UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

MARCELO CAVALCANTI PIRAGIBE MAGALHÃES

IMPARCIALIDADE NA BUSCA PELA JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: IMPLICAÇÕES FILOSÓFICAS, SOCIOLÓGICAS E DIFICULDADES PRÁTICAS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

JUIZ DE FORA
2011

MARCELO CAVALCANTI PIRAGIBE MAGALHÃES

IMPARCIALIDADE NA BUSCA PELA JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: IMPLICAÇÕES FILOSÓFICAS, SOCIOLÓGICAS E DIFICULDADES PRÁTICAS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito "Hermenêutica e Direitos Fundamentais" da Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

JUIZ DE FORA
2011

Aos meus filhos Iuri e Ricardo, duas grandes razões da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao Reitor Bonifácio José Tamm de Andrada pelo apoio à criação do primeiro mestrado de Direito do interior de Minas e ao Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho pela determinação e habilidade à frente deste projeto, possibilitando bacharéis residentes do interior da zona da Mata Mineira e adjacências pudessem concretizar o ideal de galgar um degrau a mais em sua formação acadêmica, como no meu caso.

RESUMO

A credibilidade da Justiça reside principalmente no rosto de imparcialidade que ela carrega consigo. A busca pela Justiça passa necessariamente pelo arquétipo da imagem desta figura isenta, imparcial - uma Deusa, acima do bem e do Mal, dos defeitos humanos, capaz de colocar os pratos da balança retos em justiça, dando a cada um o que lhe é devido. Há um distanciamento grande entre o ideal de justiça e da imparcialidade com um grau aceitável se opere e se aproxime da realidade. Muitas dificuldades são encontradas, e algumas não superadas, a começar pela impossibilidade do julgamento humano absolutamente imparcial, porque os Juízes, como seres carregados de sentimentos e emoções, estarão sempre norteados por toda esta carga. Lá no passado remoto estes atributos eram valorizados. A deusa *Maat*, da mitologia egípcia, colocava num dos pratos da balança o coração e no outro os fatos. A origem de sentença, principal ato de um processo judicial vem do latim, de *sentire*, de sentimento. Nada, portanto racional ou somente mecânico de se conseguir. A presente dissertação resume-se numa incursão pelo mundo da imparcialidade Judicial. Busquei ingressar não só na questão utópica e idealizada da Justiça como imparcialidade, mas traço um enfrentamento no plano fático, legal e doutrinário. Suas nuances simbólicas, éticas e alguns fatores objetivos que muito influenciam no juízo imparcial também foram abordados, como a influência da mídia na parcialidade. Dados científicos, extraídos de pesquisas de campo por conceituadas instituições foram objeto de demonstração de alguns traços da parcialidade nos julgamentos. Para não ficar só no plano abstrato e crítico achei importante sugerir soluções e demonstrar o que tem sido feito para corrigir alguns descompassos entre o que se almeja e o que existe na prática forense; por isso quando abordo a questão específica nas suas divisões dentro do Direito, busco apontar ideias e soluções que podem ser

implementadas. Em razão da importância do tema busco demonstrar que a imparcialidade como valor supremo da justiça, embora não expressamente prevista na nossa Constituição, encontra-se implicitamente inserida entre os princípios fundamentais. Assim, no sistema jurídico brasileiro, onde a imparcialidade judicial se insere? No campo dos direito fundamentais, a imparcialidade almejada é utópica?

Palavras-chave: Imparcialidade. Imparcialidade Judicial. Valor. Simbologia e História. Dados empíricos e sociológicos. Visão psicológica e implicações no Direito. Obstáculos legais. Norma e Direito fundamental implícito.

ABSTRACT

The credibility of the justice resides mainly in the face of fairness that it carries. The search for justice will necessarily archetypal image of this figure free, impartial - a goddess, beyond good and evil, of human defects, able to put the scales straight in justice, giving each one his due is . There is a large gap between the ideal of justice and impartiality to an acceptable level and to operate closer to reality. Many difficulties are encountered, and some do not overcome, starting with the human impossibility of absolutely impartial trial because the judges, as being full of feelings and emotions will always be guided by this whole load. There in the distant past these attributes were valued. The goddess Maat, the Egyptian mythology, put the scales in the heart and the other facts. The origin of the sentence, the main act of a judicial process comes from the Latin, sentire of feeling. Nothing, therefore only rational or mechanic to obtain. This thesis is summed up in a raid by the world of judicial impartiality. I sought to enter not only the question of utopian and idealized Justice as fairness, but dash [D1] a face on the plane factual, legal and doctrinal. His symbolic nuances, ethical and very few objective factors that influence the impartial trial were also addressed, as the influence of bias in the media. Scientific data, drawn from field research by reputable institutions were subject to demonstration of some features of the bias in the trials. Not to be alone in the abstract and critical thought important to suggest solutions and demonstrate what has been done to correct some mismatches between what exists and what it aims in forensics, so when I approach the issue in their specific divisions within the law, seeks to identify ideas and solutions that can be implemented. Because of these issues I argue that the impartiality of justice as a supreme value, although not expressly provided in our Constitution, is implicitly included among the fundamental principles [D2]. Thus, the Brazilian legal system, which is part of judicial impartiality? In the field of fundamental rights, impartiality is desired utopian?

Keywords: Fairness. Judicial Impartiality. Value. Symbolism and History. Empirical and sociological. Vision and psychological implications for the law. Legal obstacles. Standard and implied fundamental right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

1.1 Objetivos 9

1.2 Problema 10

1.3 Justificativa 11

1.4 Metodologia 12

1.5 Inserção da dissertação na área de concentração e linha de pesquisa 14

1.6 Os pensadores e a delimitação do tema 15

1.7 A questão vernacular 17

1.7.1 Imparcialidade Judicial: acepções e correlatos 18

1.7.2 Impessoalidade 19

1.7.3 Imparcialidade judicial 20

2 PLANO AXIOLÓGICO (VALOR) 21

2.1 Imparcialidade Judicial – valor 21

2.2 Justiça (igualdade) como imparcialidade 22

2.3 Simbologia 23

2.4 O passado: matizes históricas 25

2.5 O presente 27

2.5.1 Valor ético e moral: deontologia e aparência da imparcialidade 27

2.6 Futuro 29

2.6.1 Imparcialidade (não judicial) como princípio no caos do direito Cibernético – quinta geração de direito humano fundamental 29

3 PLANO FÁTICO (SOCIAL E PSICOLÓGICO) 31

3.1 Percepção da função judicial na sociedade contemporânea: estudos sociológicos Judiciais 31

3.1.1 O que pensam os Juízes 31

3.1.2 O que pensam os cidadãos 33

3.1.3 O que revelam as pesquisas de casos 34

3.2 Estudo de tendências 35

3.3 Mídia e Parcialidade (midialização da Justiça) 37

3.3.1 O problema 37

3.3.2 Mídia – Judiciário: causas prováveis do problema 39

3.4 Casos emblemáticos de influência da mídia e suas repercussões nos Julgamentos 41

3.4.1 Daniela Perez 42

3.4.2 Nicolau dos Santos Neto (HC80717- 8-SP) 44

3.4.3 Caso Dantas 47

3.4.4 Operação *Hurricane* 49

3.5 Soluções implementadas 50

3.6 Aspecto psicológico, psicanalítico e neurológico 51

3.7 Conclusão do capítulo

4 IMPARCIALIDADE JUDICIAL NO PLANO LEGAL E NORMATIVO 55

4.1. No Direito Administrativo 55

4.1.1 Dificuldades, críticas e sugestões 57

4.2 No processo Penal 58

4.2.1 Julgamento pelo Conselho de Jurados 60

4.2.2 Dificuldades, críticas e sugestões 61

4.3 Na Justiça Militar 62

4.3.1 Dificuldades, sugestões e críticas 64

4.4 No processo civil 66

4.4.1 Jurisdição de ofício e imparcialidade 69

4.4.2 Dificuldades, críticas e soluções 71

4.5 Na Justiça do Trabalho 73

4.5.1 Dificuldades, sugestões e criticas 75

5 O RECRUTAMENTO DOS JUIZES E REFLEXO NA IMPARCIALIDADE 77

5.1 No primeiro grau 78

5.2 Nos Tribunais Superiores 79

5.2.1 A composição da 2ª instância com colegiados e imparcialidade 79

5.2.2 Críticas, sugestões 81

5.3 Os Tribunais de 3ª e 4ª Instâncias 81

6 LOMAN, ATIVIDADE POLÍTICO ASSOCIATIVA DOS JUIZES E A IMPARCIALIDADE 83

6.1 O combate à parcialidade por meio do modelo de Amartya Sen (aberta e fechada) 85

6.1.1 Os Juízes de fora 85

6.2 Imparcialidade para implementação dos direitos fundamentais: ativismo judicial e judiciário legiferante 88

6.3 A flexibilização do Princípio da Imparcialidade como direito individual: a parcialidade positiva do magistrado 94

7 CONCEPÇÕES E HERMENÊUTICAS: IMPARCIALIDADE JUDICIAL E SEUS ENFRENTAMENTOS DOUTRINÁRIOS 101

7.1 Natureza jurídica da imparcialidade 103

7.2 Os direitos fundamentais como princípios constitucionais 106

7.2.1 Princípios Constitucionais 106

7.2.2 Direitos fundamentais 109

7.2.3 Sobre a questão terminológica 111

7.2.4 Sobre a evolução histórica 113

7.2.5 O Direito Fundamental no ordenamento jurídico brasileiro 114

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS 115

8.1 A imparcialidade como direito fundamental implícito na Constituição da República 115

REFERÊNCIAS 119

1 INTRODUÇÃO

1.1 Objetivos

Como se sabe, a imparcialidade como forma de se alcançar o conhecimento isento, se faz necessária nos mais diversos campos da ciência como um todo. Vários são os questionamentos nas mais diversas esferas do conhecimento humano e no implemento da ciência como um todo.

O objetivo desta dissertação é aprofundar conhecimento acerca da imparcialidade no campo do Direito, e mais precisamente no exercício da jurisdição, na função maior de Julgar litígios, onde existe controvérsia, partes conflitantes. Não ingresso no exercício de ditos julgamentos chamados erroneamente de ”Jurisdição” voluntária ou graciosa, por não se tratar de jurisdição no sentido de resolver conflitos de interesse, pois, na realidade, na chamada jurisdição voluntária sequer há conflitos e o juiz exerce o papel quase de homologador do que foi apresentado. Não há neste sentido "partes" a ponto de a imparcialidade necessitar estar presente, ou se há o seu grau é minúsculo.

Nesta linha objetiva-se um estudo direcionado para a importância da imparcialidade no exercício da Jurisdição ao seu ponto mais alto, não somente como norma processual vigente, mas como direito fundamental implícito na Constituição. Por ser um tema de âmbito universal e histórico, umbilicalmente ligado à questão da Justiça na sua acepção mais ampla, busco aprofundar o tratamento dado nos mais diversos aspectos do direito, na maioria de suas divisões, tendo em vista a peculiaridade de cada sub-área do Direito: no direito administrativo, Processual Civil, Processual Penal, nos julgamentos coletivos. Exige-se, de

certo modo, também, ainda que de modo superficial, abordagem multidisciplinar da questão, para uma visão acertada para o entendimento de sua acolhida na Constituição e nos principais tratados do Mundo.

1.2 Problema

A imparcialidade é citada na maioria dos textos históricos e legais do mundo e é considerada como valor primordial para realização da Justiça, embora não prevista expressamente na maioria das Constituições do mundo. Por quê? Será a imparcialidade Judicial de fato um direito Fundamental? Se positiva a afirmação, quais as formulas usadas pela sociedade e pelo Estado para se efetivar a imparcialidade judicial? Quais seriam os mecanismos usuais de combate a parcialidade no Direito? É possível um juiz totalmente imparcial, considerando a natureza humana? E se de fato impossível qual o grau de imparcialidade que se deve exigir para que o jurisdicionado se sinta apto a recepcionar a decisão de uma forma confiável e que transmita segurança à população?

Como se implementar valor tão alto de forma a incutir na população uma confiança no Poder Judiciário. Qual seria a melhor forma de recrutamento do magistrado (*tertius supra parties*) para minimizar o problema?

Muitas são as questões que se apresentam na prática do dia-a-dia, muitas são as soluções apresentadas desde os tempos mais remotos. Mas diante de um mundo de mudanças tão velozes o que seria mais viável em termos de julgamento para se implementar de fato um sistema próximo da imparcialidade aceitável? E se a imparcialidade é valor tão importante porque não está previsto na Constituição?

1.3 Justificativa

O estudo e aprofundamento do tema se fazem importantes nos dias atuais onde muito se debate sobre o ativismo Judicial, do ingresso do Poder Judiciário nas esferas do legislativo e do Poder Executivo, quebrando, de certo modo, com a tradicional repartição dos Poderes (o *Cheks and Balance),* desenvolvida e ampliada por Montesquieu, e tão bem difundida pelos países mais desenvolvidos do mundo. Há uma crescente perda de credibilidade no Poder Judiciário em razão não só desta forma parcial de ingresso em questões afetas aos outros poderes – Ativismo judicial e Judiciário Legiferante –, mas também, e principalmente, objeto principal de nosso estudo, no modo pelo qual a imparcialidade que o Juiz deve apresentar diante de um conflito apresentado.

Então diante desta atuação do Juiz, da necessidade de fixar o Juiz como terceiro extra parte, os modelos de combate à parcialidade adotados nas sociedades contemporâneas, faz com que este tema volte à tona com ênfase nos dias atuais. E isto porque se faz necessário maior aprofundamento desta questão, atualização e revisão destes conceitos de imparcialidade, de neutralidade e de seus limites de possibilidade; porque o tema denota importância impar em todos os países e por isso é tratado como *conditio sine qua non* para a

realização da justiça e o desenvolvimento da sociedade mais equilibrada; porque ainda é através da descoberta de fórmulas mais eficazes de combate a parcialidade que Poder Judiciário como um todo poderá ter um papel de fundamental importância e destaque para alcançarmos um mundo melhor, menos injusto, mais equilibrado.

Num plano principiológico constitucional a afirmação da imparcialidade como direito fundamental faz com que se imponha o tema num patamar de importância axiológica devido, isto é, não somente como lei adjetiva prevista nos Códigos processuais, mas com axioma a ser alcançado. Neste sentido a sustentação da imparcialidade Judicial como direito fundamental implícito na Constituição da República.

1.4 Metodologia

O trabalho segue um modelo basicamente Tridimensional de abordagem. Inicialmente faz-se o panorama geral e breve para definir e delimitar o tema através de um estudo conceitual-vernacular e, então, passa-se para investigação do problema: como valor, fato e norma[1], e passagem sobre algumas teorias gerais de combate a parcialidade Judicial

[1] A Teoria tridimensional do Direito formulada por Miguel Reale funda-se na necessidade de se analisar o fenômeno direito por meio de três aspectos inseparáveis e distintos entre si: o axiológico (que envolve o valor de justiça), o fático (que trata da efetividade social e histórica) e o normativo (que compreende o ordenamento, o dever-ser). Segundo Miguel Reale , "fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica", o que aponta no sentido de que os filósofos, juristas e sociólogos não devem estudar nem analisar esses elementos de forma isolada, mas, sim, associados ao "mundo da vida".
A tridimensionalidade, ao trabalhar com a experiência jurídica, tem como um dos seus traços a própria atualização dos valores e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico. (Miguel Reale, Teoria Tridimensional do Direito, 5ª ed., Editora Saraiva, 2003, p. 56.)

para concluir sustentando a imparcialidade como valor supremo e Direito Fundamental implícito na Constituição.

Como valor universal busca-se demonstrar a importância da imparcialidade desde os primórdios na mitologia, e de suas matrizes simbólicas, filosóficas e sua progressão na história do Direito; daí então uma abordagem da parte fática (sociológica) através de dados empíricos sob diversos prismas (dos juízes, da sociedade) por meio de estatísticas, pesquisas de campo, quantitativos e estatísticos, desenvolvidos por diferentes e conceituados centros de pesquisas (teses de doutorado da USP, pesquisas de campo dos magistrados pela professora Maria Sadek a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), visando conjugar a realidade social e suas implicações na realidade jurídica e legal).

A incursão segue para a questão sob o enfoque do chamado método técnico-jurídico ou jurídico-operacional através de investigação no plano legal e jurisprudencial, percorrendo todas as principais áreas do direto e as consequências de julgamento que ensejam nas suas devidas disciplinas, através de farta análise de julgamentos. Dois tópicos importantes foram inseridos com o intuito de aclarar a questão com abordagem paralela de enfrentamento: a parcialidade positiva do Direito, tese baseada no entendimento de o Juiz adotar uma postura mais ativa diante de certos conflitos, com flexibilização da imparcialidade a favor de uma sociedade mais justa; e a parcialidade aberta e fechada, doutrina esposada pelo Prêmio Nobel de 1988, segundo a qual, algumas vezes, para imparcialidade necessária de julgamento *mister* a retirada do caso do contexto e do grupo no qual o conflito está inserido para depois por pessoas com afastamento total do ambiente e das suas idiossincrasias: julgar; e noutros casos, somente um Juiz conhecedor das peculiaridades do local e do contexto onde se encontra o litígio poderia ser capaz de julgar com Justiça.

A última parte retorna ao ponto cerne do trabalho que é demonstrar, diante de tudo que foi exposto, que a imparcialidade possui elevado teor axiológico e índole principiológica

de Direito Fundamental implícito. Nessa última parte do trabalho, o aprofundamento se opera no nível basicamente doutrinário, com a saudável discussão entre os principais jusfilósofos sobre o assunto, até desembocar na temática principal da imparcialidade Judicial como direito fundamental implícito na Constituição.

1.5 Inserção da dissertação na área de concentração e linha de pesquisa

A imparcialidade Judicial, como direito fundamental implícito, foi escolhida dentro do tópico "Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo" tendo como linha de pesquisa "Justiça e Razão Prática: reconstrução fenomenológica do direito como pensamento ético-prático".

A escolha do tema surge em razão da importância dentro desta área de concentração eleita para pesquisa porque relacionada ao direito fundamental, notadamente porque, a Imparcialidade Judicial embora não contemplada na nossa Constituição Republicana, é considerada implicitamente e carrega nítido conteúdo ético-prático do exercício da Jurisdição e indissocialmente ligada ao conceito de Justiça na sua acepção mais ampla. A busca pelo entendimento e efetivação deste direito maior para um julgamento imparcial repercute diretamente no conceito que a sociedade assimila como resolução de conflito justo. Em outras palavras, traduz o que se entende por Jurisdição, isto é, no dizer do Direito, na realização da Justiça por parte do Estado, sem vícios intrínsecos que a maculem. A implementação prática e efetiva revela-se neste sentido a base de toda sociedade cujo Judiciário assegura credibilidade dos seus julgamentos e principalmente aceitabilidade por parte dos jurisdicionados. Nessa perspectiva, do estudo do fenômeno da imparcialidade Judicial no plano ético-prático obriga,

necessariamente, aprofundamento sob o enfoque fático e deontológico em consonância com a norma aplicável. E nesta linha a investigação, sob o prisma da Teoria Tridimensional do Direito, eleita neste trabalho para abordagem do tema, é que se busca construir uma visão racional para tornar mais nítido o entendimento jusfilosófico da questão. Como se sabe a filosofia de Miguel Reale se insere no chamado "culturalismo Jurídico" que busca sobrelevar, na História, inclusive o surgimento das normas, o fenômeno do Direito resultante de um processo criativo natural das pessoas de determinada sociedade no sentido de agregar valores, dinamicamente, como uma forma do Homem se acrescentar à Natureza (*ars homo additus naturae*).

A investigação, como dito, aborda, ainda que breve, uma incursão pelo seu conteúdo simbólico, desenvolvido pela humanidade desde seus primórdios, sua inserção nos dias atuais e histórica, e sem pretensão de fugir da linha traçada por abordagem tridimensional, aventura-se um ingresso do futuro – Teoria pentadimensional do Prof. Litrento, para quem a norma jurídica possui, além do fato, valor e norma, outros dois elementos: o tempo e o espaço (LITRENTO, 1983) – e faz-se em uma breve especulação da imparcialidade no Direito cibernético, denominado por muitos doutrinadores com a quinta geração de direito fundamental.

1.6 Os pensadores e a delimitação do tema

Não se pode deixar de registrar que o valor "imparcialidade" no julgamento como qualidade intrínseca do Juiz no ato de julgar, na Filosofia, nas ciências sociais e na política alargou-se para servir como valor axiológico abstrato a ser alcançado para realização e

distribuição de Justiça. Nessa acepção ampla, que não será objeto de aprofundamento, pode-se atribuir a imparcialidade como questão não só de técnica Judicial para julgamento, mas como questão de Justiça social, no plano jusfilosófico.

Vários autores consagrados abordam com profundidade, não podendo deixar de citar duas teorias mais conhecidas sobre o assunto, como a teoria de John Rawls (1971) da justiça em seu livro *Justiça como equidade: uma reformulação*, que é alvo, até hoje de crítica pelo grupo dos comunitaristas, por entenderem ser uma teoria muito abstrata. O ponto central da teoria de Rawls é a imparcialidade, isto é, os resultados só são selecionados em uma situação de escolha imparcial. Por essa teoria um véu de ignorância é o caminho adequado para alcançar a imparcialidade. Se as pessoas não conhecem suas próprias posições na sociedade elas vão tomar uma posição imparcial para apreciar diferentes princípios de justiça.

Além de Rawls, outros como David Hume (1888), Adam Smith (1897) consideraram a imparcialidade como central para a seleção dos princípios da moralidade, seja na administração da coisa pública, seja na realização de justiça. Merece registro também a obra de Barry Brian, com seu famoso livro *Justiça como Imparcialidade.*

Não se pode deixar também de levar em conta, neste trabalho, como as principais linhas filosóficas da humanidade trataram do conhecimento relacionado com a imparcialidade neste contexto. Da ontologia, (estudo da essência) do ser é que se parte da possibilidade de existência ou não de uma postura imparcial por parte do homem, e por consequência do Julgador. E tal premissa dependerá da linha filosófica que se oriente. E aqui, também, somente a título de ilustração, serão noticiadas, *em passant*, já que por questões metodológicas merecem tão somente apresentação, sem aprofundamento.

A divisão conhecida da filosofia, por exemplo, entre os empiristas e os racionalistas vai encaminhar a questão da imparcialidade para enfoques diversos. Para os racionalistas, da Idade Moderna Clássica (Descartes, Leibniz e Spinoza) o conhecimento é, *a priori*, inato e só

pode ser adquirido pela razão, e exemplificam-na no conhecimento da matemática, pois partem de conceitos abstratos, de acordo com leis da lógica. Nessa linha, a imparcialidade total seria possível uma vez que por critérios lógicos e racionais não obstariam o julgador de interferências outras que não a da razão. Ao contrário, para os empiristas o conhecimento partindo de experiências traria forte conteúdo pessoal, que poderiam, em tese, influir na maneira pela qual o julgador trataria da causa. E, num enfoque da fenomenologia de Heidegger, o Direito e Hermenêutica se entrelaçam e a imparcialidade está obviamente relacionada neste processo.

Nesta visão o Prof. Cleyson de Moraes Mello (2011) ensina que:

> A decisão judicial não depende de uma escolha do magistrado, mas antes o precede e o constitui. Isto significa dizer que o fundamento e a compreensão do Direito já estão lançados em certa abertura histórica, ou seja, já dispõe de um conjunto historicamente dado de normas (de pré-juizos) que possibilita o acesso aos entes. Toda exegese jurídica está condicionada pelo fato de dispormos de pré-juízos. (MORAES MELLO, 2011, p.136).

Nessa linha da filosofia de Heidegger, o homem não preexiste ao ato da compreensão, como quer o esquema tradicional do sujeito-objeto, mas, ao contrário, dá-se ao contrário simultaneamente, contemporaneamente a eles.

1.7 A questão vernacular

Em ciências sociais ou humanas, ao contrário das ciências físicas que quase sempre possuem sentido claro e unívoco, encontramos palavras que albergam multiplicidade de sentidos, como é o caso do sentido de "Imparcialidade", principalmente no âmbito do Direito e, por isso, antes de adentrar no estudo propriamente se faz necessária breve incursão de algumas expressões jurídicas próxima conceitualmente.

1.7.1 Imparcialidade Judicial: acepções e correlatos

Em acepção mais restrita, nem sempre é fácil definir e delimitar a expressão. Alguns vocábulos análogos, correlatos, muitas vezes se confundem e são comumente utilizados como sinônimos, tais como neutralidade, impessoalidade, independência, o que cria confusão quanto à abrangência do léxico. Os dicionários oferecem conceitos similares dando-os muitas vezes como sinônimos. Para tanto, *mister* se faz, como dito, estabelecer alguns marcos conceituais diferenciadores para melhor compreensão do vocábulo e desenvolvimento, portanto da própria dissertação. Após tentaremos chegar perto do significado mais próximo da imparcialidade, cuja definição é complexa.

"A Neutralidade Judicial é a indiferença do indivíduo diante de um quadro que apresenta posições antagônicas" (MARTINS, 2007, p.69). José Carlos Barbosa Moreira (1998), citando monografia alemã[2] sobre a diferença entre imparcialidade e neutralidade, diz que a última palavra sugere uma abstenção de intervir (*Nicht-Intervention*), um distanciamento em relação o litígio (*Vom-Konflikt-Fernbleiben*), e expressa justamente o contrário do que se espera dele, e acrescenta que não há como se pretender que o Juiz seja

[2] RIEDEL, Joachim. **Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters:** Befangenheit und Parteilichkeit - deutschen Verfassungs im-und Verfahrensrecht. Berlim, 1980. p.13.

neutro no sentido de indiferente ao êxito do pleito e acrescenta “Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito.” (MOREIRA, 1998, p.5). A neutralidade frente ao objeto investigado é tema estudado em diversas áreas do conhecimento humano.

