

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

DANTON YURI LUDTKE

**IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2022

DANTON YURI LUDTKE

**IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas
Machado de Assis, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

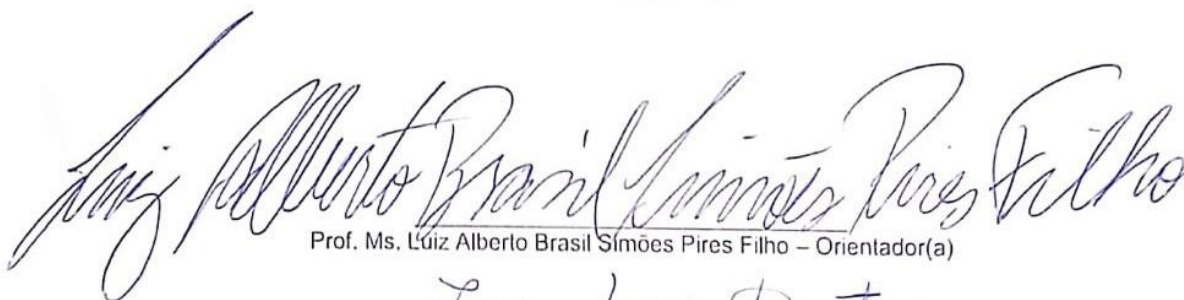
Santa Rosa
2022

DANTON YURI LÜDTKE

IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
TRABALHO DE CURSO

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho – Orientador(a)



Esp.ª Jacqueline Dutra



Prof. Ms. Marcelo Mendes Lech

Santa Rosa, 07 de dezembro de 2022.

DEDICATÓRIA

Para minha família e meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço meu orientador Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho.

O homem não sabe mais que os outros animais; sabe menos. Eles sabem o que precisam saber. Nós não.

Aforismos e afins, Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por tema a imparcialidade do juiz no processo penal, cuja delimitação se volta para suas condições de possibilidade. Tem como objetivo geral compreender a imparcialidade e objetivos específicos de conceituar e caracterizar suas condições. Referente à metodologia, a pesquisa é descritiva, uma investigação bibliográfica e documental de dados, abordados e analisados de modo qualitativo. A temática se mostra pertinente ao versar sobre a imparcialidade, que norteia todo o processual, no caso, o penal, e oportuna, ao se ocupar com as condições sob as quais pode ser proporcionada. A monografia é organizada em dois capítulos. O primeiro capítulo tem o propósito de apresentar os sistemas processuais penais e é dividido em duas seções: sistemas processuais na história e sistema processual penal brasileiro a partir do Código de Processo Penal e Constituição. O objetivo da primeira seção é descrever, contextualizar os sistemas e de sua origem e desenrolar, pontuar as diferenças. Além de, já na segunda seção, a partir do Código de Processo Penal, bem como a Constituição, definir o sistema processual penal aplicado no país. O segundo capítulo tem o propósito de apresentar a imparcialidade e suas condições de possibilidade. O capítulo é dividido em duas seções: imparcialidade e suas (in)definições conceituais e legais e imparcialidade subjetiva x objetiva. O objetivo da primeira seção é apresentar a definição conceitual e legal de imparcialidade e expor a problemática confusão entre neutralidade. Além de, já na segunda seção, fazer a diferenciação da imparcialidade (subjetiva x objetiva) por meio do entendimento do TEDH e apontar brevemente as novidades na legislação interna sobre a matéria. Após cumprir o objetivo geral e os objetivos específicos, a hipótese: com as condições de possibilidade presentes, se garantirá a imparcialidade do julgador no processo penal, foi confirmada. Desde que em um sistema acusatório, com o afastamento do juiz da produção da prova, do agir de ofício e da contaminação dos autos do inquérito, preservando-lhe a originalidade cognitiva. A imparcialidade é possível sob certas condições e deve ser analisada de forma interdisciplinar para ser compreendida. É uma construção, por isso, aperfeiçoável. Se deve alterar a forma de pensar e caminhar para um sistema processual penal mais democrático, com um julgador ciente de seu papel e de sua responsabilidade política.

