo da relação entre as partes e o juiz da relação autor e réu: enquanto a primeira decorre da sujeição do juiz ao poder jurisdicional, a segunda resulta do contraditório⁸⁷.

Questão logicamente posterior à da estrutura processual imposta pelo *audiatur et altera pars* é a da vinculatividade do pronunciamento judicial às

⁸⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso**. In monografias de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Serie 2ª, n.1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acessado em: 05/11/2010, às 20h20min.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, 2006. p. 77.

⁸⁶ Segundo WERNER GOLDSCHMIDT, “o *audiatur et altera pars*” também poderia ser justificado à luz da igualdade, visto o fato de que “*quien presta audiencia a una parte, igual favor debe a la otra*”. Por essa perspectiva, poder-se-ia vislumbrar a imparcialidade como um instrumento para a aplicação igualitária da lei ou como um corolário do princípio da isonomia. Todavia, para o doutrinador em apreço, o conceito formal de igualdade faz preferível a justificação desenvolvida em torno da imparcialidade, visto que “*la igualdad de las partes es un dogma expuesto a discusiones*”(Cf. GOLDSCHMIDT, 1950)

⁸⁷ Acrescenta ainda Hélio Tornaghi que a negativa à tese de que não existe relação processual das partes entre si reside no fato de que a intervenção do julgador no processo é ditada por motivos de conveniência, de maneira a este se configurar como nada mais do que um intermediário. As pretensões colimadas, deste modo, têm como destinatário o adversário. (Cf. TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto: Editora À Noite, [1945]. 4 p.l., 236 p. p. 22.)

alegações das partes. A resposta a essa demanda desenvolve-se em torno do princípio acusatório.

Conforme menciona Geraldo Prado, o princípio acusatório se constrói mediante a oposição ao princípio inquisitiva, ao passo que neste o juiz se encontra no centro do processo, encarregando-se da tarefa de acusar, naquele fala-se propriamente de um “processo de partes”. No primeiro, a função predominante do processo é a realização do direito material penal⁸⁸, o que justifica que se atribuam aos juízes poderes compatíveis à realização deste escopo; já no segundo, partindo-se do reconhecimento do réu como uma pessoa humana, estabelece-se uma relação entre sujeitos de direitos.

Uma vez reconhecidos direitos ao réu, as garantias do devido processo legal, entre as quais se incluem o sistema acusatório e o princípio contraditório⁸⁹. A propósito, menciona Odone Sanguiné que o verdadeiro fundamento do princípio acusatório é garantir a imparcialidade do órgão jurisdicional⁹⁰. Disso, segue que o direito a um juiz imparcial induz à negativa de que o órgão julgador pratique, ao mesmo tempo, funções instrutoras e decisórias⁹¹.

É interessante, ainda, anotar que, conforme leciona Taruffo, é difundida a tendência de associar-se a busca da verdade real dos fatos ao tipo ideal do modelo inquisitivo puro – e este é sempre representado por meio do processo inquisitório e por casos extremos de processos de regimes antidemocráticos. Essa pretensa identidade, conforme o autor em tela, tem como conseqüência a extensão de *“conotaciones ideológicamente negativas que afectan al modelo del proceso inquisitivo a la idea de la determinación verdadera de los hechos”*⁹².

Nada obstante estas considerações, a “acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador”, eis que lhe impõe a tarefa de decidir a causa de forma consciente e meditada. Deve, desta sorte, optar o magistrado por uma das duas teses apresentadas pelas partes, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante. Por isso, a teor da doutrina de Geraldo Prado, só se fará valer o

⁸⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 270 p. p. 105.

⁸⁹ SANGUINÉ, 2003. p. 524.

⁹⁰ SANGUINÉ, 2003. p. 529.

⁹¹ SANGUINÉ, 2003. p. 529.

⁹² TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. Ed. Madri: Trotta. 2005. 542 p. p. 42.

princípio acusatório, contanto que o juiz não esteja psicologicamente envolvido com nenhum dos litigantes ou de suas respectivas alegações⁹³.

Por essa perspectiva, deixar a encargo do julgador a gestão da iniciativa probatória⁹⁴ implicaria a derrocada da dialética processual, acarretando, por consequência, uma afronta à imparcialidade do juiz. É em razão disso que há doutrinadores que asseveram a incompatibilidade da existência de um juiz-instrutor, dotado de poderes investigatórios, seria incompatível com o princípio acusatório⁹⁵. A figura de um juiz espectador, desse modo, seria “o preço a ser pago para termos um sistema acusatório”⁹⁶.

2.2.5. A imparcialidade como Postulado Normativo

Conforme previamente explicado, os postulados normativos são meta-normas que estabelecem diretrizes metódicas ao interprete relativamente à interpretação de outras normas⁹⁷. Em razão disso, afirma Ana Paula de Oliveira Ávila que, na medida em que a imparcialidade possui um caráter formal ou procedimental, concernente ao modo como o magistrado deve vislumbrar o ordenamento jurídico, possuiria a imparcialidade o caráter de postulado normativo⁹⁸.

Prossegue a mencionada autora asseverando que, por esse prisma, a imparcialidade há de ser vislumbrada como “um meio para que se atinjam fins previstos em outros princípios”⁹⁹, de maneira a caracterizar-se como um cânone metodológico. Disso segue que, quando dessa forma compreendida, a imparcialidade não admitiria qualquer flexibilização nem nenhuma espécie de graduação.

⁹³ PRADO, 2006. p. 108.

⁹⁴ Na concepção de Aury Lopes Junior, a atividade probatória ser desempenhada pelo julgador constitui o “núcleo do sistema inquisitório” (Cf. LOPES JUNIOR, 2006. P. 84.)

⁹⁵ Rigorosamente, não existe uma identidade entre sistema acusatório e princípio acusatório. (Cf. PRADO, 2006. p. 103).

⁹⁶ LOPES JUNIOR, 2006. p. 86.

⁹⁷ ÁVILA, H., 2008. p. 124.

⁹⁸ ÁVILA, A., 2010. p. 159.

⁹⁹ ÁVILA, A., 2010. p. 160.

Essa concepção da imparcialidade como postulado coaduna-se com a ideia de que a imparcialidade seria um “princípio supremo do processo”¹⁰⁰, ou como uma “nota essencial da função judicial”¹⁰¹. Com efeito, o fato de a sentença ser proferida por alguém situado na posição de terceiro, alheio aos interesses das partes, configura-se como uma “condição primordial para que um juiz atue”¹⁰², sem a qual não se poderia falar, propriamente, em exercício de jurisdição¹⁰³.

Segue, portanto, que a configuração da imparcialidade como um postulado normativo compatibilizar-se-ia com a ideia concepção da imparcialidade como a mais essencial característica da Justiça¹⁰⁴.

Nada obstante as críticas suscetíveis a essa doutrina, fogem elas ao propósito desse trabalho. Isso porque a apresenta-se a tese Ana Paula de Oliveira apenas com intuito de afirmar a importância da imparcialidade. De tal sorte, tomamos como despreciosa as eventuais incoerências da doutrina firmada pela supramencionada autora.

2.3. O Mito da Neutralidade

Realizadas as prévias considerações a respeito da natureza jurídica da imparcialidade, impõe-se, a fim de realizar uma adequada delimitação do conceito de imparcialidade, distingui-la da ideia de neutralidade e, posteriormente, da posição processual ocupada pelas partes.

Com efeito, conforme será demonstrado, apesar de, frequentemente, o adjetivo neutro ser utilizado como sinônimo do adjetivo imparcial, trata-se de termos que, juridicamente, não se confundem.

¹⁰⁰ LOPES JUNIOR, 2006. p. 83.

¹⁰¹ MAYA, André Machado. **A imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo**. 269 f. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 121.

¹⁰² Acrescenta ainda Rui Portanova: “em verdade, a expressão juiz imparcial é redundância e seria quase desnecessário falar em imparcialidade, tal é a imanência existente entre juiz e imparcialidade” (Cf. PORTANOVA, 2005. p. 78).

¹⁰³ A teor da Sentença 60/1995 do Tribunal Constitucional Espanhol, que diz que “*sin Juez imparcial no hay, propriamente, processo jurisdiccional*” (SANGUINÉ, 2003. p. 510).

¹⁰⁴ TEIXEIRA, 2010. p. 341.

2.3.1. Origens Históricas

O mito da neutralidade do Poder Judiciário logra ser tão antigo quanto a própria ideia de tripartição dos Poderes: já em Montesquieu se verifica a concepção de um poder de julgar “nulo”¹⁰⁵, um verdadeiro contrapoder destinado a garantir uma objetividade alheia aos interesses políticos próprios dos demais poderes¹⁰⁶.

Fruto do racionalismo iluminista, esse pensamento exegético tem como base a busca de uma mecânica intelectual que possibilite respostas universais aos problemas jurídicos. Para tal empreita, pressupõe-se um magistrado neutro, destituído de uma valoração prévia¹⁰⁷ e que não se envolva com o objeto de seu julgamento¹⁰⁸. O juiz, ante tal concepção, deveria atuar como se um cientista fosse, sendo suas decisões nada além do que a aplicação da fria e morta letra da lei.

Assim, procurou o racionalismo transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável como uma equação algébrica. O Direito haveria de ser tratado logicamente, assim como o é a Matemática, com a diferença de que, enquanto na matemática as fórmulas são oriundas da natureza, naquele as formulas teriam origem exclusivamente na vontade do legislador. Dessa sorte, não é sem razão que nota de neutralidade dos juízes foi uma característica ímpar do Poder Judiciário no Estado Liberal¹⁰⁹.

A propósito, sobre essa aspiração, destaca Ovídio Araújo Baptista da Silva que “este foi um dos pressupostos de que se valeu o Iluminismo para eliminar da instância judiciária qualquer veleidade de criação jurisprudencial ao Direito”¹¹⁰. E, é justamente em busca desse escopo, que a concepção de imparcialidade do liberalismo burguês do século XVIII deu ensejo à caricatura do órgão julgador como

¹⁰⁵ MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo : Martins Fontes, 2000. 851 p. p. 172.

¹⁰⁶ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 108, p. 167/182, dez. 2007. p. 170.

¹⁰⁷ DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade de um julgamento imparcial. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, t. I, nº 85, p. 220-55, mar 2002. p. 221.

¹⁰⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social.** , Disponível no original em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2052/o-mito-da-neutralidade-do-juiz-como-elemento-de-seu-papel-social/1>>. Acessado em 07/09/2011, às 15h45m.

¹⁰⁹ DE SOUZA, 2008. p. 41.

¹¹⁰ SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. **Processo e ideologia** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p. p. 24.

um “eunuco político e social’, cego e insensível a qualquer desequilíbrio existente no âmbito da relação jurídica processual civil ou penal”¹¹¹

Dessa sorte, desde a gênese da ideia do Judiciário como Poder independente e autônomo, apresentava-se uma proximidade entre os conceitos de imparcialidade e de neutralidade. Sobre essa paridade absoluta, amparava-se a ilusão de que o sistema jurídico seria capaz de oferecer soluções tão seguras quanto o raciocínio matemático.

Essa identidade, do ponto de vista etimológico, de certo modo ainda persiste, eis que imparcialidade e neutralidade são tratadas como sinônimos. A teor:

"neutro. [Do lat. *neutru*] Adj. **1.** Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, contenda, etc.; neutral. **2.** Que julga sem paixão; imparcial, neutral. **3.** Diz-se de nação cujo território as potências se comprometem a respeitar em caso de guerra entre elas. **4.** Não distintamente marcado ou colorido. **5.** Indefinido, vago, distinto, indeterminado. **6.** Que se mostra indiferente, insensível, neutral. (...) ¹¹²

2.3.2. O Juiz e o Cientista – o Homem e a Neutralidade

Seguindo por essa identidade etimológica, é incontestável que existem inúmeras semelhanças entre a atividade do juiz e do cientista. Taruffo¹¹³, por exemplo, aponta que existe uma inequívoca coincidência entre a atividade do juiz e do cientista quanto à estrutura lógica dos argumentos racionais empregados para justificar a decisão. Acrescenta, ainda, que existe uma inevitável influência dos modelos das ciências naturais sobre as concepções gerais da ciência jurídica.

Contudo, mesmo no âmbito científico, é questionável a possibilidade de existência dessa visada isenção absoluta. Merecem ser apontados como aspectos que inviabilizam uma manifestação humana neutra (i) a impossibilidade em abstrato decorrente do próprio conceito de neutralidade, (ii) as influências sociológicas nas

¹¹¹ DE SOUZA, 2007. p. 31,

¹¹² FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Aurélio**: o Dicionário da Língua Portuguesa. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128 p. p. 1405.