A independência Judicial, por sua vez, trata de garantias asseguradas ao magistrado através de vencimentos, inamovibilidade e vitaliciedade, com a finalidade de não sofrer pressões políticas que possam afetar no seu julgamento. Enquanto a independência do juiz é consagrada objetivamente a imparcialidade é uma questão privada. É uma virtude. A primeira significa que não deve haver subordinação alguma, enquanto a segunda, a ausência de qualquer prejuízo, a paixão, a fraqueza, ou sentimento pessoal. A primeira é para ser analisada em relação a um terceiro, enquanto a última é vista em relação ao próprio magistrado.

1.7.2 Impessoalidade

Impessoalidade é a ausente de preferências e tendências, enquanto a imparcialidade é impossível de existir "pura" em essência pois se trata de uma abstração, se considerarmos que haja sempre a defesa de um interesse, ainda que seja, o interesse estatal de realização do bem comum, sob medida do justo (CARMO, 2009). Divide-se a doutrina em três linhas básicas sobre o Princípio da impessoalidade: 1)Como sendo faceta do princípio da igualdade; 2) no sentido de que é a mesma coisa de que a igualdade e 3) significando tudo aquilo que a Administração Pública faz através dos seus agentes há de ser havido como feito por ela, retirando-se, portanto, qualquer conotação com o servidor autor direito do feito. O princípio

da impessoalidade tem assento na Constituição, artigo 37 (BRASIL, 2011a), e está ligado mais à Administração Publica.

1.7.3 Imparcialidade judicial

Tautologicamente, imparcialidade significa ou pressupõe uma garantia que caracterize a ausência de parcialidade, isto é, aquilo que não é parcial. Uma boa forma de entender e de se chegar ao conceito é pelo seu antônimo, pela compreensão do termo parcialidade. Por sua vez, parcialidade, consiste em ser tendencioso, que toma partido, que favorece uma das partes, com ou sem dolo.

Como dito, ser imparcial significa ter a capacidade de suspender, colocar entre parênteses, afastar juízos subjetivos que possam afetar a investigação e o julgamento sobre determinada causa. Neste sentido, quando isto não ocorre diz-se, em linguajar jurídico, que a decisão está eivada de vicio de capacidade subjetiva do julgador.

Para José Carlos Barbosa Moreira (1998, p.6), considerado referência em direito Processual “o juiz é imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes”. É assegurar às partes igualdade de tratamento.

Observa-se que não foi especificado um conceito exato de imparcialidade. Isso ocorre porque se trata de um tema de grande inconsistência conceitual haja vista que a sua essência é percebida na consciência dos indivíduos através dos conceitos de justo e injusto. Exatamente por esse motivo, é um tema muito vago e amplo do ponto de vista teórico, já que não se circunscreve à subjetividade do juiz. De qualquer modo, grosso modo, em um sentido primário, imparcialidade seria o afastamento de todos os interesses egoísticos que impliquem

no posicionamento do magistrado diante de uma causa, conduzindo o processo de forma desinteressada e afastando todas as suas considerações subjetivas. Assim, a imparcialidade pretendida, jamais irá se confundir com uma neutralidade plena do jurista como especificado alhures. Esta última não se sustenta face à condição humana do magistrado. O julgador-homem-cidadão vai ser motivado ideologicamente por inúmeros aspectos e fatores sociais inerentes ao meio em que vive, destarte, é impossível um magistrado neutro como uma máquina, ou seja, sem sentimentos, apolítico e acrítico, alheio a todos os acontecimentos sociais.

2 PLANO AXIOLÓGICO (VALOR)

2.1 Imparcialidade Judicial – valor

O elemento "valor", como intuição primordial, histórica e deontológica será aprofundado neste tópico. A questão axiológica no campo do Direito compreende para a grande parte dos jusfilósofos clássicos em três pilares principais: Justiça, segurança e bem comum. Como este estudo trata da imparcialidade na busca por Justiça, o enfoque deste trabalho se desenvolve naturalmente dentro desta perspectiva. Sem perder de vista, evidentemente, que tais valores foram, no decorrer da história, cambiantes e mutáveis e compreende-se até que a segurança Jurídica pressuponha, nos dias atuais, o valor Justiça, pois sem segurança não se alcança Justiça. Esta própria preferência temporal muitas vezes de um valor sobre outro resulta numa parcialidade, eis que denota inclinação para determinada escolha de valor para realização de Justiça. A razão do Direito dir-se-ia residir na justiça, mas

o meio de alcançá-la encontra-se na segurança e a finalidade do Direito consistiria no bem comum.

2.2 Justiça (igualdade[3]) como imparcialidade

A presente investigação axiológica partindo da concepção acima descrita concentra-se principalmente no valor Justiça, como razão de ser Direito.[4] E para nosso viés de imparcialidade muito próximo ou equivalente ao sentido de igualdade. Já dizia Aristóteles em Ética a Nicômaco, no seu livro V, referência obrigatória e inafastável até os dias de hoje quando se trabalha com o tema (citados por BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1992) que justiça e equidade não são valores diferentes; antes, um único e mesmo valor.

Diz o grande Filófoso :

> " Já mostramos que tanto o homem como o ato injustos são ímprobos ou iníquos. Fica evidente, agora, que existe também um ponto intermediário entre duas iniqüidades existentes em cada caso. E esse ponto é a equidade, pois em cada espécie de ação em que há o mais e o menos, há também o igual. Se então, o injusto é iníquo, o justo é eqüitativo, como aliás, concordam todos. E como o igual é o ponto intermediário, o Justo será o meio termo. "(ARISTÓTELES)

No mesmo sentido Del Vecchio[5], Noberto Bobbio (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1992, p.661), embora ressalte "a melhor coisa é considerar a justiça como noção ética fundamental e não determinada", ao defini-la em termos descritivos, não normativo,

---

[3] Muitos institutos atuais dão prova desta preferência: prescrição, conciliação, entre outros

[4]

[5] DEL VECHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p.158.

afirma que “a Justiça foi equiparada à legalidade, à imparcialidade, ao igualitarismo.” Ainda no mesmo sentido, confirmando o entendimento de que os “valores que, na mente dos juristas, se identificam à justiça: previsibilidade, a imparcialidade, a igualdade perante a lei, a ausência de arbitrariedade dos administradores públicos e dos juízes.” (PERELAMAN, 1996, p.659).

2.3 Simbologia

A primeira conquista no plano espiritual do Direito implicou, no dizer de Miguel Reale (1987, p.501), “uma alienação do Homem a potestades superiores, às quais atribui a origem daquilo que, na realidade, brotava do íntimo de sua própria consciência.” Na realidade projetava para fora de si. A simbologia explica, muitas vezes, as crenças animistas pela suposta incapacidade dos primitivos para conceberam a natureza de outra maneira que não segundo o modelo humano, do mesmo modo, “a propósito da mitologia, diz-se frequentemente que os antigos projetavam nas forças da natureza as qualidade e paixões humanas.” (LAPLANCHE, 1992, p.376).

Desenvolvendo o tema ainda explana Miguel Reale (1987):

> É desnecessário lembrar aqui a importância dos mitos na formação do saber humano. Platão e Aristóteles já puderam em altíssimo relevo a importância dos mitos para a ciência, mostrando o papel que representam as hipostasizações do homem no processo do conhecimento, porquanto representam maneiras de penetrar no âmago da realidade, naquilo que a realidade tem de mais oculto. Podemos, pois, dizer que a primeira intuição do Direito foi em termos de Justiça, ou, se quisermos

> empregar palavras de nossos dias, em termos axiológicos. Este sentimento do Direito como Justiça, como valor, como ideal, implicava a idéia de obrigatoriedade, de comando, tanto assim que se divinizou; e a justiça foi predicado atribuído à própria divindade. (REALE, 1987, p.503).

E arremata: "O Direito aos poucos foi se libertando desses elementos mitológicos ou míticos, mas guarda ainda algo de seu sentido primordial." (REALE, 1987, p.503).

A imparcialidade, como visto, é considerada a *conditio sine qua non* da Justiça. Desde os tempos mais remotos que se inclui este atributo aliado ao ideal de Justiça. O Julgador, transportado nas mais diversas faces do imaginário coletivo, figurado como Deus, semi Deus, Santo, pajé, Juiz, árbitro, compositor, conciliador, sempre traz consigo a marca da imparcialidade.

Na mitologia egípcia a deusa *Maat* (ou *Maet*), Deusa da Justiça e da verdade, cujo nome alguns atribuem a origem à palavra magistrado, carregava uma pena de avestruz, alegoria que significava o coração e consciência, e que era colocada em um dos pratos de uma balança para que o julgamento fosse justo. No mito de *Maat*, a balança representa o primeiro símbolo de busca pela equivalência, de cujo princípio da imparcialidade é dele decorrente (BELER, 2001, p.58). A ideia de peso e contrapeso sob uma questão apresentada, sopesando ambos os lados da balança com fatos e argumentos, visa nivelar os pratos, deixando-os retos, no mesmo nível. Os gregos adotaram também o símbolo e continuaram a expressar a ideia de Justiça na imagem de mulher empunhando uma balança. *Dikê* ou *Justitia* também conhecida como *Dice*, ou ainda, *Astreia*, era filha de *Zeus* e *Têmis*, segundo uma linha mitológica (BULFINCH, 1962). Portava também uma cornucópia. Posteriormente, os artistas do século XVI, no chamado Estado moderno, colocaram venda nos olhos da Deusa, significando a cegueira total, imune de quaisquer interferências externas que pudessem influir no julgamento, e ainda acrescentaram a espada, simbolizando força. Atualmente emprega-se uma

nova leitura simbólica no sentido de retirar a venda dos olhos, o que será desenvolvido mais adiante sob o título de *Imparcialidade Positiva*. Para realização da justiça é preciso estar atento ao que emana da sociedade, aos fatos da vida, e não só ao que chega e é depositado num dos pratos da balança mecanicamente. A balança da Justiça não pode se equivaler à utilizada no açougue ou no supermercado onde se deposita a compra e se extrai o valor exato, pesado milimetricamente, e se obtém o valor computadorizado da compra, até em centavos. É preciso, acima do peso exato, estar alerta à mercadoria que foi colocada no prato, e de olhos bem abertos[6].

2.4 O passado: matizes históricas

O estado moderno foi o período em que se deu muita ênfase ao atributo da imparcialidade para realização do direito. Devido aos desmandos autoritários e absolutistas retirou-se em grande parte do Juiz o *imperium* de ditar o Direito, como ocorria na época romana. Do juiz que ditava o direito passou-se a decidir o litígio só e rigorosamente preso a lei, sem margem de interpretação. Do *Ius* transportou-se para a *Lex*, cegamente, numa

[6] Damásio de Jesus, em artigo denominado *Os olhos abertos de Thêmis, a deusa da Justiça* (JESUS, 2002, p.5), a Deusa da Justiça diz "Tirando-lhe a venda, eu a liberto para que possa ver. Por não ser necessário ser cego para fazer justiça, minha Justiça enxerga e, com olhos bons e despertos, é justa, prudente e imparcial. Ela vê a impunidade, a pobreza, o choro, o sofrimento, a tortura, os gritos de dor e a desesperança dos necessitados que lhe batem à porta. E conhece, com seus olhos espertos, de onde partem os gritos e as lamúrias, o lugar das injustiças, onde mora o desespero. Mas não só vê e conhece. Age.A minha, é uma Justiça que reclama, chora, grita e sofre.Uma Justiça que se emociona. E de seus olhos vertem lágrimas. Não por ser cega, mas pela angústia de não poder ser mais justa." No mesmo sentido Rui Portanova: "[...] é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. [...] o mais correto é manter os olhos bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las. Vide ainda sobre o reconhecimento de um papel mais ativo do magistrado no processo: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Imparcialidade: Reflexões sobre a imparcialidade do Juiz. **Revista Jurídica**, Blumenau, n.250, p.35-37 ago. 1998.

atividade mecânica, asséptica. Daí a ênfase extremada do princípio da imparcialidade; e por isto mesmo, impunha-se a venda nos olhos da *Têmis* e do julgador. Várias são as passagens na história dispondo do tema. O Código de Hamurabi, no capítulo II, Art. 5º, prevê penalidades para o que já chamavam de prevaricação, consistindo em uma antiga preocupação com a imparcialidade do juiz, embora não se tratasse diretamente desta questão:

> Art. 5º. Se um juiz julgou uma causa, deu uma sentença e exarou um documento selado e depois alterou seu julgamento, comprovarão contra esse juiz a alteração feita e ele pagará até doze vezes a quantia que estava em questão. Além disso, fá-lo-ão levantar-se do seu trono de juiz da assembléia e não tornará a sentar-se com os juízes em um processo. (VIEIRA, 2002, p.11).

A Lei Mosaica, importante texto do judaísmo, escrita por Deus e transmitida por Moisés ao povo judeu, no quinto livro da Bíblia, Deuteronômio, parte do Pentateuco, capítulo 1, versículos 16 e 17 (BÍBLIA, 1992, p.215), assim como no capítulo 16, versículos 18 e 19 é citada a questão da imparcialidade do juiz, surgindo a ideia de uma figura reta, justa e imparcial do magistrado (BÍBLIA, 1992, p.233).

O Código de Manu, de origem essencialmente mítica, datado de, aproximadamente 1300 a 800 a.C., em seus artigos 12º, 14º e 15º do livro oitavo, penalizando o magistrado caso omitisse perante qualquer injustiça, impondo ao magistrado o desfavor a falsidade e feitos contrários à justiça e, por fim, haverá imposição de pena ao povo ou ao "presidente" que praticasse atos que viessem a violar a justiça (princípios da isonomia e da imparcialidade) (VIEIRA, 2002)[7]. Nas leis das XII tábuas (Roma, 450 a.C.), na Tábua IX, com referência ao

[7] Art. 12º. Quando a justiça, ferida pela injustiça, se apresenta diante da Corte e que os Juízes não lhe tiram o dardo, eles mesmos são por estes feridos. Art. 14º. Por toda a parte que a justiça é destruída pela iniqüidade, a verdade pela falsidade, sob os olhos dos Juízes, eles são igualmente destruídos. Art. 15º. A justiça fere quando a ferem; ela preserva quando a protegem; guardemo-nos, em conseqüência, de ofender a justiça, com medo que se nós a ferimos, ela nos castigue. Tal é a linguagem que deve ter os Juízes ao presidente, quando o veem disposto a violar a justiça (VIEIRA, 2002. p. 46).

Direito Público, inciso III (VIEIRA, 2002, p.142), está prevista a pena de morte contra o juiz ou árbitro que tenha recebido dinheiro para proferir sentença. Embora a prevaricação vá além da imparcialidade, nota-se a preocupação em se garantir a imparcialidade e a segurança jurídica. As Ordenações do Reino de Portugal também há muito já se preocupavam com a imparcialidade dos julgadores; em especial as Ordenações Filipinas, que na verdade se prestou a reformar as Manuelinas, regraram a sociedade brasileira até 1916, quando Clóvis Beviláqua formulou o Código Civil Brasileiro, influenciando todos os ramos do nosso direito. As Ordenações Afonsinas em seu Livro Primeiro, Título XXV, assim dispunha: "*Da maneira, que ham de teer os Juízes, que ElRey manda da algumas Villas per seu serviço, e do poder que ham de levar*."[8]

2.5 O presente

2.5.1 Valor ético e moral: deontologia e aparência da imparcialidade

Deixa-se de abordar neste tópico as legislações atuais a respeito da imparcialidade com conteúdo de normatização, isto é, capaz de gerar sanção em caso de inadimplemento, por ser objeto de capítulo próprio na normatização. Também merecem tão somente breve referência os inúmeros escritos de orientação, elaborados por pessoas de toda sorte, não só de juristas, mas de poetas, escritores, leigos. Vale apontar, a titulo de ilustração, alguns

[8] ORDENAÇÕES FILIPINAS [1603]. Da maneira, que ham de teer os Juizes, que ElRey manda a algumas Villas per seu serviço, e do poder que ham de levar. Livro I, Título XXV. In: ALMEIDA, Cândido Mendes de (Ed.). **Ordenações Filipinas**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1870. v.1-5; Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l1p155.htm>. Acesso em: 27 jun. 2011.

encontrados: *Conselhos ao novo Juiz*, por Levi Carneiro: "evite as prevenções sistemáticas, que levam a decidir sempre a favor de uns contra outros. Atitudes dessa espécie revelam, verdadeiramente, mentalidade bolchevista." *Mandamentos do Juiz*, por Juan Carlos Mendonza: "SE IMPARCIAL – O litigante luta pelo seu direito, tanto quanto tu lutas pelo direito; e isto não deves nunca esquecer. Não te deves levar por tuas simpatias ou antipatias, por conveniências ou compaixões, por temor ou misericórdia. A imparcialidade implica a coragem de decidir contra o poderoso, mas também o valor, muito maior, de decidir contra o fraco" entre muitos outros encontrados.[9]

Também se encontram recomendações em diversos provérbios, adágios, sentenças morais e outros. Neste sentido, no plano ético, sem sanção aplicável, diversas são as disposições recomendativas e orientadoras acerca do tema. Cite-se ainda a larga incidência desde os chamados códigos deontológicos, espalhados mundo afora e no Brasil, com especial realce para o recém Código de Ética da Magistratura Nacional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008), que dedicou capítulo inteiro sobre o tema chegando a conceituar como imparcial "aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito." (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008, p.1-2); a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) também faz referência à imparcialidade.

O Código Ibero-Americano de Ética Judicial de 2008 (ATIENZA; VIGO, 2008), na apresentação da edição brasileira feita pelo Ministro Ari Pargenndier, aduz ser a imparcialidade o atributo mínimo que se exige de um Juiz e dispõe também no capitulo II inteiro, através de mais de 12 artigos, sobre o tema. Vê-se ainda grande incidência em orientações das corregedorias, cursos preparatórios nas escolas Judiciais, e outros.

---

[9] Miguel de Cervantes escreveu os conhecidos *Mandamentos do Juiz*, onde dos dez apontados, pelo menos seis dizem respeito à imparcialidade, como o de numero 6: "quando te suceder julgar algum pleito de algum inimigo teu, afasta a mente de tua ofensa e põe-na na verdade do caso." (BONFIM, 2000, p.42).

Não se pode negar que ainda estamos longe de delimitar eticamente até onde a conduta do juiz esbarra na possível transgressão passível de argüição de parcialidade. Recentemente o Juiz do Supremo Tribunal Federal José Antônio Dias Toffoli realizou viagem para Itália à custa de advogado que milita e possui causa tramitando no gabinete do mesmo (SEABRA; VALENTE, 2011). O fato foi noticiado em toda a mídia e os limites da conduta ética foram de fato muito questionados. Entidades de classe saíram em defesa: "Os casos de suspeição previstos em lei são referentes apenas a relação de amizade íntima ou inimizade capital entre o magistrado e a parte (autor ou réu da ação) e jamais em relação ao advogado", disse, em nota, o presidente da AJUFE, Gabriel Wedy[10]. Já para o dirigente da AMB, Nelson Calandra[11], "o caso não tem essa gravidade que se empresta. Juízes, promotores e advogados convivem a vida toda. Às vezes, são até colegas de faculdade".

De outra parte questiona-se se tal comportamento não fere o código de ética.

2.6 Futuro

2.6.1 Imparcialidade (não judicial) como princípio no caos do direito Cibernético – quinta geração de direito humano fundamental

[10] ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. **Nota da Ajufe sobre o ministro Dias Toffoli**. 23 jul. 2011. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4170:nota-da-ajufe-sobre-o-ministro-dias-toffoli&catid=40:noticias>. Acesso em: 28 jun. 2011.

[11] Entidades defendem Toffoli sobre ida à Itália. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 jul. 2011. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=mostranoticia&mat_id=22802>. Acesso em: 28 jun. 2011.

Em total contraponto ao Direito normatizado e regulado por regras fixas, competências territoriais, e outros, não se poderia deixar de inserir neste novo modelo de relações humanas, e que mesmo sem normatização, sem território delimitado, já é considerado para alguns constitucionalistas como a quinta geração dos direitos humanos fundamentais (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008), o direito cibernético, caótico, desordenado, incipiente, procura tatear regras para sua utilização. Um dos exemplos mais ilustrativos desta tentativa de uma busca pela organização caótica pelo viés da imparcialidade é extraído da maior enciclopédia do mundo, Wikipédia, chamada de enciclopédia livre da *internet*, com 17 milhões de verbetes, em 274 diferentes línguas, com utilização por mais de 408 milhões de internautas, cuja característica é ser aberta ao público para elaboração, aperfeiçoamento, complementação de verbetes, e muito em voga na atualidade por sua agilidade e facilidade e interação. Mesmo sem direito, sem regras, não judicial, anárquico, o Wikipédia "intuitivamente" se impôs o princípio da imparcialidade como política "oficial", assim orienta:

> O princípio da imparcialidade é um princípio adotado pela Wikipédia para lidar com assuntos controversos. Segundo este princípio, os artigos da Wikipédia devem ser imparciais, ou seja, devem ser escritos em uma forma com a qual ambos (ou todos) os lados envolvidos possam concordar com ele. Por exemplo, ao lidar com temas religiosos, o artigo deve estar escrito de forma a que seguidores da religião em questão, seguidores de outras religiões, ateus e agnósticos possam aceitá-lo.[12]

[12] WIKIPÉDIA. **Princípio da imparcialidade**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Princ%C3%ADpio_da_imparcialidade>. Acesso em: 22 jun. 2011.

3 PLANO FÁTICO (SOCIAL E PSICOLÓGICO)

O Direito, para ser compreendido na sua dinâmica, precisa estar em consonância com o que emana da sociedade e, daí, a importância da sociologia, do estudo do que se apresenta no mundo fático. Há que ter uma "base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a realidade fenomenologicamente observada." (REALE, 1987, p.509). Neste aspecto, na estrutura de Reale, entram no plano científico-positivo a Sociologia Jurídica, a Psicologia Jurídica, Etnologia Jurídica. Comecemos então pelas estatísticas realizadas sobre o tema, sob os diversos ângulos, dos juízes, dos cidadãos e de casos retirados de julgamentos. Depois trataremos do principal órgão formador de opinião, a mídia, e sua influência na parcialidade dos julgamentose por fim a tentativa de explicação por parte da psicologia, da psicanálise e da neurociência acerca da parcialidade.

3.1 Percepção da função judicial na sociedade contemporânea: estudos sociológicos Judiciais

3.1.1 O que pensam os Juízes

A sociologia tem-se encarregado de estudos abrangentes sobre o tema. Em 2006, o estudo realizado pela pesquisadora sênior do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) Maria Tereza Sadek, para a Associação dos Magistrados Brasileiros

(AMB) constatou que a Justiça Estadual foi considerada com o maior grau de imparcialidade de todas, seguida para Justiça Eleitoral (que também é composta por Juízes Estaduais) e depois para a Justiça Federal (Tabela 1) (SADEK, 2006).

Tabela 1. Avaliação do grau de imparcialidade das instituições judiciais

Variáveis	**Imparcialidade (%)**			
	Bom/boa	**Regular**	**Ruim**	**NR/S. op.**
Justiça Estadual	59,4	24,3	11,4	4,9
Justiça do Trabalho	40,5	23,5	14,6	21,4
Justiça Federal	48,8	21,7	11,1	19,4
Justiça Eleitoral	53,4	18,9	12,0	15,7
Justiça Militar	24,0	15,6	9,7	50,7
TST	30,3	21,0	11,3	37,4
STJ	40,0	27,1	16,4	16,5
STF	28,1	26,3	31,7	13,9

Fonte: Sadek (2006)

Constatou-se ainda que mais de 83,8% dos magistrados da ativa afirmaram que a decisão deve ter compromisso com as consequências sociais e mais de 40% afirmaram que deve ter compromisso também com as consequências econômicas (Tabela 2).

Tabela 2. Idade e compromisso com as consequências econômicas e sociais

Variáveis	Ativa	Aposentado	Total
Parâmetros legais	87,1	84,9	86,5
Compromisso com as consequências econômicas	40,5	25,4	36,5
Compromisso com as consequências sociais	83,8	64,1	78,5

Fonte: Sadek (2006)

É interessante sublinhar que o tempo de magistratura influencia em muito sobre o compromisso com as consequências sociais e econômicas. Conforme a pesquisa da renomada socióloga, no grupo com mais de 21 anos de carreira apenas 27,2% afirmam que as decisões devem ter compromisso com as consequências econômicas, contra quase 50% dos juízes mais novos, com até cinco anos de Judicatura. No item do compromisso com as consequências sociais 90% dos mais jovens levam em consideração, contra 64% dos Juízes mais antigos.

3.1.2 O que pensam os cidadãos

Já ao reverso, a imagem que o cidadão possui sobre a imparcialidade do Juiz, tem sido objeto de pesquisa pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV) de publicação periódica denominada ICJBrasil (Índice de Confiança na Justiça), cujo objetivo é

acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro. Em sua segunda edição, em 2009, indicou o seguinte resultado (Tabela 3) (CUNHA, 2009):

Tabela 3. Duvidam da honestidade ou imparcialidade do Judiciário

Capitais	**%**
Salvador	79,20
Recife	78,70
Rio de Janeiro	71,70
São Paulo	71,40
Belo Horizonte	68,50
Brasília	67,40
Porto Alegre	59,50

Fonte: Cunha (2009)

Pelo resultado percebe-se que o índice de credibilidade na imparcialidade do Juiz é bastante baixo de um modo geral.