Palavras-chave: Sistema – Imparcialidade – Juiz

ABSTRACT OU RESUMEN

The present thesis paper has as its theme the impartiality of the judge in the criminal process, taking as delimitation the conditions of that possibility. Its general objective was to understand impartiality and the specific objectives of conceptualizing and characterizing its conditions. Regarding the methodology, the research was descriptive, a bibliographical and documental investigation of data, approached and analyzed in a qualitative way. The theme is relevant when dealing with impartiality, which guides the entire procedure, criminal, in this case, as well as timely, when dealing with the conditions under which it can be provided. The thesis was organized in two chapters. The first chapter had the purpose of presenting the criminal procedural systems and was divided into two sections: procedural systems in history and the Brazilian criminal procedural system from the Code of Criminal Procedure and the Federal Constitution. In the first section, the intention was to describe, contextualize the systems and their origin and development, point out their differences. In addition, in the second section, from the Code of Criminal Procedure, as well as the Federal Constitution, to define the criminal procedural system applied in the country. The second chapter had the purpose of presenting impartiality and its conditions of possibility. The chapter was divided into two sections: impartiality and its conceptual and legal (in)definitions and subjective x objective impartiality. In the first section, it was sought to present the conceptual and legal definition of impartiality and to expose the problematic confusion between neutrality. Furthermore, in the second section, to make the differentiation of impartiality (subjective x objective) through the understanding of the TEDH and to briefly point out the innovations in the internal legislation regarding the matter. After fulfilling the general objective and the specific objectives, the hypothesis: with the present conditions of possibility, the impartiality of the judge in the criminal process will be guaranteed, was confirmed. Provided that, in an accusatory system, with the judge's separation from the production of evidence, the official act and the contamination of the investigation records, preserving its cognitive originality. Impartiality is possible under certain conditions and must be analyzed in an interdisciplinary way in order to be understood. It is a perfectible construction. The way of thinking must be altered, to move towards a more democratic criminal procedure system with a judge aware of his role and political responsibility.

Keywords: System – Impartiality – Judge

LISTA DE ABREVIACOES, SIGLAS E SMBOLOS.

 – Pargrafo

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

p. – Página

STF – Superior Tribunal Federal

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
1.1 SISTEMAS PROCESSUAIS NA HISTÓRIA.....	11
1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO	17
2 IMPARCIALIDADE E SUAS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE	24
2.1 IMPARCIALIDADE E SUAS (IN)DEFINIÇÕES CONCEITUAIS E LEGAIS	24
2.2 IMPARCIALIDADE SUBJETIVA X OBJETIVA	35
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por tema a imparcialidade do juiz no processo penal, cuja delimitação se volta para suas condições de possibilidade.

Tem como objetivo geral compreender a imparcialidade e objetivos específicos de conceituar e caracterizar suas condições. Referente à metodologia, a pesquisa é descritiva, uma investigação bibliográfica e documental de dados, abordados e analisados de modo qualitativo.

A temática se mostra pertinente ao versar sobre a imparcialidade, que norteia todo o processual, no caso, o penal, e oportuna, ao se ocupar com as condições sob as quais pode ser proporcionada.

Os autores utilizados são: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Eugenio Raúl Zaffaroni; Nereu José Giacomolli; Rubens R. R. Casara; Aury Lopes Jr.; Geraldo Prado; Lenio Luiz Streck; Anita Waingort Novinsky, entre outros.

A monografia é organizada em dois capítulos. O primeiro capítulo tem o propósito de apresentar os sistemas processuais penais e é dividido em duas seções: sistemas processuais na história e sistema processual penal brasileiro a partir do Código de Processo Penal e Constituição. O objetivo da primeira seção é descrever, contextualizar os sistemas e de sua origem e desenrolar, pontuar as diferenças. Além de, já na segunda seção, a partir do Código de Processo Penal, bem como a Constituição, definir o sistema processual penal aplicado no país.

O segundo capítulo tem o propósito de apresentar a imparcialidade e suas condições de possibilidade. O capítulo é dividido em duas seções: imparcialidade e suas (in)definições conceituais e legais e imparcialidade subjetiva x objetiva. O objetivo da primeira seção é apresentar a definição conceitual e legal de imparcialidade e expor a problemática confusão entre neutralidade. Além de, já na segunda seção, fazer a diferenciação da imparcialidade (subjetiva x objetiva) por meio do entendimento do TEDH e apontar brevemente as novidades na legislação interna sobre a matéria.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Este capítulo tem o propósito de apresentar os sistemas processuais penais e é dividido em duas seções: sistemas processuais na história e sistema processual penal brasileiro a partir do Código de Processo Penal e Constituição.

O objetivo da primeira seção é descrever, contextualizar os sistemas e de sua origem e desenrolar, pontuar as diferenças. Além de, já na segunda seção, a partir do Código de Processo Penal, bem como a Constituição, definir o sistema processual penal aplicado no país.