¹¹³ TARUFFO, 2005. p. 332-3.

manifestações humanas e (iii) a tendência ao subjetivismo inerente a qualquer constatação objetiva.

Por primeiro, é indubitável que, mesmo *in abstracto*, é impossível a emissão de um juízo neutro, uma vez que existe uma indissociabilidade entre busca e valoração. Já afirmava Carnelutti¹¹⁴ que “quem busca valora e quem valora busca ”¹¹⁵. Dessa sorte, mesmo que um indivíduo busque ser neutro, já estaria ele previamente valorando – o que excluiria, de antemão, a sua neutralidade. Há, portanto, a impossibilidade de existência de um “olho voltado para nenhuma direção” ou de um “olhar de pura observação”¹¹⁶, sendo inquestionável que, mesmo aquele que propugna a neutralidade, está, na verdade, tomando uma posição¹¹⁷.

Por segundo, com o materialismo histórico de Marx, passa-se a empregar a ideia de que a consciência de um indivíduo e, por conseguinte, a atividade por ele produzida, se encontra diretamente ligada à realidade social em que esse indivíduo se encontra inserido. A consciência, portanto, passa a ser vista como nada mais do que “um produto social e material ”¹¹⁸. A partir dessa constatação, tanto o magistrado como o cientista, a exemplo dos demais cidadãos, não conseguem se desvincular do substrato social em que vivem, de tal modo a se configurarem suas ideias, suas constatações e suas percepções como próprias da época a que pertencem.

Dessa forma, qualquer produção científica é condicionada, seja em seus objetivos, seja em seu modo de funcionamento, pela sociedade em que é concebida. Esse saber é profundamente marcado pela cultura em que se insere, carregando traços da sociedade que a engendra¹¹⁹.

Por terceiro, com o advento da Psicologia, acabou-se com a ilusão de um conhecimento neutro da realidade, uma vez que há uma inevitável participação do sujeito com o seu conjunto de valores no processo de conhecimento. O conceito de

¹¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**, v. 1, tomo 1. Campinas: Bookseller, 2004. 4 v. p. 237.

¹¹⁵ O autor, na verdade, utiliza a frase citada ao tratar sobre a separação das atividades do juiz das do membro do Ministério Público. (Cf. CARNELUTTI; 2004. p. 237).

¹¹⁶ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior**. 145 p. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 87.

¹¹⁷ POZZEBON, 2007. p. 177.

¹¹⁸ DUARTE, 2002. p. 225.

¹¹⁹ JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. 2. ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1981. 225 p. p. 45.

inconsciente trouxe com ele o rompimento com a racionalidade pura e imparcial¹²⁰, de maneira a revelar-se como uma ilusão a ideia de uma consciência destituída de prévia significação.

Em vista disso, todo o homem é profundamente afetado por suas vivências, por sua formação familiar e por sua educação, tornando-se impossível de não ser por elas guiado em suas manifestações. Logo, qualquer saber produzido é maculado pelos processos inconscientes de quem o produziu.

Não é sem razão que, à luz dessas críticas, afirma-se que “não há ciência ‘pura’, ‘autônoma’ e ‘neutra’ ”¹²¹, eis que nenhum homem é um ser completamente racional, objetivo e isento de influências sociais e psicológicas. Por isso, assevera-se unissonantemente que a neutralidade é uma utopia¹²².

2.3.3. A Incompatibilidade do Conceito de Neutralidade ao Direito

À ciência do Direito, por evidente, também se aplicam essas impossibilidades de produção de um saber neutro. Além delas, merecem ser destacados como óbices à neutralidade do saber jurídico os seguintes aspectos: (i) a intrínseca existência de uma ideologia na concepção de o que é o direito e (ii) a função social do Poder Judiciário.

No que concerne ao aspecto ideológico do Direito, deve-se sempre partir da premissa de Schmitt de que “nada do que é relativo ao Estado pode ser apolítico”¹²³. Assim, o Poder Judiciário, como integrante da estrutura estatal nunca conseguirá privar-se de ter uma atuação política.

É justamente por isso que o discurso jurídico de uma época se configura como o “retrato fiel da ideologia reinante ”¹²⁴ nesse período. O entendimento do conceito de Direito é sempre o fruto de uma ideologia predominante que, por deter o poder do Estado, harmoniza os aparelhos estatais de forma a conferir coerência ao sistema. O Direito, vislumbrado por esse prisma, configura-se, enquanto instituição,

¹²⁰ DUARTE, 2002. p. 228-9.

¹²¹ JAPIASSU, 1981. p. 44.

¹²² MAYA, 2009. p. 71.

¹²³ SCHMITT, 1992. p. 157.

¹²⁴ DUARTE, 2002. p. 230.

como um instrumento que almeja sempre a manutenção do *status quo* da sociedade.

Além disso, não há como se questionar que, sendo o Direito uma ciência racional, sua lógica será sempre amparada por uma teoria. E, inevitavelmente, “teorias conduzem ideologias, ainda que a teoria se diga ‘neutra’”.¹²⁵

Nesse mesmo sentido, observa-se o caráter ideológico na dicotomia público/privado no início do século XIX dos Estados Unidos. Conforme Giacomuzzi, tal dicotomia, na verdade, mascarava interesses políticos, a despeito de o *Classical Legal Thought* (também chamado de *langdellianismo*) pretender conceber o direito como ciência pura e neutra. Segundo essa teoria, o Direito “deveria proteger o indivíduo dos ataques inconstitucionais do Poder Público”, anulando diversas decisões que conferiam direitos aos trabalhadores de grandes empresas.¹²⁶

Por essa vereda, a equiparação da neutralidade à imparcialidade tem uma função precipuamente persuasiva: a ideia de que é possível se aplicar, de forma neutra, uma norma embasada em um preceito normativo objetivo nada mais é do que um “instrumento de acomodação social” e de “imposição dos valores dominantes”. Trata-se de um instrumento retórico que visa a agir no emocional, pretendendo conferir credibilidade ao discurso para que ele se perpetue como poder instituído¹²⁷.

Acrescenta ainda Ovídio Araújo Baptista da Silva que “o sonho racionalista, ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, possui um imenso componente autoritário”¹²⁸, pois o fato de equiparar a atividade hermenêutica a uma ciência exata dá ensejo a um modelo político mais propenso às tiranias do que aos regimes democráticos. Tanto isso ocorre que a independência judicial se vincula diretamente à ideia de democracia: quanto menor a subordinação do Poder Judiciário ao Poder Político, maior é o equilíbrio institucional e democrático¹²⁹.

¹²⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. **Raízes Do Realismo Jurídico Norte Americano**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/573/403>>. Acessado em 09/10/2011, às 13h30min.

¹²⁶ Nessa esteira, não há como não fazer referência ao caso *Lochner v. New York*, em que a Suprema Corte Americana julgou inconstitucional uma lei do Estado de New York que limitava ao número 10 horas diárias a jornada dos padeiros. Tãmanha foi a controvérsia gerada por esta decisão que é o período de 1897 a 1937, em que foram promulgadas inúmeras decisões em detrimento dos trabalhadores, é chamado de “era Lochner”. (Cf. GIACOMUZZI).

¹²⁷ DUARTE, 2002. p. 234.

¹²⁸ SILVA, 2004. p. 25.

¹²⁹ GOMES, 1997. p. 266.

Ademais, sob o viés ideológico, não há como negar que o juiz é, também, um agente político, eis que “participa da direção comportamental da sociedade” na medida em que a atividade jurisdicional influencia a “sociedade constituída pela comunidade a que pertence”¹³⁰. Além do mais, haveria um processo de politização compulsória do magistrado, visto que ele soluciona litígios aplicando normas – que são, queira-se ou não, uma forma de expressão de poder. Não existe, assim, norma neutra¹³¹.

Com as mudanças advindas com o Estado Democrático e Social de Direito, o papel do Poder Judiciário se viu ampliado em razão da própria concepção das funções do Estado. O juiz passou não somente a solucionar litígios intersubjetivos (tal como concebido pela ideologia liberalista), mas também a atuar como “órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico”, com o dever de implementar “o conteúdo promocional do Direito, como o contido nas normas o meio ambiente, o consumidor e outros interesses difusos e coletivos”¹³².

Por consequência, passou-se a exigir-se do juiz um papel “ativo e criativo”¹³³ no sentido de promover a justiça social – o que aumentou a importância do Judiciário na estrutura estatal. Ganha, assim, a magistratura um papel social relevante na proteção da defesa da cidadania e na promoção do Estado de Direito.

É por isso que, nas palavras de Pozzebon, esse papel social do Judiciário conduz “à negação da neutralidade”¹³⁴.

É com base nessas premissas que Arthur César de Souza firma a sua concepção de parcialidade positiva. Segundo ele, a parcialidade apresentaria uma dupla função: uma negativa, que proíbe que o magistrado adote determinados comportamentos, e outra positiva, a qual imporia ao juiz o dever de agir com o intuito de construir uma sociedade mais justa e mais solidária¹³⁵.

¹³⁰ BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 2. ed.rev. São Paulo : Saraiva, 2000. 264 p. p. 150-1.

¹³¹ GOMES, 1997. p. 46.

¹³² WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 149-151, 1996. Disponível em: <http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=79>. Acessado em 05/11/2011, às 22h34m.

¹³³ POZZEBON, 2007. p. 174.

¹³⁴ POZZEBON, 2007. p. 174.

¹³⁵ DE SOUZA, 2009. p. 233.

Segundo o autor em apreço, a parcialidade positiva teria como função informar materialmente o agir do julgador, levando-o a considerar, no desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual, as posturas necessárias para erradicar-se as desigualdades sociais, econômicas e culturais¹³⁶.

Cumprido salientar, ainda, que, em razão dessa nova concepção do papel do Poder Judiciário, surgiu, na década de 70, um movimento denominado de Direito Alternativo. Essa corrente pretendia realizar um “profundo exercício reflexivo de questionar o que está ordenado e oficialmente consagrado, em uma dada formação social” com o escopo de verificar “a possibilidade de conceber outras formas diferenciadas e pluralistas da prática jurídica”¹³⁷. Pregava-se, assim, um Judiciário socialmente engajado, contrastando drasticamente com o Direito concebido como norma, em que o juiz é um “instrumento frio e distante do drama social”.

Interessante destacar que o pensamento do Direito Alternativo se alicerça basicamente sobre a correlação entre Direito, ideologia e política. Tenta, dessa maneira, romper com o saber positivista, eis que vislumbra um direito neutro como nada mais do que a expressão da vontade da classe dominante. Chega-se a tomar como dogma “negar a apoliticidade, a imparcialidade e a independência dos juízes”¹³⁸, eis que “inexiste justiça neutra”. Afirma-se, assim, que a neutralidade de um juiz equivaleria à sua cegueira¹³⁹.

Nada obstante essas considerações que chegam a ser extremistas, não há como se negar “não representar nenhuma classe ou ideia é omitir-se”¹⁴⁰ – algo que, de forma alguma, espera-se que seja a postura adotada pela magistratura. Pelo contrário: no Estado Democrático de Direito, espera-se que o Judiciário aplique somente a lei constitucionalmente válida, agindo na função de “garante’ dos direitos fundamentais”¹⁴¹.

Aliás, nessa perspectiva, assevera Ferrajoli que essas garantias não são outra coisa senão que técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distancia estrutural entre normatividade e efetividade e, portanto, para proporcionar máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com a sua estipulação

¹³⁶ DE SOUZA, 2009. p. 234.

¹³⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1999. 160 p. p. 34.

¹³⁸ CARVALHO, 1999. p. 35.

¹³⁹ CARVALHO, 1999. p. 35.

¹⁴⁰ DUARTE, 2006. p. 234.

¹⁴¹ GOMES, 1997. p. 117.

constitucional. É essa concepção de validade das normas do Estado Constitucional de Direito que refletem o papel da jurisdição frente a uma democracia substancial¹⁴².

Ao juiz, portanto, compete um papel relevante na proteção e na defesa da cidadania, de promoção do Estado de Direito e dos novos direitos¹⁴³. O Poder Judiciário deve ser comprometido com os cidadãos frente às violações de direitos, de modo a possibilitar a implementação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

2.4. Imparcialidade e Parte Processual

Amiúde chega-se à compreensão do que viria a constituir a imparcialidade por exclusão do o que se qualifica como parte processual, eis que essa se caracterizaria por sua parcialidade. À vista disso, concluir-se-ia que o fato de não ser parte de uma relação jurídica processual implicaria a imparcialidade do sujeito¹⁴⁴.