3.1.3 O que revelam as pesquisas de casos

*Os Juízes Brasileiros Favorecem a Parte mais fraca?*Com este título uma pesquisa de relevo foi realizada e divulgada na *University of California*. Na análise de 1019 decisões

judiciais, o teste empírico, apontou em casos de alienação fiduciária para “um franco e consistente favorecimento da parte mais forte” (FERRÃO; RIBEIRO, 2006, p.10). Pela pesquisa constatou-se de forma significante que uma parte mais forte (considerada aqui a que detenha mais poder econômico, melhor assistência de advogado para elaboração de contrato e de defesa) tem mais chance de ver o contrato mantido, se comparado a uma parte mais fraca que também tenha uma cláusula contratual a seu favor.

*Robim Hood versus King John: Como os Juízes locais Decidem casos no Brasil?*Sob este título foi a monografia, baseada em pesquisa de campo de Ivan Ribeiro (2006), foi premiada, ganhando o primeiro lugar da categoria profissional do Prêmio IPEA-Caixa, cujo orientador foi o Professor da USP Celso Lafer. No estudo revela que: a) uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder; b) Uma parte com poder apenas local tem entre 26% e 38% mais chances de ser favorecida pela Justiça do que uma grande empresa nacional ou multinacional, um efeito aqui batizado de subversão paroquial da justiça; c) Nos Estados Brasileiros onde existe maior desigualdade social há também uma maior probabilidade de que uma cláusula contratual não seja mantida pelo Judiciário. Passando-se, por exemplo, do grau de desigualdade de Alagoas (GINI de 0,691) para o de Santa Catarina (0,56) tem-se uma chance 210% maior de que o contrato seja mantido. Na conclusão ressalta que os resultados da pesquisa enfatizam que a imparcialidade da justiça é essencial para o desenvolvimento econômico, e que o contrário desencoraja o investidor externo.

3.2 Estudo de tendências

Outro mecanismo que visa aferir tendências dos magistrados e suas possíveis parcialidades surgiu recentemente, em 2007 com publicação chamada *Anuário da Justiça Brasil*[13], e que se propõe a indicar as tendências de cada Ministro e oferece levantamento da geografia humana e doutrinária da cúpula do Judiciário brasileiro, bem como um retrato do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. Tem sido vendido nas bancas e em lojas especializadas de direito. O Anuário, baseado em estatísticas e, ao que parece, com aval dos próprios julgadores, descreve as tendências de cada Juiz da Corte, definindo-os previamente o perfil adotado pelos mesmos. Aponta qual a posição de cada julgador, tais como se o Ministro se mostra mais favorável ao Poder Público ou Setor Privado; ao Contribuinte ou ao Fisco; ao Estado ou ao Cidadão, e se é Garantista ou se aplica nos termos da lei. Descreve ainda se o Juiz é Legalista, Jurisprudencialista ou Doutrinador.

Tal foi a receptividade no meio forense que a publicação deixou de ser somente para os Tribunais Superiores e o *Anuário*, desde 2010, passou a ser de nível Estadual, analisando o perfil agora dos desembargadores integrantes dos Tribunais de Justiça. Com a mesma fórmula aponta o perfil e a tendência de cada membro. O que antes era dito nos corredores dos fóruns como informação de bastidor, passou a ser divulgado para todos e em todos os níveis de Justiça.

Não se pode negar que houve maior democratização destas informações. Deve-se neste aspecto refletir, se por um lado, ocorre a chamada previsibilidade dos julgamentos, criando uma impressão de maior segurança jurídica; por outro estamos correndo o risco de ingressarmos numa espécie de policiamento ideológico do Judiciário das decisões destes juízes. Não será difícil de imaginar, quando determinado Juiz por evolução de raciocínio, ou por mudança de posição, vier a ser questionado ou até mesmo acionado por suspeição ou impedimento porque fugiu ao que vinha decidindo até então. Ou ainda, para os maldizentes,

---

[13] CONSULTOR JURÍDICO. **Anuário da Justiça Brasil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 17 jul. 2011.

insinuarem venda de sentença ou favorecimento proposital a determinada parte. É bem verdade que com os avanços da tecnologia aliado aos dados que os juízes são obrigados a enviar periodicamente para os órgãos do CNJ e para as corregedorias, será muito fácil usar de estatísticas para aferir-se o perfil de decisão de cada um dos mais de quinze mil magistrados do Brasil.

3.3 Mídia e Parcialidade (midiatização da Justiça)

Este tópico se mostra importante, porque além de a mídia construir a realidade social ela exerce pressão contra os juízes (GOMES, 2007). Principal veículo de controle informal da sociedade e de formação de opinião é ainda um dos principais fatores externos que mais influenciam na parcialidade do magistrado na sociedade contemporânea através dos seus mais diversos modos de atuação. Insere no contexto fático, tendo em vista sua inegável eficácia imediata sobre os acontecimentos da realidade social. A mídia é encarada pela justiça como reprodutora da realidade social.

3.3.1 O problema

O antropólogo mineiro Roberto DaMatta, no Jornal O Estado de S. Paulo, de 02 de setembro de 2007, p. A14, declarou:

> No Brasil, a transgressão é tratada como escândalo, pois tem que explodir o sujeito, fazê-lo passar pela vergonha, denunciá-lo publicamente, porque ele não vai ser preso [...] Qualquer brasileiro sabe que, no escândalo do momento (qualquer que ele seja), a punição vai depender menos das circunstâncias e muito mais da pessoa. Não é somente uma questão de indeterminação, pois poderia haver competição entre a lei e a pessoa. Não! O que há é uma certeza de que a lei varia de acordo com a pessoa à qual ela se aplica. (DaMATTA, apud GOMES, 2007, p.1).

De fato a influência que a mídia exerce na sociedade contemporânea é tão expressiva que alguns doutrinadores e sociólogos a considerarem um "Quarto Poder" da República. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2007):

> O Poder tem várias formas: os poderes constitucionalmente instalados, que se exercem pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, e os poderes de natureza econômica e sociológica. A mídia é, sem dúvida, um poder em sua concepção sociológica, não só porque o poderoso sistema de comunicação de massa possa eventualmente derrubar um mandatário político, mas também e principalmente, porque tem o poder de condicionar. Costuma-se dizer que existem três formas de poder efetivo: o poder de punir, o poder de premiar e o poder de condicionar. Punindo, que é a tarefa própria do Poder Judiciário, pode-se fazer com que alguém faça o que deve ser feito; premiando, também podemos levar as pessoas a fazer o que queremos; condicionando, podemos não somente fazer que os outros façam o que queremos, mas também que eles pensem como pensamos. E ainda convencidos de estarem pensando por si próprios. Pois esse é o poder da mídia. Poder que penetra nas casas, no seio das famílias; que alcança palacetes e favelas, cultos e ignorantes, ricos e pobres, até os mais longínquos pontos do país pro meio de uma linguagem emocional, colorida, cativante, persuasiva, sem constatação. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.178).

Como “quarto poder” se utiliza de sua avassaladora máquina comunicativa para promover valores e condenar pessoas e assume um papel político, quando não investigatório, e ultrapassa sua primordial área de atuação, exercendo o papel de polícia. A forma como a notícia é veiculada pode distorcer e influenciar o entendimento e a opinião das pessoas com relação aos fatos. Merece reproduzir as bem colocadas palavras de Cícero Henrique Silva (2002):

> A imprensa como um todo, condena antecipadamente qualquer cidadão envolvido na prática de um delito, hediondo ou não, suprimindo as garantias individuais, bem como, ainda que inequivocamente, culmina por ser o canal fomentador do aumento da criminalidade, de que nossas leis são inoperantes, bem como as autoridades constituídas que desempenham seu árduo papel, aumentando a sensação de pânico, empurrando o legislador para o glorioso dia da "malhação do judas", de forma inopinada e a todo custo edita lei que acredita ser mágica, mas sem reservas o dia fatídico chegará e será definitivamente malhado, primeiro pela própria imprensa, a primeira a praticar a traição mais que prevista, em segundo pela população que não vê surgir o efeito tranquilizador prometido e, em terceiro, pelos operadores do direito, os quais, têm sob seus olhos uma imensidão de falhas e veias de inconstitucionalidade. (SILVA C. H. L. A, 2002, p.1)

3.3.2 Mídia – Judiciário: causas prováveis do problema

Se debruçarmos sobre os motivos pelos quais houve este hipertrofiamento da mídia sobre no Judiciário, verificar-se-á que uma das causas é a falta de informação deixada frente ao homem comum, isto é, por ser um poder encastelado, hermético, de linguajar pomposo e

difícil acesso e compreensão, a mídia acaba exercendo esta função de decodificar a linguagem jurídica, facilitando o entendimento do povo sobre os atos do processo e neste contexto acaba por inserir a sua versão e conforme, muitas vezes, seus interesses. Evidentemente que a tradução dos fatos jurídicos para a linguagem popular depende do canal emissor, do destinatário da informação, mas sempre visando o melhor desempenho em termos de audiência. Como toda tradução é passível de interpretação por parte de quem faz a tradução, tem-se aí uma grande deformação e distanciamento do Jurídico para o popular e daí acarretando sérios problemas. A maioria dos jornalistas não possui conhecimentos básicos sobre processo e englobam na palavra *Justiça* a imagem da polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário, confundindo suas funções[14]. Não se pode atribuir, portanto, má-fé premeditada por parte da mídia em relação aos fatos deturpadamente noticiados; muitas vezes ocorre, isto sim, uma distorção proposital no afã de melhorar a audiência ou vender mais a notícia, e nesta linha omite informações, passa por cima do contraditório, e dá ênfase á determinadas partes para chamar a atenção do episódio que mais atraia atenção de seu público alvo. A falta de conhecimento técnico-jurídico dos transmissores da notícia pode provocar consequências danosas: o acusado é estigmatizado como bandido violando a presunção de inocência (muitas vezes dão caráter de definitivo a uma prisão preventiva ou cautelar) e a própria justiça é desacreditada pela sociedade (quando desnecessário o arresto cautelar, a soltura gera descrença na opinião pública).

Salete Maccalóz (2002, p.120):

[14] Preleciona Francisco de Assis Serrano Neves: "A imprensa conhece o processo criminal muito por baixo, muito elementarmente. Joga, quase sempre, apenas com informações, sempre tendenciosas ou parciais (resultantes de diálogos com autoridades ou agentes policiais, advogados e parentes das partes etc.). Ora, se assim é, a crônica ou a crítica, em tais circunstâncias, é, por via de conseqüência, às vezes injusta, não raro distorcida, quase sempre tendenciosa. Portanto, à vista de episódios que serão encaminhados ao Judiciário, ou que neste já se encontrem, cabe ao jornalista, por sem dúvida, a tarefa de aperfeiçoar sua prudência." (NEVES, 1977, p.407-408).

> [...] no papel que a mídia presta para os casos criminais há uma exploração estudada da família, amigos e local de atividades do incriminado, com o claro propósito de aproximar o seu modelo de vida ao da grande população, deixando subliminarmente a mensagem do que acontecerá a todos os que praticarem os mesmos ilícitos. (MACCALÓZ, 2002, p.120).

E explica:

> [...] algumas tintas são muito bem escolhidas para o colorido especial quando se trata de vítima da classe média ou abastada, como no caso de um porteiro de edifício que seqüestrou e matou uma moradora de zona sul, no Rio de Janeiro. [Ocorre que] as reportagens a respeito induziram comportamentos ao ponto de fazer todos os porteiros culpados de alguma coisa. [Por fim] os casos criminais, hoje apresentados pela imprensa, recebem o seguinte diagnóstico: ela (a mídia) condena primeiro, para depois investigar, sem o empenho de redimir os seus erros flagrantes. (MACCALÓZ, 2002, p.120).

3.4 Casos emblemáticos de influencia da mídia e suas repercussões nos Julgamentos

Não se pode negar que a lei, de certo modo, recepciona esta influência da mídia nas decisões e provoca parcialidade no Julgamento ao adotar como um dos casos de prisão preventiva ao estatuir no art. 312 e parágrafos (BRASIL, 2011b)[15] o clamor público como uma das causas de Prisão Preventiva. Nesta linha, basta a mídia ingressar paralelamente no

[15] "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares." (BRASIL, 2011b).

feito, que o requisito objetivo é cumprido. À medida que, em princípio, leva a nota de excepcionalidade passa a dotar de eficácia quase vinculante.

Matéria divulgada no *Jornal da Globo*, ou noticiada em veiculo de grande circulação Nacional, traduz-se em presunção de clamor público passível de Prisão Preventiva.Todo o cuidado legislativo e Jurídico de se evitar o aprisionamento cautelar excepcional resta inútil. A regra só vale se a mídia não se interessar, caso contrário o encarceramento preventivo, sem trânsito em julgado é devido e legal. Se por um lado tenta coibir a prisão sem transito em julgado, retirando do magistrado o poder de decretar a prisão preventiva, por outro entrega nas mãos da mídia uma disposição que, por via transversa, quebra esta garantia.

Recentemente a conhecida escritora Ana Maria Machado repensando e alertando para o assunto lançou o livro *Infâmia* (MACHADO, 2011), que trata "dois casos de extremo sofrimento dos filhos de vítimas de calunias multiplicadas por uma grande repercussão pública". A partir do caso recente, envolvendo o Francês DKS com uma camareira do hotel em Nova York, adverte que nestes casos, onde a mídia se infiltra, normalmente há um prejulgamento e o envolvido sai condenado e caluniado em público, antes mesmo do Julgamento pela Justiça.[16]

3.4.1 Daniela Perez

A atriz Daniela Perez, de 22 anos, filha da escritora e importante novelista da TV Globo, Glória Perez, foi assassinada pelo ator Guilherme de Pádua e sua mulher Paula

---

[16] GOIS, Ancelmo. DSK ou a camareira, um dos dois está sendo caluniado. **Ancelmo.com**, 10 jul. 2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/ancelmo/default.asp?a=98&cod_blog=112&ch=n&palavra=&pagAtual=5%20&periodo=201107>. Acesso em: 12 jul. 2011.

Thomaz. O crime foi noticiado em todos os telejornais no Brasil, inclusive no exterior. O caso foi acompanhado de grande comoção popular. A mãe de Daniela Perez, a escritora Glória Perez, dedicou-se quase que integralmente à condenação dos culpados e buscou provas através de uma investigação paralela. Glória Perez liderou um movimento de pressão popular que culminou em inserir o homicídio qualificado no rol dos Crimes Hediondos – criação da Lei 8.930 de 6 de setembro de 1994 (BRASIL, 1994) – vulgarmente conhecida "Lei Rede Globo".

Com a força midiática por traz, foram colhidas 1,3 milhão de assinaturas na tentativa vitoriosa de mudar a Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072 de 25 de julho de 1990 (BRASIL, 1990). A lei foi chamada de hedionda pelos disparates jurídicos nela encontrados. Nítido exemplo de influência da mídia no Poder Legislativo. O juiz José Geraldo Antônio condenou Guilherme de Pádua a 19 anos de prisão e Paula Thomaz a 18 anos e meio, pela sua participação no assassinato. A *Revista Isto É*, n. 1404, ed. 28 de agosto de 1996, noticiou o caso Daniela Perez como "O julgamento da década". O crime foi reportagem de capa de três edições da *Revista Veja*.

No dia 28 de agosto de 1996, o país acompanhou pela TV o "julgamento da década", no plenário do I Tribunal do Júri do Rio de Janeiro. Com imagens ao vivo, muitos expectadores ficaram decepcionados com a falta das surpresas que normalmente ocorrem nos filmes americanos. Não houve a apresentação de provas de última hora nem a descoberta de testemunhas capazes de comprometer todo o julgamento, episódios que não coadunam com nosso sistema processual penal.

Os meios de comunicação veicularam o caso Daniela Perez, desde o funeral, a investigação, a opinião de juízes e promotores, até o julgamento. A opinião pública prejulgou e condenou Paula Thomaz e Guilherme de Paula. A mídia impôs sua importância diante do caso Daniela Perez, esteve presente na confissão dos assassinos e no julgamento dos réus. De

certo modo os próprios jurados se sentiram incomodados com a pressão midiática, tanto que a condenação se deu por apenas um voto, três dos jurados votaram pela absolvição e quatro pela condenação.

3.4.2 Nicolau dos Santos Neto (HC80717- 8-SP)

O ex-juiz do trabalho, Nicolau dos Santos Neto, ficou popularmente conhecido como “Lalau” depois do desvio de recursos que seriam utilizados na construção do Fórum Trabalhista de São Paulo. “Lalau” presidia a comissão de Obras do TRT/SP e os fiscais e auditores descobriram irregularidades na construção que começou em meados de 1997. No ano seguinte o TCU concluiu pela existência das irregularidades. O ex-juiz foi acusado juntamente com o ex-senador e empresário Luís Estevão e os donos da Construtora Incal Alumínio de desviar verbas dos cofres públicos. O que chamou a atenção foi que Nicolau deu sinais de prosperidade, inclusive comprou um soberbo apartamento em Miami, dava gorjetas por lá de até 500 dólares e gostava de desfilar em carros esportivos de alto luxo.

As obras somente foram interrompidas em setembro de 1998 e Nicolau continuou administrando os dinheiros da Comissão de Obras por mais um mês, quando foi destituído do cargo, o MP pediu o bloqueio de seus bens e o Congresso suspendeu os pagamentos relativos às obras.

Em 1999 foi criada a CPI do Judiciário, quebrou-se o sigilo bancário dos envolvidos nas obras e soube-se do montante do pagamento, o TCU levou ao Congresso o resultado da auditoria revelando que foram repassados R$223,9 milhões e desviados R$169,5 milhões. Em 2011 a União conseguiu recuperar parte deste valor R$55 milhões desviados entre 1994 e

1998. A Advocacia Geral da União reconheceu como sendo o maior recolhimento para os cofres da União já registrado referente à recuperação de verbas desviadas em caso de corrupção.

Devido à idade avançada e a saúde frágil o ex-juiz teve o benefício de cumprir a pena em casa. Em maio de 2006 Lalau foi condenado a 26 anos, seis meses e 20 dias, em regime fechado, pelos crimes de peculato, estelionato e corrupção passiva – o crime de formação de quadrilha já havia prescrito – e o STJ manteve a condenação.

A Justiça constatou que houve desvio de verbas públicas na obra, tocada pelo Grupo OK, do senador cassado Luiz Estevão, que foi cassado após envolvimento na fraude. Em 2008 a mídia noticiou sua tentativa de liberação de cerca de R$ 7 milhões de uma conta em Genebra, alegando ser referente a uma herança não declarada.

Simone Schreiber (2008) ao discorrer sobre o caso Nicolau dos Santos Neto:

> Vê-se que o propósito da prisão no caso foi o de preservar a credibilidade do Poder Judiciário perante a opinião pública, dando uma resposta rápida à indignação do público com os fatos, em razão da pessoa e das cifras envolvidas. A fuga do paciente não fora invocada como fundamento pelo juiz de primeiro grau, pois se deu posteriormente ao decreto de prisão. O Ministro Sepúlveda Pertence votou no sentido de conceder a ordem para cassar os decretos de prisão preventiva por entender que seus fundamentos violavam o princípio da presunção da inocência. (SCHREIBER, 2008, p.201).

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do HC80717-8-SP, em trecho de seu voto vencido, no sentido de conceder a ordem para cassar os decretos de prisão preventiva de Nicolau dos Santos Neto, disse:

> Onde se vislumbrou a necessidade de garantir a ordem pública, como visto, foi no interesse de "resguardar a credibilidade e respeitabilidade das instituições públicas", afetadas pelos delitos imputados ao paciente – na "presidência de um dos mais respeitáveis tribunais do país – e aos seus comparsas. Mas, data vênia, esse propósito de exemplariedade para resguardo das instituições da República – por mais respeitável e compreensível na circunstância do escândalo – ultrapassa, além de toda a medida do razoável, o âmbito da legitimidade constitucional na prisão preventiva e constitui escancarada utilização do processo como forma de antecipação da sanção penal. [...] 'Essa incompatibilidade' - aduz – 'se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência a função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária. (REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO, 2006, p.107).

Ao discorrer sobre o assunto, Simone Schreiber (2008) continua:

> Vê-se assim que, ao julgar o Habeas Corpus 80717-8-SP, o Supremo Tribunal Federal, diante de um caso rumoroso, considerou o interesse da opinião pública e a indignação repercutida nos meios de comunicação de massa como causas legítimas para a decretação da custódia cautelar de réu em processo criminal. Ao sustentar que a manutenção da liberdade do réu durante o processo colocaria em risco a credibilidade e a respeitabilidade das instituições públicas, a Corte afirmou, embora o dizendo de outra forma, que a boa imagem das instituições perante a opinião pública dependeria da demonstração de que os fatos noticiados não ficariam impunes, mesmo porque a punição seria instantânea, prescindindo da apuração da

> responsabilidade penal através do devido processo legal. (SCHREIBER, 2008, p.203-204)

O Ministro Hamilton Carvalhido, no HC 58813-SP:

> Tem-se, assim, que a constrição cautelar, como exsurge de sua motivação, para além da necessidade de garantir a aplicação da lei penal, foi também decretada em obséquio da ordem pública e por conveniente à instrução criminal, ante, fundamentalmente, a necessidade de proteção do irmão da paciente, testemunha arrolada pelo Ministério Público, a ser ouvida na sessão plenária do Tribunal do Júri, e de assegurar o julgamento, constitucional, pela prova dos autos. [...] Para além da necessidade de garantir a aplicação da lei penal, bem e sutilmente demonstrada no decreto de constrição cautelar, reconhecida no acórdão impugnado, tudo o mais também recomenda, melhor dizendo, autoriza, mais do que isso, determina a preservação da prisão preventiva decretada, mormente porque ao magistrado, como sempre decidiu este Superior Tribunal de Justiça, primacialmente porque presente aos fatos, às pessoas e ao processo, deve ser emprestada a máxima confiabilidade. (BRASIL, 2006. p.34).

3.4.3 Caso Dantas

Recentemente a influência da mídia no Judiciário foi notícia com relação ao banqueiro Daniel Dantas, do *Grupo Opportunity*, acusado por ter manipulado a opinião

pública de acordo com seus interesses. A Operação da Polícia Federal que envolveu o esquema de Daniel Dantas, que ficou conhecida por *Operação Satiagraha*, ocorreu no início do ano de 2004 e investigava desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro. Em 8 de julho de 2008, a 6ª Vara da Justiça Federal de São Paulo determinou a prisão de vários banqueiros, diretores de bancos e investidores.

No centro do debate político surgiram os negócios do banqueiro Daniel Dantas, desde o governo FHC até a gestão Lula, envolvido com pagamento de propinas a políticos, juízes e jornalistas. A investigação teve como uma de suas vertentes a influência do banqueiro Daniel Dantas, do *Grupo Opportunity*, na mídia, com possibilidade de recurso do pagamento de subornos e manipulação dos meios de comunicação.

Primeiro a grande mídia noticiou o domínio do banqueiro nas negociações financeiras, nas privatizações, nas vultosas transações de empresas. Em um segundo momento, a mídia deu ênfase: ao questionamento da atuação do delegado Protógenes Queiroz que comandou a *Operação Satiagraha*, resultando na prisão de Daniel Dantas; ao pedido de afastamento do juiz criminal Fausto Martin de Sanctis, alegando parcialidade do magistrado em suas decisões; à atuação da política da Polícia Federal; à defesa da atitude do Gilmar Mendes quando deferiu o seu alvará de soltura, sem demonstrar para o telespectador o desenrolar do processo de atuação do banqueiro no esquema. Várias matérias foram publicadas, na imprensa brasileira e internacional, referentes ao *Banco Opportunity* e Daniel Dantas, relacionadas à sua influência junto a jornalistas dos veículos de comunicação. Toda a campanha feita pelos jornais *O Globo* e *Folha de São Paulo* e pela revista *Veja*, no sentido de criminalizar as ações da Polícia Federal. Depois de muito estardalhaço na mídia, os ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça anularam as provas e a condenação do banqueiro Daniel Dantas por suborno durante a *Operação Satiagraha*.

Neste caso na visão do Presidente do STF à época, Ministro Gilmar Mendes, houve nítido excesso da Polícia Federal visando chamar atenção da mídia,e conseguir maior visibilidade do caso. Chegou-se até reunião entre o Presidente da República, Lula, e o Ministro Gilmar Mendes para combater este tipo de abuso visando influenciar no encaminhamento judicial natural do processo

3.4.4 Operação *Hurricane*

A *Operação Hurricane* (*furacão*, em inglês) foi considerada como a maior operação da Polícia Federal de combate à corrupção no Brasil, ocorreu em 13 de abril de 2007, nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia e Distrito Federal, levando à prisão 25 suspeitos de envolvimento em uma rede de corrupção e de tráfico de influência, que beneficiaria a máfia do jogo. Dentre os presos estava o desembargador José Eduardo Carreira Alvim, até então vice-presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-RJ), autor de cinquenta obras publicadas, dentre elas as de *Teoria Geral do Processo* e *Código de Processo Civil Reformado*, com mais de quarenta anos de magistratura. Carreira Alvim foi processado sob acusação de formação de quadrilha e corrupção passiva e aposentado compulsoriamente do TRF da 2ª Região. O processo encontra-se parado no STF desde 2007.

