

SOBRE A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

ABOUT IMPARTIALITY OF JUDGE

SILVA JR., Nelmon J.¹

RESUMO: Ensaio sobre a imparcialidade do Juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Imparcialidade. Juízo. Garantia.

ABSTRACT: Essay on the impartiality of judgment.

KEYWORDS: Impartiality. Judgment. Warranty.

O juiz, é um homem e, se é um homem, é também uma parte. Esta, de ser ao mesmo tempo parte e não parte, é a contradição, na qual o conceito de juiz se agita. O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, é seu drama²; portanto, desde logo, no entanto, é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos outros, sujeito de sua sociedade e à sua própria história.³

Exemplo discutível quanto à citada imparcialidade, reside na aplicação do preceito posto pelo art. 104, do Digesto Processual Penal, vez que textualmente deposita nas mãos do

- 1 ADOGADO CRIMINAL ESPECIALISTA EM DIREITO (PROCESSUAL) PENAL, CIBERCRIMES E CONTRATERRORISMO; CIENTISTA E ESTUDIOSO DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL - CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7382506870445908>
1.MANTENEDOR DOS BLOGS CIENTÍFICOS: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com> - <http://propriedadeindustrialivre.wordpress.com>
2. CIENTISTA COLABORADOR: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Portal de e-governo - BRA) - Glocal University Network (ITA) – Universiteit Leiden (HOL) – University of Maryland (EUA)
3. MEMBRO: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA - AL); Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC); Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM); Associação dos Advogados Criminalistas do Paraná – (APACRIMI); International Criminal Law – (ICL - EUA); National Association of Criminal Defense Lawyers (EUA); The National Consortium for the Study of Terrorism and Resposes to Terrorism (START - EUA); e International Center to Counter-Terrorism – The Hague (ICCT - HOL).
4. MEMBRO FUNDADOR: Associação Industrial e Comercial de Fogos de Artíficos do Paraná/PR; e AINCOFAPAR (Conselheiro Jurídico), Associação Bragantina de Poetas e Escritores
5. COLABORADOR DAS SEGUINTE MÍDIAS: www.arco.org.br - www.conteudojuridico.com.br - <http://artigocientifico.uol.com.br> - <http://www.academia.edu/> - <http://pt.scribd.com/> - <http://www.academicoo.com/>, dentre outras.
6. AUTOR DOS SEGUINTE LIVROS CIENTÍFICOS: *Fogos de Artíficio e a Lei Penal* (2012); *Coletânea* (2013); *Propriedade Intelectual Livre* (2013); e *Cibercrime e Contraterrorismo* (2014).
7. AUTOR DOS SEGUINTE LIVROS LITERÁRIOS: *Valhala* (1998); *Nofretete* (2001); e *Copo Trincado* (2002).
- 2 CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Ed. Conan – 1996. Livro disponível em: <http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/asmiseriasdoprocessopenal.pdf>. Acesso em: 30.05.2014.
- 3 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Renovar, 2001, p. 15.



Magistrado a nevrálgica decisão acerca de eventual afastamento do Representante Ministerial, quando tido por suspeito. Liminarmente, defendo a inconstitucionalidade deste artigo [...] Demonstrado, portanto, que exceptuando-se Membro do Ministério Público, o Magistrado que aplicar o preceito estampado pelo art. 104, CPP - independentemente de sua decisão e/ou convicção - estará fatalmente sendo parcial. Sustento que ao receber suspeições contra Agentes Ministeriais, deve o Juízo declarar-se impedido, frente a inaplicabilidade deste preceito legal, por inconstitucional.⁴

A imparcialidade do julgador é elemento integrante do devido processo legal, e portanto a parcialidade do Juiz é um contrassenso, vez que *a imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional implícita.*⁵

BADARÓ bem sublinha o assunto afirmando que *se a Constituição de 1988 não enunciou expressamente o direito ao juiz imparcial, outro caminho foi seguido pelos tratados internacionais de direitos humanos. O direito a um “tribunal imparcial” é assegurado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 (art. 14.1). De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, garante o direito a “um juiz ou tribunal imparcial” (art. 8.1).*