É a Werner Goldschmidt que se atribui o mérito de diferenciar os conceitos de imparcialidade da condição de quem não integra a posição processual de parte¹⁴⁵. Questionando-se a respeito de qual a relação existente entre ser parte e a imparcialidade, logrou o referido autor concluir tratar-se de coisas distintas, apesar de que *“psicológicamente ambas se confundirán en una sola com excesiva rapidez”*¹⁴⁶. Chega a uma diferenciação conceitual por meio de duas premissas: (i) primeiro, em razão de o Direito não conseguir (ou não quis) eliminar radicalmente o dever de imparcialidade das partes em; (ii) segundo, por existirem situações em que os juízes possuem uma relação com o objeto da controvérsia e que, ainda assim, teriam o dever de julgar de forma imparcial.

Seguindo pela primeira linha argumentativa, acena o autor para a existência de determinados deveres processuais que, na sua concepção, alicerçariam um “dever de imparcialidade das partes”. Registra, por exemplo, que em diversos países o falso juramento é tipificado como um ilícito penal, existindo, desse modo, uma

¹⁴² FERRAJOLI, 1999. p. 24.

¹⁴³ DUARTE; GIACOMOLLI, 2006. p. 305.

¹⁴⁴ DE SOUZA, 2008. p. 47.

¹⁴⁵ MAYA, 2011. p. 72.

¹⁴⁶ GOLDSCHMIDT, 1950.

obrigação com a verdade. Haveria, assim, por parte do legislador, uma crença de que “*una parte puede ser capaz de ser imparcial*”¹⁴⁷.

Tornaghi, partindo suas constatações sobre a relação jurídica, compartilha do mesmo entendimento ao afirmar que o conceito de parte não necessariamente decorre do conceito de luta, eis que as partes cooperam no processo. Assim sendo, o fato de autor e réu possuírem interesses antagônicos “não impede que eles sejam conciliáveis, convergentes”. Tal confluência é devidamente ilustrada pela situação em que o Ministério Público, convencido da inocência do acusado, trabalha pela sua absolvição”¹⁴⁸.

Ainda, digno de ser frisada a existência de correntes administrativistas que atribuem à Administração Pública, enquanto litigando em interesse do bem comum, a obrigação de agir imparcialmente. Ou seja, haveria de atuar como se fosse, ao mesmo tempo, parte e juiz¹⁴⁹. Essa condição decorreria do dever de a Administração Pública defender de forma imparcial os interesses públicos, não lhe cabendo discricionariedade nesse sentido.

Assim sendo, por essa primeira linha argumentativa dissociar-se-ia o conceito formal de parte da ideia de parcialidade, eis que existem partes, em sentido formal, a quem incumbem o dever de agir de forma imparcial.

Já pela segunda linha argumentativa, afirma o autor que há hipóteses em que, nada obstante o julgador se configurar parte em sentido material, incumbir-lhe-ia o dever de julgar a lide com a mais estrita imparcialidade. Considerando em especial situações do Direito Internacional Público, aduz que a proximidade do julgador a um dos lados diretamente interessado no litígio faria o juiz ser considerado parte em sentido material¹⁵⁰. Toma como exemplo o instituto medieval da Guerra Justa, que atribuía ao príncipe ofendido a função de juiz *per accidens* do país ofensor¹⁵¹, bem como de situações do Direito Internacional Público em que o julgador é da mesma nacionalidade de um dos países julgados.

Mediante tais considerações, conclui que a imparcialidade vai além de ser terceiro entre as partes, caracterizar-se a justamente pela disposição de dizer a

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, 1950.

¹⁴⁸ TORNAGHI, 1976. p. 120.

¹⁴⁹ DE SOUZA, 2008; p. 49.

¹⁵⁰ GOLDSCHMIDT, 1950.

¹⁵¹ GOLDSCHMIDT, 1950.

verdade, de resolver de forma justa a lide¹⁵². Configura-se como uma espécie determinada de motivação¹⁵³, que consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas, de modo a fazer o julgador esquecer de sua própria personalidade¹⁵⁴. Exige-se, portanto, do juiz uma atuação subjetivamente vinculada ao correto cumprimento da função jurisdicional¹⁵⁵.

Esse conceito de imparcialidade firmado por Werner Goldschmidt é de definitiva importância por atribuir relevância à intenção subjetiva do julgador, sobre a qual será construído o sentido de imparcialidade subjetiva. Conforme será demonstrado, as condições concernentes ao foro íntimo do julgador, a dizer, as suas motivações internas, cristalizar-se-ão na vertente subjetiva da imparcialidade.

¹⁵² GOLDSCHMIDT, 1950.

¹⁵³ GOLDSCHMIDT, 1950.

¹⁵⁴ GOLDSCHMIDT, 1950.

¹⁵⁵ MAYA, 2011. p. 79.

3. A CONCEITUAÇÃO DA IMPARCIALIDADE PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

É no famoso adágio inglês *“justice must not only be done; it must also seem to be done”*¹⁵⁶ ¹⁵⁷ que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos buscou sua base teórica para abordar a imparcialidade sob dois distintos aspectos: um subjetivo, que diz respeito ao foro íntimo do juiz, e outro objetivo, pela qual deve se constatar que, no caso em concreto, há condições para afastar-se qualquer dúvida razoável a respeito de sua imparcialidade.

O reconhecimento dessas diferentes formas de imparcialidade deu-se no caso *Piersack v. Belgium*, no qual o juiz que presidiu o júri¹⁵⁸ havia atuado como coordenador da seção do Ministério Público responsável pela persecução penal contra o acusado no momento da investigação criminal. À vista dessa circunstância fática, o Tribunal Europeu asseverou que *“In order that the courts may inspire in the public the confidence which is indispensable, account must also be taken of questions of internal organization”*¹⁵⁹.

Partindo dessa decisão, Artur César de Souza afirma que restaram estabelecidas as seguintes conclusões:

*(a) que as aparências são importantes nesta matéria porque o que está em jogo é a própria legitimação dos Tribunais em sua atuação; (b) que por isso, bastam dúvidas de imparcialidade para excluir o juiz suspeito; (c) que são transcendentais os critérios de caráter organizativo de atuação judicial, de forma que não é preciso comprovar seus resultados sobre a convicção do juiz; por isso é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais podem provocar dúvidas de parcialidade*¹⁶⁰

¹⁵⁶ INGLATERRA, King’s Bench. R v Sussex Justices, ex parte McCarthy. Disponível em: <http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/part3_13.php>. Acessado em: 22/11/2011, às 16h02m.

¹⁵⁷ No apontado caso, o assessor de juiz era membro de um escritório de advocacia que movia ação contra o réu por direção perigosa. Mesmo posteriormente deixando o cargo de assessor do juiz, o King’s Bench chegou a conclusão de que, era *“irrelevant to inquire whether the clerk did or did not give advice and influence the justices”*, eis que a aparência de que o julgamento seria imparcial já restava maculada.

¹⁵⁸ Na Bélgica o procedimento do júri dispõe que, se sete dos doze jurados manifestarem-se a favor da condenação, a questão é submetida a deliberação de juízes.

¹⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Piersack v. Belgium**.

Disponível em:

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Piersack&sessionid=79607280&skin=hudoc-en>>. Acessado em 04/10/2011, às 19h42m.

¹⁶⁰ DE SOUZA, 2008. p. 35.

Assim sendo, com essa doutrina a imparcialidade adquire uma nova dimensão: não basta que o juiz seja alheio aos interesses das partes na lide, mas também que assim o pareça ser. Impõe-se, desse modo, ao Judiciário a missão de mostrar à sociedade que a justiça está sendo feita¹⁶¹. A imparcialidade judicial, assim, passa a transcender o limite meramente subjetivo, erigindo-se como uma garantia prévia do processo sem a qual se coloca em risco a própria *auctoritas* e prestígio dos tribunais¹⁶²

Do ponto de vista objetivo, o que está em jogo é a confiança que as cortes devem inspirar, na sociedade democrática, de modo que qualquer juiz a respeito de quem exista legítima razão para temer-se a falta de imparcialidade deva abster-se¹⁶³. O magistrado a julgar o caso deve inspirar aos cidadãos confiança de que é imparcial. Por isso, deve-se recusar todo o juiz de que se possa legitimamente suspeitar uma perda em sua imparcialidade¹⁶⁴. A garantia da imparcialidade, por esse viés, não é concebida unicamente em favor das partes processuais, mas sim em favor do interesse público.

Já a perspectiva subjetiva da imparcialidade diz respeito ao foro íntimo do juiz, abordando, uma avaliação do estado interior e espiritual do magistrado¹⁶⁵. Visa excluir aquele que internamente já tenha tomado partido ou vá basear sua decisão em prejuízos indevidamente adquiridos¹⁶⁶.

Deste modo, a definição da imparcialidade pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos remete aos firmados conceitos de imparcialidade subjetiva e de

¹⁶¹ MAYA, 2009. p. 118.

¹⁶² CORDÓN MORENO, 2002. p. 112.

¹⁶³ A propósito, são esses os exatos termos utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos: *"However, it is not possible for the Court to confine itself to a purely subjective test; account must also be taken of considerations relating to the functions exercised and to internal organisation (the objective approach). In this regard, even appearances may be important; in the words of the English maxim quoted in, for example, the Delcourt judgment of 17 January 1970 (Series A no. 11, p. 17, para. 31), "justice must not only be done: it must also be seen to be done". As the Belgian Court of Cassation has observed (21 February 1979, Pasicrisie 1979, I, p. 750), any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused"* (Cf. UNIÃO EUROPEIA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso De Cubber v. Belgium**. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=82242004&skin=hudoc-en&action=request>>. Acessado em: 23/11/2011, às 16h14m.)

¹⁶⁴ CORDÓN MORENO, 2002. p. 110.

¹⁶⁵ DE SOUZA, 2008. p. 36.

¹⁶⁶ SANGUINÉ, 2003. p. 512.

imparcialidade objetiva. Posto isso, passar-se a uma análise mais atenta de o que vêm a constituir, propriamente, essas duas vertentes da imparcialidade.

3.1. A Imparcialidade Subjetiva

Entende-se a imparcialidade subjetiva aquela que alude à convicção pessoal do juiz em relação ao caso em concreto e às partes¹⁶⁷, dizendo respeito à sua falta de pré-juízos¹⁶⁸ para julgar o processo. Diz respeito, tal como o próprio nome indica, a uma apreciação da imparcialidade a partir de aspectos subjetivos da pessoa que irá julgar a lide.

Em razão de o aspecto subjetivo da imparcialidade ser intimamente ligado ao ânimo do julgador, trata-se de uma questão de difícil constatação¹⁶⁹. A sua averiguação, portanto, percorre o âmago da motivação de um juiz, tendo como objeto sua convicção pessoal a respeito de um caso em concreto.

Por ser de custosa averiguação, a imparcialidade subjetiva é sempre presumida até que se faça a prova do contrário¹⁷⁰. Trata-se, desse modo, de uma presunção *iuris tantum*¹⁷¹, de maneira que as suspeitas quanto a sua parcialidade devem ser objeto de produção probatória¹⁷²

Nessa perspectiva, a aproximação subjetiva da imparcialidade acaba por propiciar uma abordagem psicológica do ato de julgar. Na medida em que os juízes

¹⁶⁷ PICÓ I JUNOY, 1998. p. 51.

¹⁶⁸ LOPES JUNIOR, 2006. p. 86.

¹⁶⁹ BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejudgamento**: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos.. 219 f. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. p. 19.

¹⁷⁰ A propósito, digno de menção o seguinte excerto do caso *De Cubber v. Belgium*: “*However this may be, the personal impartiality of a judge is to be presumed until there is proof to the contrary (see the same judgment, loc. cit.), and in the present case no such proof is to be found in the evidence adduced before the Court. In particular, there is nothing to indicate that in previous cases Mr. Pilate had displayed any hostility or ill-will towards Mr. De Cubber (see paragraph 9 above) or that he had “finally arranged”, for reasons extraneous to the normal rules governing the allocation of cases, to have assigned to him each of the three preliminary investigations opened in respect of the applicant in 1977 (see paragraphs 8, 10 and 16 above; paragraph 46 of the Commission’s report).* (Cf. UNIÃO EUROPÉIA, **Caso De Cubber v. Belgium**)

¹⁷¹ BARBEDO, 2004. p. 19.

¹⁷² CORDON MORENO, 2002. p. 111.

“são seres humanos, que como qualquer outro homem, estão sujeitos às fortes influências das profundezas de seu subconsciente”¹⁷³, seus prejulgamentos e valorações percorrem as mais íntimas das condições que influenciam o seu julgamento.

Atribuído esse entorno à imparcialidade subjetiva, abre-se para realizar uma breve apreciação dos aspectos psicanalíticos intrínsecos ao ato de julgar.