Recentemente o professor descansou a caneta dos livros de Direito e escreveu sobre o que lhe fizeram em tal operação. Na obra intitulada *Operação Hurricane – Um juiz no olho do furacão*, da Editora Geração Editorial, o autor desmonta a farsa da Polícia Federal que o levou à prisão em 2007, por, supostamente, ter recebido pagamento para autorizar o funcionamento de casas de bingo no Rio de Janeiro e integrar uma quadrilha que beneficiava os donos das casas de jogo. Em especial no capítulo 8 fala das provas montadas contra ele e relata a Justiça dominada pela imprensa (ALVIM, 2011).

3.5 Soluções implementadas

Por parte do Judiciário, várias intervenções têm sido realizadas para minimizar a incidência de tal problema: O curso de Formação Inicial de Magistrados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009) abrange, entre outras, a disciplina de Psicologia e Comunicação que visa o estudo do relacionamento interpessoal, dos meios de comunicação social e do relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia (artigo 4º, VII). No exercício da função judicante, cabe ao magistrado relacionar-se com as partes, seus procuradores e também com a sociedade como um todo, pois suas decisões formarão a jurisprudência, influenciando nas relações sociais e profissionais.

Para se relacionar com a imprensa, cabe ao magistrado desenvolver especiais dotes para evitar deturpação na divulgação de decisões e entendimentos. Criou também a TV justiça para propiciar aproximação com a população a maior exposição do Judiciário, até pouco tempo atrás chamado de caixa preta, devido ao seu distanciamento com a sociedade. Este novo veículo da mídia, de um lado mostra para o cidadão, com maior transparência, como anda funcionando o Judiciário na prática. Na tentativa de solidificar o relacionamento constante e transparente com a imprensa, o TJMG tem se esforçado para prestar informações aos meios de comunicação, seja por iniciativa da própria instituição seja em atendimento às demandas da imprensa. Entre julho de 2009 e dezembro de 2010, o número de inserções sobre o Judiciário de Minas na *internet* foi de 7.609, uma média de 14 matérias diárias. Constatou-se ainda que, desse total, 3.729 (49%) tiveram conotação favorável à instituição, enquanto 3.738 (49,1%) tiveram conotação neutra e apenas 142 (1,8%), negativa. Tiveram origem nas

sugestões de pauta dos setores de imprensa do Tribunal de Justiça e do Fórum Lafayette 43,6% das informações públicas (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, [2011?], p.3). Nos sites, também, há como se relacionar com a imprensa e mídia[17].

Por sua vez a mídia tem procurado dar suporte aos jornalistas no sentido de promoverem cursos e algumas posturas importantes, como buscar entrar em contato com todas as partes envolvidas antes de divulgação da matéria, entre outras ações. O código de ética jornalístico também prevê uma série de recomendações. Recentemente o jornal *O Globo* publicou seu código de ética jornalística, no qual enfatiza o jornalismo despido de subjetivismo, afirmando a impossibilidade de uma imparcialidade completa, mas de um subjetivismo razoável e aceitável.

3.6 Aspectos psicológicos, psicanalíticos e neurológicos .

Evidentemente que não há como se investigar a parcialidade Judicial sem passar pelo viés da Psique. A interface do direito como a psicanálise e com a psicologia se fazem no que diz respeito ao presente trabalho de fundamental importância. É bem verdade que na atividade diária do magistrado, uma quantidade elevada do seu trabalho é relacionada à parte administrativa e não implica em retirar desta atividade qualquer conteúdo de atuação parcial do juiz como, por exemplo, nos atos ordinatórios e os chamados de mero expediente.

Alguns atos do magistrado, no entanto, são nitidamente eivados de grande carga de pessoalidade e, daí, passíveis de atuação tendenciosa e parcial. São elas: a sentença, as audiências, interrogatório, inquirição de testemunhas. Nas audiências o direcionamento das

[17] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/>.

mesmas será crucial, muitas vezes, para o desfecho da causa. Tudo dependerá de como o Juiz encaminhará o ato, como transcreverá na ata o que ocorreu, a forma de perguntar, etc. No júri, embora haja corpo de jurados, a influência do juiz com um simples abaixar de cabeça, um tom de voz mais irritado, é indicador ao corpo de Jurados, ainda que subliminarmente, ou inconscientemente, da tendência do magistrado acerca do julgamento. E para um leigo em julgar, como o jurado, a figura do juiz togado e o encaminhamento que o mesmo empresta na presidência representam grande sinalizador do destino do pronunciado, na hora de encaminhar seu veredito.

Nos livros de direito, normalmente trabalha-se com a parte técnica e legal, como, aliás, deve ser e esta parte de psicologia é deixada para estudos paralelos em livros especializados. Nos livros de psicologia judiciária aborda-se normalmente a psicologia das partes, dos testemunhos de menores, mas, raramente, é abordada a própria questão da parcialidade que o magistrado possa ter naquele contexto todo. Mais recentemente, tem sido objeto de algumas publicações a este respeito. A professora da USP, Lidia Reis de Almeida Prado, lançou um livro mais direto intitulado *O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, onde trata mais diretamente desta questão (PRADO, 2003).

Algumas teses de doutorado também ousam se embrenhar neste difícil tema. Em pesquisa na biblioteca virtual da Universidade de São Paulo, foi encontrada dissertação de mestrado intitulada *Processo decisório judicial à luz dos tipos psicológicos de Carl Gustav Jung* do mestrando Antoin Abou Kualil (KHALIL, 2010).[18]

Ainda mais recentemente a ciência neurológica (neurociência) resolveu também se apropriar da problemática entre seus estudos e investigar o tema. A Professora Suzana Herculano- Houzel, doutora em neurociência pela Université Paris VI, mestra em ciências pela Case Westem Reserve University(Estados Unidos), especialista em regras celulares de

[18] A tese é uma defesa dos aspectos psicológicos da imparcialidade judiciária.

construção do sistema nervoso em recente livro lançado pela Editora sextante sobre neurociência, trabalha em capitulo próprio sobre a questão da tomada das decisões pela mente, relata sobre pesquisa realizada nos Estados Unidos , em congresso que reuniu quase 30 mil neurocientistas, tendo a comissão concluido que "*as emoções participam de fato do processo de decisões até mesmo onde se espera que os seres humanos sejam mais racionais e imparciais: no tribunal, onde o Juiz e Jurados não têm envolvimento pessoal com os casos julgados e devem decidir quando e quanto punir. Segundo o estudo, decidir punir ou não punir depende de um julgamento de responsabilidade, base da imputabilidade criminal, que de fato envolve processos racionais, com ativação do córtex pré-frontal. No entanto, decisões sobre quanto punir parecem ser puramente emocionais, relacionadas à ativação no celebro, estrutura responsável pela expressão emocional do corpo*." E termina o artigo arrematando que "*O componente emocional das decisões, inclusive as legais, talvez seja assim justamente o que mantém saudável uma sociedade que se deseja racional, como a nossa." [19]*

É bem verdade que muitas vezes há uma tendência por parte dos cientistas, principalmente das ciências mais específicas, de acreditarem que a abordagem particularizada tem o condão de abarcar a explicação de todos os fenômenos. Assim ocorre muitas vezes com o economista querendo explicar o fenômeno jurídico afirma que a solução dos males sociais, superestima sua ciência para explicar os fenômenos sociais com explicações matemáticas e numéricas; o mesmo com o antropólogo. Com a ciência psicológica e neurológica também não se pode achar que vai abarcar a solução, ou a explicação de todos os fenonemos. A este respeito o Jornal "O Globo" publicou em 10 de dezembro de 2011, reportagem do neurocientista português Antônio Damásio sobre esta hipervalorização da neurociência. Pergunta o entrevistador ao neurocientista: *Assim como outras ciências, "com os avanços recentes, a neurociência corre o risco de cair no triunfalismo?* E o próprio cientista explica

[19] Herculano- Houzel, Suzana. Neurociência – Rio de Janeiro:sextante, 2009

que “ ...*Reduzir a natureza humana a neurotransmissores, dopamina e serotonina é muito triste.*”e termina por dizer que o reducionismo é comum em várias ciências , que *“ o sucesso da neurociência faz com que muitos caiam em explicações simplistas” e “Há quem acredite que podemos resolver a dor e a tristeza só tomando pílulas, o que é ridículo.Medicamentos não são a única solução. Estamos imersos em afetos, relações sociais, a justiça, a política, a economia. Não se pode isolar o celebro disso tudo. Não se pode neurologizar todos os problemas que temos.”*

3.7 Conclusão: a parcialidade judicial é uma fato.

Assim termino este capítulo por tentar demonstrar, nada que não fosse de conhecimento geral, que no plano factico a parcialidade Judicial se revela em vários segmentos comprovadas por estatísticas, pesquisas e estudos científicos.Procurei demonstrar ainda que o fenômeno é multicausal e pode advir de fatores econômicos, sociais, neurológicos, psicológicos, entre outros.

4 IMPARCIALIDADE JUDICIAL NO PLANO LEGAL E NORMATIVO

O enfoque legal, normativo e suas causuísticas será objeto deste tópico. A divisão atual do direito faz com que a investigação no plano legal se desenvolva por diversas áreas. Neste contexto, dada as especializações das matérias tratadas pelo Direito faz-se necessário direcionar para cada área específica a fim de esmiuçar quais as dificuldades e problemas existentes e qual o tratamento dado para imparcialidade nestas diversas áreas do Direito, além de sugerir soluções.

4.1. No Direito Administrativo

O processo administrativo é a modalidade mais ampla de processo, haja vista incluir não somente a questão litigiosa, mas como condição de validade da grande maioria dos atos administrativos. Ele reflete uma relação jurídica entre pessoas governamentais e privadas, em que ressai o objetivo da atividade estatal, conforme define José dos Santos Carvalho Filho: “Processo administrativo é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela Administração Pública” (CARVALHO FILHO, 2009, p.24).

Dentro de todos os poderes da União, no exercício da sua função atípica, vislumbra-se a existência de um processo administrativo, inclusive dentro do judiciário. A confusão

ocorre somente em decorrência da nomenclatura atribuída, exatamente por se vincular o termo "processo" à atividade jurisdicional, que somente é exercida através do processo judicial.

Esta questão semântica ainda vem gerando discussões acerca da noção de Processo Administrativo, sendo a expressão "Procedimento Administrativo" adotada por alguns especialistas, mas somente com o fim de reforçar a ideia de que não se cuida de um processo judicial. Todavia, se considerarmos a gramática pátria, processo é um conjunto de procedimentos adotados, estes sim, meios pelo qual se desenvolvem os atos, fatos e atividades constantes do processo administrativo.

A todos os tipos de processo administrativo são aplicáveis os princípios constitucionais incidentes sobre as ações materiais da Administração Pública, sobretudo no aspecto formal do qual resultará o ato material. Havendo, contudo, um litígio, acresce-se aos princípios atinentes aos atos administrativos, o contraditório e a Ampla Defesa.

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV de nossa Constituição, leva em conta a igualdade de oportunidade entre as partes de apresentar argumentações e provas e de contradizê-las perante um juízo. É este procedimento dialético entre as partes interessadas que dá fundamento ao processo.

De qualquer forma, punitivo ou não, deve o Processo Administrativo ser feito de forma a assegurar o maior grau de clareza e segurança da Administração.

Nos processos administrativos relacionados especificamente com a atividade de gestão, a imparcialidade surge na forma da impessoalidade.

A imparcialidade na forma equivalente à forma do processo judicial encontraremos sobretudo nos Processos Administrativos Disciplinares, bem como naqueles que visam a outorga de um direito, em ocorrerá a avaliação o julgador.

Também no processo administrativo ocorre a busca da descoberta da verdade material relativa aos fatos. Nele, os particulares intervêm na produção das provas, no

exercício de um direito de audiência; é conduzido pela Administração, que nele enverga as roupagens de órgão judicante; desenvolve-se segundo um princípio contraditório e culmina com a prática de um ato estritamente vinculado, que traduz um juízo subjuntivo de aplicação da lei à verdade fática que se lhe impõe.

4.1.1 Dificuldades, críticas e sugestões

A maior critica ocorre no processo administrativo litigioso, mais especificamente no Processo Administrativo Disciplinar, uma vez que, embora o julgador seja o gestor, o processo é conduzido por uma comissão formada por servidores que, embora efetivos e estáveis, ainda que de grau hierárquico superior, são colegas de trabalho do acusado.

O afastamento das questões pessoais e a busca da verdade real restam comprometidos pela proximidade entre o acusado e os membros da comissão processante; e pior, a condição de subordinação do acusado e dos membros dessa comissão, responsáveis ela instrução do processo, aumenta ainda mais a possibilidade de direcionamento de todos os atos e procedimentos, visando o fim mais interessante do processo aos olhos da Administração na pessoa do gestor. Verifica-se a quebra de igualdade no tratamento dispensado, com uma hipossuficiência do servidor.

Ademais e não menos importante, sendo o gestor o aplicador da punição, verifica-se que a própria parte na relação jurídica estabelecida decide questão afeta a ambos, considerando que o fato a ser apurado ocorreu necessariamente no exercício da função do servido e fatalmente trouxe prejuízo se não material, mas pelo menos moral ao empregador, no caso a Administração pública. O julgador é, em tese, interessado e comprometido no

encaminhamento da demanda. Como seria possível a própria parte interessada na demanda, ainda que indiretamente, ser imparcial?

A professora Ada Pelegrini Grinover, ao discorrer sobre o assunto assevera que: “Da Administração há que se exigir, se não imparcialidade, quando menos o atributo da *impessoalidade*, para que o resultado da atividade estatal não acabe resultando em desvio de poder e de finalidade.” (GRINOVER, 2006, p.17, grifo da autora). Pela leitura se infere da dificuldade de se exigir da Administração Pública, na qualidade de parte, a total imparcialidade sobre a causa, mas pelo menos a impessoalidade.

A criação de Tribunais Administrativos como no modelo Francês, seria uma das alternativas de minimizar a inclinação desfavorável aos ditos processos administrativos a partir do momento em que os julgadores seriam pessoas alheias do quadro de serventuários ligados àquela administração.

4.2 No processo Penal

Nos processos singulares, isto é, os julgados por juiz único, onde o princípio do inquisitivo e da verdade real ressalta com vigor, o comprometimento da imparcialidade do julgador é inevitável, porque se concentra na figura do juiz grande parcela de poderes investigatórios e acusatórios, pois vige o princípio da verdade real, ao contrário do que ocorre em processo Civil. O sistema processual vigente tem muitas das suas raízes insculpidas como direito fundamental na Constituição da República e, em razão do tempo em que foi promulgado, o Código de Processo Penal há uma série de incompatibilidades com a Carta Maior.

Desde o final de 2009 encontra-se elaborado um novo Código com nomes de grande envergadura jurídica trabalhando para seu aperfeiçoamento. O processo penal segue diversos procedimentos, ou ritos, de acordo com a natureza crime que pretende julgar, ou de acordo com a pena em abstrato prevista para tal delito. Os procedimentos previstos no Código de Processo Penal brasileiro são o rito ordinário, o rito sumário, o rito sumaríssimo (previsto na Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995), que estabelece os Juizados Especiais (cíveis e criminais) e o rito do Tribunal do Júri.

Por suas peculiaridades, os juizados especiais têm legislação própria, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995), e segue ritos abreviados. A parcialidade do Juiz deve ser arguida por meio da chamada "exceção" que tem por finalidade a rejeição do Juiz quando existirem razões suficientes para que se infira por sua parcialidade diante do caso que lhe fora apresentado. Assim, havendo algum interesse ou sentimento pessoal capaz de interferir na solução da situação em deslinde, caso o magistrado não se dê por suspeito, poderá as partes recusá-lo (BRASIL, 1941)[20].Os casos de suspeição estão previstos no artigo 254 do mesmo diploma legal. É bem verdade que, na prática, os casos previstos na legislação processual criam sérios embaraços processuais como, por exemplo, se ambos os casos devem ser julgados em apartados ou não, se é questão preliminar ou não, entre outros, cuja problemática foge à abordagem deste trabalho.

---

[20] "**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; **IV** - 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. 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." (BRASIL, 1941)

4.2.1 Julgamento pelo Conselho de Jurados

O júri tem tratamento diferenciado e julgado por órgão composto por juízos leigos e um togado. Surgiu com maior ênfase com os pensadores liberais, tendo como preocupação deter os julgadores e garantir qualquer possibilidade de manipulação e parcialidade. Muito conhecido nos países de origem anglo-saxônica, onde o júri é, por demais, difundido e os jurados são obrigados a proferir decisão unânime, isto é, os membros têm que encontrar uma decisão por todos aceita e somente é proferida quando todos concordam com o *veredicto*. Enquanto o Júri não chega a um entendimento comum e unânime não se conclui o julgamento. Podendo levar muito tempo as discussões na sala secreta até alcançar esta uniformidade de entendimento; caso tal não ocorra, se não houver unanimidade o júri, é desfeito e não há julgamento.

Nos Estados Unidos os grandes escritórios investigam a vida de cada integrante do corpo de jurados para depois prepararem suas defesas no plenário. O filme *O Juri* (2003), adaptado do livro de John Grisham, professor de direito da conceituada Universidade de Harvard, e que já teve vários de seus livros adaptados para o cinema, retrata bem este tipo de estratégia da defesa para se alcançar um *veredicto* favorável ao seu cliente. Embora no filme haja evidente exagero nos métodos utilizados, muitos deles ilegais, o fato é que a parcialidade dos jurados é manipulada pelo advogado, que joga com as informações extralegais e pessoais de cada integrante do conselho de sentença.

Ao contrário, nos tribunais compostos dos hebreus, se todos os julgadores sentenciam em unanimidade o júri é anulado porque se presume que houve algum tipo de fraude, corrupção ou conluio, pois é impossível todos pensarem da mesma forma e chegarem

à mesma conclusão. Para os julgamentos dos judeus a unanimidade é nula. Conclui-se, portanto, que não há uma solução uniforme quanto a uma forma de se vedar completamente a verdadeira imparcialidade.

4.2.2 Dificuldades, críticas e sugestões

Muitos outros obstáculos são apontados pela doutrina e observáveis na prática judicial. Nas comarcas do interior o magistrado julga, condena, e é o mesmo que cuida dos benefícios de saída do apenado. Resta, de certo modo, passível de crítica tal procedimento.

Alguns autores sustentam que o princípio da imparcialidade de ser resguardado, de tal maneira que se o Ministério Público pede absolvição do acusado o Juiz é obrigado a sentenciar no sentido da absolvição com base da doutrina do garantismo penal de Ferrajoli (2006).

Outra situação que causa embaraços é a do Juiz que defere até mesmo de ofício prisão preventiva e é o mesmo que sentencia a ação penal. Tal situação visivelmente inconveniente em termos de afastar-se a imparcialidade no julgamento. Para esta situação o novo CPP propõe, para preservar a imparcialidade do Juiz, em introduzir a figura do “juiz de garantias”, cuja atuação ocorre somente na fase investigatória, responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, tais como aplicação das medidas cautelares entre outras previstas no Novo CPP.

A finalidade é de manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação e, assim, preservar a imparcialidade do juiz da causa, que não atuou na fase

investigativa. Tal solução encontra óbice no que diz respeito às comarcas do interior, porque inviabilizará a sua aplicação por questão de falta de juízes para tal, tendo em vista que mais de 60% das varas do país possuem apenas um juiz.

No que se refere ao júri, no Brasil a experiência tem mostrado que os jurados traduzem a verdade local, a moral do lugar onde ocorreram os fatos, pois julgam muitas vezes à base de pressão local, conhecimento familiar e de amizades, por preconceitos, embora haja vários dispositivos legais que buscam minimizar tal parcialidade, como o que proíbe de servir no mesmo conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhado, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado a semelhança do que ocorre com o Juiz togado.

4.3 Na Justiça Militar

A justiça militar, como tribunal especializado, foi instituída em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, assinado pelo Príncipe-Regente D. João, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça, mantidas as suas competências até assumir a atual denominação Superior Tribunal Militar. A legislação atual foi promulgada por decreto Militar: Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, no uso dos poderes atribuídos do art. 3º do Ato Institucional n. 16, de 14 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), combinado com o § 1° do art. 2°, do Ato Institucional n° 5, de 13 de dezembro de 1968 (BRASIL, 1968). No mesmo período o Código de Processo Penal Militar também entrou em vigor. Como justiça especializada, acoberta uma categoria especial de agentes, impulsionando a aplicação da lei militar às Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica – e julga, tão

somente, os crimes militares definidos em lei, preceito emanado do art. 124 da Constituição Federal (BRASIL, 2011a).

A Justiça Militar Estadual se faz presente em todos os estados e também no Distrito Federal, sendo constituída em primeira instância pelas Auditorias Militares, que são varas criminais com competência específica. Nelas, um Juiz de Direito, também denominado Juiz-auditor, responsabiliza-se pelos atos de ofício, já a função de processar cabe a um órgão colegiado chamado de Conselhos de Justiça, formado por quatro juízes militares (oficiais das armas) e o próprio juiz togado. A este último cabe o *mister* de relator do processo e ao juiz militar de maior patente a presidência do Conselho. Em Segunda Instância, nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul pelos Tribunais de Justiça Militar e nos demais estados e no Distrito Federal pelos Tribunais de Justiça estaduais.

No âmbito da União, a Segunda Instância da Justiça Militar é constituída pelo Superior Tribunal Militar (STM). Ela aqui nos interessa no sentido de que é uma composição mista. O instituto do escabinato (regime de escabinato, ou seja, um órgão judiciário integrado por magistrados de carreira – togados –, e por juízes leigos) (MARTINS, 1996)[21] foi consagrado na Justiça Militar tendo em vista as peculiaridades da vida na caserna ao argumento da necessidade de mesclar a experiência dos comandantes com o saber jurídico dos togados. O argumento central é o de que se busca harmonizar a experiência adquirida pelos Juízes militares na caserna com os conhecimentos jurídicos do Juiz civil quando da aplicação da lei penal militar.

É, de fato, uma justiça especializada, mista, composta de Juízes civis e militares, bem como o tratamento é diferenciado, sendo todo o processamento realizado por militares, desde

[21] O significado de escabinato ou escabinado, segundo pontifica Gilberto Valente Martins, "é um tribunal colegiado misto, composto de juízes togados e juízes leigos, todos com voz, diferenciando-se do Tribunal do Júri em razão de não possuir o juiz togado direito de voto, somente voz." O escabinato é "muito difundido não só na Justiça Militar, como também da Justiça Penal comum na maioria dos países civilizados, como as Cours d'Assisses da França, copiadas pela Bélgica e por vários cantões Suíços, como os de Berna, Neuchâtel e Vaud, as Cortes d'Assisses italianas, o Schwurgericht e o Schoffengericht alemães, de natureza eminentemente democrática." (MARTINS, 1996, p.62).

a investigação (Inquérito Policial Militar – IPM). Todavia, quem este ramo do Direito visa proteger não são os militares em si, mas sim as Instituições Militares, Estaduais, do Distrito Federal ou da União, sendo que na área penal as penas são em grande parte mais rígidas do que aquelas que se encontram estabelecidas no vigente Código Penal Brasileiro.

O Direito Militar cuida de uma categoria de funcionários públicos que são considerados como sendo funcionários especiais, com direitos e prerrogativas que na sua maioria não são assegurados aos funcionários civis. Mas, ao mesmo tempo de os militares estaduais ou federais possuírem direitos especiais também possuem obrigações diferenciadas, como, por exemplo, o sacrifício da própria vida no cumprimento de missão constitucional, o que se denomina de tributo de sangue, ou *tributus sanguinis*, conflitando, de certo modo, à meu ver, com princípio de Direito Natural de Legitima Defesa, ou instinto de defesa da própria vida. Em razão destas alegadas particularidades, o legislador constituinte originário assegurou aos militares o direito de serem processados e julgados perante uma Justiça Especializada, que é a Justiça Militar da União ou a Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal.

4.3.1 Dificuldades, sugestões e críticas

Existe grande polêmica acerca da Justiça Militar e do Direito Militar, uma vez que aos olhos de grande parte de doutrinadores, fere tanto o principio da isonomia quanto da imparcialidade, haja vista que traria privilégios a um grupo de servidores públicos, que teriam assim, um tratamento diferenciado, tanto normativo quanto jurisdicional. Outro argumento seria a existência um juízo de exceção, o que, argumenta-se, justifica-se na necessidade de

órgão judicial especializado em julgar uma organização baseada na disciplina e na hierarquia. Argumenta-se ainda, que o conselho de justiça formado por militares não tem o fim de defender os direitos do militar envolvido em um ilícito penal militar, mas com a função de avaliar a situação dentro da realidade cotidiana dos quartéis, o que em nenhum momento o torna parcial, mas simplesmente capacitado a entender o caso conforme a realidade fática. Dessa forma, a Justiça Castrense, garantiria uma aplicação justa e humana do direito militar.

No entanto, somos de entendimento diverso. A maioria dos países mudou a sua sistemática legal, no que tange à Justiça Militar, após a Segunda Guerra Mundial. Vários exemplos do fenômeno são citados e incluem a promulgação de reformas importantes no Reino Unido, motivados por uma série de casos no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no Canadá que também realizou mudanças substanciais; na África do Sul, uma nova legislação de justiça militar foi necessária quando o governo admitiu que o sistema antigo, datando da era do *apartheid*, era inconstitucional. A Austrália considera a necessidade de reforma em função de um relatório elaborado pelo Sr. Justiça Abade do Supremo Tribunal de *New South Wales*. Na Índia, a Comissão de Direito recomendou a criação de um Tribunal de Apelação das Forças Armadas e no México, a população foi às ruas para exigir um novo olhar sobre o sistema de justiça militar. Nos Estados Unidos, Comissão Permanente da *American Bar Association*, sobre a Lei das Forças Armadas, tem em consideração uma proposta para recomendar a legislação criando uma comissão para estudar justiça militar.