1.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NA HISTÓRIA

Conhecidos como clássicos e puros: Inquisitório e Acusatório, apesar de remontarem aos romanos, têm seus marcos no medievo, início do século XIII, de onde se observará as diferenças teóricas e conseqüentemente práticas de cada sistema.

O sistema inquisitório como diz Jacinto Coutinho, “[...] tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas”. (COUTINHO, 2018, p. 37). Surgiu na Igreja Católica como resposta aos heréticos e doutrinas contrárias, incompatíveis com sua aspiração universal. “Foi uma opção política, econômica, jurídica e também filosófica; e visava a superação dos Juízos de Deus, considerados pouco eficientes no combate ao crime, principalmente a heresia.” (COUTINHO, 2021, p. 107).

Tais juízos apareciam e se expressavam nas partes, principalmente quando em duelos. Quem vencia, tinha a razão. Ali os juízes eram árbitros desportivos, mantenedores da ordem e preventores de fraudes, na espera da sentença divina (ZAFFARONI, 2013).

Ocorre que,

Com as leis romanas imperiais injetadas pelos juristas, a verdade passou a ser estabelecida por interrogação, por *inquisitio*. O imputado devia ser interrogado, e se não queria responder a verdade lhe era extraída pela violência, pela tortura. (ZAFFARONI, 2013, p. 27).

Ressalta-se, nas palavras de Jacinto Coutinho, que “[...] a inquisição, enfim, não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justificá-la: os mecanismos do sistema inquisitório.” (COUTINHO, 2018, p. 46).

No ano 1215, Papa Inocêncio III, instituiu, no IV Concílio de Latrão, o procedimento inquisitório, consolidado por Gregório IX em 1231, por meio da *Constitutio Excominianus* e por Inocêncio IV, com a bula *Ad Extirpanda* em 1252-54, quando seus métodos já se espalhavam pelo mundo (LORA, 2019).

O Santo Ofício ou o Tribunal da Inquisição, municiou-se de duas obras: *Directorium Inquisitorum*, escrita por Nicolau Eymerich em 1376, revista e ampliada por Francisco De La Peña em 1578, também conhecida como Manual dos Inquisidores, e *Malleus Maleficarum*, escrita por Heinrich Kramer e Jacob Sprenger, em 1489, o chamado Martelo Das Bruxas (ZAFFARONI, 2020).

Que orientaram as formas procedimentais para a acusação (denúncias anônimas e vagas); a investigação (de ofício); a produção das provas (confissão, prova-maior) e seus métodos de obtenção: a tortura — ações justificadas pela verdade a ser encontrada (CARVALHO, 2022).

Já em 1219, Domingos de Gusmão liderou luta armada contra os apóstatas, empregando técnicas de crueldade e violência posteriormente repetidas. Não espanta que membros da ordem dos dominicanos, estudiosos da origem do mal, os conhecidos demonólogos, se originassem de tal aliança. Estes, elaboraram um discurso para liberar o poder punitivo de todo e qualquer limite, em função de uma emergência — base para criar um estado de paranoia coletiva que serve para aquele que opera o poder punitivo o exerça sem nenhum limite e contra quem lhe incomoda (ZAFFARONI, 2013).

Em um primeiro momento, na fase medieval, o propósito era consolidar a crença em Jesus Cristo, as mensagens de salvação e vida eterna, construções que foram rodeadas de dúvidas e questionamentos. Diferenças em torno do bem e do mal, da natureza do homem e o seu fim, deflagraram várias seitas opostas à ortodoxia pretendida (NOVINSKY, 1982).

Segundo a autora, “[...] as heresias medievais, pondo em dúvida os dogmas do catolicismo e a infalibilidade da Igreja [...]” (NOVINSKY, 1982, p. 16) abalavam seu poder e força, o que mostra que a Igreja, além de empreender religiosamente contra os hereges, lutava contra a ameaça ao poder, intimamente ligados.

Para que a caça aos *heiretikis*, “que escolhe” em grego, ou seja, aqueles que não aceitaram a fé imposta, surtisse efeito, o apoio dos soberanos e do Estado se fez presente, momento em que ele e a Igreja não se opunham, separação ocorrida mais tarde na história (NOVINSKY, 1982).