3.1.1. Do Sentire à Sentença

Mauro Cappelletti inicia sua mais memorável obra lembrando que seu professor Calamandrei gostava de sugerir aos seus alunos sobre “*el sentimiento en la sentencia*”. Apontava o mestre que “*sentencia viene de sentir, igual que la palabra sentimiento*”, atentando, desse modo, a um aspecto inconveniente àqueles que pretendem conferir ao direito uma racionalidade pura: que, em muitas situações, a verdadeira motivação do ato decisório está expressa em “*pligues ocultos (...) del animo del juez*”, na “*antipatia por uma parte o por um testigo*”, enfim, em todas as variações da “*realidad misteriosa, maravillosa y terrible que es el espíritu humano*”¹⁷⁴.

Partindo-se dessa lição, extrai-se a existência de um inerente subjetivismo ao ato de julgar. A sentença, por esse prisma, possui um conteúdo racional e outro eminentemente emotivo.

Tal acepção do ato decisório, diga-se de passagem, coaduna-se com uma visão interdisciplinar do Direito com a Neurociência. Baseando-se em inusitados casos da Medicina e em experimentos neurológicos¹⁷⁵, chegou-se à conclusão de que sentimentos e emoções são centrais para o que compreendemos por

¹⁷³ VERDUNS-JONES, Simon. **The jurisprudence of Jerome N. Frank**: A study in American legal realism. In: 7 Sidney L. Review, 180. 1973-1976, p. 184. Apud: KNIJNIK, Danilo (Org.). prova judiciária: estudos sobre o direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 243 p. p. 13.

¹⁷⁴ CALAMANDREI intitulada *giustizia e política: sentenza e sentimento*, em vol. *Processo e democrazia*, Padova, 1954. Apud: CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Europa-America, 1974. 638 p. p. 5-6.

¹⁷⁵ DAMÁSIO, António R.. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. 2. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2006. 330 p. p. 36.

comportamento racional¹⁷⁶, visto possuírem elas influências derradeiras sobre o planejamento de reações adequadas ao momento¹⁷⁷. Dessa sorte, a perda de sentimentos compromete a racionalidade, eis que as emoções influem sobre o planejamento de reações adequadas¹⁷⁸.

Assim sendo, a apresentação tradicional da sentença “*come il prodotto di un puro giuoco logico*”¹⁷⁹ encontra obstáculos ante a imprescindibilidade de um substrato emotivo para a existência de um pensamento racional. Conforme os estudos supramencionados, sem sentimentos, a racionalidade resta comprometida.

Seguindo por essa seara, é pertinente a assertiva firmada por Giacomolli sobre a função da prova compreendida à luz do princípio da persuasão racional. Mediante tal perspectiva, o objetivo da prova seria a “demonstração inequívoca, robusta e consistente para que seja um juízo de fé (íntimo) que, num segundo momento, é exteriorizado através da fundamentação”¹⁸⁰.

Ocorre que, no momento em que ao magistrado só é permitido julgar com base no que está nos autos (*quod non est in acti non est in mondo*), é evidente que o conteúdo decisório terá uma dimensão “maior que os próprios autos”¹⁸¹. Além do mais, esse “juízo íntimo de fé” nem sempre poderá ser exteriorizado por meio de uma fundamentação (*ratio decidendi*).

A respeito desse assunto, muitas considerações foram traçadas, especialmente pelo denominado realismo jurídico norte-americano. Desse movimento heterônimo, que teve em Jerome Frank seu principal expoente¹⁸²,

¹⁷⁶ DAMÁSIO, 2006. p. 36

¹⁷⁷ DAMÁSIO. 2006. p. 38

¹⁷⁸ Os exemplos que inspiraram Damásio a chegar às constatações mencionadas são, no mínimo, intrigantes. Um deles diz respeito ao acidente em que se envolveu um diligente assentador de trilhos de ferrovias, Phineas Gage. Esse jovem, “astuto e inteligente” nos negócios, de “hábitos moderados” e “considerável energia de caráter”, teve sua face esquerda perfurada por uma barra de ferro (de, aproximadamente, 6 quilos, um metro de comprimento e três centímetros de diâmetro), o que lhe deixou um orifício através do crânio de quatro centímetros de diâmetro. Surpreendentemente, conforme os relatos médicos, Gage teve um restabelecimento físico completo, sem nenhum comprometimento em seus movimentos, linguagem ou intelecto. Todavia, foram constatadas radicais mudanças em seu caráter: tornou-se irreverente, usando por vezes a mais obscena das linguagens, perdendo completamente o respeito pelas convenções sociais. Houve, dessa sorte, profundas mudanças na sua personalidade que acabaram por comprometer completamente a sua capacidade de realizar escolhas. Essa proveniente incapacidade social marcou o triste fado de Gage, que terminou sua vida trabalhando em um típico circo de “aberrações”. (Cf. DAMÁSIO; 2006)

¹⁷⁹ CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. 4. ed. Firenze : Le Monnier, 1959. 406 p. p. 169.

¹⁸⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal** : considerações críticas : provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. 157 p. p. 26.

¹⁸¹ GIACOMOLLI, 2008. p. 27.

¹⁸² KNIJNIK, 2007. p. 11.

costuma-se lembrar que é passível de ocorrer que primeiro o juiz chegue intuitivamente a um resultado para, somente depois, mediante um trabalho retrospectivo, fundamentar logicamente a decisão¹⁸³. Nesse sentido, também Calamandrei já frisava que *“anche al giudice può dunque accadere, come all’avvocato, di prender le mosse dalla conclusione per arrivare alle premisse”*¹⁸⁴.

3.1.2. Dos Preconceitos às Influências Psicológicas

Uma das maiores máximas da Psicologia é representada por meio da metáfora do iceberg: os atos conscientes praticados pelo homem correspondem a uma ínfima parcela de suas ações. Essa pequena porção corresponderia à ponta de um iceberg. A parte do iceberg imersa e oculta pela água equivaleria ao inconsciente. Dessa sorte, o inconsciente seria “atuante e incisivo”¹⁸⁵ nas ações humanas, e que, mesmo os processos conscientes, seriam “conscientes apenas num curto espaço de tempo”¹⁸⁶.

Seguindo a premissa de que existe um juízo de fé em toda a sentença, o ato de decidir, antes de ser um juízo judicial, é uma manifestação comprometida por processos inconscientes¹⁸⁷. Nesse contexto, toda a avaliação realizada por um magistrado percorreria a sua escala de valores, sofrendo a influência de sua cultura, de sua posição social, de sua educação e de características da sua personalidade. Seja consciente ou inconscientemente, o julgador estará sob a influência de pressões do inconsciente individual e coletivo¹⁸⁸.

Com o advento da Psicanálise, o conceito de inconsciente trouxe o “rompimento de uma racionalidade pura e imparcial”¹⁸⁹. Isso dá ensejo à ideia de que o processo não se desenvolve tão somente no nível da racionalidade. Passa-se,

¹⁸³ KNIJNIK, 2007. p. 18.

¹⁸⁴ CALAMANDREI, 1959. p. 172.

¹⁸⁵ DUARTE; GIACOMOLLI, 2006. p. 297.

¹⁸⁶ DUARTE; GIACOMOLLI, 2006. p. 296.

¹⁸⁷ DUARTE, 2002. p. 228.

¹⁸⁸ DE SOUZA, 2008. p. 173.

¹⁸⁹ DUARTE, 2002. p. 226.

dessa sorte, a atribuir-se relevância aos fatores psicológicos e próprios da subjetividade do juiz.

Assim, partindo da concepção interdisciplinar do direito em que se ancora a própria etimologia do termo sentença, deve-se considerar que o juiz, mesmo quando motivado por critérios racionais, é influenciado por elementos do seu inconsciente. O julgador, por mais lógico que pretenda ser, estará sempre diante de vozes conscientes e inconscientes¹⁹⁰.

O juiz, tal como qualquer outro ser humano, jamais estará imune ao seu inconsciente. Não há como nos livrarmos na integralidade das nossas premissas ocultas. Logo, inexistem “consciências puras, destituídas de significações prévias imperceptíveis pelos sujeitos do conhecimento”¹⁹¹.

Essa questão é ilustrada por Calamandrei em seu célebre caso do “*cavallo mordace*”. Relata que, defendendo no tribunal de cassação, sustentava-se a existência de vício redibitório em um cavalo em razão de tratar-se de um “cavalo mordedor”. Inusitadamente, a fundamentação da decisão, que haveria de restringir-se a uma questão de direito (e não de fato), foi assim colocada pelo magistrado:

*“Contro i cavalli mordaci non si è mai abbastanza severi. Molti anni fa, andavo a piedi per la città, com il mio bambino per mano; e ci avvenne di passar vicino a una carrozzella ferma lungo il marciapiede. Lei non ci crederà: quel cavallaccio dall’aria innocente si volto di scatto e addentò il braccio del mio bambino. Gli fece una ferita profonda così: per guarire gli ci volle più di un mese di cure. Da allora, quando io sento parlare di cavalli mordaci, sono inesorabile”*¹⁹².

3.1.3. Uma Aplicação dos Arquétipos de Jung

Jung, tomando como base a influência do inconsciente em nossa vida, desenvolve a sua teoria dos arquétipos. Os arquétipos, segundo ele, são uma expressão do conteúdo do inconsciente coletivo, composta por imagens e padrões

¹⁹⁰ GIACOMOLLI, 2008. p. 27.

¹⁹¹ DE SOUZA, 2008. p. 174.

¹⁹² CALAMANDREI, 1959. p. 21.

de comportamento predominantes que são encontradas nos indivíduos de todas as culturas de diferentes povos, independentemente da época.¹⁹³

São, assim, usados para se referir tanto a condutas instintivas quanto as imagens primordiais¹⁹⁴. Podem ser entendidos como uma espécie de legado psíquico da humanidade, ou como uma disposição inerente à estrutura do sistema nervoso-cerebral humano¹⁹⁵. Em uma formulação simplista, seriam “predisposições humanas típicas para agir, pensar, sentir”¹⁹⁶.

Dos arquétipos criados por Jung, ganham relevo no que concerne ao ato de julgar o Persona e a Sombra.

O arquétipo da Persona corresponde a papéis sociais, máscaras (como o próprio termo em latim sugere) que os indivíduos assumem para satisfazer as expectativas da sociedade. Representa o compromisso existente entre o indivíduo e a sociedade¹⁹⁷. É, por consequência, uma imagem social positiva, simétrica ao ideal de ser humano.

Já a Sombra personifica traços pessoais reprimidos, representando tudo o que consideramos inferior em nossa personalidade. É, dessa forma, parte do material inconsciente que é rejeitado pelo Ego e pela Persona¹⁹⁸. A Sombra tem um conteúdo negativo, a exemplo da raiva, da inveja, da vergonha e da falsidade¹⁹⁹.

É no processo de individualização que esses arquétipos têm o condão de ocasionar prejuízos, advindos da influência de traços de personalidade, no ato decisório²⁰⁰. A individualização é um processo pelo qual o ser humano amplia sua consciência, evoluindo de um estado infantil para um estado de maior diferenciação. O resultado desse processo seria a unicidade²⁰¹.

¹⁹³ DIVAN, 2010. p. 145.

¹⁹⁴ BARBEDO, 2004. p. 65.

¹⁹⁵ DIVAN, 2010. p. 146.

¹⁹⁶ PRADO, Lidia Reis de Almeida . **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. In ZIMMERMAN. David. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. 3. ed. rev. atual e ampl. Campinas, SP: Millenium, 2002. 629 p. p. 94.

¹⁹⁷ Exemplos típicos de *persona* seriam o que alguém crê “parecer ser pai, filho, possuidor de um título, detentor de um cargo, etc. Assim, durante a existência, muitas *personas* são utilizadas relacionando-se com um status social, uma atividade ou profissão, um papel familiar, isto é, com todos os compromissos necessários para a vida em sociedade”. (PRADO, L. 2002. p. 94.)

¹⁹⁸ BARBEDO, 2004. p. 67.

¹⁹⁹ COSTA, José Américo Abreu. **A presença da sombra na sentença criminal**. In ZIMMERMAN. David. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. 3. ed. rev. atual e ampl. Campinas, SP: Millenium, 2002. 629 p. p. 284.

²⁰⁰ BARBEDO, 2004. p. 71.

²⁰¹ COSTA, 2002. p. 287.

Esse processo tem como passos iniciais livrar-se da Persona e por aceitar a Sombra. É um processo complexo e difícil, eis que, há a sempre a possibilidade de o indivíduo se identificar com a Persona. Além do mais, o fato de tornar-se ciente de que somos dotados de características que reputamos negativas é, no mínimo, desagradável.