No Brasil a mudança em relação a Justiça Militar ainda é um tabu. Pouco se ouve falar e menos ainda se discute a respeito. Sem adentrar na questão do custo da Justiça Castrense, tendo em vista proporcionalmente o número ínfimo de processos que maneja e julga, em relação às demais Justiças – cada ministro do STM julga em média um processo por mês –, o fato é que muitos têm questionado a sua própria especialização.

A maior queixa reside no argumento de que a decisão proferida pelo Conselho de Justiça tem um cunho de corporativismo e parcial. O Superior Tribunal Militar é formado praticamente por estranhos à área jurídica, sendo quinze juízes vitalícios, dos quais três dentre oficiais generais da Marinha, quatro oficiais generais do Exército, três oficiais generais da Aeronáutica, cinco civis (dos quais, três advogados e dois escolhidos entre os juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar). Todos são de livre escolha pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal. No âmbito Estadual segue a mesma linha, com nomeação pelo Governador.

4.4 No processo civil[22]

O princípio do dispositivo prevalece em processo Civil, mas como se sabe, atualmente, é mitigado. Vários acórdãos buscam vedar a iniciativa do Juiz no que tange ao princípio do dispositivo[23]. Prevalece no processo civil a verdade formal e, portanto, a iniciativa do Juiz é bem menor do que no Processo Penal. Assim como o Código de Processo Penal, o CPC também se encontra com previsão de alteração para modificação, com anteprojeto pronto e aprovado para ser promulgado.

A imparcialidade do juiz é imprescindível à prolação de um julgamento adequado e, para tanto, a lei estabelece situações em que o juiz deve se abster de julgar o processo, pois não haveria isenção de ânimo. Desta forma, há dois graus de parcialidade do juiz: o

---

[22] Vide art. 134 e 135, do CPC (BRASIL, 1973).

[23] STJ, Resp. 55906, 2º T., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 03/02/1997, p.688 A arguição de prescrição pode se dar, a qualquer tempo, nas instâncias ordinárias, mas deve ser manifestada expressamente, não podendo o juiz – sem ofender o princípio dispositivo, que é correlativo a imparcialidade que deve manter na condução do processo - suprir, por presunção, omissão da parte.

impedimento e a suspeição, circunstâncias previstas nos artigos 134[24] e 135[25] do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), que tem como referencial as relações do julgador com as partes.

No que se refere ao impedimento, as hipóteses são todas objetivas e de mais fácil constatação, em regra a comprovação se dá por simples documentos. O juiz impedido deve reconhecer sua situação e se afastar do processo, as partes poderão requerer que o faça, não se afastando espontaneamente, um órgão jurisdicional superior determinará se afastamento. Para o processualista Gaio Júnior (2008):

> Denomina-se juiz impedido aquele que está completamente proibido de exercer as suas funções no processo visto que há presunção absoluta, *juris et de jure*, de que ele será parcial ao julgar a lide. [...] O chamado "juiz suspeito", ao contrário do que acontece com o juiz impedido, não está impedido de exercer suas funções no processo, já que neste caso há somente uma presunção relativa, *juris tantum*, de que o magistrado possa ser parcial. (GAIO JÚNIOR, 2008, p.144-145).

A nulidade decorrente da parcialidade do juiz impedido será considerada absoluta, sendo considerada matéria de ordem pública, podendo ser alegada por qualquer das partes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, acarretando a invalidade do processo e possibilidade de

---

[24] 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. Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz. (BRASIL, 1973).

[25] 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. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo. (BRASIL, 1973).

ajuizamento de Ação Rescisória da sentença (BRASIL, 1973)[26]. No entanto, no caso de haver suspeição de parcialidade do juiz, a demonstração de ocorrência de alguma hipótese do artigo 135 é um pouco mais difícil posto se tratar de hipóteses de cunho pessoal.

A imparcialidade do magistrado suspeito, devido a sua menor gravidade, sugere que o que o juiz se afaste espontaneamente e não o fazendo deve remeter a questão à apreciação de órgão jurisdicional superior. As partes deverão alegá-la por via de exceção, no prazo legal, sob pena de não poder mais ser argüida pela parte, ocorrendo preclusão, não se podendo mais invalidar o processo.

A exceção de impedimento ou suspeição visa afastar o juiz, supostamente parcial do deslinde da causa, visando também declarar a nulidade dos atos praticados por ele. A legislação processual civil brasileira estende aos juízes integrantes de todos os Tribunais as hipóteses caracterizadoras da imparcialidade previstas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), devendo ser tão imparciais quanto os de primeiro grau. Caso o juiz viole o dever de abstenção, ou não se declare suspeito, pode ser recusado por qualquer das partes mediante os instrumentos previstos no artigo 304 da legislação mencionada (BRASIL, 1973).

O Conselho Nacional de Justiça, instituído pela Emenda constitucional n.45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), é o órgão responsável pelo controle externo do Poder Judiciário, entretanto, não intervêm no exercício de sua função típica, suas funções são as de controlar a atividade administrativa e financeira deste poder e fazer controle ético-disciplinar de seus integrantes. Desta forma, as funções do CNJ não violam a independência e autonomia do Poder Judiciário e se este fosse isento de fiscalização e responsabilidade, estaria acima da constituição federal. O próprio CNJ baixou resolução na tentativa de evitar abusos por parte

---

[26] Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II- proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente. (BRASIL, 1973). Diante da gravidade do vício de impedimento do Juiz, alguns autores sustentam que é possível se pretender a nulidade da decisão, mesmo após escoado o prazo decadencial da Ação Rescisória, por meio da Ação Declaratória de "*querella nulitatis*" que não está sujeita a prazo prescricional.

dos Magistrados, que poderiam se utilizar muitas vezes deste instrumento processual da suspeição para não julgar processos em demandas muito complexas, dentre outras, e que não há parcialidade que poderia advir do feito. Como basta a declaração unilateral da suspeição por motivo íntimo à questão resta muito difícil aferir-se os reais motivos que ensejaram a declaração por parte do Magistrado.

4.4.1 Jurisdição de ofício e imparcialidade

No que diz respeito à jurisdição de ofício, cabe mencionar que a inspeção judicial, prevista nos artigos 440 a 443 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), possibilita a coleta de provas realizada pelo próprio juiz da causa, inclusive de ofício. Trata-se de mera diligência a ser efetuada pelo magistrado, em qualquer fase do processo, a fim de esclarecer sobre fato, de interesse na decisão da causa. Tal diligência é desprovida de qualquer pretensão de parcialidade, pois mesmo que o juiz colha algumas provas, sua valoração só será feita de forma fundamentada e depois do contraditório.

Desta forma, há que se fazer uma breve diferenciação entre a lide material e a processual. A primeira pertence às partes e, salvo direito material indisponível, são as partes quem devem trazer os fatos aos autos. O juiz deverá decidir a lide nos limites em que ela foi proposta em respeito ao Princípio Dispositivo previsto no artigo 128 do CPC (BRASIL, 1973), sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitada, cujo respeito a lei exige iniciativa das partes.

Por outro lado, a lide processual surge quando as partes deduzem sua pretensão em juízo, submetendo o direito material ao crivo do judiciário. Aqui a lide toma contorno de ordem pública respeitando as normas de interesse processual.

Uma vez que o interesse material seja levado à esfera pública, compete ao juiz a prestação da tutela jurisdicional podendo proceder de ofício na direção e condução do processo, sem colocar em dúvida a sua imparcialidade. O processo sempre será público, ainda que seu objeto seja privado. Assim, o juiz pode agregar fatos para melhor compreender o trazido pelas partes, pois o juiz deve julgar conforme os contornos da lide, mas com respaldo na sua convicção.

É interesse público de toda a sociedade que o juiz dê razão a quem a tem e decida segundo as alegações e provas trazidas pelas partes. No entanto, o juiz tem o dever de buscar a verdade ainda que além das diligências requeridas para fundamentar suas decisões.

Assim, conclui-se que a imparcialidade do juiz diz respeito à lide material e não à processual. A necessidade de imparcialidade do magistrado é com relação ao objeto do processo. Por esta razão o juiz, na busca de sua convicção, pode afastar o monopólio da iniciativa probatória sem ofensa ao caráter dispositivo do processo.

4.4.2 Dificuldades, críticas e soluções

O Ordenamento Processual Civil Brasileiro adota, de forma oficial, o Princípio Dispositivo, conforme disposição constante no artigo 128 do Código de Processo Civil[27], segundo o qual o juiz deverá se ater às provas existentes nos autos.

A manutenção desse posicionamento de forma extrema prejudica a realização de uma justiça justa, haja vista que uma instrução precária vem propiciar um tratamento igualitário a partes em situações desiguais.

Um juiz inerte, que se atenha às provas trazida pelas partes de acordo com o seu interesse e intrinsecamente ligada à sua representação técnica, que obviamente dependerá do status social do cidadão, age de encontro ao direito fundamental de acesso à justiça. Isso porque o simples direito de ação não garante ao cidadão o verdadeiro acesso à justiça.

Assim, o brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo) deve restringir-se à fase decisória prevalecendo somente aí a verdade formal.

Na busca da justiça, deve o magistrado assumir poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa, utilizando-se da determinação de outras provas além das que foram produzidas pelas partes, objetivando seu melhor convencimento. Verifica-se uma ampliação do alcance e do principio dispositivo, na busca da verdade real.

Assim se manifesta Ada Pellegrini Grinover (1994):

> O moderno processo civil procurou conciliar os antigos princípios dispositivo e inquisitivo. Manteve, a feição dispositiva, diante da postura de inércia do judiciário

[27] "O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte." (BRASIL, 1973).

> quanto à abertura do processo, deixando à exclusiva iniciativa das partes a formação da relação processual e a definição do objeto litigioso. Ainda sob o império do princípio dispositivo, conservou-se a jurisdição limitada ao pedido do autor e à exceção do réu, interditando-se ao juiz a instauração ex officio de processo e o julgamento de questões estranhas à litiscontestação (CPC, arts. 2º, 128 e 460). Mas, como a garantia de acesso à justiça (essência da nova concepção política e social do processo) não pode esgotar-se no simples ingresso das pretensões nos tribunais, e reclama "o acesso à ordem jurídica justa" , o direito positivo teve de reforçar os poderes do juiz na condução da causa, tanto na vigilância para que seu desenvolvimento fosse procedimentalmente correto, como no comando da apuração da verdade real em torno dos fatos em relação aos quais se estabeleceu o litígio. (GRINOVER, 1994, p.40).

A justiça justa não pode relacionar-se com uma meia verdade, mas uma verdade. Por óbvio não será alcançável uma verdade absoluta, que é utópica, mas a verdade deve ser perseguida pelo magistrado, a fim de *"dar a cada um o que é seu por direito"* e dar o cidadão o verdadeiro acesso à justiça.

Sobre a busca incessante da verdade, Cândido Rangel Dinamarco também se manifesta:

> A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui

> fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores defendidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ônus da prova, sem contudo alterar os critérios para a sua distribuição. (DINAMARCO, 1999, p.318).

Com uma atitude ativista, o juiz traz efetividade ao principio do contraditório e ampla defesa aos quais se submetem as novas provas de forma que jamais se cogita a parcialidade do magistrado que determina de ofício a oitiva de testemunha não arrolada, a realização de uma perícia sem qualquer requerimento.

Claro está que o juiz deve ater-se às provas contidas, inclusive implicitamente nos autos, associando, em reverso, o dispositivo ao principio da verdade real, sem, de forma alguma, entendê-los como contrários.

Toda a questão da imparcialidade dentro do processo civil está ligada à formação do convencimento do magistrado, assim, os caminhos percorridos não podem levar ao outro ponto senão a realização da justiça. *Fazer justiça* é uma questão inserida nos princípios aparentemente contraditórios da verdade formal e real. Contudo, embora atuem em campos diferentes, não estão realmente oposto um ao outro: a verdade formal delimita a prova utilizada na racionalização da decisão; verdade real permite trazer aos autos provas independentemente da vontade ou iniciativa das partes.

O que deve ocorrer, portanto, é a aplicação de ambos os princípios no processo, todavia em momentos distintos. Enquanto a verdade real é utilizada nos momentos instrutórios do processo, a verdade formal é utilizada nos momentos decisórios.

4.5 Na Justiça do Trabalho

A par do modelo existente no México e na Espanha e da influência da doutrina italiana, a primeira forma efetiva de solução de conflitos trabalhistas no Brasil se deu com o Dec. n.22.132, de 25 de novembro de 1932 (BRASIL, 1932), que criou as Juntas de Conciliação e Julgamento – compostas de um juiz presidente, em geral membro da OAB, e de dois vogais, um representante dos empregados e outro dos empregadores – que se restringiam a resolução de dissídios individuais e apenas de empregados sindicalizados. As Juntas constituíam-se em instância única de julgamento, mas o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, no caso de flagrante parcialidade dos julgadores ou violação de direito, podia avocar qualquer processo, no prazo de seis meses, a pedido do interessado. Para a resolução dos conflitos trabalhistas coletivos havia as Comissões Mistas de Conciliação.

A Justiça do Trabalho pertencia ao Poder Executivo e os juízes do trabalho eram indicados pelo Presidente da República, podendo ser afastados a qualquer momento, o que tornava as decisões de cunho político, vislumbrando uma maior possibilidade de parcialidade do julgador. Somente a partir da Constituição Federal de 1946 (BRASIL, 1946) que a Justiça do Trabalho vinculou-se, definitivamente, ao Poder Judiciário; mesmo ano em que aos juízes do trabalho, nomeados pelo Presidente da República, foram conferidas as garantias semelhantes às da magistratura ordinária, retirando a maior incidência de decisões de cunho político e, portanto, parciais.

Tão somente com o advento da Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), extinguiu-se as Juntas de Conciliação e Julgamento dando lugar às Varas do Trabalho. As decisões da Justiça do Trabalho passaram a ser proferidas pelos Juízes do Trabalho, que gozam das garantias constitucionais para assegurar um julgamento justo e equânime, desprovido de qualquer tipo de parcialidade. As hipóteses que ensejam as exceções de suspeição e impedimento na Justiça do Trabalho estão previstas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) – artigo 769 da CLT (COSTA; FERRARI;

MARTINS, 2011)[28], sendo o artigo 801 da CLT (SARAIVA, 2009)[29] apenas um rol exemplificativo[30].

Antes da EC n. 24, de 9 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), se alegada a suspeição ou o impedimento de um juiz da Junta de Conciliação e Julgamento, os dois outros julgariam a exceção. Com a extinção das Juntas de Conciliação e Julgamento e criação das Varas do Trabalho[31], a jurisdição trabalhista, passou a funcionar de forma monocrática, devendo o magistrado impedido ou suspeito remeter os autos ao seu substituto legal. Se, por outro lado, não reconhecer a exceção, remeterá os autos ao TRT respectivo que, acolhendo-a, remeterá o feito ao juiz substituto. A sentença proferida por um juiz impedido dará ensejo à Ação Rescisória (ALMEIDA, 2008)[32] e o Tribunal remeterá os autos ao juízo imparcial para que proceda a novo julgamento. Por outro lado, se proferida por um juiz suspeito, transitada em julgado, não ensejará o ajuizamento de ação rescisória.

4.5.1 Dificuldades, sugestões e criticas

---

[28] "Art. 769 da CLT: Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título." (COSTA; FERRARI; MARTINS, 2011, p.220).

[29] Neste contexto, e sob a influência do Código de Processo Civil de 1939, o art. 801 da CLT, ao estabelecer as hipóteses de suspeição arguíveis no âmbito laboral, em verdade, acabou incluindo em seu rol situações que não ensejam a suspeição do magistrado, mas sim o próprio impedimento do juiz para processar e julgar o feito. (SARAIVA, 2009, p.374).

[30] EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. No caso, não se caracterizam quaisquer das hipóteses previstas no art. 135 do Código de Processo Civil e no art. 801 da CLT, cabendo rejeitar a suspeição arguida pelo excipiente. Juiz Rel. convocado João Batista de Matos Danda (Processo 0000948-54.2010.5.04.0001 – 5ª Turma. TRT 4ª Região. 17-03-2011).

[31] EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. 1**.** A partir do advento da Emenda Constitucional n. 24/99, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho, não subsiste a regra segundo a qual as exceções de parcialidade do juiz são apreciadas pelo juízo originário. Assim, presentes os requisitos da omissão e compatibilidade, previstos no artigo 769 da CLT, deverão ser aplicados subsidiariamente os artigos 312 e seguintes do CPC. **2.** A existência de reclamação disciplinar em trâmite perante a Corregedoria Regional deste Tribunal, por si só, não torna suspeito o juiz para atuar nos processos em que o excepto figura como parte, mormente no caso dos autos, em que a aludida reclamação é fundada em ato jurisdicional praticado com supedâneo em firme e pacífica e jurisprudência e doutrina. Des. Rel. Inês Cunha Dornelles. Acórdão – (Processo 0028600-88.2005.5.04.0561. 6ª Turma. TRT 4ª Região. 09-02-2011).

[32] A Competência desta ação será do TRT, se o vício que está sendo discutido tiver sido cometido pela Vara do Trabalho ou pelo próprio TRT; ou do TST, se o vício for deste órgão. (ALMEIDA, 2008, p.79).

Alguns autores costumam apontar questões relativas à possível imparcialidade na Justiça do Trabalho (VELLOSO, [2007)[33], porque este tipo de justiça especializada, existente principalmente na América Latina, favoreceria um desequilíbrio no tratamento das partes posto que supostamente haveria uma tendência por parte do julgador ao favorecimento do empregado, por ser a parte mais fraca na disputa.

Favoravelmente argumenta-se que ocorre na seara trabalhista o Princípio da Proteção, aplicável tanto no âmbito do direito material quanto do direito processual do trabalho. Este princípio deve ser observado sem comprometer a imparcialidade do julgador, uma vez que ele impõe a interpretação das normas em benefício do trabalhador[34], considerado a parte mais fraca, para equilibrar a relação jurídica. Assim, argumenta-se que não há que se falar em parcialidade, pois o Juiz do Trabalho permanece imparcial, proferindo a decisão fundamentada após o contraditório.

---

[33] **"**Questo succede in gran parte ancora oggi in America Latina con i giudici del lavoro e i giudici minorili, da sempre occupati ad ovviare la disuguaglianza dei lavoratori nei confronti del datore di lavoro e dei minorenni in stato di abbandono, il cui interesse superiore devono privilegiare sempre." (VELLOSO, [2007], p.12).

[34] RECURSO ORDINÁRIO – INTERVALO INTRAJORNADA – SUPRESSÃO DELIBERADA PELO EMPREGADOR, COM A REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO PREVISTO NO ARTIGO 71, § 4º, DA CLT – MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHO – CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO E DO ESTADO DE DIREITO – IMPOSSIBILIDADE. A razão de ser do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador voltada para o equilíbrio de forças com o empregador, visando a reduzir o desequilíbrio econômico existente. Esse é o motivo que fez erigir os direitos sociais do trabalhador à condição de direitos fundamentais de segunda dimensão e lhes atribuiu, como regra geral, o caráter de indisponibilidade absoluta, pois não se poderia conceber que o arcabouço protetivo da integridade e dignidade do trabalhador pudesse ser suplantado pelo poderio econômico, que mantém o trabalhador sempre em posição fragilizada dentro de uma relação de trabalho. Por essas razões, o fato de o empregador sonegar deliberadamente o intervalo intrajornada do empregado, remunerando-lhe, contudo, a hora sonegada nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, não pode ser aceito sob pena de se admitir a possibilidade de mercantilizar o trabalho, colidindo com os princípios norteadores do Direito do Trabalho e afrontando os primados em que se assentam o próprio Estado Republicano de Direito, tais como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Impõe-se, assim, a condenação da reclamada ao pagamento do intervalo intrajornada suprimido. Recurso ordinário a que se dá provimento. Rel. Luiz José Dezena da Silva. Decisão 043615/2011-PATR do Processo 0106800-59.2009.5.15.0110 RO publicado em 15/07/2011.

Percebe-se que na experiência e nos corredores da Justiça do Trabalho os juízes são taxados de pró-empregado[35] ou pró-empregador[36] por suas interpretações nos julgamentos. Alguns autores costumam apontar ainda outras questões relativas à possível imparcialidade na Justiça do Trabalho (VELLOSO, [2007]), porque este tipo de justiça especializada, existente principalmente na América Latina favoreceria um desequilíbrio no tratamento das partes, posto que supostamente haveria uma tendência por parte do julgador ao favorecimento do empregado, por ser a parte mais fraca na disputa, em razão inclusive do princípio acima descrito.

Conclusão

No plano normativo, as regras de tratamento para combate a parcialidade ocorre de modos diversos, dependendo da área do direito a que seja subordinada. Verifica-se não ser uniforme a forma adotada para cada ramo. No direito adminstrativo sequer se fala em imaparcialidade e sim impessoalidade; no processo Penal o Júri tem-se um enfoque diverso dos demais procedimentos penais; no processo civil deve-se encarar de outro modo tendo em vista prevalecer a verdade formal. Na justiça do Trabalho também diferencia-se em razão de suas matizes e valores singulares.

---

[35] ACORDO COLETIVO. CLÁUSULA DE INTERPRETAÇÃO DÚBIA. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO MISERO*. APLICABILIDADE. A possibilidade de dupla interpretação de cláusula contida em acordo coletivo, sendo uma mais benéfica ao trabalhador, atrai a aplicação do princípio *in dubio pro misero*, pois referido acordo é também fonte formal do Direito do Trabalho. Decisão 055924/2010-PATR do Processo 0185100-29.2006.5.15.0049 AP publicado em 24/09/2010. Des. Rel. Gisela R. M. de Araújo e Moraes.

[36] DO ÔNUS PROBATÓRIO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL. AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO EM MATÉRIA PROBATÓRIA. A prova oral produzida por ambas as partes, no tocante à jornada laboral, restou dividida, de forma que não há como considerar que o autor desincumbiu-se do ônus de comprovar o labor extraordinário consoante alegado na inicial, tendo em vista a aplicação da distribuição do ônus da prova prevista no artigo 818 da CLT c/c artigo 333, I, do CPC, e em observância ao princípio da persuasão racional, já que afastada, em matéria probatória, a aplicação do princípio in dubio pro operario. Decisão 016511/2011-PATR do Processo 0050100-15.2009.5.15.0029 RO publicado em 01/04/2011. Des. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita.

5 O RECRUTAMENTO DOS JUIZES E REFLEXO NA IMPARCIALIDADE

Inseri propositadamente este tópico do recrutamento dos Juizes separadamente da parte normativa, porque embora ligado à lei que rege a matéria, não trata de parcialidade por parte do Juiz que julga casos concretos, e sim do meio pelo qual se julgará e recrutará os Juizes que sejam os mais imparciais possíveis

5.1 No primeiro grau

A seleção dos juízes e o recrutamento serão fatores que podem assegurar maior grau de imparcialidade judicial. A escolha adequada e de seleção dos magistrados caracterizará, ou pelo menos visa evitar a dependência, vinculação do selecionado, assegurando-lhe independência e isenção na hora de decidir.

Nos países chamados civilizados existem basicamente três modos de ingresso na carreira de Juiz: por nomeação, por eleição e por provas. No Brasil o ingresso no primeiro grau é sempre por concurso publico de provas e títulos, na forma do artigo 93, I da Constituição Federal (BRASIL, 2011a) e da Resolução n. 75, de 12 de maio de 2009, do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009). Nesta etapa os candidatos se submetem a uma série de exames não só para aferir conhecimento jurídico e de lei, mas também relativos à sociologia e até filosofia. Sem contar que nas provas o examinador não tem como saber quem é o candidato e portanto qualquer tipo de tentativa de privilegiar alguém no certame resta muito difícil.

5.2 Nos Tribunais Superiores

Ocorre que, ao contrário no segundo, terceiro e quarto graus, o ingresso no quadro da magistratura se dilui e passa a ser por nomeação e há o ingresso dos chamados “quintos”, isto é, de cada cinco que ingressam nos Tribunais, um é oriundo do Ministério Publico e outro da classe dos advogados. Apenas três juízes de carreira alcançam o segundo grau, sendo alternado entre critério de merecimento e antiguidade o acesso aos magistrados de carreira. Isto significa que de cinco juízes concursados, somente três são de carreira e somente metade por critério puramente objetivo, por antiguidade. Assim, na prática, menos da metade dos juízes recrutados por rigoroso certame tem acesso aos Tribunais de segundo grau. Significa dizer que de cada cinco componentes do segundo grau, pelo menos três ingressaram por indicação e nomeação e não por concurso.

5.2.1 A composição da 2ª instância com colegiados e imparcialidade

Os recursos, além de necessidade psicológica de revisão dos julgamentos, sabe-se que têm ainda a função de diluir ainda mais a possibilidade de parcialidade tendo em vista que é instância de colegiado e portanto composta por várias pessoas e a dificuldade de arranjos, ou desvios e até parcialidade é muito difícil, pois só através de conluio por parte de todos, o que acabam sempre por esbarrar numa dificuldade impraticável.

A composição dos tribunais está prevista na Constituição Federal (BRASIL, 2011a). Diferentemente dos juízos de primeiro grau, em que há apenas um magistrado que julga (com

exceções para o júri e os militares) o recrutamento se realiza por concurso de provas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009).

No segundo grau o recrutamento se diferencia porque aqui é mesclado, isto é, uma parte e oriunda de juízes de carreira e outra, 1/5 da classe dos advogados e 1/5 da classe do Ministério Público. Argumentam que este critério oxigena os tribunais e a Jurisprudência. Mas o fato é que os membros no segundo grau são nomeados e escolhidos, em âmbito estadual, pelo governador, às vezes por eleição interna.