Foi na Espanha e Portugal, durante a época moderna, que a Inquisição alcançou seu apogeu, adquiriu caráter cruel e desumano,

[...] procurou hereges nos reinos e nas colônias, perseguiu, torturou, puniu homens e mulheres de todas as classes sociais e de todas as idades, por crerem, pensarem ou se comportarem de maneira diferente dos padrões morais e religiosos impostos pela Igreja. (NOVINSKY, 1982, p. 8).

A base sob a qual se apoiava era a denúncia. Admitida anonimamente, servia para, por si só, iniciar o processo, “[...] um suspeito podia ser preso sem saber o que se queria dele. Nunca ficava conhecendo o nome de quem o acusou, nem lhe era comunicado o motivo de sua prisão [...]”. (NOVINSKY, 1982, p. 58), situação um tanto kafkiana.

As denúncias não só mantinham a continuidade de processos e de pretensos confessores, mas sua manutenção financeira (confisco e gratificação) advinda de seus serviços (SAGAN, 2018).

Quando já aparelhados de uma burocracia, esse extermínio e roubo difundido, legal e moralmente aceitos, se alastrou. As vítimas então passaram não mais ser apenas os vulneráveis da sociedade e sim os membros das classes média e alta de ambos os sexos (SAGAN, 2018).

Essa atmosfera aparece no filme *Kladivo Na Čarodějnice* de 1970, dirigido por Otakar Vávra. A história, ambientada no século XVII, se passa em um condado da República Tcheca, onde uma camponesa, a fim de realizar uma simpatia, tenta furtar uma hóstia. O que desencadeará uma série de julgamentos e perseguições, ilustrando os meios e métodos usados à época.

O processo inquisitorial não pode ser tomado no geral, pois tem, cada um, dependendo do lugar, sua particularidade. Eugenio Raúl Zaffaroni dá uma ideia dessas diferenças, dividindo-o em cinco momentos:

[...] o processo inquisitorial que vinha dos romanos (o Digesto de Justiniano); a inquisição papal medieval, primeiro contra hereges (cátaros, valdenses, humilhados e outros) e depois contra as bruxas; a inquisição espanhola (que dependia dos reis e se dirigia contra os judeus e os convertidos); a inquisição romana, vigente na Itália na época da contrarreforma e; a inquisição que podemos chamar laica ou estatal, nas mãos dos príncipes como acontecia na França e Alemanha [...] (ZAFFARONI, 2020, p. 33).

Tal divisão propõe um olhar mais amplo desse fenômeno, que se espalhou pelo mundo sob diversas formas e finalidades, pela força de poderes dos mais diversos,

do qual seus alvos, à mercê desse aparato inquisitório, de violência e repressão, eram expostos e subjugados.

O ato de queimar bruxas — característica ocidental — com exceções políticas ocasionais, declinou desde o século XVI. A última execução na Holanda foi em 1610; na Inglaterra, 1684; na América, 1692; na França, 1745; na Alemanha, 1775; na Polônia, 1793; e na Itália, em fins do século XVIII (SAGAN, 2018).

A partir dos séculos XVII e XVIII, “[...] iniciou-se o período moderno de administração da justiça, reduzindo-se e amenizando-se as características inquisitoriais dos procedimentos penais.” (PRADO, 2005, p. 152), momento que “[...] foi tomando corpo o saber das corporações dos filósofos e pensadores no campo político geral.” (ZAFFARONI, 2013, p. 53).

O Iluminismo, chamado Século das Luzes ou da Razão, aparece com importantes disposições como o Bill of Rights de 1689, a Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 — ações legislativas que transpuseram as ideias da época — políticas e filosóficas, para a realidade jurídica (GILISSEN, 1995).

Os ideais iluministas se desenvolveram com notáveis personagens, como Friedrich Spee; Christian Thomasius; John Locke; Montesquieu; Cesare Beccaria; Jean-Jacques Rousseau; Voltaire e Jeremy Bentham, entre outros pensadores, que operaram mudanças significativas no direito penal (ZAFFARONI, 2013).

O sistema acusatório nasceu na Inglaterra sob bases diferentes, tanto políticas como sociais. Sua juricidade, influenciada pelos anglo-saxões, dinamarqueses e celtas, consistia nos costumes locais e na moral, pois pouco legislado (COUTINHO, 2021).

Os reis foram assentando domínio do território, firmando autoridade por meio de suas jurisdições em detrimento das senhoriais e locais, que gradualmente perderam considerável volume de atribuições. Impedindo aos clãs a criação e a manutenção de exército, em troca, oferecendo proteção e com o poder concentrado em suas mãos — o trono de Henrique II, rodeado de lutas feudais, proporcionou a superação dos Juízos de Deus, ali também recorrentes, com a estruturação do Common Law (COUTINHO, 2018).