Como sabido, o Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos integra o ordenamento jurídico nacional, tendo sido promulgado internamente por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, o que também ocorreu com a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Não há consenso, porém, sobre o grau hierárquico ocupado por tais normas, no ordenamento jurídico brasileiro. Há respeitável corrente doutrinária no sentido de que, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos têm status constitucional. Embora sem chegar a tanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, alterou seu posicionamento anterior, seguindo a linha defendida no voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal.⁶

Derradeiramente, qualquer que responda criminalmente tem a garantia de ser julgado por um Juiz imparcial, mesmo que leis infraconstitucionais disponham de forma diversa., por

4 SILVA JR., Nelmon J. **A divina imparcialidade humana**. Curitiba: 2013. Texto disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/03/27/a-divina-imparcialidade-humana-nelmon-j-silva-jr-2/>. Acesso em: 30.05.2014.

5 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 144.

patentemente inconstitucionais.

Foi o julgamento pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, do caso *Piersack vs. Bélgica*, onde se fez distinção entre imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva. Vejamos como julgou citado Tribunal: *Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito.*⁷

Ora, quando o Juíz pré-julga ou pré-conceitua fatos relativos ao caso em análise, sua imparcialidade resta abalada (na forma objetiva, vez que relativo ao objeto do processo). Voltemos às interpretações no caso *Piersack vs. Bélgica*: *todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática [...] é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade.*⁸

Anteriormente, o mesmo TEDH, no julgamento do caso *De Cubber vs. Bélgica*, assim já havia decidido: *na própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o Requerente, o citado magistrado havia formado já nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma idéia sobre a culpabilidade daquele. Nestas condições, é legítimo temer que, quando começaram os debates, o magistrado não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessárias.*⁹ E anteriormente ao julgamento do caso *De Cubber vs. Bélgica*, no julgamento do caso *Delcourt vs. Bélgica*, o TEDH proclamou: *Justice must not only be done; it must also be seen to be done.*¹⁰ Essa é a essência da festejada *Teoria da Aparência de Justiça*.

Assim também ocorreram nos casos *Hauschildt vs. Dinamarca*; *Hauschildt vs. Áustria*;

6 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias**. São Paulo: artigo disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/?p=331>. Acesso em: 30.05.2014.

7 TEDH, Caso *Piersack vs. Bélgica*, sentença de 01.10.1982.

8 Óp. cit. 5.

9 TEDH, Caso *De Cubber vs. Bélgica*, sentença de 26.10.1984.

10 TEDH, Caso *Delcourt vs. Bélgica*, sentença de 17.01.1970.

Nortier vs. Países Baixos; e Saraiva de Carvalho vs. Portugal, onde o mesmo TEDH, julgou serem parciais as decisões Judiciais quando proferidas pelo mesmo Juízo que decidiu as questões pré-processuais (normalmente acautelatórias). Como é sabido por quaisquer dos que militam na área penal, em nosso País, salvo exceção à regra, o magistrado que decide as questões pré-processuais é o mesmo quem decide a causa, portanto, via de regra, podemos afirmar tratarem-se de decisões objetivamente parciais.

Permito-me extrapolar, os incidentes cautelares bastam-se apenas pela presunção (em duplo sentido) de quem a requer, e de quem a concede, baseados mormente em *indícios de autoria* e/ou *materialidade*, portanto o Juízo de certeza cede espaço ao Juízo da incerteza ou da probabilidade. Verdadeiro Absurdo!