Estas nomeações causam certo embaraço em termos de imparcialidade para o que foi nomeado, porque, de certo modo, acaba "devendo favor" a uma série de pessoas, ou no mínimo um agradecimento. Os bastidores da campanha para tais promoções são, na maioria das vezes, acirrados, e, não poucas vezes, acabam sendo recrutados os parentes de desembargadores, pessoas de trânsito bom com os políticos, dentre outros. Será que a imparcialidade não fica comprometida com tantos arranjos e laços? Se fôssemos fazer levantamento dos nomes indicados para os Tribunais, seguramente poderíamos afirmar que quase nenhum foi por méritos. A AMB e vários setores da magistratura têm questionado esta forma de ingresso nos Tribunais, por pessoas estranhas a magistratura de carreira. Além de ser um desestímulo aos que se submeteram a rigoroso certame ver, muitas vezes, advogados que foram reprovados nestes mesmos certames, entrarem por cima, no segundo grau, retirando a vaga e, ainda, trazem na bagagem uma série de compromissos com seu passado. O mesmo ocorre com os membros oriundos do Ministério Publico que, do mesmo modo, continuam muitas vezes vinculados às suas antigas instituições.

A grande vantagem para imparcialidade reside na composição do segundo grau de julgamento com vários julgadores, através das câmaras. Como são vários os julgadores, em tese, uma decisão passa pelo crivo de varias pessoas, o que dificultaria qualquer parcialidade mais.

5.2.2 Críticas, sugestões

Parece que a intenção do legislador foi boa ao contemplar estes dispositivos de oxigenação do judiciário, mas ocorre a pergunta: porque então não deveria oxigenar também o Ministério Publico. Então acredita-se que se exigem mudanças como fim do quinto constitucional para tribunais de segunda instância, ou ainda prova de ingresso para tais tribunais. A composição destes Tribunais ocorre de forma política o que de certo modo afeta em muito a parcialidade dos que ali chegam. Muito se debate nas listas de discussões dos Juízes sobre as ascensões aos Tribunais.

5.3 Os Tribunais de 3ª e 4ª Instâncias

Trato aqui das 3ª e 4ª instâncias dos Tribunais. Aqui a questão de imparcialidade se mostra mais sensível que as estudadas nos itens anteriores. Por ser órgão de ingresso na magistratura Política. A Ministra Eliana Calmon, atual Corregedora Nacional de Justiça, enfaticamente critica o modo de composição do STJ por advogados: “Eu sou magistrada de carreira e acho que essa coisa de escolha torta do Judiciário, com viés político, não está certo. Isso faz com que as decisões tenham conteúdo político e não técnico. E eu acho que o STJ não é um tribunal político, é um tribunal técnico, então tem que ser cada vez mais técnico.” (CALMON, 2010).

Nos casos de repercussão geral, se o ministro entender não ser o caso de admissibilidade e se for vencido pelos demais ministros será o Relator do caso, mesmo entendendo contrariamente, talvez como forma de auto superação da sua parcialidade no caso.

6 LOMAN, ATIVIDADE POLÍTICO ASSOCIATIVA DOS JUIZES E A IMPARCIALIDADE

Os juízes, para manterem e assegurarem a imparcialidade, são proibidos de exercer Política, de se filiar e uma série de outras vedações, visando exatamente proporcionar a independência do Magistrado e, consequentemente, sua imparcialidade. Mas exercem, de fato, o que se chama "política associativa" e, muitas vezes, até assumem bandeiras políticas, como foi recentemente a encampada pela AMB sobre fichas sujas.

Outras questões também têm se levantado, em termos práticos, quanto ao associativismo do magistrado e sua vinculação. Se for distribuída uma causa contra determinada associação de Juízes da qual o mesmo integra, deve ele se dar por impedido, já que é, de certo modo, parte no processo, tendo em vista seu vínculo com a entidade? O simples fato de ser filiado gera algum tipo de impedimento? Na prática podem ocorrer outras questões que impliquem em dificuldade de entendimento quanto à possibilidade de parcialidade por parte do Juiz. Se o próprio magistrado tem interesse direto na causa, já que é integrante do grupo, como fará para julgar ações em que é parte, ainda que de conteúdo coletivo, mas que reflete diretamente?

Outra questão que tem com alguma dificuldade para adequação dentro de limites razoáveis éticos são os chamados patrocínios de empresas em eventos de magistrados. É comum arregimentar-se patrocínios de empresas para eventos relacionados a congressos, simpósios, e outros. Mas tal zona de equilíbrio entre o razoável e o que pode comprometer a confiabilidade do magistrado tem sido objeto de constantes questionamentos. Recentemente o Conselho Nacional de Justiça colocou o tema em discussão. Merece transcrição de parte da

matéria publicada no jornal *Folha de São Paulo*, intitulada "*CNJ intima juízes a explicar torneio de golfe*"

> A corregedora nacional de Justiça, ministra Eliana Calmon, abriu procedimento no Conselho Nacional de Justiça e intimou a Apamagis (Associação Paulista de Magistrados) a fornecer informações sobre o torneio de golfe com patrocínio de escritórios de advocacia e de empresas. Eliana Calmon entende que o CNJ já deveria ter regulamentado a participação de magistrados em eventos. Advogados patrocinam torneio de golfe de juízes. Ela disse que vai aproveitar o caso do torneio de golfe para insistir na necessidade de uma regulamentação. "Eu não estou achando que seja um caso de absoluta gravidade", disse a ministra. "O problema mais deletério é quando as coisas ficam na penumbra, é o subterrâneo." Para o ex-ministro da Justiça Paulo Brossard, é "de duvidosa conveniência, pelo menos", o patrocínio de empresa que fornece sistemas de digitalização a tribunais. "Há uma ligação que, amanhã, pode se tornar inconveniente", diz Brossard. Joaquim Falcão, diretor da FGV-RJ e ex-membro do CNJ, diz que "é salutar o encontro para troca de ideias". Mas eventos "com excesso de luxo comprometem a imagem de independência que a população deve ter dos juízes". Cláudio Weber Abramo, diretor da Transparência Brasil, acha "um disparate esse tipo de relação entre magistrados e advogados". "É óbvio o conflito de interesses quando há uma presunção de influenciamento." O presidente da Apamagis, Paulo Dimas Mascaretti, afirmou que o evento é beneficente e que no mínimo. R$ 30 mil serão destinados à Creche Benedito Lellis, do Guarujá. "As empresas não vêm aqui para comprar juiz. Elas querem aproveitar uma associação

> forte e pessoas com poder aquisitivo razoável para fazer divulgação e vender produtos", diz. "As associações do Ministério Público também fazem parcerias." "Os escritórios de advocacia estão pagando a taxa de inscrição e o valor que ajustaram com o clube. Não temos nada com isso", afirma. (VASCONCELOS, 2011).

A transcrição da matéria é interessante porque sob enfoque de diversos segmentos da sociedade. A questão longe de ser tranquila demonstra a dificuldade do tema. A legislação, de fato, deixa um vácuo nestas questões e por isso mesmo merecedoras de maior aprofundamento sobre o papel das associações no âmbito da política e seus limites, como grupo de pressão, e até onde tais ingerências podem comprometer a credibilidade e a independência do Judiciário.

6.1 O combate à parcialidade por meio do modelo de Amartya Sen[37] (aberta e fechada)

6.1.1 Os Juízes de fora

Os Juízes de fora eram magistrados, nomeados para zelar pela imparcialidade total (GILISSEN, 2001). A introdução desta figura Judicial há justificação na necessidade de nomear um juiz realmente isento, imparcial e, literalmente, de fora das povoações, a fim de

[37] Amartya Sen ganhou Prêmio Nobel de 1998. Economista indiano. Estudou economia na universidade de Cambridge e é professor da Escola de Economia de Nova Deli. Autor de vários livros entre os quais *Pobres e Famintos: Um ensaio sobre Direito e Privação* e é o autor do artigo *Imparcialidade aberta e fechada*, objeto de estudo presente neste trabalho. Em matéria de estudo do Direito merece dizer que vários autores de referência no mundo jurídico não são formados em direito, cite-se só como exemplo: John Raws.

garantir julgamentos justos. A origem dos Juízes de fora no Brasil foi trazida de Portugal, cuja origem surge a partir de meados do século XIV:

> [...] a princípio se denominaram desde o primeiro instituidor o Rey Dom Afonso IV, era o magistrado imposto pelo rei a qualquer lugar, sob o pretexto de que administravam melhor a justiça aos povos do que os juízes ordinários ou do lugar, em razão de suas afeições e ódios. O fim principal de sua criação foi à usurpação da jurisdição para o poder régio, dos juízes territoriais, o que pouco a pouco se foi fazendo, com gravame (ofensa grave, agravo, encargo, ônus) das populações, a quem a instituição sempre pareceu e foi abnóxia (inofensiva). Até que no reino de Dom Manoel ou de Dom João III, tomando a realeza a seu cargo o pagamento da maior parte dos seus ordenados, impô-lo por todo Estado. Os juízes de fora eram delegados e nomeados por triênios e sem direito a recondução. Precediam de ordinário as câmaras das vilas e cidades onde funcionavam que não excediam a dois, e raras vezes era um só eleito. Este tipo de magistrado era nomeado pelo rei e mudava de localidade frequentemente. Por esse motivo o cargo não podia ser exercido no local de origem residencial do magistrado. Também não eram permitidos quaisquer outros vínculos com a população local, por meio de matrimônio ou amizade íntima. (GILISSEN, 2001, p.397).

Os Juízes de Fora demonstram uma das formas de tentativa de combate à parcialidade. De certo, várias maneiras de se contornar a possível parcialidade judicial foram implementadas, reinventadas e expandidas no decorrer da história. A maioria ainda com falhas, exatamente por ser o julgamento realizado por pessoas humanas (não máquinas), passíveis de erros. Creio que todo o sistema de imunização para combate a parcialidade parte da ideia de se retirar o julgamento de quem não traduz nível adequado de parcialidade adequado para dizer o direito.

Daí, entendo que foi muito feliz a abordagem que o economista e detentor do Premio Nobel de 1988, Amartya Sen (2003), tratou do tema e que a designou de “Imparcialidade aberta e fechada”. Sustenta o autor que os procedimentos que envolvem interpretações das demandas de imparcialidade apresentam implicações diferentes e daí divide a abordagem em aberta e fechada. “A distinção muda conforme exista ou não a restrição do exercício da avaliação imparcial (ou mais precisamente, a tentativa de restringi-lo) a um grupo fixo” (SEN, 2003, p.5) e que o denomina de grupo focal.

Há casos que o procedimento para fazer julgamentos imparciais invoca apenas os membros do grupo focal, que grosso modo, poderia se dizer, ser o grupo local, isto é, aquele que possui características históricas, sociais, religiosas tão peculiares que somente pessoas de dentro deste grupo estariam capacitadas de entender e julgar os seus semelhantes naquele contexto onde ocorreu o fato. Na análise do conceituado autor, a imparcialidade aberta invoca julgamentos fora do grupo focal (local), requer pessoas que não pertençam ao grupo. O autor em sua explanação faz paralelo com a abordagem citada de por Jonh Raws (Justiça como equidade) e de Adam Smith (espectador imparcial) que, por questão metodológica, não me aprofundarei no momento (SEN, 2003).

A teoria que merece destaque porque, *mutatis mutantis*, é utilizada no mundo afora como forma de combate a parcialidade. No Brasil, vários dispositivos Constitucionais e legais buscam retirar do contexto local onde a causa está sendo julgada, para que o julgamento seja realizado por terceiras pessoas de fora do lugar onde originalmente deveria ser julgada. Há uma espécie de exceção ao juiz natural da causa em nome da preservação da imparcialidade do julgamento. São exemplos na lei a chamada “Federalização dos Direitos Humanos”, a vocação para Justiça Federal de causas que envolvam direito Humanos inseridos pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004).

No passado também se conhecia do fenômeno. Laurentino Gomes, no seu livro *1822* (GOMES, 2010), sobre a independência do Brasil, cita que os ingleses como condição para apoiar o Brasil na independência, exigiam que seus conterrâneos residentes no Brasil fossem julgados por seus semelhantes, isto é, por cidadãos de nacionalidade inglesa. A legislação contempla vários mecanismos desta espécie, tais como o desaforamento, a avocatória, e a previsão recente da federalização dos crimes contra os direitos humanos, inserido pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004).

6.2 Imparcialidade para implementação dos direitos fundamentais: ativismo judicial e judiciário legiferante

O ativismo judicial decorre da ação do judiciário caracterizada por suas particularidades como uma função típica dos demais poderes do Estado. Embora não seja o real criador da teoria da tripartição dos poderes, cabe a ele o inegável mérito de colocá-la num quadro mais amplo. Na verdade, já na antiguidade Aristóteles dividiu as funções estatais em deliberativa, executiva e judicialização, ideia adotada por Maquiavel na França do Século XVI e, posteriormente, estudada por John Locke, filósofo liberal inglês que a ampliou esboçando, ainda que implicitamente, a teoria em questão ao colocar a separação de funções no exercício do poder, propondo a classificação em funções legislativa, executiva e federativa.

Montesquieu, jurista oriundo da nobreza togada do *Ancient Régime* e sob a influência do liberalismo, propôs a limitação da atuação do Estado através das Constituições e, após reconhecer a heterogeneidade das desigualdades sociais com a consequente incapacidade do povo de discernir sobre os reais problemas políticos da nação, expressa a sua opinião que o

chefe do Poder Executivo e titular da soberania deve ser um monarca hereditário, "[...] porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários [...]" (MONTESQUIEU, 1987, p.172). De toda forma, Montesquieu preconiza que o objetivo maior da ordem política com uma eficácia mínima de governo, é assegurar a limitação do poder, mediante a cooperação e fiscalização mútua entre os Poderes do Estado, tudo com fulcro no equilíbrio dos poderes sociais.

A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2011a), assim como as Cartas anteriores, abraçou, portanto a consagrada teoria de Montesquieu, sobre a separação dos Poderes, conforme preconiza o seu art. 2º. Assim, o ordenamento constitucional pátrio pauta-se, expressamente, na importância capital de se observar e preservar os limites de competência entre os órgãos do Governo, permanecendo, desse modo, assegurado o respeito, dentro dos postulados constitucionalmente assentados, ao princípio da independência e harmonia dos Poderes.

Ainda que tenhamos em mente que os poderes são independentes e autônomos, eles exercerão atividades típicas e atípicas, sobretudo fiscalizatória do cumprimento da ordem jurídica do Estado. Temos que considerar que os objetivos da República Federativa do Brasil, previstos na Constituição Federal (BRASIL, 2011a), devem ser seguidos por todos os poderes e assim, no exercício da função fiscalizatória bem como do controle da legalidade e constitucionalidade exercido pelo judiciário.

Dessa hipótese e da omissão ou falha do processo poder legiferante (leia-se poder legislativo) surge o chamado ativismo judicial, quando o judiciário passa a atuar de forma efetiva sobre o ordenamento pátrio. Essa atuação pode ocorre em duas vertentes principais: quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos, “mandando” que o Poder Executivo cumpra os preceitos constitucionais e pratique determinado ato; quando inexiste norma ou uma lacuna nesta norma de forma a aplicar a lei à

realidade fática da sociedade. Ressalto que essa realidade é presente no dia a dia do judiciário brasileiro e não se restringe ao Supremo Tribunal Federal, mas instâncias inferiores que, mais perto do cidadão, especialmente no que tange ao ativismo social, direcionado ao Executivo, vêm buscando através de uma suposta ingerência, a melhor maneira de fazer Justiça.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003) assevera que

> [...] em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos, e particularmente desde 1993. Hoje em dia, é ele flagrantemente hostilizado e não raro vilipendiado. Esse fato não deriva meramente de motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspectos constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal. Reflete, na verdade, fenômeno que é mundial, mas com peculiaridades decorrentes da Carta de 1988: a judicialização da política que tende a trazer a politização da justiça. (FERREIRA FILHO, 2003, p.189).

Doutrinadores chamam este fato de judicialização, instituto professor Luís Roberto Barroso (2009) brilhantemente define como questões de larga repercussão política ou social que são decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro, estando associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2009).

Diversas são as causas dessa situação, mas a causa primeira seria a maior conscientização dos cidadãos a respeito dos direitos com a crescente atuação do Ministério Público, cuja competência vem sendo expandida a todas as áreas do Direito e do crescimento da Defensoria Pública, que amplia e dá efetividade ao direito de acesso à justiça. Todo esse processo é consequência da redemocratização brasileira.

No Poder Executivo trato do ativismo Judicial aparece de forma muito intensa atualmente, como a utilização do poder de ordenar o cumprimento dos preceitos constitucionais e garantir o direito fundamental do cidadão. Ocorre aqui a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas que significa uma transferência do exercício de determinada função social para os tribunais. Aqui não ocorre o direcionamento da decisão por uma motivação parcial na vertente negativa, como veremos adiante, mas um posicionamento positivo e efetivo de cumprimento da função jurisdicional, como ocorre nos casos relacionados ao Direito à Saúde, previsto em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, integrado no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – (BRASIL, 2011a), apontado como direito social oponível ao Estado brasileiro, por todos quantos vivem em nosso território, e mais especificamente no Título VIII – Da Ordem Social - Seção II, artigo 196. Claro está, pois, que a partir da promulgação da Constituição cidadã, o direito à saúde consolidou-se como Princípio constitucional, portanto oponível ao Estado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009)[38].

[38] Gilmar Mendes afirma que incluído no âmbito da seguridade e ostentando o status de direito fundamental, com referência expressa no caput dos artigos 6º e 196 da Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Configura um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo, como sustenta Sergio Pinto Martins, que, no particular, não faz referência alguma à reserva do financeiramente possível, mesmo sabendo que ela representa incontornável condição de viabilidade dessa e de tantas outras promessas constitucionais de igual natureza. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009. p.1421).

Em relação ao Poder Legislativo, o ativismo o leva a exercer uma atividade legiferante, quando determina a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. A tal ponto chega o mecanismo do ativismo judicial, que chega a criar normas provisórias quando o Legislativo deixa de fazê-lo, que, todavia, deve ser utilizado com parcimônia. O modelo constitucional adotado pelo Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 e não um exercício deliberado de vontade política propicia uma atuação tão efetiva do judiciário. Caso fosse ao contrário estaria em um típico caso de atuação parcial, de acordo com interesses preferenciais do magistrado. O magistrado age como tem que ser, pois a norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva e a ele não cabe o afastamento da sua atividade. Trata-se de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. A Constituição traça normas, mas cabe ao julgador buscar uma solução mais justa, devendo avançar para uma Justiça mais próxima à realidade do cidadão.

Por óbvio, toda e qualquer solução tem que advir e fundar-se em um princípio constitucional. Uma das situações mais evidentes encontra-se no instituto da Súmula Vinculante, enunciado exarado pelo Superior Tribunal Federal, com o escopo de uniformizar um entendimento, que obriga a todos a harmonizarem suas condutas com o declarado pelo Tribunal. Contudo, ocorre que muitas das vezes não se trata apensas desse caso, como no caso da Súmula 13, que veda o nepotismo no serviço publico (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Visualiza-se aí a aplicação do principio da impessoalidade e moralidade, todavia a regra não existe no ordenamento pátrio tendo, pois, sua origem no judiciário. O mais recente, inovador e criticado posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a ADI nº 4277 demonstra em um dos itens da sua fundamentação esse posicionamento:

> 12. Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias. (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2009, p.5)[39]

Verifica-se, aqui, um posicionamento cuja justificativa primária é a realidade social e, sobretudo, de uma minoria, não observada pelo Poder Legislativo. Essa decisão causou um grande *frisson* na comunidade jurídica e acadêmica, considerando que realmente a decisão seria contrária ao ordenamento pátrio. Todavia, qual é esse ordenamento? Qual o fundamento de todo o ordenamento? Verifica-se uma adequação da norma à realidade fática, com fundamento nos princípios constitucionais, que vem fazer justiça a determinado grupo de cidadãos. Observa-se claramente que inexistente um posicionamento parcial lesivo tanto ao ordenamento quanto à sociedade, ao contrário, o juiz, como cidadão inserido na sociedade, age ativamente na busca da justiça e da paz social.

Duworkin (1999) traz um posicionamento conclusivo acerca do tema:

> [...] o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas

[39] PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Brasil. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178**. Petição inicial. 2 de julho de 2009. p.5. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/docs/ADIN%204277%20peticao%20inicial.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2011.

> pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade2, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (DWORKIN, 1999, p.271).

No Poder Executivo o trato do ativismo Judicial[40], aquele pelo qual há ingresso do Poder Judiciário através de suas decisões na parcialidade, e que ultrapassam nitidamente da função tipicamente Jurisdicional e ingressa no campo do Poder executivo, interpretando os preceitos constitucionais de maneira que lhes são emprestados máximas efetividade e concretização de direitos, notadamente de direitos fundamentais, tem sido uma constante no Poder Legislativo (Judiciário Legiferante[41]).

6.3 A flexibilização do Princípio da Imparcialidade como direito individual: a parcialidade positiva do magistrado

Todos os direitos fundamentais possuem limitações, em razão dos conflitos envolvendo mais de um direito, normas ou princípios. A liberdade de expressão e de manifestação do pensamento possui como limite, por exemplo, os direitos à privacidade e à honra e não seria diferente em se tratando da imparcialidade. Considerando a natureza

---

[40] A discussão sobre a abrangência do termo e para facilitar o entendimento o conceito de Ativismo Judicial abordado no texto refere-se tão somente ao empregado originariamente pelo jornalista Americano Arthur Schlesinger, no sentido tão somente de garantir diretos expressos na Constituição e não implementados pelo Poder Executivo e não como querem alguns autores no sentido de criar normas ou revelá-las.

[41] Aqui o conceito é trabalhado também com a obra: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

principiológica dos direitos fundamentais, analisamos a flexibilização da aplicação do Princípio da Imparcialidade nos termos da resolução dos conflitos entre princípios constitucionais. Norberto Bobbio (1996) esclarece que a colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor, exatamente pela dimensão valorativa que dos princípios, inexistente nas regras[42]. Portanto, na ocorrência de princípios que se mostram antagônicos diante de uma determinada situação, um deles não se torna inválido, mas tão somente recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição.

A aplicação dos princípios constitucionais, como já dito, sempre há de ser analisada segundo os critérios de ponderação, considerando a máxima da proporcionalidade[43] e razoabilidade[44]. A partir da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011a) seu rol de princípios fundamentais, entre eles o da igualdade social, não se concebe mais um direito civil e penal que continue reclamando um juiz neutro, uma vez que a igualdade política e a igualdade material interferem substancialmente na igualdade política e material interferem substancialmente na igualdade jurídica[45].

---

[42] A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais no âmbito do valor.

[43] Trata-se de um instrumento da hermenêutica constitucional aplicável ao no processo interpretativo o juízo de valoração dos interesses em conflito o que se chama ponderação de bens jurídicos. Vê-se claro que é um principio instrumental de interpretação constitucional. A máxima da proporcionalidade exige do julgador a compreensão e interpretação da norma no contexto social, no intuito de através da menor intervenção possível na esfera de atuação dos direitos fundamentais, protegendo o seu núcleo essencial, afastar um dos direitos colidentes na resolução do caso concreto. Para tanto, a máxima da proporcionalidade e formada por três parciais ou subprincipios como se refere Alexey, representados pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que é a ponderação propriamente dita, que representam o parâmetro para avaliar os bens em conflito (ALEXY, 2008).

[44] O instituto da razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade "aquilo que não pode ser". A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

[45] No que tange aos Direitos Sociais, caminha-se na busca da efetividade e para tanto não é preciso nem conveniente positivar normas para guiar sua interpretação, bastando para isso que os juízes aprendam a utilizar o silogismo não da maneira que o queriam os positivistas, mas fundamentado nos princípios -- como um instrumento adequado para melhor concretização dos Direitos Humanos sociais. Esse pequeno ajuste aproveita o direito que possuímos, os magistrados que temos e a técnica de raciocínio que eles já vêm utilizando, além de

Todavia, a imparcialidade na concepção clássica traz uma visão meramente formalista, pois cria uma falsa ilusão da existência de um juiz "eunuco" e totalmente "asséptico", pois, de certa forma, ele está vinculado às suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas. É um ser histórico e fruto de seu tempo.

Como foi tratada anteriormente, a imparcialidade não se confunde com a neutralidade, mas tem, por objetivo, o afastamento as preferências subjetivas, todavia, para isso há que se dar à imparcialidade uma nova leitura, partindo para isso da tão temida parcialidade do julgador e dar uma perspectiva humanística ao processo. Imperioso considerar que o princípio da imparcialidade é resultado da síntese axiológica de todo o complexo normativo principiológico, portanto, deve ser estruturado apoiando-se mutuamente nos demais princípios consagrados no texto constitucional, sobretudo naqueles que estabelecem os objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil, que consiste na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como na erradicação da pobreza, marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais.

Ressalto ainda que, na hermenêutica do direito, o juiz tem diante de si dois caminhos para a interpretação das normas em sentido lato: buscar o sentido literal do texto normativo ou busca um sentido segundo um principio superior que lhe apontará os fins. Aqui, e exatamente aqui, ocorre da colisão dos princípios e direitos fundamentais, explícitos e implícitos na nossa carta magna. Necessário se faz, então, abrir duas vertentes do principio em analise diferenciá-los de forma a atender a perspectiva fundamental da constituição pátria a fim de buscar a igualdade real, qual seja, a parcialidade negativa e a parcialidade positiva.