A relevância desse processo de identificação no processo é assim descrita por Liza Bastos Duarte:

“É um tributo do ser-no-mundo o entendimento de si mesmo. O entendimento de si na interação com o mundo existencial que o habita e lhe atribui sentido, **sendo que o sentido conferido às coisas é uma projeção desse seu mundo interior**. Esse entendimento é necessário e instrumentaliza o juiz no ato de julgar. (...) **a sua realidade**, como a de outros seres, **é a transposição de sentido projetada pelo ser, contextualizada na sua percepção da existência e existindo nela**”²⁰² (grifo nosso).

Dessa maneira, o juiz que se identifica com a sua Persona tende a dizer-se perfeito, incapaz de aceitar seus erros e suas fraquezas. Torna-se o magistrado que, como homem, se identifica com a própria função que exerce. É o indivíduo que assume na integralidade a máscara, assumindo-se como o papel social que desempenha.

Tende assim o magistrado a ver-se como “*il diritto fatto uomo*”²⁰³, transfigurando-se no próprio ideal da justiça. Faltarão a esse juiz a consciência de sua própria sombra, tornando-se incapaz de ser, ao mesmo tempo julgador-julgado, criando-se uma conseqüente polarização²⁰⁴.

É justamente em razão desse falso conhecimento quanto a si mesmo que se afirma que o arquétipo da Persona, em um juiz, pode ser personificado pelo seu desejo de poder, o que o levaria a tratar os advogados, as partes e os funcionários do Poder Judiciário como inferiores²⁰⁵. Essa maneira de pensar tende a acentuar o autoritarismo e o isolamento do juiz²⁰⁶.

Nessa seara, João Baptista de Mello Souza Neto afirma a existência de uma freqüente “patologia”, a “*juizite*”, típica de quem teve o cargo de juiz incorporado a

²⁰² DUARTE; GIACOMOLLI, 2006. p. 292..

²⁰³ CALAMANDREI, 1959. p. 11.

²⁰⁴ LOPES JUNIOR, 2006. p. 79.

²⁰⁵ BARBEDO, 2004. p. 74.

²⁰⁶ DE SOUZA, 2008. p. 179.

sua personalidade. Aduz o referido autor que o perigo dessa “doença” é de que, uma vez que cargo e personalidade se confundem, no momento em que algo conflitar com o cargo, necessariamente entrará em choque com o ser, de maneira que esse conflito será entendido como um litígio pessoal²⁰⁷.

Já a não aceitação da Sombra ganha pertinência mediante o processo de projeção, que é a “operação inconsciente através da qual o indivíduo tira de si e coloca no outro (coisa ou pessoa) qualidades, sentimentos, desejos que lhe parecem inaceitáveis”²⁰⁸.

Por evidente que, ocorrendo a mencionada projeção de qualidades reputadas a uma das partes, formar-se-á uma polarização: de um lado, o juiz que acredita que o crime “não tem nada em comum consigo”; do outro, a imagem do delinqüente, que habita um mundo completamente diverso do seu²⁰⁹.

O juiz e o infrator, portanto, comporiam as posições extremas de uma mesma situação arquetípica²¹⁰. Esse quadro é deveras freqüente dentro do Judiciário: o juiz que é irredutível com “certas infrações e, ao julgá-las, sequer procuram convencer-se de que o réu a tenha efetivamente praticado; condenam sempre”²¹¹; o magistrado com forte tendência a adotar o discurso de limpeza social e passa a atuar como “defensor da lei e da ordem, verdadeiro guardião da segurança pública e da paz social”²¹².

Esse juiz, segundo Aury Lopes Junior, é uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça, eis que “transforma o processo numa encenação inútil, meramente simbólica”, em que o pré-juízo do julgador sobrepõe-se a qualquer questão de prova sujeita à valoração²¹³.

É em razão dessa “vulnerabilidade intrínseca a todo ser humano” que o magistrado deve ser sempre o primeiro a suspeitar de estar sendo influenciado por seus preconceitos, por suas tendências ou demais aspectos psíquicos que o condicionam²¹⁴.

²⁰⁷ SOUZA, C. A. M.. “**Conflitos de entre Colegas, ou Conflitos de Egos?**”. In ZIMERMAN. David. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. 3. ed. rev. atual e ampl. Campinas, SP: Millenium, 2002. 629 p. p. 182.

²⁰⁸ PRADO, L., 2002. p. 94.

²⁰⁹ LOPES JUNIOR, 2004. p. 79.

²¹⁰ DE SOUZA, 2008. p. 178.

²¹¹ BITTENCOURT, 1966. p. 133.

²¹² LOPES JUNIOR, 2006. p. 77.

²¹³ LOPES JUNIOR, 2006. p. 77.

²¹⁴ DUARTE, 2006. p. 229.

3.2. A Imparcialidade Objetiva

A abordagem objetiva da imparcialidade concebida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos determina a adoção da denominada Teoria da Aparência²¹⁵. Essa perspectiva paute-as sob a premissa de que é relevante que o julgador do processo seja visto como um terceiro ao litígio, alheio aos interesses em jogo²¹⁶. Reclama-se, assim, que o julgador deve parecer ser imparcial²¹⁷.

Essa assinalada concepção configura que se façam presentes condições suficientes para se afastar quaisquer dúvidas razoáveis acerca da imparcialidade do julgador²¹⁸, de tal modo a assegurar o prestígio público da função jurisdicional. Assim, além da exclusão do juiz subjetivamente parcial, a vertente objetiva da imparcialidade procura também obstar o julgamento do magistrado que, por meio de critérios objetivos, apresentem alguma dúvida quanto à sua imparcialidade²¹⁹.

Tal concepção da imparcialidade, por conseguinte, ressalta a confiança que o Judiciário deve inspirar à sociedade²²⁰, de modo conferir legitimidade aos juízes em uma sociedade democrática. O enfoque da questão passa a ser a confiança, a credibilidade e a visibilidade que a sociedade tem de suas instituições²²¹.

Conforme César De Souza, a imparcialidade objetiva decorre da existência de determinadas causas vinculadas unicamente a aspectos objetivos. Essas circunstâncias, segundo ele, seriam constatáveis sem qualquer influência específica de aspectos subjetivos do julgador²²².

A aplicação dessa mencionada Teoria da Aparência pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos resultou, em um primeiro momento²²³, numa presunção

²¹⁵ MAYA, 2011. p. 118.

²¹⁶ SANGUINÉ, 2003. p. 513.

²¹⁷ DE SOUZA, 2008. p. 34.

²¹⁸ MAYA, 2010. p. 151.

²¹⁹ DE SOUZA, 2008. p. 36.

²²⁰ A propósito, pertinente citar o caso Mehmet Ali Yılmaz v. Turkey, no qual se concluiu pela falta de imparcialidade e de independência de um tribunal marcial da Turquia. Esse tribunal tinha como julgadores dois juízes militares pertencentes ao exército, razão pela qual receberiam ordens diretas do Poder Executivo. (Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Mehmet Ali Yılmaz v. Turkey**. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=MEHMET%20%20ALI%20%20YILMAZ%20%20v.%20%20TURKEY&sessionid=79697493&skin=hudoc-en>>. Acessado em 17/11/2011, às 23h23m.

²²¹ LOPES JUNIOR, 2006. p. 86.

²²² DE SOUZA, 2008. p. 36.

²²³ MAYA, 2003. p. 149.

absoluta de parcialidade do juiz-instrutor²²⁴. Segundo Cordón Moreno, a consequência prática dessa doutrina não poderia ser outra senão a de considerar como “*inconstitucional la acumulación en un mismo juez de las funciones de investigar y juzgar*”²²⁵. Tal concepção restou devidamente consagrada pela Sentença 145/1988 do Tribunal Constitucional Espanhol, que consagrou a regra de que “*el que instruye no debe fallar*”^{226 227}. A propósito, merece ser enfatizada a seguinte passagem da referida decisão:

*la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influya n a la hora de sentenciar*²²⁸.

Assim sendo, com essa primeira etapa da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos humanos, atribui-se especial relevância a um critério de caráter orgânico²²⁹, concernente à situação em que, por ocasião da fase investigatória, já haveria o magistrado uma ideia a respeito da culpabilidade do acusado²³⁰. Em razão disso, a fim de garantir-se que não ocorra a contaminação psicológica do magistrado na fase pré-processual determinou-se, nesse primeiro momento, a separação absoluta das funções de instruir das de julgar.

Todavia, a partir do caso *Hauschild vs. Dinamarca*, restou mitigada a apontada separação absoluta da função de instruir da de julgar. Nesse caso, estabeleceu-se que o simples fato de haver a existência de decisões na fase pré-

²²⁴ LOPES JUNIOR, 2008. p. 87.

²²⁵ CORDÓN MORENO, 2002. p. 116.

²²⁶ PICÓ I JUNOY, Joan (org.). **Problemas actuales de la justicia penal**. Barcelona: Bosch, 2002. 271 p. p. 42.

²²⁷ Segundo André Machado Maya, extrai-se da Sentença 164/1988 que existem casos “em que a simples atuação do magistrado na fase investigatória não constitua, por si só, uma atividade tipicamente investigativa. Destaca ainda o autor em comentário que Segundo André Machado Maya, despreende-se da sentença 164/1988 que existem casos “em que a simples atuação do magistrado na fase investigatória não constitua, por si só, uma atividade tipicamente investigativa”. Destaca ainda o autor em comentário que, desde a Sentença 145/1988, a Corte Constitucional Espanhola vem frisando a necessidade de que se analise o caso em concreto para se verificar “uma possível justificativa, de um ponto de vista objetivo, acerca da dúvida sobre a imparcialidade do magistrado (Cf. MAYA, 2003. p. 169-76.)

²²⁸ Sentença 145/1988, do Tribunal Constitucional Espanhol, Disponível no original em: <http://www.secuestro-emocional.org/Sentencias/STC-1988-145.htm>, acessado em 05/11/2011, às 20h35m.

²²⁹ SANGUINÉ, 2003. p. 514.

²³⁰ SANGUINÉ, 2003. p. 514.

processual não justificaria, por si só, o receio das partes quanto à perda da imparcialidade²³¹. Tal análise do fato em concreto resultou que, no caso *Sainte-Marie v. França*, concluiu-se que a prática de atos instrutórios por parte do julgador não foram suficientes para prejudicar a sua posição de julgador imparcial²³².

3.3. Da Crítica a Classificação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos às Causas de Impedimento e de Suspeição

Joan Picó I Junoy, nada obstante a autoridade do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, reputa incorreta a distinção entre a imparcialidade objetiva da subjetiva. Realiza tal afirmativa sob o argumento de que, na medida em que a imparcialidade judicial faz referência à consideração do juiz como sujeito alheio ao que é discutido ao processo e às partes em litígio, deve-se presumir que a imparcialidade é sempre subjetiva²³³.

Fazendo citação a Montero Aroca, afirma ainda o mencionado autor que a influencia ou não do juízo em circunstâncias alheias ao cumprimento da função jurisdicional é subjetiva, de maneira a não se demonstrar cabal uma análise objetiva quanto à parcialidade ou à imparcialidade. O que nas leis se regula diz respeito ao juiz não parcial, com o que se faz referência a algo que não é objetivo, mas, sim, subjetivo²³⁴. Desse modo, far-se-ia necessária a análise do caso em concreto, especificamente atentando à distinção quanto ao grau de convicção exigido do juiz para declarar a prisão preventiva²³⁵.

Assim sendo, a partir da subjetividade do magistrado, o legislador procura objetivar as causas que qualificam o juiz como alguém parcial. Portanto, é por meio da enumeração de determinadas circunstâncias, que deslegitimam o conhecimento da causa ao julgador, que se objetivaria a parcialidade subjetiva do julgador²³⁶.

²³¹ MAYA, 2011. p. 145.

²³² SANGUINÉ, 2003. p. 516.

²³³ PICÓ I JUNOY, 1998. p. 51.

²³⁴ AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 1997. p. 87.

Apud: PICÓ I JUNOY; 1998. p. 51.

²³⁵ MAYA, 2011. p. 146.

²³⁶ PICÓ I JUNOY, 1998. p. 51

As causas descritas em lei se fundamentam como “parámetros objetivos que determinan al legislador a considerar que em estos supuestos concurre razonablemente una apariencia de parcialidad”²³⁷. O que interessa é a ocorrência de uma das causas legais de perda de imparcialidade, ainda que o juiz estivesse, enquanto em seu foro íntimo considerado, plenamente capacitado para resolver de forma imparcial a lide. Por conseguinte, uma vez que a condição subjetiva do julgador não é passível de ser demonstrada de forma inequívoca, o legislador a objetiva, “estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención o, em su defecto, recusación”.²³⁸

A partir dessa distinção, Picó I Junoy conclui que, na verdade, não é a imparcialidade judicial que deve ser classificada como objetiva ou subjetiva, mas, sim, as causas de abstenção e de recusação²³⁹.