*Em suma, o juiz que decreta a prisão preventiva ou que autoriza a ação controlada está impedido de atuar na ação penal e julgar seu mérito. Em ambos os casos há clara perda de imparcialidade, em seu aspecto objetivo, na medida em que nas decisões anteriores terá havido antecipação de juízo condenatório, fazendo com que o acusado e a própria sociedade possam suspeitar de sua imparcialidade.*¹¹

*Na história do processo penal, as instituições judiciárias, quando procuraram definir o modelo ideal de juiz, alternaram entre a figura do juiz-cidadão a figura do juiz-magistrado. Pode-se afirmar que essa alternância quase sempre guardou correspondência com o sistema processual adotado. O juiz-cidadão esteve mais ligado ao sistema acusatório, que se interessava por um juiz espectador, capaz de promover uma valoração objetiva e do fato e da prova, enquanto o juiz-magistrado esteve mais presente no sistema inquisitório, que lhe dotava de plena capacidade investigativa.*¹²

Trata-se do que a doutrina alemã chama de *Übermassverbot* e *Untermassverbot*; ou, para WACQUANT algo em favor de "menos Estado" para o que diz respeito aos privilégios do capital e à utilização da mão-de-obra, exigem hoje, com o mesmo ardor, "mais Estado" para mascarar e conter as conseqüências sociais deletérias, nas regiões inferiores do espaço social,. da desregulamentação do trabalho assalariado e da deterioração da proteção social.¹³

11 Óp. cit. 5.

12 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. **O juiz moderno diante da fase de produção de provas: as limitações impostas pela Constituição.** Artigo disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_leonardo_m_marques.pdf. Acesso em: 30.05.2014.

13 WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** 2004. p. 13. Livro disponível em: http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/2_wacquant_loic_prisoes_da_miseria_redist_ribudo_por_bpi.pdf. Acesso em: 30.05.2014.

Penso, pois, tratar-se, como anteriormente dito, da *necessária reinterpretação hermenêutica da norma face ao conjunto normativo Constitucional, novamente socorro-me das lições de Lenio Streck (apoiado na sólida doutrina de Hans-George Gadamer – do dever-ser no ser), ao afirmar que: sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma, que é produto de uma atribuição de sentido - Sinngebung válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (Vorverständnis). A ausência de uma adequada pré-compreensão (Vorverständnis) impede o acontecer (Ereignen) do sentido.*¹⁴

Como bem lembra Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *sistemas acusatório e inquisitório não podem conviver harmonicamente*; bem arrematando, conclui Geraldo Prado, quando afirma que *as características essenciais de um são absolutamente incompatíveis com as características do outro*. Tido esse norte, devemos entender que não existe possibilidade formal de sustentarmos a existência de um *sistema misto*, como querem alguns.

A Lei nº 11.690/2008, que alterou partes do Digesto Processual Penal, em relação à redação dada ao artigo 156, I, que passou a autorizar o juiz determinar a produção da prova, de ofício, na fase de investigação, ao nosso ver é absurdamente inconstitucional. Pergunto, se a Carta Política de 1988 afastou o juiz das funções investigatórias, de modo a preservar ao máximo a sua imparcialidade, como pode ser constitucional, guerreado dispositivo trazido pela citada Lei? Óbvio tratar-se de preceito inconstitucional, inclusive por afrontar o devido processo legal.

Concluo, citando ROMANO, ao afirmar que *a imparcialidade do magistrado, seja subjetiva ou objetiva, é garantia constitucional a ser respeitada. O magistrado que, na fase de investigação, manifesta de forma clara uma cognição conclusiva, em medidas como prisão temporária, prisão preventiva, interceptação telefônica, sequestro de bens, sobre a culpabilidade do investigado, tem sua imparcialidade objetiva questionada, podendo a sentença de condenação que profira ser crivada de nulidade absoluta.*¹⁵

14 SILVA JR., Nelmon J. **Breve argumento sobre a (mais que) necessária constitucionalização do direito penal.** Curitiba: 2013. Texto disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/15/breve-argumento-sobre-a-mais-que-necessaria-constitucionalizacao-do-direito-penal-nelmon-j-silva-jr/>. Acesso em: 30.05.2014.

15 ROMANO, Rogério Tadeu. **O juiz inquisidor no Brasil: um confronto com o sistema acusatório.** Artigo disponível em: <http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina303-o-juiz-inquisidor-no-brasil.pdf>. Acesso em: 30.05.2014.