Para análise dos dois conceitos, há que se ter em mente duas questões: a primeira diz respeito à interpretação da lei e a segunda à duplicidade de perspectiva dos princípios. Interpretar a lei significa buscar as necessidades e os valores ditados pela sociedade,

---

constituir uma escolha consciente de espiritualizar o mundo e não mundanizar o espírito. Teríamos, assim, a oportunidade de vivenciar a Constituição Federal, que contém imperfeições, mas apresenta o grande mérito de estar impregnada de valores e de direitos conquistados arduamente ao longo da História

contextualizando-os no tempo e no espaço. Nesta equação de raciocínio pretende-se o fito da justiça, para o alcance da paz social, como finalidade última da jurisdição. No segundo aspecto, deve–se ressaltar que os princípios fundamentais apresentam, na verdade, uma função negativa e positiva. A primeira ocorre quando proíbem determinado comportamento e a segunda quando informam materialmente os atos do poder público. Importante ainda ter em mente que a Constituição Federal ao preconizá-los, impõe a observação de suas diretrizes a todos os poderes estatais, inclusive ao Judiciário.[46]

Dos dois conceitos ora apresentados, verifica-se que o postulado dogmático do juiz parcial, na sua concepção clássica iluminista, traduz-se no conceito da parcialidade negativa, cujo posicionamento tendencioso e direcionado dá um tratamento desigual às partes. Existem questões que envolvem aspectos subjetivos e é um desafio tratá-las considerando a isenção do julgador aos aspectos socioeconômicos, raciais, étnicas e culturais, econômicas, etc., do assunto que envolve, obviamente, questões de parcialidades. Por meio do princípio da parcialidade positiva essas as diferenças deixam de ser fatores neutros e extraprocessuais e passam a constituir critérios éticos materiais para a persecução de um processo legal e moral[47].

---

[46] "Na perspectiva negativista do principio, a imparcialidade tem por objetivo assegurar a independência do Poder Judiciário e a neutralidade político partidarista do julgador. Preconiza-se a independência perante interesses partidários ou interesses privados, pessoais ou de grupo. A imparcialidade esgota-se, assim, na imposição de uma série de proibições: [...] a proibição de favorecer ou dar preferência, a proibição de discriminar ou perseguir, a proibição de intervir no processo quando pessoalmente interessado." (MELLO RIBEIRO, Maria Tereza de. **O principio da imparcialidade da Administração Pública**. Coimbra: Almedinha, 1996 apud SOUZA, 2008, p.231). Para a concepção positivista ou objetivista, a imparcialidade apresentação nas um aspecto negativista, mas representa, acima de tudo, a necessidade de o juiz ponderar de forma adequada previamente À tomada de decisão todos os interesses juridicamente relevante. A ponderação dos interesses inseridos na atuação do órgão jurisdicional, para alguns autores, dá-se em valores como a verdade e justiça, outros mencionam a democracia, a racionalidade e a objetividade (SOUZA, 2008).

[47] Atualmente inúmeros critérios são utilizados para distinção entre Direito e Moral, sendo essas de ordem formal e material. Temos que os objetivos do Direito e da moral são diferentes na medida em que o Direito visa criar um ambiente de segurança e ordem para que o indivíduo possa alcançar o desenvolvimento e progresso pessoal, profissional, científico e tecnológico. Já a moral se destina a aperfeiçoar o ser humano, sua consciência e para tal lhe impõe deveres na relação consigo mesmo e para com o próximo. No que diz respeito ao aspecto material, que aqui nos interessa, surgem quatro teorias: 1. Teoria dos Círculos Concêntricos iniciada com o filósofo inglês, Jeremy Bentham: por esta teoria haveria dois círculos, sendo que um está inserido no outro. O maior pertenceria à moral, enquanto que o menor pertenceria ao Direito. Isso significa que a moral é maior que o Direito, e que o Direito dela faz parte; e que o Direito se subordina às regras morais. 2. Teoria dos Círculos

O devido processo legal em sentido processual – *procedural due process* – refere-se à garantia do acesso à justiça, ao respeito ao direito de defesa e ao contraditório (NERY JÚNIOR, 2002). Todavia, é sabido que apenas consagra-se pelo efetivo acesso à ordem jurídica justa, consistindo na postulação e na defesa dos direitos, de forma ampla e irrestrita[48]. No entanto a justeza de um processo é de difícil definição e mensuração, entretanto não é impossível de ser alcançada, como vamos visualizar.

A parcialidade positiva do juiz é fruto de uma racionalidade crítica que visa a romper com a totalidade do sistema vigente. Decorre, pois, da inserção de uma ética da liberação na relação jurídica processual e justifica-se no reconhecimento da "exterioridade do outro". Ela vincula o princípio da imparcialidade como uma norma de ação para o exercício da atividade jurisdicional. Através dessa atitude, o Estado juiz deve visualizar o homem em sua concretude individual a fim de alcançar a igualdade real, atuando de modo tal que todos os sujeitos processuais tenham iguais perspectivas de levar adiante suas pretensões. Somente se estiver consciencioso da totalidade de todas as circunstâncias introduzidas na relação processual, o juiz estará em condições de ser eticamente imparcial.

Tenha-se em mente que os homens não são iguais entre si, isso pelas próprias conjecturas estruturais. Todos eles, do mais humilde ao mais poderoso tem história, é fruto de uma herança genética, de um contexto sócio-político-economico-cultural e de escolhas pessoais. O juiz não deve tematizar o "outro" (vítima inferiorizada na relação jurídica

---

Secantes, desenvolvida por Claude Du Pasquier: por essa teoria haveria dois círculos que se cruzam até um determinado ponto apenas. Isso significa que o Direito e a moral possuem um ponto comum, sobre o qual ambos têm competência para atuar, mas deverá haver uma área delimitada e particular para cada um, pois há assuntos que um não poderá interferir na esfera do outro. 3. Teoria dos Círculos Independentes (Hans Kelsen): Para Kelsen o Direito é autônomo e a validade de suas normas nada tem a ver com as regras morais. Para ele haveria dois grandes círculos totalmente independentes um do outro. 4. Teoria do Mínimo Ético, desenvolvida por vários autores e consagrada através de George Jellinek: por essa teoria o Direito deveria conter o menor número possível de regras morais, somente aquelas que forem indispensáveis ao equilíbrio das relações. Pode-se dizer que essa teoria se opõe ao pensamento do máximo ético, que se expressa na adoção pelo Direito de uma grande parte da moral, para que as relações sociais sejam reguladas de forma mais próxima à consciência dos indivíduos.

[48] O processo jurisdicional democrático impõe ao magistrado assegurar ao cidadão um processo justo, pela observância das garantias fundamentais, capaz de propiciar a correta averiguação dos fatos, a participação dos sujeitos parciais no contraditório real e efetivo, a boa e justa aplicação da realização do direito material e a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos. (MARINONI, 2006).

processual), mas desenvolver um desejo metafísico de proferir uma decisão justa, segundo sua responsabilidade ética pré-originária à totalidade do sistema jurídico dominante. Só através de um processo legal e moral se alcança a justiça, tão necessária à convivência pacífica e harmoniosa dos homens em sociedade e finalidade última de todo o sistema estatal de solução de controvérsias que, desde o pensamento filosófico da antiguidade clássica, sempre esteve vinculada à de igualdade.

Para o atendimento do principio da Isonomia, destacado como o pai dos direitos fundamentais, as diferenças têm que ser reconhecidas para a prestação jurisdicional seja justa, com fim no alcance da igualdade real em que a responsabilidade é ética e não somente antológica. No processo, toda parte deve ter a possibilidade de expor e defender a sua causa em condições que não a inferiorizem perante a outra. Sem isso, não há garantia de um processo justo. O contraditório pressupõe, portanto, que nenhuma das partes seja posta em posição de desvantagem em relação à outra na possibilidade de planejar a sua defesa e de realizá-la.

Ambas as partes devem ter as mesmas oportunidades de sucesso no ganho da causa. Para assegurar essa paridade de armas, o juiz deve suprir as deficiências defensivas da parte em desvantagem. Isso é particularmente importante quando uma das partes está em situação de superioridade, como a Administração Pública (GRECO, 2006). A parcialidade positiva do juiz nada mais significa do que a humanização do processo no âmbito jurídico. Na Constituição brasileira (BRASIL, 2011a), esse processo, humanizado e garantístico, encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna (GRECO, 2006).

Longe de criticar a vertente negativista do principio da imparcialidade, uma vez que as normas infraconstitucionais que preveem as questões de impedimento e suspeição são extremamente importantes para garantir a independência e isenção do magistrado possibilitando o exercício desinteressado da judicatura. Mas é importante entender e trazer à baila essa subdivisão do principio da imparcialidade judicial, o que boa parte da doutrina estrangeira já vem adotando.

7 CONCEPÇÕES E HERMENÊUTICAS: IMPARCIALIDADE JUDICIAL E SEUS ENFRENTAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Em última análise se mede a parcialidade do Juiz pela maneira pela qual direciona seu entendimento para julgamento da causa. Em outras palavras pode-se dizer que dependendo da concepção adotada por determinado julgador, sua posição será mais parcial, de qualquer forma, seja no mínimo em relação a uma concepção doutrinária adotada. A questão central, portanto emerge no campo da interpretação do direito que visa estabelecer o limite de interpretação do Juiz na tarefa de Julgar, de realizar a Justiça. Até onde pode ser parcial, adotar determinado posicionamento, sem adentrar na parcialidade; até onde a lei respalda a interpretação do sem que ingresse na imparcialidade Judicial. A margem de interpretação do Juiz é que reside a dificuldade de se situar a parcialidade. Tanto assim que o Juiz deve fundamentar suas decisões, (art. 93 da CF) para demonstrar e dar visibilidade às suas decisões. A imparcialidade completa foi tentada com escola de exegese (*école de léxegese*), que de certo modo seguiu caminhos distintos, no século XIX, após a revolução francesa, com código de Napoleão. Por um lado o pandectismo, baseado no *Corpus Júris Civilis*, do século XI, tendo com seguidores os alemães, captaneados por Windchild e Gluck, e a *Analitycal School*, escola histórica, que por sua vez seguiu para Inglaterra, cujo nome mais expressivo encontra-se em John Austin. Essas escolas tinham como características principais, a fim de se controlar ao máximo a imparcialidade nos julgamentos, e dar grande ênfase ao legislativo: 1) engessamento da possibilidade de interpretação; 2) uma forma de impor uma administração da justiça de modo uniforme e, principalmente situar o juiz mais administrador, com uma 3) função mecânica da atividade Judicial. Sem contar um fetiche pelos textos.

Em contrapartida surge, em razão do próprio andar da sociedade e da vida, situações que antes não estavam previstas fazendo crescer uma série de novas formas de interpretar a lei e de adaptar o direito às novas exigências que a realidade impunha. Este período ficou conhecido como a disputa do *Law in books versus law in action*. O movimento surge então da necessidade de adequação das leis às novas situações e em virtude da própria evolução social. Varias escolas com características próprias desenvolveram-se com formas autenticas de interpretação da lei. Na Inglaterra Jeremy Benthan, se insurge contra a doutrina de Austin, e surge com a proposta do utilitarismo que pregava uma exegese dos textos visando à felicidade de toso, chamada de ética Hedonista. A lei deveria ser interpretada com vista à trazer felicidade ao maior número de pessoas; na Alemanha, contra o *Pandectismo*, surge o *teleologismo de Ihering*, cujo critério de hermenêutica deve ser o da finalidade da norma e cabendo ao magistrado aferir este critério. Muitas outras escolas desenvolveram-se e que são utilizadas até os dias de hoje, como forma de escolha do Juiz na opção de interpretar a norma. A experiência prática de Oliver Homes, considerado maior nome de pensamento jurídico americano ganhou o nome de pragmatismo jurídico cuja principal nota é a de que o Direito é conflito da lógica versus o bom sentido. Nesta ofensiva contra o empirismo exegético pode-se lembrar ainda á ênfase maior à sociologia, considerada por seu idealizador Eugem Ehrlich, como verdadeira ciência do Direito; temos ainda o radicalismo de Hermam Kantorowicz, a qual o Juiz deve ouvir o sentimento da comunidade e justiça pode ser feita até contra legem. Outras muitas escolas encontram-se citadas nas milhões de citações e caminham junto com aspecto geográfico e histórico, com o realismo norte americano e escandinavo.

Enfim, na fundamentação do Juiz, cabe uma margem infinita de escolhas possíveis nos dias atuais, e que servem na fundamentação do magistrado como reforço de sua decisão e no mínimo como argumento de autoridade quando citados estes consagrados jusfilósofos. Em todas as escolas de exegese encontramos falhas e críticas. Mas o fato é que dão subsídios para

que o Juiz possa escolher dentro de sua “parcialidade” ou via eleita o caminho de se fazer justiça.

A conclusão que se faz é que qualquer que seja a escolha implicará em uma maneira particular de se enfocar o fato trazido a julgamento, que a partir do momento que se direciona, s escolhe um caminho de interpretação não se pode dizer que há imparcialidade total, pois qualquer escolha significa tomar partido (parte, parcial) de um caminho em detrimento de outros. Neste sentido em nenhuma hipótese se pode afirmar que o juiz não foi parcial ao interpretar uma causa levada a seu juízo. O conceito de imparcialidade, portanto, é relativo e no sentido aqui empregado é impossível.

7.1 Natureza jurídica da imparcialidade

Como anteriormente tratado no estudo histórico do tema, a imparcialidade judicial tornou-se uma exigência normatizada especialmente a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, sendo difundida através de diversos tratados internacionais e evoluindo para uma das noções garantistas mais difundidas na modernidade, como bem diz Viagas Bartolomé em *El juez imparcial* (VIAGAS BARTOLOMÉ, 1997), foi inicialmente garantida pelo direito anglo-saxão e é uma característica impar no estado democrático de direito. Quase todas as constituições modernas optaram por não inserir a imparcialidade do juiz como princípio explícito.

Como visto, a nossa Carta Magna adotou, tal qual a doutrina espanhola, a teoria dos princípios ocultos onde se insere a imparcialidade do juiz[49]. Apesar disso, o §2º do art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 2011a) adverte que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou mesmo dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte[50], portanto, a incorporação da imparcialidade do juiz como princípio ou direito fundamental na constituição pátria decorre dos preceitos contidos nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos do Homem, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.[51]

---

[49] A Carta Constitucional espanhola não menciona expressamente a imparcialidade como essência da jurisdição, apesar disso, o tribunal Constitucional espanhol reconheceu a imparcialidade de caráter internacional em matéria de direitos e liberdades.

[50] Este dispositivo constitucional permite afirmar que ao lado de uma série de direitos fundamentais exteriorizados como tais, há outros direitos e garantias ocultos ou pelo menos não expressamente nominados no art. 5º. (SOUZA, 2008).

[51] O art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, estabelece: "Toda pessoa tem o direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um **tribunal independente e imparcial** [...]" (grifo nosso). O art. 14 do Pacto Internacional de direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, afirma: "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um **tribunal competente, independente e imparcial** [...]" (grifo nosso). O Artigo 26 da Declaração Americana dos Direitos do Homem prescreve: "Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem **direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública**, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas." (grifo nosso). A Convenção Americana de Direitos Humanos, assim prescreve: "Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." (grifo nosso). O artigo 6º do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais elenca as especificações do Direito ao um processo equitativo, estabelecendo no seu item 1: "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um **tribunal independente e imparcial**, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática,quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça."(grifo nosso).

Considerando as garantias constitucionais expressas na Carta Magna, ainda que garantido ao indivíduo o devido processo legal, combinado com o direito de acesso à justiça, ao contraditório e a plenitude de defesa, de nada adiantaria se não lhe fosse garantido um julgamento justo e imparcial a fim de fechar o ciclo das garantias processuais. Afinal, em síntese, o Devido Processo Legal é um procedimento adequado à realização plena de todos os valores e princípios descritos na Constituição da República, portanto, a sua conexão com a imparcialidade judicial é evidente. Temos, pois, que a imparcialidade é um direito fundamental do cidadão correlato ao acesso à justiça, pois vem a garanti-lo de forma efetiva, bem como da garantia de apreciação pelo Poder Judiciário de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), uma vez que este poder detém o monopólio da jurisdição, decorre o direito de defesa (LV) e o devido processo legal (art. 5º, LIV) (BRASIL, 2011a).

Ressalte-se, todavia, que no âmbito processual, a imparcialidade tem natureza jurídica diversa, pois apresenta natureza de regra jurídica, uma vez que objetivamente prevê a suspeição e impedimento do magistrado nos art. 252 e 254 do CPP e 134 e 135 do CPP (BRASIL, 1941). Nos casos expressos nos dispositivos mencionados o afastamento do juiz da relação processual é de rigor e não há exceção, salvo as legalmente expressas. A imparcialidade surge, ainda, como corolário da independência do magistrado[52], a quem o ordenamento jurídico atribuiu garantias com a finalidade de viabilizar o exercício da jurisdição.

No artigo 95 da Constituição da República, vêm expressas as seguintes garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (BRASIL, 2011a). Contudo, na verdade o que parece garantia da magistratura, nada mais é do que um meio de assegurar o livre desempenho do juiz. A imparcialidade surge não expressa como uma garantia, mas como a finalidade almejada no atendimento dessas garantias, já que elas têm o escopo de afastá-los

[52] Vide sobre questão vernacular sobre independência deste trabalho (p.16).

das pressões externas. No pensamento de Madison e Hamilton, dois grandes teóricos políticos norte-americanos, o distanciamento do juiz das causas políticas, do choque de opiniões, das tendências das facções dá-lhe os atributos necessários para a defesa imparcial das normas constitucionais (SAMPAIO, 2002). Visto, pois, o juiz deve formar seu convencimento, considerando a legislação aplicável, afastando os preconceitos culturais ou influências políticas que funcionariam como pressão para o direcionamento de uma decisão.

De todo exposto, verifica-se expressamente que a imparcialidade judicial surge no nosso ordenamento expressamente como regra no que tange à normatização processual, todavia não pode perder de vista que a regra processual está inserida no sistema jurídico, não sendo um preceito isolado. A regra processual tem, pois, um fundamento principiológico, que irá influenciar em todos os demais aspectos da imparcialidade, porquanto se faz necessário o estudo dos institutos citados a fim de fazer compreender a natureza jurídica ora estudada.

7.2 Os direitos fundamentais como princípios constitucionais

7.2.1 Princípios Constitucionais

Ainda que consideremos as diversas conceituações do que se denomina principio[53], devemos analisá-los conforme a concepção moderna[54], quando esses ganharam densidade

[53] Segundo José Afonso da Silva, a palavra principio é equivoca, pois apresenta acepção de inicio como normas de principio institutivo e de principio programático, todavia, estamos tratando de princípios fundamentais e nesse caso exprima a noção de "Mandamento Nuclear de um Sistema." (SILVA J. A., 2002).

[54] Destacaram-se alguns conceitos de principio frente aos outros, como o do positivismo ortodoxo, que – em contraposição ao defendido pela tese jusnaturalista de que os princípios eram conjuntos de verdades objetivas derivadas da Lei divina e humana – afirmara que à fonte dos princípios eram as normas.

jurídica ao se consolidar como princípios constitucionais[55], por conseguinte a chave de todo o sistema normativo. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas; são como núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais porquanto é o fundamento de todo o sistema jurídico[56], de forma que influenciam a formação das regras[57] e interpretação das mesmas, bem como deles decorrem as decisões políticas fundamentais que darão unidade a esse sistema.[58]

Estamos tratando de uma espécie normativa que se traduz em verdades universais, com um alto grau de generalidade que, sendo o fundamento da ordem jurídica, são consideradas normas primárias porquanto atingem todas as normas infraconstitucionais (SILVA J. A., 2007)[59]. Nesse sentido se encaixa a imparcialidade, pois implicitamente na constituição, como corolário de outros princípios expressos, veio a influir na formação da regra processual, bem como na própria garantia constitucional de independência do magistrado. Destaque-se, contudo, que se caracterizarem como Mandamentos de Otimização,

---

[55] A partir da Constituição dos Estados Unidos de 1787, primeira Constituição em sentido formal, constituindo o marco histórico da formalização da ideia do Estado de Direito, os princípios antes considerados gerais e extremamente abstratos em relação ao direito, se constituíram Princípios Constitucionais Fundamentais, e assim, foram, ganhando densidade jurídica e mostrando-se como o núcleo do sistema de normas.

[56] A noção de princípio, ainda que fora do âmbito do saber jurídico, sempre se relaciona a verdades fundamentais e orientações de caráter geral. Explica Paulo Bonavides que deriva da linguagem da geometria, "onde designa as verdades primeiras". (BONAVIDES, 1996. p.228).

[57] As regras e princípios são, de fato, uma subdivisão das normas, sendo que as que possuem grau de abstração mais elevado são os princípios, enquanto as com menor grau são as regras. JJ Canotilho apresenta o seguinte critério diferenciador entre princípios e regras: "a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;(b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; (c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: principio do Estado de Direito); (d) "proximidade" da ideia de direito: os princípios são 'Standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça'(Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Laren); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; (e) Natureza normogenética: na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenétca fundamentante". (SOUZA, 2008. apud CANOTILHO, 2003. p.52).

[58] Princípios, na visão de Ronald Dworkin, seriam, de forma objetiva, os direitos individuais que cada um possui. Por sua vez, política é o conjunto de metas utilizadas para se alcançarem estes princípios - leia-se direitos individuais. Estas metas somente serão consideradas válidas desde que afirmativas destes direitos individuais. Desta forma, o direito público somente será de todos se, e somente se, for de cada um.

[59] As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem a pessoa ou a entidade, a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem; vinculam elas à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação (SILVA J. A., 2002).

cumpridos em diferentes graus, já que sua satisfação depende de concepções jurídicas reais porquanto ser realizada na medida das possibilidades fáticas e jurídicas[60].

Os princípios, ao se caracterizarem como mandamentos nucleares do ordenamento jurídico, são portadores dos mais altos valores de uma sociedade[61] e de vital importância para a garantia dos direitos fundamentais de forma a definir critérios de interpretação e aplicação do direito a fim de evitar o subjetivismo. A imparcialidade nada mais é, pois, do que o critério principiológico de afastamento desse subjetivismo na aplicação pratica dos preceitos constitucionais e legais. O ordenamento jurídico brasileiro alia-se à nova concepção de constante construção, cujas regras não anseiam atingir o mais alto grau de exatidão[62]. Evidencia-se um direito mais flexível, em que se busca uma nova adequação à vida, operando como um instrumento para o cumprimento da função social.

Trata-se, pois, de um ordenamento aberto[63], em que o Estado valoriza e admite retrabalhar questões externas de forma a aumentar as fontes de produção legislativa. Na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2011a) os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: os princípios político constitucionais e os princípios jurídico constitucionais, esses últimos informadores da ordem jurídica nacional. Todavia, adotando o

---

[60] As regras apontam uma decisão concreta e integram o sistema do *all or nothing*, ou seja, elas não se chocam, não existe ponderação, pois uma "mata" a outra.

[61] E insustentável a noção de que, em razão de sua suposta natureza transcendente, os princípios sejam considerados como meras exortações ou simples preceitos de cunho moral. Todavia, tem-se como oportuna a afirmação de que os princípios não se confundem com valores. Os princípios são normas, expressam juízos de dever ser, deontológicos, comandos, proibições e permissões, enquanto que os valores, não.

[62] O modelo constitucionalista de teoria do Direito propõe um amplo redimensionamento da noção de sistema jurídico, a partir da estreita relação entre direito e moral. O Dogma Positivista da separação entre as questões jurídicas é superado pela construção de uma concepção aberta e dinâmica de ordenamento jurídico, onde elementos do discurso práticos são incorporados ao Direito pela via dos Princípios jurídicos. A separação das normas jurídicas em regras e princípios estes com qualidade de força normativa e vinculatividade das normas, é outras, é outra concepção central do novo constitucionalismo. Os princípios jurídicos já não mais admitem a aplicação enquanto meras fontes normativas subsidiárias, dotados simplesmente daquelas funções marginais de completar os espaços deixados pelas regras ou contribuir na interpretação do significado e alcance das disposições normativas. Sua posição passa a ser central e fundamental à própria concepção de sistema jurídico (CRISTÓVAM, 2006, p.27).

[63] O ordenamento jurídico aberto, conceitualmente, é aquele em o código não visa a perfeição ou a plenitude. Nele se encontram, de maneira harmônica, regras e princípios, que deixaram de assumir a única função de fonte do direito a fim de preenchimento das lacunas na ordem jurídica. No Direito Moderno, os princípios compõem a estrutura do sistema de forma a se mostrarem verdadeiros elos entre o jurídico e o não jurídico.

posicionamento de Dworkin (2005), não existe uma hierarquia entre princípios, mas dois dentre eles que representam o cerne do ordenamento jurídico e, por meio dos quais se desencadeiam todos os demais. São eles: a igualdade e a liberdade.[64] A imparcialidade é um principio totalmente vinculado à igualdade, haja vista que o tratamento imparcial é a única forma de garantir a isonomia, afastando as tendências pré-conceituais e afetivas na interpretação do ordenamento. Ainda segundo o autor, igualdade é a sombra da liberdade ou, não há que se falar em liberdade sem que os direitos individuais de cada pessoa sejam respeitados. Todavia, para que exista a igualdade real, cada indivíduo deve ser considerado individualmente, com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2005)[65].