Desse modo, afirma o autor em comentário que as hipóteses de abstenção e recusação serão classificadas como subjetivas quando disserem respeito à ocorrência de circunstâncias ou fatos referentes à pessoa do juiz e que o relacionam com os litigantes. Tal relação será reputada quando positiva nas hipóteses em que tenderão a favorecer a uma das partes; será tida como negativa quando inclinar o magistrado a desfavorecer um litigante²⁴⁰.

Já as causas de abstenção e de recusação objetivas se fazem presentes quando ocorrem circunstâncias ou fatos que colocam em relação o julgador com o objeto do processo²⁴¹.

Esta tese de Juno I Picó não é, de modo algum, hegemônica na doutrina. Todavia, vem ela ao encontro de frisar a relação existente entre a imparcialidade objetiva ou subjetiva com os institutos processuais pertinentes à sua proteção.

Conforme veremos, na tentativa de atribuir uma coerência aos institutos do impedimento e da suspeição, verifica-se que há autores em que se constatada uma aproximação do impedimento à imparcialidade objetiva, ao passo que, na suspeição, se vislumbra uma correlação com a imparcialidade subjetiva.

²³⁷ CORDÓN MORENO, 2002. p. 112.

²³⁸ CORDÓN MORENO, 2002. p. 113.

²³⁹ PICÓ I JUNOY, 1998. p. 52.

²⁴⁰ PICÓ I JUNOY, 1998. p. 52.

²⁴¹ PICÓ I JUNOY, 1998. p. 52.

3.4. As Hipóteses de Impedimento

As causas legais de impedimento estão previstas nos artigos 134 do Código de Processo Penal e nos artigos 252 e 253 do Código de Processo Penal. Cuida-se de circunstâncias em que o magistrado encontra-se privado do exercício de sua função²⁴².

No processo civil, nas palavras de Celso Agrícola Barbi, o impedimento, constitui “uma proibição, dirigida ao juiz, de funcionar nas causas em que acontecem as circunstâncias enumeradas no art. 134 do CPC ”²⁴³. Dessa maneira, conceitua o instituto exclusivamente com base nas seguintes hipóteses legalmente previstas:

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

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.

Além disso, pertinente também trazer à lume o art. 136 do CPC:

Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Conforme se afere da disposição *Ipsis litteris* da norma legal, trata-se de hipóteses fundadas em “fatos objetivos, de fácil comprovação, não dependendo do

²⁴² TORNAGHI, 1976. p. 428.

²⁴³ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**, v. 1, tomo 2, Rio de Janeiro : Forense, 1974-1977. 10 v. p. 548.

sentimento real do juiz em relação aos participantes do processo nem de ter ele interesse efetivo em seu desfecho”^{244 245}.

Pela mesma orientação, Nelson Nery Junior aduz que “os motivos indicadores do impedimento do juiz são de natureza objetiva”, de tal sorte a caracterizar “presunção *iuris et de iure*, absoluta, de parcialidade”. Disso decorre que, uma vez provada a causa de impedimento, o juiz seja afastado do processo²⁴⁶.

Ainda em relação às situações enumeradas nos incisos do art. 134, do Código de Processo Civil, Tornaghi assevera que se cuida de circunstâncias relativas à relação do juiz com o objeto da causa, o que faz que o litígio “não seja só das partes (...), mas também seu”²⁴⁷. Nessas hipóteses, o interesse do juiz no objeto do litígio faz o julgador ficar privado do exercício da função. O juiz, portanto, ao ver-se diante de uma destas circunstâncias fáticas, restaria inabilitado (*iudex inhabilis*) ao exercício da função²⁴⁸.

Cotejando as regras do processo civil com as do processo penal, verifica-se uma forte proximidade entre as situações descritas pelos arts. 252 e 253 do CPP com os arts. 134 e 136 do CPC. A rigor:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

V - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Comentando essas regras, André Machado Maya aduz que as hipóteses legais de impedimento estão “todas relacionadas ao próprio processo, vedando a

²⁴⁴ BARBI, 1974. p. 549.

²⁴⁵ Em sentido contrário, coloca Dall’Agnol que “cuida o art. 134 das hipóteses de impedimento, isto é, daquelas em que se tem por provavelmente insustentável a imparcialidade do julgador, em razão de liames para com a causa mesma ou para com os seus sujeitos” (Cf. DALL’AGNOL, 2000. p. 156.)

²⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**: e legislação extravagante. 7. ed. rev. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003. 1855 p. p. 537.

²⁴⁷ TORNAGHI, 1976. p. 418.

²⁴⁸ TORNAGHI, 1976. p. 418

atuação jurisdicional do juiz”. As circunstâncias impeditivas, assim delineadas, “dizem respeito diretamente ao processo em curso”, no qual se vê proibida a participação de um determinado julgador²⁴⁹. Pela mesma orientação, assevera Nucci que o impedimento é “situação presumida pela lei” que possui “caráter objetivo”²⁵⁰.

Dada essa interpretação às normas em comento, verifica-se uma proximidade entre o conceito de imparcialidade objetiva firmado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos com as regras de impedimento. Aliás, a ressalva de Picó I Junoy apenas fortalece este liame: seriam as causas de recusa e de abstenção (por consequência, de impedimento e de suspeição), e não a imparcialidade, que poderiam ser classificadas como subjetivas ou objetivas²⁵¹.

Assim sendo, os modos objetivos de proteger-se a imparcialidade na concepção de Picó I Junoy (a dizer: as quais *“tienen lugar cuando concurren circunstancias o hechos que ponen en relación al juzgador con el objeto del proceso”*²⁵²) são, precisamente, a definição atribuída pelos doutrinadores nacionais citados ao instituto do impedimento. A rigor, César de Souza diz que a imparcialidade objetiva é decorrente da relação do juiz com o objeto do processo²⁵³, ou seja, o viés objetivo da imparcialidade possui a exata mesma característica atribuída por Tornaghi às hipóteses de impedimento

Tal correlação, além disso, também é vislumbrada ao analisar-se a presunção atribuída às hipóteses de impedimento: tal como firmado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em relação à imparcialidade objetiva, trata-se de uma presunção *iuris et de iure*.

Além do mais, não há como questionar que as hipóteses de impedimento enunciam situações que oferecem “garantias suficientes para excluir dúvidas legítimas a respeito da imparcialidade do julgador”²⁵⁴. Tanto isso ocorre que é “impertinente indagar-se da intenção ou subjetivismo do magistrado em julgar a causa com parcialidade”²⁵⁵: realizada a prova de maneira objetiva, não se admite

²⁴⁹ MAYA, 2009.p. 105.

²⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais 1.180 p. p. 535.

²⁵¹ PICÓ I JUNOY, 1998. p. 52.

²⁵² PICÓ I JUNOY, 1998. p. 52.

²⁵³ DE SOUZA, 2008. p. 36.

²⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. Caso De Cubber v. Belgium.

²⁵⁵ NERY JUNIOR, 2003. p. 537.

prova em contrário e deve inexoravelmente o magistrado ser afastado do processo²⁵⁶.

Também, o fato de nosso ordenamento jurídico tratar o impedimento como matéria de ordem pública²⁵⁷ explicita-se o interesse geral de que não ocorra um julgamento por parte de um juiz impedido. Segundo a Teoria da Aparência firmada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tal julgamento colocaria a própria confiança dos cidadãos do Poder Judiciário²⁵⁸.

Nesse mesmo sentido, é possível inferir-se que Dall’Agnol, compartilha do mesmo entendimento no momento em que diferencia o impedimento da suspeição em razão de este colocar “à frente do interesse público (do justo e bom desenvolvimento do processo) o interesse privado (da solução imediata da lide)”, eis que “há momento e modo próprio para a alegação, pena de preclusão”²⁵⁹. Dessa assertiva extrai-se que a regra o impedimento, na medida em que é matéria não passível de preclusão, prima pelos interesses gerais da coletividade.

Pertinente mencionar a assertiva de Claudia Gay Barbedo que, em dissertação de mestrado, acena essa proximidade entre os conceitos de imparcialidade objetiva e as causas de impedimento. Aduz a referida autora que “no direito nacional, podemos identificar a imparcialidade objetiva basicamente com os casos de exceção de impedimento previstos no Código Penal (...)”. Aponta, ainda em relação ao impedimento, que “esse instrumento usado para afastar o magistrado da relação processual deriva de causas objetivas”²⁶⁰.

Por fim, no que diz respeito à obrigação de o juiz se abster do julgamento na ocorrência de uma das hipóteses de impedimento, merece ser frisado que o Código de Processo Civil não impõe expressamente essa obrigação, ao contrário do que ocorre no Código de Processo Civil italiano, em que o juiz deve-se eximir²⁶¹ e, se

²⁵⁶ NERY JUNIOR, 2003. p. 537.

²⁵⁷ A rigor, no Recurso Especial Nº 1.112.524 / DF (2009/0042131-8), relatado pelo Ministro Luiz Fux, menciona, de forma exemplificativa, que o impedimento é matéria de ordem pública. (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº 1.112.524 / DF**. Corte Especial. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 30/09/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=959671&sReg=200900421318&sData=20100930&formato=PDF>. Acessado em 25/11/2011, às 16h21m.

²⁵⁸ LOPES JUNIOR, 2008. p. 86.

²⁵⁹ DALL’AGNOL, 2000. p. 155.

²⁶⁰ BARBEDO, 2004. p. 24.

²⁶¹ A propósito, é exatamente essa a disposição do artigo 51 do *Codigo di Procedura Civile* italiano (Cf. ITÁLIA. **Codigo di Procedura Civile**. Disponível em:

não o fizer, faculta a qualquer das partes rejeitá-lo²⁶². É em razão dessa ausência de previsão expressa que se afirma que em nosso ordenamento jurídico o dever de abstenção do magistrado é um dever implícito²⁶³. A consequência atribuída ao processo julgado por um magistrado impedido é a “invalidade dos atos que praticar” e tornar a sentença por ele proferida rescindível por meio da ação rescisória²⁶⁴.

3.5. As Hipóteses de Suspeição

Segundo Pontes de Miranda, não se confundem os conceitos de suspeição e de impedimento: “quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento”, ao passo que “quem está impedido está fora de dúvida, pela sua enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função”²⁶⁵. Tornaghi, no mesmo sentido, conceitua a suspeição como “a desconfiança, a dúvida, o receio de que o juiz, ainda quando honesto e probo, não terá condições psicológicas de julgar com isenção dada sua relação com qualquer das partes”.

No Código de Processo Civil, as hipóteses de suspeição restam elencadas no art. 135, cujo conteúdo prescreve:

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 dádivas 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.

UTqzuDMLm0QHuo4ivBw&usg=AFQjCNFwyDSaRO7Q3DXGQbosUhjVLTAWlw_ Acessado em 23/11/2011, às 13h57m.)

²⁶² A rigor, dispõe o artigo 52 do Código de Processo Civil Italiano: “Art. 52. Nei casi in cui è fatto obbligo al giudice di astenersi, ciascuna delle parti può proporre la ricasazione mediante ricorso contenente i motivi specifici e i mezzi di prova.” (Cf. ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile**)

²⁶³ TORNAGHI, 1976. p. 428.

²⁶⁴ DUARTE, 2002. p. 249.

²⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**, Volume II. 5. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 420.

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

Conforme já mencionado anteriormente, trata-se de hipóteses que, se não invocadas por meio de exceção no momento processual correto, são passíveis de preclusão. Prima-se, assim, pela rápida solução da lide²⁶⁶, a despeito da suspeita de parcialidade que recai sobre o julgador. É por isso que, se o juiz não se considerar suspeito e não houver alegação da parte no prazo e forma legais, a suspeição “deixa de produzir qualquer consequência jurídica no processo”²⁶⁷.

Segundo Tornaghi, o legislador, tal como ocorre com o instituto do impedimento, optou pelo casuísmo a fórmula geral. Afirma ele que a fórmula seria “o juiz é suspeito quando ligado, direta ou indiretamente, a qualquer das partes por interesse, ódio ou afeição”. Nelson Nery Junior, de modo similar, assevera que a suspeição trata de circunstâncias de ordem subjetiva²⁶⁸.