A partir daí, um modelo de ordens do rei — os *writs* — passa a prevalecer e as decisões, fundamentadas pelos costumes do reino, a produzir precedentes.

Quando o rei recebia uma reclamação, emitia – ele mesmo ou o *lorde chancellor* – uma ordem direcionada a um seu representante no local (em geral um *sheriff*), a fim de obrigar o representado ao cumprimento da ordem ou a dar explicações. Essas eram julgadas pelos tribunais reais, começando pelo *Curia Regis* que, logo, vai ganhando subdivisões. (COUTINHO, 2021, p. 108).

Para tratar especificamente diferentes matérias, foi dividido em três — Tribunal do Tesouro (*Scaccarium* ou *Court of Exchequer*), para finanças e litígios fiscais; Tribunal das Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*), para os processos entre particulares relativos à posse de terra e Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*), para os crimes contra a paz do reino (GILISSEN, 1995). Assim,

[...] qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei, podia endereçar-lhe um pedido; o Chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada *writ* (em latim: breve; em francês *bref*) a um xerife (agente local do rei) ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao queixoso; o facto de não dar esta satisfação era uma desobediência a uma ordem real; mas o réu podia vir explicar a um dos Tribunais reais por que razão considerava não dever obedecer à injunção recebida. (GILISSEN, 1995, p. 210).

Uma particularidade do direito inglês é o papel que o júri exerceu em sua organização. Apareceu em 1166, em Clarendon, por um *writ* com nome de *novel disseisin* — com suas respectivas *forms of action* e mecanismos — logo mostrou ser um processo penal original, eminentemente das partes (GILISSEN, 1995).

Jacinto Coutinho observa que “[...] é elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais arredia a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados.” (COUTINHO, 2018, p. 52).

A partir deste marco,

Pela mesma data, a acusação pública em matéria criminal já não é entregue a um funcionário, uma espécie de Ministério Público, mas à comunidade local; um júri, mais tarde chamado *Grand Jury* deve denunciar os crimes mais graves (assassinios, roubos, etc.) aos juizes (*indictment*), composto de 23 jurados em cada condado (*county*), de 12 jurados em cada centena (*hundred*), tornou-se o júri de acusações; os jurados deviam decidir segundo o que sabiam e segundo o que se dizia; não deviam ocupar-se com as provas. Esta tarefa era transferida para um segundo júri, chamado o *Petty Jury*, composto geralmente de 12 jurados, *boni homines*, recrutados entre os vizinhos. No início era perante eles que tinham lugar os julgamentos de Deus; mas quando no século XIII os ordálios desapareceram progressivamente, o júri devia decidir se o acusado era culpado ou não (*guilty or innocent*) conforme o que sabiam do caso, sem ouvirem testemunhas ou admitirem outras provas; o júri é que era a prova dizendo a verdade: *vere dictum* — veredicto. (GILISSEN, 1995, p. 214).

Não havia intervenção além da manutenção da ordem, transformando o julgamento em um debate, uma disputa entre acusador e acusado. Também não se produziam provas no início, “[...] elas só vieram – como regra – nos séculos XV e XVI, como *evidence*, quando já não se tinha mais conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstituir o crime e seus pormenores.” (COUTINHO, 2018, p. 119).

A sobrecarga dos tribunais reais levou a uma solução, que se estruturou com o *writ* do júri e se foi consolidando em um modelo de processo capaz de promover isonomia, publicidade, oralidade e liberdade.

É óbvio que essa estrutura “[...] fortaleceu o rei, que simbolicamente decidia como decidisse seu povo.” (COUTINHO, 2021, p. 108). Não livre de polêmicas, tal forma de se proceder instigou e movimentou conflitos entre os reis e os barões na disputa de poder.

Com a *Magna Charta Libertatum* de 1215 de João Sem-Terra, um dos mais célebres documentos da humanidade, a ideia de que ninguém pode ser preso sem o julgamento por seus pares se robusteceu, tamanha influência e importância.