7.2.2 Direitos fundamentais

Os Direitos Fundamentais referem-se a princípios que indicam situações jurídicas sem as quais o indivíduo não se realiza enquanto pessoa, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, devendo, portanto, ser a todos materialmente efetivados. Verifica-se, como anteriormente tratado, que o tratamento imparcial é condição *sine qua non* para que o indivíduo seja respeitado individualmente, donde decorre que a imparcialidade é um direito fundamental, que lhe garante a realização enquanto pessoa. Ainda que se tenha tentado trazer uma definição ao tema tratado neste item do trabalho, o conceito de Direito Fundamental está longe do consenso, exatamente pelas variadas teorias que a eles se referem , considerando que

---

[64] A concepção de princípios, enquanto normas constitucionais, considera tantos os princípios assentados no texto da própria Magna Carta, quanto os princípios constitucionais implícitos ou deduzido (DWORKIN, 2005).

[65] Dworkin critica a visão simplista de igualdade – tratar a todos como iguais – bem como a visão complexa do mesmo instituto – tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. A primeira idéia de igualdade é simplista demais para a sociedade plural na qual vivemos. Já a segunda, ela falha em um aspecto: qual o critério diferenciador ou medidor de igualdade ou desigualdade? Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam é algo indeterminado, raso demais, para não dizer abstrato (DWORKIN, 2005, p.324). Em face disto, Dworkin propõe a idéia de que igualdade significa tratar a todos de forma igual, e não igualmente, como dizem alguns. Como exposto, tratar igualmente ou desigualmente é algo muito vago, muito indeterminado. Ao passo que tratar de forma igual, percebe-se que esta igualdade refere-se a cada pessoa, individualmente considerada (DWORKIN, 2005, p.320-327).

é difícil uma disciplina que não contribua com discussões acerca desses direitos. Esta também era uma censura levantada por Kelsen, que aduzia a falta de um questionamento concreto e preciso.

Alexy (2008) analisa os Direitos Fundamentais sob três perspectivas: Direitos Subjetivos e questões normativas, empíricas e analíticas[66]. No que tange às questões normativas, referindo-se à questão ético filosófica, conclui-se que se trata de um direito único, original, conferido a todos, portanto, encontrando limites no direito do outro, gerando, assim, uma relação de direito e dever de respeitar e ser respeitado como pessoa[67]. Contudo essa questão deve ser analisada em conjunto com a dogmática jurídica, ou seja, a validade do direito dentro do sistema jurídico.

A perspectiva empírica[68] relaciona o surgimento de determinado direito com o momento histórico e a adequação na salvaguarda de uma determinada situação. Ocorre, pois, uma associação dos fatos aos enunciados normativos, considerando a história e as suas consequências às funções sociais dos direitos subjetivos.[69]

Na lição do mestre em Robert Alexey (2008), pois, considerando que o método utilizado observa tanto o direito positivado quanto o direito jurisprudencial para se chegar à

---

[66] Canotilho (2003) também trata os direitos fundamentais como uma categoria dogmática nessas três perspectivas.

[67] O art. 1337 do Código Civil traz um exemplo de limitação do direito de propriedade, considerando o respeito ao outro enquanto indivíduo: "Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia." (BRASIL, 2002).

[68] O método empírico de avaliação e interpretação associa-se à corrente filosófica realista, defendendo que este seria o melhor método para alcançar o conhecimento verdadeiro do direito, conforme a visão jusnaturalista do direito: se eu quero conhecer o direito existente no Brasil há que se conhecer os comportamentos sociais por meio dos quais o direito se torna efetivo. Todavia, destacam-se dois problemas na utilização desse método: a incerteza do conhecimento jurídico, dada a única revelação das tendências; a dependência dos juristas dos cientistas sociais para a revelação do direito, de forma a desvalorizar o estudo jurídico dotado de autonomia e certeza.

[69] Para Canotilho (2003), o interesse da perspectiva empírico-dogmática está no fato de que os direitos fundamentais, para terem verdadeira força normativa, obrigam a tomar em conta as suas condições de eficácia e o modo como o legislador, juízes e administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos.

efetividade como validade do direito, sendo mais perceptível na esfera dos argumentos históricos e teleológicos, conclui-se pela interatividade das dimensões por ele tratadas, em que se complementam a normativa e a empírica. A análise dos Direitos fundamentais, sob a ótica analítica, está associada ao estudo sistemático-conceitual do texto constitucional, consistente na análise dos conceitos fundamentais, a exemplo do que é a liberdade, das construções jurídicas, do suporte fático dos direitos fundamentais e suas respectivas possibilidades de restrições, incluindo o exame da estrutura do sistema jurídico. Canotilho (2003) atrela a dimensão analítica como indispensável ao entendimento dos direitos fundamentais no que tange ao aprofundamento das questões conceituais, das construções jurídico constitucionais e especialmente na avaliação da estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais.

7.2.3 Sobre a questão terminológica

Em se tratando dos direitos essenciais à pessoa humana, verifica-se grande discussão acerca da terminologia mais correta para tratar do assunto. Fala-se em direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais, direitos dos povos, direitos humanos e direitos fundamentais. Todavia, é recorrente a utilização das terminologias direitos humanos e direitos fundamentais, que será utilizada neste trabalho.

Apesar de serem usados de forma igual, ambos têm significados diferentes. Basicamente direitos humanos estão positivados na esfera do direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais estão reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito

constitucional de cada Estado[70]. Todavia, existem outras questões a serem tratadas no que tange à diferenciação dessas terminologias: Os direitos humanos, normalmente é utilizado para designar os direitos essenciais à pessoa humana antes da positivação pelas constituições e seu reconhecimento, sua proteção é fruto de um processo histórico de luta contra o poder e de busca de um sentido para a humanidade. Ainda quanto à expressão direitos humanos, no que tange à sua positivação no âmbito internacional, essa terminologia tem sido utilizada pela doutrina para identificar os direitos inerentes à pessoa humana tanto em seu aspecto individual como em seu convívio social, em caráter universal, na ordem internacional[71], sem o reconhecimento de fronteiras políticas e independentes de positivação em uma ordem específica.

No que tange à expressão "direitos fundamentais", ela nasce a partir do processo de positivação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes a pessoa humana. Refere-se a ordenamentos jurídicos específicos, ao reconhecimento de tais direitos frente a um poder político, geralmente reconhecido por uma constituição. José Afonso da Silva (2002) diferencia os direitos individuais dos fundamentais, restringindo essa ultima nomenclatura aos direitos do indivíduo isolado. "Direitos individuais" exprime, nos termos em que é utilizado na Constituição, um conjunto de direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e a propriedade (SILVA J. A., 2002).

Adotaremos, pois, a terminologia "Direitos Fundamentais" para tratar daqueles direitos inerentes à pessoa humana, tanto no seu aspecto individual, quanto universal, conforme a positivação dentro do ordenamento jurídico pátrio.

---

[70] José Afonso da Silva entende que a nomenclatura mais correta seria Direitos Fundamentais do Homem, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA J. A., 2002).

[71] Como exemplo: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (PIOVESAN, 2000) e *Direitos Humanos e sua Proteção* (BICUDO, 1998).

7.2.4 Sobre a evolução histórica

De um ponto de vista histórico, ou seja, da dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos, que certamente não surgiram como uma revelação, como uma descoberta repentina de uma sociedade, de um grupo ou de indivíduos mas sim foram construídos ao longo dos anos, frutos não apenas de pesquisa acadêmica, de bases teóricas, mas principalmente das lutas contra o poder. Nesse sentido Norberto Bobbio afirma que:

> Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992. p.5).

Certamente os direitos fundamentais têm suas fontes em processos históricos muito longínquos no tempo. Todavia, somente assumiram um significado mais preciso com as mudanças sociais, econômicas e culturais ocorridas a partir da idade moderna. A primeira manifestação do poder central e soberano do estado ocorreu com o absolutismo e intervencionismo, que gerou inúmeras manifestações na esfera da autonomia privada, exigindo o respeito às potencialidades individuais e de personalidade, abarcando todas as manifestações de individualidade.

Como já aclarado, os direitos não surgiram todos ao mesmo tempo, assim, como todo o sistema jurídico que sofre um processo de expansão contínuo que, contudo, não nos impede a vista do que ocorria antes das mudanças, haja vista que a história nos dá o testemunho do

processo de formação desse sistema. Considerando as informações históricas e a guinada de uma perspectiva organicista para a individualista, com posterior giro do mundo dos deveres do absolutismo para um mundo de direitos da era moderna, percebemos que os direitos hoje existentes decorrem de três pilares: religião, processo e propriedade[72], que tiveram raízes e desdobramentos nos três grandes modelos do desenvolvimento dos direitos fundamentais: Inglaterra, Estados Unidos e França[73].

A positivação dos direitos fundamentais ganhou concreção a partir da revolução francesa, onde era consignada de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais liberais, contudo, essa positivação, por datar do século XVIII, se refere primeira guinada em relação à posição do estado e dos indivíduos, traduzindo uma conotação nitidamente individualista, subordinando a vida social ao indivíduo e arrogando ao Estado a finalidade de preservação dos direitos individuais.Nos textos constitucionais modernos dos Estados ocidentais, a Carta Magna Inglesa (1215) foi o marco inicial da inserção dos direitos fundamentais consolidando, assim, o rumo trilhado pelas vertentes do direito.

7.2.5 O Direito Fundamental no ordenamento jurídico brasileiro

[72] Mais precisamente a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade.

[73] Existem, pois particularidades em cada um dos modelos. O modelo inglês é marcado pelo pragmatismo, particularismo e evolução gradual decorrentes das lutas políticas travadas inicialmente entre o rei e a nobreza (especialmente quando do reinado de João Sem Terra, desaguando na primeira carta de direitos), depois entre a burguesia e a realeza e posteriormente entre o parlamento e o rei. O modelo norte-americano teve como fundamento a adoção do modelo inglês, todavia decorreu da revolta da colônia pelo intervencionismo inglês iniciado após a crise econômica da colônia. Ressalte-se que o desenvolvimento das liberdades constitucionais da colônia se deu após a defesa das teses protestantes da “dignidade do indivíduo” e da defesa do “pluralismo de credos”. O modelo Frances pautou-se à revolta popular contra o sistema de normas familiares, tabus e falta de segurança do indivíduo sobre fatos criminosos ou a pena imputável e à crise econômica.

Em nosso ordenamento jurídico, via de regra, os direitos fundamentais estão positivados na constituição, mais precisamente enunciados no art. 5º os direitos individuais que asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade, mas eventualmente podem estar implícitos, sendo formulados à vista do conjunto normativo aplicável a certo tempo, englobando também aqueles que estão enraizados na consciência do povo mas sempre com caráter fundamentante. Sobre a positivação dos Direitos Fundamentais, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011a) sinaliza para a tendência de abertura para normas infralegais e supranacionais ao adotar uma cláusula de abertura encerrando a ideia de não tipicidade dos direitos fundamentais, conforme o §2º deste mesmo dispositivo legal[74].

Os direitos individuais implícitos estão subentendidos nas regras de garantias expressas no próprio artigo 5º da Constituição da República ou mesmo nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil[75].

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

8.1 A imparcialidade como direito fundamental implícito na Constituição da República

[74] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." (BRASIL, 2011a, p.21.).

[75] Trata-se de direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil e , portanto, não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como direito de resistência, entre outros de difícil caracterização. O §3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988, assim dispõe: "*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*." (BRASIL, 2011a, p.25, grifo nosso). Sobre o assunto, Alexandre de Moraes entende que nos termos da Emenda Constitucional nº 45 os tratados de direitos humanos sejam recebidos como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese de aprovação com o quórum qualificado do art. 5º, §3º,quando será incorporado ao ordenamento com status ordinário. Ainda segundo o autor, trata-se de uma opção discricionária do Congresso Nacional. (MORAES, 2006).

O direito à imparcialidade do julgador insere-se no âmbito dos direitos humanos e como tal vem sendo construído nas normas internacionais de proteção e em processo contíguo vem o ordenamento pátrio buscando assegurar a efetividade dessas normas no plano interno, onde os conflitos individuo/estado se estabelecem. Neste diapasão, a Constituição Federal dispõe uma série de princípios, alguns expressos por dicção legislativa e outros decorrentes da lógica do sistema, admitindo-os assim em duas espécies. Enfim, a concepção de princípios, enquanto normas constitucionais, considera tantos os princípios expressamente assentados no texto, quanto os princípios constitucionais implícitos ou deduzidos. Diversos são os diplomas internacionais oficiais e de associações e ONGs que preveem o princípio da imparcialidade como norteador de todo o sistema e consagrando-o como Direito fundamental[76].

Ocorre que embora não esteja prevista expressamente na Constituição Brasileira, corrente respeitada de doutrinadores tem entendimento de que se trata de princípio implícito porque relacionado aos conceitos básicos jusfundamentais materiais, tais quais os de dignidade, liberdade e igualdade. E sendo considerada a imparcialidade neste patamar, deve-se invocar o artigo 5º, § 2º da CF/88 (BRASIL, 2011a), que prevê que o reconhecimento expresso dos direitos e garantias, não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por

---

[76] Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, Paris, 1948) e O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966); A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Conferência Internacional dos Estados Americanos, Columbia, 1948); A Declaração dos Direitos Humanos no Islã (Organização da Conferência Islâmica do Cairo, 1990); A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Conselho da Europa, Roma, 1950); A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (São José da Costa Rica, 1978 - “Aliança", Costa Rica, 1978); A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981); A Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (anexo ao de 1982, Constituição); Os Princípios Básicos sobre a Independência do Judiciário (ONU, 1985); A Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes (Conselho da Europa, 1998A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Conselho, Nice, 2000); -. Convenção sobre os Direitos Humanos; Parecer n. 3 sobre os princípios e, regras de conduta profissional dos juízes, nomeadamente no campo da ética, conduta incompatível e imparcialidade - do Conselho Consultivo Conselho de Juízes Europeus do Conselho da Europa, 2001 e 2002- O Estatuto Universal do Juiz (Associação lnternacional de Juízes, 1999). - Projeto de Declaração Universal sobre a independência da justiça ("Declaração Singhvi", 1989); Pequim Declaração de princípios da Independência do o Poder Judiciário na Região LAWASIA (Ásia-Pacífico Legal Association, 1995); A Declaração de Caracas (A Cúpula Ibero-Americana de Presidentes de Cortes Supremas e Tribunais de Justiça, de 1999); A Declaração de Beirute (Conferência Árabe da Justiça, 2003); Os Princípios de Bangalore da Conduta Judicial (UNODC, Judiciária Grupo de Reforço Integridade Judicial, 2001); - Declaração sobre os Princípios da Independência Judicial.

ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como no caso[77].

Realizando atenta leitura do § 2º do art. 5º (BRASIL, 2011a), verificamos que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos têm inequívoco *status* constitucional, ainda que posteriores à Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), que acrescentou o art. 3º ao mesmo artigo citado[78], pois, ainda que não sejam aprovados pelo procedimento previsto no §3º do art.5º, estes instrumentos de proteção dos direitos humanos são materialmente constitucionais, integrando assim o chamado bloco de constitucionalidade[79].

A esse respeito, Flávia Piovesan destaca que:

> A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial diferenciada, qual seja, a de norma constitucional. Essa conclusão advém da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2000, p.45).

Assim, tendo o Brasil aderido, dentre outras, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e ao Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, incorporou, deste modo, ao

---

[77] O constituinte originário contemplou tripla fonte normativa relativamente aos direitos e garantias fundamentais, a saber: os direitos decorrentes do próprio Texto Magno, isto é, tanto os direitos expressos quanto os implícitos; os preceitos decorrentes dos princípios e regimes pela Constituição adotados; bem como aqueles advindos da ordem internacional, ou seja, os decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte.

[78] "Art. 5º. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (BRASIL, 2011a, p.25)

[79] Com efeito, "tal dispositivo consagra expressamente o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição", demonstrando, por via reflexa, que o rol dos direitos expressamente consagrados, não obstante analítico, não é exaustivo (SARLET, 2007. p.339).

seu rol de direitos fundamentais a imparcialidade sendo erigido, portanto a um princípio constitucional. Claro está, portanto, que a necessidade da imparcialidade do juiz, a princípio, é fundamental. No paradigma do Estado Liberal, a imparcialidade do juiz é principio fundamental garantidor da legalidade e segurança jurídica. Todavia, o modelo de Estado Social, o magistrado passa a ter uma postura mais ativa na instrução do processo de forma a fortalecer o contraditório, proporcionando oportunidades iguais aos desiguais[80]. Tudo isso, sem comprometer a imparcialidade

[80] Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal.

REFERÊNCIAS

ALEXEY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Prática Trabalhista**. 2. ed. v.2. São Paulo: Premier Máxima, 2008. Coleção Prática Forense.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Operação Hurricane:** um juiz no olho do furacão. São Paulo: Geração Editorial, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo Editora Martins Claret ltda, 2001

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. **Nota da Ajufe sobre o ministro Dias Toffoli**. 23 jul. 2011. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4170:nota-da-ajufe-sobre-o-ministro-dias-toffoli&catid=40:noticias>. Acesso em: 28 jun. 2011.

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luis. **Código ibero-americano de ética judicial**. Tradução de Rosa Maria Severino. Brasília: CJF, 2008. 69 p.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, [S.l.], n.4, jan./fev. 2009.

VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido Fernandez. **El Juez imparcial**. Granada: Comares, 1997.

BELER, Aude Gros. **A Mitologia Egípcia**. Tradução de Teresa Curvelo. Lisboa: Gama Editora, 2001.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 83. ed. São Paulo: Ave Maria, 1992. Edição Claretiana.

BICUDO, Hélio. **Direitos Humanos e sua Proteção**. São Paulo: FTD, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: UNB, 1992. p.661

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONFIM, Benedito Calheiros (Org.). **Mandamentos do advogado e do juiz**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BRASIL. Decreto de Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941, p.19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BRASIL. Decreto n. 22.132, de 25 de novembro de 1932. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 26 nov. 1932. Seção 1, p.21602. Disponível em:

<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22132-25-novembro-1932-526777-publicacaooriginal-82731-pe.html>. Acesso em: 29 jun. 2011.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 19 set. 1946. Seção 1, p.13059. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituicao46.htm>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de Dezembro de 1968. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 1968. Seção 1, p.10801. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm>. Acesso em: 15 jul. 2011.

BRASIL. Ato Institucional n.16 de 14 de outubro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 out. 1969. Seção 1, Parte 1, p. 8705. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_9.htm>. Acesso em: 15 jul. 2011.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jul. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jul. 1990. p.14303. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

BRASIL. Lei n. 8.930 de 6 de setembro de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 set. 1994. p.13469. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 25 jun. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995. p.15033. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 18 jul. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 24, de 09 de dezembro de 1999. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, DF, 10 dez. 1999. Disponível em: <CTPS://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc24.htm>. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24 jul. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. p. 9. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 7 jun. 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. 12.ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2011a.

BRASIL. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 maio 2011b. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus**. Direito Processual Penal. Homicídio qualificado e fraude processual. Prisão preventiva. Legalidade da constrição cautelar. Ordem

denegada. Liminar cassada. Documento: 633816 - Inteiro Teor do Acórdão - 29. jun. 2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/HC_58813_SP_29.06.2006.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2011.

BULFINCH, Thomas. **Mitologia Geral:** idade da Fábula. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962. Título original: Mythology: The age of Fable.

CALMON, Eliana. Judiciário precisa ser controlado. **Justiça Federal Hoje**, Salvador, n.3.172, 07 jun. 2010. Disponível em: <http://www.jfba.jus.br/JFBA/Noticias/JFH/2010/10-06-07.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

CARMO, Suzana J. de Oliveira. **Princípio da Imparcialidade ou da Impessoalidade: Qual deles Garante o Devido Processo Legal?** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 24 Ago. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/ufsc/113-direito-constitucional/4168>. Acesso em: 11 jan. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**: Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 24.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. Código de Ética da Magistratura Nacional. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 set. 2008. p.1-2. Disponível em: <http://tj-to.jusbrasil.com.br/noticias/101846/codigo-de-etica-da-magistratura-nacional>. Acesso em: 10 jul. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. Resolução n. 75, de 12 de Maio de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 maio 2009. Seção 1, p.72-75.

CONSULTOR JURÍDICO. **Anuário da Justiça Brasil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 17 jul. 2011.

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **CLT LTR 2011**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA, Luciana Gross. **Relatório ICJBrasil: 2º trimestre 2009**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. **Os Juízes Brasileiros Favorecem a Parte Mais Fraca?** Berkeley: University of California, 2006. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito Processual Civil:** Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Recursos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOIS, Ancelmo. DSK ou a camareira, um dos dois está sendo caluniado. **Ancelmo.com**, 10 jul. 2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/ancelmo/default.asp?a=98&cod_blog=112&ch=n&palavra=&pagAtual=5%20&periodo=201107>. Acesso em: 12 jul. 2011.

GOMES, Laurentino. **1882:** como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e Justiça criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10768>. Acesso em: 10 maio 2011.

GRECO Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v.7, n.9, p.119-144, dez. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O acesso à justiça no ano 2000. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. v.1, p.31-41.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v.387, p.3-22, set./out. 2006.

IMPARCIALIDADE. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.2, p.766.

IMPARCIALIDADE. In: HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p.1578.

JESUS, Damásio de. Os olhos abertos de Thêmis. **Jornal Jurídico Síntese**, n.62, p.5, abr. 2002.

KHALIL, Antoin Abou. **Processo decisório judicial à luz dos tipos psicológicos de Carl Gustav Jung**. 2010. 369f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário de Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LITRENTO, Oliveiros. **Dialética e técnica na teoria geral do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1984.

MACCALÓZ, Salete Maria Polita. **Poder Judiciário, os Meios de Comunicação e Opinião Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MACHADO, Ana Maria. **Infâmia**. Rio de Janeiro: Alfagara Brasil, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo:Malheiros, 2006.

MARTINS, Gilberto Valente. A necessidade de reforma organizacional da Justiça Militar. **Revista Direito Militar**, Natal, v.1, n.2, p.39-43, out./nov. 1996.

MARTINS, José Renato da Silva. **O dogma da neutralidade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 69.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 57. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis:** as formas de governo, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987. p.172.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES MELLO, Cleyson. O juiz Hermes e a compreensão do Direito. In: MAGALHÃES, Marcelo Cavalcanti Piragibe. **Fundamentos do Direito na contemporaneidade.** Juiz de Fora: Editar, 2011. p.136.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Imparcialidade: Reflexões sobre a imparcialidade do Juiz. **Revista Jurídica**, Blumenau, n.250, p.5-11, ago. 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Francisco de Assis Serrano. **Direito de Imprensa**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

O JURI. Direção: Gary Fleder. Produção: Gary Fleder, Christopher Mankiewicz. Intérpretes: John Cusack, Rachel Weisz, Gene Hackman, Dustin Hoffman, Jeremy Piven e outros. Roteiro: Brian Koppelman, David Levien, baseado no romance de John Grisham. EUA: Estúdio: New Regency Pictures, 2003. 1 bobina cinematográfica (127 min), son., color., 35 mm.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Constituição e direitos humanos fundamentais: exigibilidade e proteção. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPENDI, 17, 2008, Brasília. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.3664-3677. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/08_846.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2011.

ORDENAÇÕES FILIPINAS [1603]. Da maneira, que ham de teer os Juizes, que ElRey manda a algumas Villas per seu serviço, e do poder que ham de levar. Livro I, Título XXV. In: ALMEIDA, Cândido Mendes de. (Ed.). **Ordenações Filipinas**. Rio de Janeiro: [s.n.],

1870. v.1-5; Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l1p155.htm>. Acesso em: 27 jun. 2011.

PERELAMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção:** aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium, 2003.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Brasil. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178**. Petição inicial. 2 de julho de 2009. p.5. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/docs/ADIN%204277%20peticao%20inicial.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2011.

RAWLS, John. **Justiça como equidade:** uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 1971.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, n.16, p.95-122 2006.

RIBEIRO, Ivan César. **Robin Hood Versus King John:** como os juízes locais decidem casos no Brasil. 2006. Versão em Português. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=961425>. Acesso em: 14 jun. 2011.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados:** uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 140p.

SAMPAIO, José Adécio Leite. **A Constituição Reinventada Pela Jurisdição**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6.ed. São Paulo: Método. São Paulo, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.331-339.

SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais**. São Paulo: Renovar, 2008.

SEABRA, Cátia; VALENTE, Rubens. Ministro do STF viaja para a Itália a convite de advogado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jul. 2011. Caderno Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2207201117.htm>. Acesso em: 30 jul. 2011.

SEN, Amartya. Imparcialidade aberta e fechada. **Alceu**, Rio de Janeiro, v.3, n.6, p.5-30, jan./jul. 2003.

SILVA, Cícero Henrique Luís Arantes da. A mídia e sua influência no Sistema Penal. **Jus Navigandi**,Teresina, a. 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2814>. Acesso em: 30 nov. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Artur Cezar de. **A parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasil. Súmula Vinculante nº 13. Sessão Plenária de 21 de agosto de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 ago. 2008. p. 1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Assessoria de Comunicação Institucional. **TJMG na mídia:** notícias do Judiciário mineiro veiculadas nos meios de comunicação. Belo Horizonte: TJMG, [2011?].

VASCONCELOS, Frederico. CNJ intima juízes a explicar torneio de golfe. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 ago. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/957842-cnj-intima-juizes-a-explicar-torneio-de-golfe.shtml>. Acesso em: 13 ago. 2011.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Imparzialità del giudice e giusto processo**. [2007?]. Disponível em: <http://campus.academiadederecho.org/upload/webs/Bari/Imparcialidad%20Bari%20en%20italiano%20FINAL.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2011.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi:** Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): lei das XII tábuas. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2002.

WIKIPÉDIA. **Princípio da imparcialidade**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Princ%C3%ADpio_da_imparcialidade>. Acesso em: 22 jun. 2011.