Em relação ao Código de Processo Penal, o instituto da suspeição encontra-se previsto no art. 254, que dispõe:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

A respeito das hipóteses previstas pelo Código de Processo Penal, aduz André Machado Maya tratem-se todas de casos relacionados com “situações da realidade externa ao processo levado ao conhecimento do juiz”²⁶⁹. Já Nucci, afirma que pode ocorrer a suspeição “pelo vínculo estabelecido entre o juiz e a parte ou entre o juiz e a questão discutida no feito”. Todavia, qualifica esse último liame como

²⁶⁶ DALL'AGNOL, 2000. p. 163.

²⁶⁷ BARBI, 1974. p. 548.

²⁶⁸ NERY JUNIOR, 2003. p. 541.

²⁶⁹ MAYA, 2009. p. 106.

“mero interesse entre o julgador e a matéria em debate”, eis que o vínculo entre magistrado e o objeto do litígio seria causa de impedimento²⁷⁰.

Dessa maneira caracterizada a suspeição, revela-se ela congruente com o previamente exposto conceito da imparcialidade subjetiva. Com efeito, enquanto a imparcialidade subjetiva diz respeito à convicção pessoal do magistrado, a dizer o que ele pensa em seu foro íntimo acerca de determinadas circunstâncias²⁷¹, as hipóteses de suspeição abordam circunstâncias de ordem subjetiva²⁷², oriundas de circunstâncias alheias ao processo.

Os aspectos previamente apontados da imparcialidade subjetiva são explicitados de forma latente por Tornaghi no momento em que afirma o referido autor que não há como alguém “penetrar no foro interno do juiz, a não ser ele próprio”²⁷³.

Aliás, Nucci utiliza como exemplo de situação em que um julgador suspeito a peculiar situação de um juiz que foi vítima de extorsão mediante sequestro: tal magistrado, afirma o doutrinador, “pode não se apresentar em condições psicológicas adequadas para o julgamento” de um caso similar à sua experiência²⁷⁴.

Esse exemplo apresentado por remonta diretamente à vertente subjetiva da imparcialidade previamente abordada. Não há como se negar a possibilidade de preconceitos e pré-juízos influenciarem derradeiramente o julgamento de uma causa.

Por igual, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos confere presunção *iuris tantum* em se tratando da imparcialidade subjetiva, de maneira que a presume até que se faça prova em contrário²⁷⁵. O mesmo ocorre com a suspeição, a qual o nosso ordenamento jurídico confere presunção relativa²⁷⁶, devendo a sua causa ser provada por meio de exceção.

²⁷⁰ NUCCI, 2005. p. 537.

²⁷¹ MAYA, 2001. p.. 107.

²⁷² NERY JUNIOR, 2003 p. 541.

²⁷³ TORNAGHI, 1967. p. 425.

²⁷⁴ NUCCI, 2005. p. 537.

²⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA. Caso *De Cubber v. Belgium*.

²⁷⁶ NERY JUNIOR, 2003 p. 541.

3.6. Sobre o Entendimento do Superior Tribunal de Federal Quanto aos Institutos do Impedimento e da Suspeição

O entendimento das cortes superiores brasileiras é no sentido da taxatividade das hipóteses de impedimento e de suspeição. Desse modo, cinge-se a doutrina nacional ao posicionamento de que, quando não vislumbrada uma das hipóteses previstas nos artigos 134 a 138 do Código de Processo Civil ou nos artigos 112 e 252 a 256 do CPP, inexistente malogro à imparcialidade do julgador.

Nesse sentido, citando a decisão do habeas corpus 64.574 / MG ²⁷⁷, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, aduz Humberto Theodoro que “as regras processuais que impõem sobre impedimentos têm caráter inflexível, não admitindo exceções, sobretudo por recursos à analogia” ²⁷⁸. Ainda a respeito da vedação de analogia, é pertinente mencionar que, mesmo quando da participação do magistrado no julgamento rescindendo, não há falar-se em impedimento ²⁷⁹.

Pela exata mesma orientação manifesta-se Mirabete ao asseverar que, mesmo na existência de amizade com o advogado da parte, incorrente a suspeição do magistrado ²⁸⁰. Acrescenta Tourinho Filho que o rol *numerus clausus* só pode ser ampliado se existir em lei expressa orientação nesse sentido ²⁸¹.

A taxatividade das hipóteses contempladas nos referidos artigos é amplamente debatida em matéria penal. Com efeito, existem inúmeras decisões em âmbito de recurso especiais que questionam a regra da fixação da competência por prevenção.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC nº 64.574-7/MG**. Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Rezek. Julgado em 17/03/1987. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=69172>. Acessado em: 23/11/2011, às 14h10m.

²⁷⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 5.ed. rev., ampl.e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1998. 919 p.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 252**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. Acesso em: 02/11/2011.

²⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 7.ed.rev. e atual. Sao Paulo : Atlas, 1997. 776p. – p. 208

²⁸¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, Volume I. 2.ed.rev., atual. e aum. Sao Paulo : Saraiva, 1997. 2v. p. 411.

A respeito do tema, pertinente trazer à lume o Habeas Corpus 92.893 / ES²⁸², julgado pelo Superior Tribunal Federal, cuja ementa assim dispõe:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 do CPP. ROL TAXATIVO . PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III - Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada.

Consoante o relatório do Ministro Lewandowski, trata-se de habeas corpus impetrado em razão de o julgador que presidiu o inquérito policial²⁸³ haver também atuado como relator da Ação Penal. Dessa sorte, alega o paciente que a participação do magistrado na fase pré-processual comprometeria a isenção do magistrado para julgar a causa. Restaria, assim, comprometida a imparcialidade do julgador e, por consequência, violar-se-ia o art. 8º do Pacto San Jose da Costa Rica.

No voto do Ministro relator, asseverou-se que as hipóteses de impedimento do Código de Processo Penal constituem um rol taxativo. Aduz, ainda, que, “no modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal”, o processo é pautado “pela publicidade, contraditório, igualdade entre as partes e pela neutralidade do juiz”, que, quando o juiz preside o inquérito, ele apenas atua como um coordenador, “agindo sempre por provocação, jamais de ofício”. Desse modo, conclui o Ministro que o julgador-instrutor “não exterioriza qualquer juízo de valor

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 92.893-5/ES. Tribunal Pleno**. Relator: Ministro Ricardo Lewandovski. Julgado em 02/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>>. Acessado em: 23/11/2011, às 14h18m.

²⁸³ O inquérito policial foi presidido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça. (Cf. BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 92.893-5/ES**)

acerca dos fatos ou das questões de direito, emergentes nessa fase preliminar, que o impeça de atuar com imparcialidade”²⁸⁴.

Tal posicionamento a favor da taxatividade das hipóteses de impedimento e de suspeição resta firmemente consolidado pela nossa Suprema Corte. A rigor, assim se decidiu no Habeas Corpus 68.784 / DF²⁸⁵ e no Habeas Corpus 73.099 / SP²⁸⁶.

Tal entendimento implica a conclusão de que a jurisprudência nacional ignora completamente a doutrina firmada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Isso se demonstra especialmente no instituto da suspeição, que se relacionaria com a vertente subjetiva da imparcialidade. Com efeito, não é plausível que, em um rol *numerus clausus*, estejam contidas todas as situações fáticas em que se pode vislumbrar a existência de preconceitos ou influências inconscientes que venham prejudicar o julgamento imparcial da causa.

Essa negação da concepção subjetiva da imparcialidade é devidamente explicitada pelo HC 86577 / ES - ESPÍRITO SANTO, que assim restou ementado:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO CAUTELAR. SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Declarações de magistrado quanto à morte de colega de ofício, bem como sua participação, como testemunha, em processo que envolve magistrado, também acusado, sobre questões referentes à atividade judicante, não ensejam sua suspeição. II - A decisão que decretou a custódia cautelar deu-se em contexto

²⁸⁴ Todavia, diferentemente do o que se extrai da decisão do Superior Tribunal de Justiça, afirma André Machado Maya que a questão de fundo do referido habeas corpus dizia respeito à matéria diversa. Segundo ele, o Ministro Teori Albino Zavascki, no recebimento da denúncia, “procedeu à análise detalhada do substrato probatório colhido durante o inquérito policial”, indo muito além do juízo provisório. Portanto, a despeito da fundamentação do acórdão, que trata rigorosamente sobre aspectos da imparcialidade objetiva, diria respeito à convicção íntima do julgador. Assim, assevera o autor em comentário que, por ocasião do exame de admissibilidade da denúncia, haveria o Ministro Teori Zavascki utilizado termos como a partir dos quais se extrairia a existência de uma opinião já formada a respeito do caso em concreto. A rigor, consoante André Machado Maya, seriam estas as expressões utilizadas pelo Ministro: “há elementos robustos para fundamentar o recebimento da denúncia, no que diz respeito à prova de existência do crime”; “os elementos probatórios trazidos nos autos permitem concluir em juízo de recebimento da denúncia, a existência do delito de lavagem de dinheiro relacionado a tais fatos”, “são fatos os elementos de autoria” (Cf. MAYA, 2011. p. 209.)

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 68784 / DF**. Primeira Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26/03/1993. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71226>>. Acessado em: 23/11/2011, às 14h42m.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 73099/ SP**. Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em 17/05/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74245>>. Acessado em 23/11/2011, às 14h51m.

suficiente para a caracterização da hipótese de garantia da ordem pública. III - Ordem denegada.

No caso em vertente, verifica-se que o juiz prolator da sentença de pronúncia foi testemunha do crime em questão, chegando, inclusive, a realizar declarações à imprensa a respeito do ocorrido.

Ignorando que, por haver presenciado o fato o julgador já haveria, em seu íntimo, uma convicção a respeito do objeto da ação, o Superior Tribunal Federal afirmou que inócua uma das hipóteses de suspeição. A fim de não se fazer injustiças ao voto proferido pelo Ministro Lewandowski, colaciona-se na íntegra o cerne de sua fundamentação:

“Senhor presidente, imagino, também, o simples envolvimento emocional do magistrado – aliás, é um envolvimento emocional de toda a sociedade do Espírito Santo -, no calor dos acontecimentos, da situação, não lhe tira a capacidade técnica de julgar. Ademais, sua decisão é submetida ao duplo grau de jurisdição, ou ao triplo, ou mesmo ao quádruplo grau de jurisdição, como acontece no nosso ordenamento processual”

A despeito do posicionamento do Ilustríssimo Ministro, entendemos que, a despeito da maestria técnica do “julgador-testemunha”, não haveria como ele elidir de sua mente as suas impressões a respeito do fato criminoso. Em vista disso, seria simplesmente impossível que a sentença de pronunciamento não fosse parcial.

Já no HC 82798 / PR²⁸⁷, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, foi possível a realização de uma discussão mais propícia a aceitação de que o juiz, como um ser humano, está sujeito às mais variadas influências de ordem psicológica. A questão de fundo abordada nessa decisão diz respeito a uma desmotivada declaração de suspeição²⁸⁸ por uma magistrada no curso de um processo penal. A vista dessa decisão interlocutória, suscitou-se em âmbito recursal a nulidade do processo, eis que a Constituição Federal exige que toda a decisão judicial deve ser fundamentada.

Ante essa situação fática, passou o Superior Tribunal Federal a inquirir-se (i) quanto à aplicabilidade ao Código de Processo Penal da declaração de suspeição,

²⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 82798 / PR**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 21/11/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79155>. Acessado em 23/11/2011, às 15h20m.

²⁸⁸ Em verdade, a magistrada se declarou, equivocadamente, impedida.

por parte do magistrado, em razão de motivo de foro íntimo; (ii) quanto à consonância dessa regra com a Constituição Federal de 1988, que impõe que toda a decisão judicial seja fundamentada.

Em voto vencido, sustentou o Ministro Marco Aurélio que tanto o artigo 93, IX, da nossa Magna Carta quanto o artigo 97 do Código de Processo Penal²⁸⁹ determinam que o julgador, ao declarar-se suspeito, exponha os motivos para fazê-lo. A adoção desse entendimento implicaria que a declaração de impedimento por parte do magistrado fosse atacável por meio de recurso.

Ocorre, todavia, que qualquer ser humano é suscetível às mais diversas influências. Aludindo à famosa metáfora de Freud de que o inconsciente seria a imensa parte imersa de um iceberg, podem existir inexplicáveis razões para que um julgador não se encontre na posição de terceiro imparcial. Aliás, quanto a isso, chama a atenção o seguinte comentário proferido pelo Ministro Marco Aurélio por ocasião do julgamento do caso em vertente: “custo a perceber que alguém atuando como Estado-Juiz esteja perturbado no exercício da função”²⁹⁰

Rechaçada a tese do Ministro Marco Aurélio²⁹¹, restou vencedor o entendimento de que também é possível, na esfera penal, que o julgador se declare suspeito em razão de motivo íntimo, sem a necessidade de motivar tal decisão. Desse modo, apesar de tal motivação interior não poder ser suscitada por uma das partes, permite-se que o magistrado, “examinando a causa e examinando-se, concluir pela dúvida de sua imparcialidade”, “decline do conhecimento dela, sem que deva expressar as razões”²⁹².