Segundo Jacinto Coutinho,

Foi, sem dúvida, uma vitória dos barões, mas, de reboque, a par do controle destes sobre o rei, veio regras que atingiam a todos – e fizeram nascer a consciência da cidadania –, como aquela que referia que "Nenhum homem livre será preso ou despojado ou colocado fora da lei ou exilado, e não se lhe fará nenhum mal, a não ser em virtude de um julgamento legal dos seus pares ou em virtude da lei do país". No constante conflito entre as forças, entre os barões e o rei, parece ter levado vantagem o povo, até assumir a consciência de ser o efetivo detentor do poder, pelo menos para efeito de não ter violado o seu espaço de intimidade, com uma cultura de respeito à cidadania. (COUTINHO, 2018, p. 51).

Em 1258 com as Provisões de Oxford, os ricos conseguiram sob a ingerência do rei a proibição de novos *writs*; já com o Estatuto De Westminster em 1258, ocorreu a manutenção do *status quo*, combinando os interesses de ambos, permitindo sua aplicação *in consimili casu*, caso houvesse precedentes naquele sentido (GILISSEN, 1995).

Em meio aos conflitos entre o Rei e o Parlamento, que apoiava os *common lawyers*, resistindo às tendências absolutistas — se permitiu um sistema dualista com tipos de jurisdição, processo e regras diferentes através de reforma (*Judicature Acts*) da organização judiciária, que desde então os conjuga (GILISSEN, 1995).

John Gilissen contextualiza os juízes da época:

Estes tornam-se muito cedo, pelo menos desde o século XIV, juízes profissionais, no sentido em que se consagram quase exclusivamente ao estudo do direito; mas não são, como mais tarde nas grandes jurisdições do continente, legistas formados nas universidades na disciplina do direito romano. Os *common lawyers* são antes de mais, práticos, formados como litigantes (*barristers*, advogados); não era necessário ser licenciado em direito por uma universidade para vir a ser solicitar (solicitador), *barrister* ou *judge*. Para os práticos, os precedentes judiciais (os *cases* = casos julgados) foram sempre duma grande utilidade para a defesa dos interesses que lhes eram confiados: o facto de poder lembrar ao tribunal que já decidiu um litígio em tal sentido, dá ao advogado os melhores meios para ganhar o seu processo. Foi assim sobretudo no domínio da interpretação extensiva, por semelhança, dos *writs*. Desde 1290, as principais decisões judiciais dos Tribunais de Westminster eram registadas e conservadas nos *Year Books*, escritos em *law French*, provavelmente por advogados. A partir do século XVI, as compilações impressas de jurisprudência, os *Law Reports*, constituem a documentação mais importante dos juízes e advogados; ainda é assim no século XX. (GILISSEN, 1995, p. 211).

Apesar de terem surgido juntos, cada sistema guarda características opostas entre si. Com bases diferentes, se configuraram e se reproduziram em variados lugares, influenciando toda a prática processual. Características de ambos sistemas se misturaram ao longo do tempo, deixando, a depender da característica incorporada ou abandonada, mais democrático o sistema ou mais autocrático.

Enquanto um tem na figura do juiz uma acumulação de funções (acusar e julgar), o outro possibilita um juiz alheio, afastado, com funções delimitadas. Enquanto um permite o julgador produzir prova, no outro essa tarefa é das partes. É possível afirmar que um preza pelo anonimato e a escrita, ao passo que o outro preza pela publicidade e a oralidade. Um bem se adequa a regimes autoritários, que inobservam os direitos fundamentais, o outro está mais propenso a aparecer em regimes democráticos, onde os direitos fundamentais são observados.

1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

O que se busca no processo penal é possibilitar o conhecimento de um evento, a fim de alcançar uma decisão justa e aceitável. Trata-se da reconstrução de um fato, sempre no passado, nunca ele mesmo (tarefa impossível), apenas uma aproximação.

Estruturalmente preestabelecido, o processo implica uma reconhecimento por meio da linguagem da história que chega ao conhecedor, nunca em sua totalidade, sempre

fragmentada (COUTINHO, 2021). Essa reconstituição se dá por meio da produção e coleta de material. Daí decorre e permite-se extrair a nomenclatura do sistema.

Segundo Aury Lopes Jr. “[...] o ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório.” (LOPES JR., 2022, p. 80).

Percebe-se que o princípio inquisitivo institui o sistema inquisitório, quando a gestão da prova se encontra nas mãos do juiz, e que o princípio dispositivo institui o sistema acusatório, quando a gestão da prova se encontra nas mãos das partes. Assim, observa-se dois juízes, o inquisidor e o espectador, respectivamente (LOPES JR., 2022).

Sua teorização ocorre mediante oposição entre um princípio e outro. Desse antagonismo de funções que cada modelo de processo proporciona, as diferenças, destacadas, encaminham sua definição.

Portanto, se deve ter em mente que há dois sistemas, cada um regido à sua maneira, e que são adjetivos que qualificam o substantivo — sistema — conceito que não se resolve no campo jurídico, razão por que se deve, de forma interdisciplinar, abrir diálogo com a filosofia (COUTINHO, 2021), que o próprio autor faz com base nas lições do filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804).

Kant constrói o conceito de sistema como conjunto de elementos que se colocam em relação, uns com os outros, sob uma ideia única e destinado a um fim. Eis a ideia de um sistema no qual não mais se busca a “essência” do objeto, mas sim a palavra que é dita, como mito, no lugar daquilo que, se existir, não se sabe o que é e não pode ser dito, mas que pode, por ela — a palavra — e sua relação com os significantes que a seguem, exprimir o conjunto. (COUTINHO, 2021, p. 104).

Isso tudo não significa que não possam existir concomitantemente, com características de outro sistema. O fato de o processo possibilitar a separação das atividades dos sujeitos, a oralidade, a publicidade, a coisa julgada, entre outras qualidades acusatórias, importantes na implementação do sistema, não bastam por si sós, pois o princípio informador é o que o fundamenta (inquisitivo ou dispositivo).

Mesmo que os sistemas ditos puros sejam tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de “sistema misto” não se sustenta. É uma fraude, nas palavras de Jacinto Coutinho “[...] desde o primeiro instante, conforme pode ser constatado, antes de tudo pelo que se passou na construção da

estrutura legislativa que formou esse “terceiro sistema”, com Napoleão, no *Code de 1808*.” (COUTINHO, 2021, p. 103).

Capitaneado por Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, a mescla entre os dois sistemas consistia em uma primeira fase sem contraditório, similar às *Ordonnance Criminelle* de 1670, de Luís XIV e outra fase onde a disputa era admitida, retoricamente dando ao processo aparência acusatória (COUTINHO, 2018).

A partir da Revolução Francesa, com o Código Napoleônico, se foi, tal formato de processo, difundindo e fixando raízes, sobretudo na Itália. O *Codice Rocco* de 1930, elaborado por Vincenzo Manzini em uma Itália sob a égide de Mussolini, retrata tal engendramento, dividindo-o em dois momentos (COUTINHO, 2018).

O primeiro confiado a juiz instrutor, foi chamado de *istruzione*; ao segundo foi concebido o nome *dibattimento*; um está voltado a operações secretas documentadas por escrito (o sentido religioso das atas, típico do estilo inquisitorial, é produto de cautela, desconfiança, escrúpulo exasperado); o outro, destinado a reviver os fatos descritos nos protocolos do instrutor. (CORDERO, 2018, p.19).

Assim, a prova produzida na primeira fase, na investigação — pelo juiz instrutor — era usada na fase processual, “[...] a sessão virava, como era sintomático, teatro, não raro pantomima; puro embuste; e os discursos, pomposos e longos, inflação fonética.” (COUTINHO, 2018, p. 125).

Observa Franco Cordero que “[...] o *dibattimento* precedido por uma *istruzione* escrita e secreta tem muitas probabilidades de se resolver em uma ficção de um processo acusatório”, e linhas depois fecha o pensamento dizendo “no resultado, não se vê uma grande diferença com os métodos de Valdès e Torquemada.” (CORDERO, 2018, p. 19).

No Brasil, o Código de Processo Penal de 1941, é inspirado na legislação italiana. Uma reprodução do Código Rocco de 1930, “[...] de orientação político-ideológica fascista, que dava corpo a um modelo de processo penal em que prevalecia o interesse público, em detrimento das garantias individuais.” (CASARA, 2015, p. 239), do qual “[...] influências externas, além-mar, forneciam a base teórica e ideológica ao proceder brasileiro.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 83).

O CPP de 1941 foi gestado durante o Estado Novo, onde Getúlio Vargas mostrou todo seu autoritarismo e arbítrio.

Vigorou no país o estado de emergência, sem tolerância à oposição política. O período foi cunhado como totalitário, ditatorial, conservador e reacionário. Esse autoritarismo era sufragado pelas elites industriais, banqueiros e grandes comerciantes. Um governo forte deveria controlar a população. Uma das formas de controle foi o sistema criminal. A oposição foi neutralizada, inclusive com o emprego da força física. Direitos fundamentais, Estado de Direito, democracia, respeito à dignidade, reconhecimento do outro eram vistos como obra demoníaca e de comunistas. Seus defensores eram tidos como inimigos do Estado e aliados da impunidade. (GIACOMOLLI, 2016, p. 83).