Por meio dessa autoanálise do julgador, possibilita-se que ele se avalie e julgue o seu próprio subjetivismo com parâmetros distintos dos previstos nos incisos dos artigos 135 do Código de Processo Civil e 254 do Código de Processo Penal.

²⁸⁹ “Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes” (Cf. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado em: 23/11/2011, às 15h44m.)

²⁹⁰ BRASIL. Habeas Corpus 82798 / PR.

²⁹¹ Esse é o fundamento básico da sua tese “a premissa maior do meu voto é a ausência de recepção do Código de Processo Civil pela Carta de 88. Essa é a premissa maior. E fui à lei específica, que é o Código de Processo Penal, para evocar o artigo 97, no que compele o magistrado a declarar o motivo legal e como motivo legal entendo o contido no artigo 254 do Código de Processo Penal, ou seja, uma daquelas causas” (Cf. BRASIL. HC 82798 / PR)

²⁹² DALLAGNOL, 2000. p. 167.

4. CONCLUSÃO

Conforme exposto no decorrer do presente trabalho, a necessidade de um julgamento judicial ser proferido por uma autoridade imparcial vincula-se estreitamente com inúmeros preceitos constitucionais, razão pela qual não há como negar a sua existência em nossa Magna Carta. Com efeito, a imparcialidade se configura como uma condição essencial para que um juiz atue e logre alcançar a justiça no caso em concreto.

É justamente em razão da constatação de que somente é possível chegar a uma sentença justa mediante um procedimento conduzido por um julgador imparcial que se afirma cada vez com mais veemência a importância da imparcialidade nas mais conceituadas cortes européias. Não a confundindo com a ideia de neutralidade ou de uma simples posição processual distinta da ocupada pelas partes, é indubitável o caráter instrumental da imparcialidade para que o judiciário cumpra com sua função social.

A respeito disso, merece ênfase a concepção objetiva da imparcialidade, que enfatiza a confiança que o judiciário deve passar à sociedade. Pautando-se sobre a máxima de que a aparência de que as decisões proferidas por um terceiro alheio ao litígio conferem legitimidade e autoridade ao Poder Judiciário, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu o conceito da vertente objetiva da imparcialidade, que notadamente diz respeito às condições orgânico-funcionais suficientes para se afastar quaisquer dúvidas razoáveis acerca da imparcialidade do julgador.

Já a vertente subjetiva da imparcialidade ancora-se sobre o fato de que por trás de cada julgamento há um ser humano sujeito às influências de seu subconsciente. Delimitou-se, assim, uma abordagem e tratamento distinto à parcialidade oriunda dos prejuízos e preconceitos do julgador.

Ao passo em que a jurisprudência européia desenvolvia e firmava esses novos modos de apreciar o fenômeno da imparcialidade, mantiveram-se os operadores do direito brasileiro a mesma vetusta abordagem aos institutos do impedimento e da suspeição. Apesar de ser possível firmar um paralelo entre aquele com a imparcialidade objetiva e entre este com a imparcialidade objetiva, peca o

pátrio ordenamento jurídico por reconhecer hipóteses de incidências taxativas aos mencionados institutos.

Tal abordagem restrita e limitada nega a importância da imparcialidade sobre a credibilidade que o judiciário deve mostrar à sociedade. Também, repudia que qualquer pessoa na condição de Estado-juiz titubeie e demonstre que, por trás da toga, exista a predisposição de julgar de forma parcial uma causa.

Assim sendo, conclui-se pelo não reconhecimento por parte do ordenamento jurídico brasileiro da doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto a imparcialidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10.ed. ampl. São Paulo : Malheiros, 2008. 196 p.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no civil Law. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p.147-172, out. 2010

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**, v. 1, tomo 2, Rio de Janeiro : Forense, 1974-1977. 10 v. 548 p.

BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejuízo**: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos.. 219 f. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 2. ed.rev. São Paulo : Saraiva, 2000. 264 p.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O juiz: estudos e notas sobre a carreira, função e personalidade do magistrado contemporâneo**. Rio de Janeiro : Ed. Jurídica e Universitária, 1966. 325 p.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado em: 23/11/2011, às 15h44m.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acessado em 23/11/2011, às 15h23m.

_____. **Decreto Nº 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm>. Acessado em: 22/11/2011, às 14h56m.

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm, acessado em 18/09/2011, às 22h55min.

_____. Superior Tribunal Federal. **HC nº 64.574-7.** Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Rezek. Julgado em 17/03/1987. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=69172>. Acessado em: 23/11/2011, às 14h10m.

_____. Superior Tribunal Federal. **HC 68.784 / DF.** Primeira Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26/03/1993. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71226>>. Acessado em: 23/11/2011, às 14h42m.

_____. Superior Tribunal Federal. **HC 73099/ SP.** Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em 17/05/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74245>>. Acessado em 23/11/2011, às 14h51m.

_____. Superior Tribunal Federal. **HC nº 92.893-5/ES.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandovski. Julgado em 02/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>>. Acessado em: 23/11/2011, às 14h18m.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 252.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 02/11/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº 1.112.524 / DF.** Corte Especial. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 30/09/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=959671&sReg=200900421318&sData=20100930&formato=PDF>. Acessado em 25/11/2011, às 16h21m.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v.1: teoria geral do direito processual civil. 4. ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010. 612 p.pg. 446

CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato.** 4. ed. Firenze: Le Monnier, 1959. 406 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad.** Buenos Aires : Europa-America, 1974. 638 P.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**, v. 1, tomo 1. Campinas: Bookseller, 2004. 4 v.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento.** 3. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1999. 160 p.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Campinas: Millennium, 2010. 629 p.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto San José de Costa Rica.** 1969. Disponível em: <<http://www2.idh.org.br/casdh.htm>>. Acessado em 24/11/2011, às 23h14m

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acessado em 24/11/2011, às 23h20m.

COSTA, José Américo Abreu. **A presença da sombra na sentença criminal.** In ZIMERMAN, David. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. 3. ed. rev. atual e ampl. Campinas, SP: Millenium, 2002. 629 p.

CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal.** 2. ed. Navarra : Aranzadi, 2002. 235 p.

DALL'AGNOL, Antonio. **Comentários ao código de processo civil:** do processo de conhecimento: arts. 102 a 242. In: Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000-2001 v.2

DAMÁSIO, António R.. **O erro de Descartes** : emoção, razão e o cérebro humano. 2. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2006. 330 p.
DE SOUZA, Arthur César. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, volume 857, p. 29-53, mar., 2007.

_____ **A parcialidade positiva do juiz.** Revista dos tribunais: São Paulo, 2008. 270 p.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, Volume III. 4. ed. rev. atualiz. e com remissões ao Código civil de 2002 São Paulo : Malheiros, 2004. 4 v.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais** : o julgador e o réu interior. 145 p. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

DUARTE, L. B.; GIACOMOLLI, N. J. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 33, n. 102, p. 287-307. Jun. 2006.

DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade de um julgamento imparcial. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, t. I, nº 85, p. 220-255, mar 2002.

ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. **Sentença 145/1988**. Disponível no original em: <http://www.secuestro-emocional.org/Sentencias/STC-1988-145.htm>, acessado em 05/11/2011, às 20h35m.

FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2007. 384 p

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** : la ley del más débil. Madrid : Trotta, c1999. 180 p.

_____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3.ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. 766.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Aurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128 p.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Raízes Do Realismo Jurídico Norte Americano**. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/573/403>. acessado em 09/10/2011, às 13h30min.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas** : provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 157 p.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte : Lider, 2002. 150 p.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso**. In monografias de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Serie 2ª, n.1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em: <http://www.facebook.com/l.php?u=http%3A%2F%2Fwww.academiadederecho.org%2Fupload%2Fbiblio%2Fcontenidos%2Fla_imparcialidad.pdf&h=SAQHwaFe0>. Acessado em 05/11/2010, às 20h20min.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 1997. 266 p.

INGLATERRA, King's Bench. **R v Sussex Justices, ex parte McCarthy**. Disponível em: <http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/part3_13.php>. Acessado em: 22/11/2011, às 16h02m.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <http://www.google.it/url?sa=t&source=web&cd=6&ved=0CFEQFjAF&url=http%3A%2F%2Fit.wikisource.org%2Fwiki%2FCodice_di_Procedura_Civile&ei=EY-UTqzuDMLm0QHuo4ivBw&usg=AFQjCNFwyDSaRO7Q3DXGQbosUhjVLTAWlw>. Acessado em: 25/11/2011, às 14h50m.

_____. Corte Constitucional Italiana. **Sentença nº 168/63**. Disponível no original em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>, acessado em 17/11/2011, às 16h22m.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. 2. ed.rev.ampl. Rio de Janeiro : Imago, 1981. 225 p.

KNIJNIK, Danilo (Org.). **prova judiciaria**: estudos sobre o direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 243 p.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. 315 p.

_____. Juízes inquisidores? e paranóicos: uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal europeu de direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: PUC/RS, v. 3, n. 10, p. 121-126, jul./set.2003.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 387 p.

_____. **A imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo**. 269 f. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997. 776p.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**, Volume II. 5. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 851 p.

NERY JÚNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural: opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado. **Revista Ajuris**, v. 32, n. 100, p. 305-316, 2005.

_____. **Código de processo civil comentado** : e legislação extravagante. 7. ed. rev. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003. 1855 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1.180 p.

ORGANIZACAO DAS NACOES UNIDAS, **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acessado em 24/11/2011, às 22h54m.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/detent/civpot_p.htm>. Acessado em 24/11/2011, às 23h01m.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social.** , Disponível no original em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2052/o-mito-da-neutralidade-do-juiz-como-elemento-de-seu-papel-social/1>>, acessado em 07/09/2011, às 15h45m.

_____. **Código de processo civil comentado** e legislação extravagante. 7. ed. rev. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003. 1855 p.

PICÓ I JUNOY, Joan. **La imparcialidad judicial y sus garantías: la avstención y la recusación.** Barcelona: Bosch, 1998. 262p.

_____. (org.). **Problemas actuales de la justicia penal.** Barcelona: Bosch, 2002. 271 p.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 6. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005. 308 p.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 108, p. 167/182, dez. 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. 270 p.

PRADO, Lidia Reis de Almeida . **O juiz e a emoção:** aspectos da lógica da decisão judicial. In ZIMERMAN. David. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. 3. ed. rev. atual e ampl. Campinas, SP: Millenium, 2002. 629 p.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales.** Valência: Tirant lo Blanch, 2003. 709 p.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion.** Madrid : Alianza, 1992. 377 p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** V.III. Rio de Janeiro: Forense. 1989. p. 447.

SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. **Processo e ideologia** : o paradigma racionalista. Rio de Janeiro : Forense, 2004. 342 p.

SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. **Teoria Geral do Processo civil**, revista dos tribunais, ano 2002, 3ª edição. 351 p.

SOUZA, C. A. M.. “**Conflitos de entre Colegas, ou Conflitos de Egos?**”. In ZIMERMAN. David. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. 3. ed. rev. atual e ampl. Campinas, SP: Millenium, 2002. 629 p.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. Ed. Madri: Trotta. 2005. 542 p.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 186, p. 333-352, ago. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 5.ed. rev., ampl.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 919 P.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolucao**. 2. ed. Brasilia : Editora Universidade de Brasilia, 1982. 212p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Codigo de processo penal comentado**. 2.ed.rev., atual. e aum. Sao Paulo : Saraiva, 1997. 2v.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil** : Arts. 1º a 153. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976. 479 p.

_____. **A relação processual penal**. Rio de Janeiro : Livraria Jacinto, : Editora À Noite, 1945. 236 p.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Mehmet Ali Yilmaz v. Turkey**. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=MEHMET%20|%20ALI%20|%20YILMAZ%20|%20v.%20|%20TURKEY&sessionid=79697493&skin=hudoc-en>>. Acessado em 24/11/2011, às 23h57m.

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Piersack v. belgium**. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Piersack&sessionid=79607280&skin=hudoc-en>>. Acessado em 04/10/2011, às 19h42m.

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso De Cubber v. Belgium.** Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=82242004&skin=hudoc-en&action=request>>. Acessado em: 23/11/2011, às 16h14m.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos.** Sao Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. 216 p.

WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 149-151, 1996. Disponível em: <http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=79>, acessado em 05/11/2011, às 22h34min.