Para ilustrar tal momento, “[...] à margem do Estado de Direito, alheio ao Estado Constitucional legítimo, em uma época em que predominou o comportamento político reacionário e conservador [...]” (GIACOMOLLI, 2016, p. 83), a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Brasileiro, escrita por Francisco Campos, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diagnostica a mentalidade inquisitória que sai de suas linhas.

Que se pode observar na sua estrutura e nas escassas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos envolvidos, que não imunes dessa influência, ainda carecem de reformulação e superação, a substituição dos métodos inquisitoriais por meios mais democráticos e civilizados (GIACOMOLLI, 2016).

Objetivava, com a codificação “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado”, buscando a abolição da “primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”. Restringindo a “aplicação do in dubio pro reo” e atribuindo ao juiz “faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer no final, antes de proferir a sentença”. (BRASIL, 1941).

Uma série de marcas inquisitoriais podem ser identificadas, uma coleção de mitos que habitam as práticas processuais penais, como a ideologia da busca da verdade material no processo penal; a prevalência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*; a presunção de culpa do sujeito, sem consideração de seu estado de inocência e a transformação do sujeito, pelo processo, em seu objeto (GIACOMOLLI, 2016).

Marcas estas, que aparecem na faculdade do juiz de formular ao réu “[...] quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz.” (BRASIL, 1941).

À ideia de elevação do magistrado ao ápice da pirâmide, como protagonista, condutor do processo, se deve um olhar crítico, já que assim “[...] justificam-se seus poderes instrutórios, seu agir *ex officio*. Tudo podendo no interior do processo.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 86), impondo-lhe funções estranhas e indevidas.

Segue Francisco Campos em sua Exposição de Motivos expondo um discurso que exprime as raízes que tem, de ignorar as garantias que o processo penal deve assegurar.

O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiohar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. (BRASIL, 1941).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, se estabeleceu, além de uma nova ordem política e social, uma ordem jurídica, com profundos reflexos no processo penal.

Este deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar e aplicar as penas ou para absolver, na medida em que tutela direitos e garantias, conformadores do processo, tornando-os obrigatórios no espaço dinâmico processual, cuja garantia compete ao terceiro imparcial (devido processo). A democracia da nova ordem constitucional reflete-se na democratização processual, sem supremacia das partes ou do julgador, mas com delineamento de funções a cada sujeito, as quais são interdependentes e constroem uma gama de decisões a cada situação criminal tensionada no espaço público processual. Em cada caso penal incidirão regras processuais referenciadas pela hermenêutica constitucional, no direcionamento da tutela jurisdicional efetiva. (GIACOMOLI, 2016, p. 96).

Considerando que “[...] o modelo constitucional é o processo devido, o qual também informa o “modo-de-ser” do processo penal e o “modo-de-atuar” dos agentes processuais, desvelando um paradigma democrático e humanitário de processo.” (GIACOMOLLI, 2016), de sua construção efetiva, com agentes que tenham ciência do regramento e preparação, depende tal modelo, guiado pela Constituição.

Mesmo sendo, o sistema acusatório, o único compatível com a Constituição, na esfera penal, ainda não se vê mudança nas práticas, “[...] o Brasil resiste como um dos poucos Estados da América do Sul a ter ultrapassado a fase de transição democrática sem ter editado um novo Código de Processo Penal em seguida à sua Constituição.” (PRADO, 2005, p. 224).

Para tanto, faz-se necessário compreender a CF não só como diploma político, mas também como regramento jurídico, político-jurídico, desenvolvendo-se, também, o processo constitucionalmente comprometido, abarcando a proteção dos direitos humanos e a defesa da Constituição. O modelo de processo penal desenhado a partir da CF ultrapassa a funcionalidade instrumental de incidência do *ius puniendi*, meramente repressora; mas abarca a exigência de tutela dos princípios e garantias constitucionais; [...] Em suma, o modelo democrático de processo penal depende de levar-se a sério todas as perspectivas: interação das normatividades convencional, constitucional e legal; diálogo doutrinário e jurisprudencial doméstico e internacional; comunicação entre as Cortes e decisões judiciais, na linha da compreensão e responsabilidade. (GIACOMOLLI, 2016, p. 101).

Outros autores¹², ao exporem a problemática dos sistemas processuais penais, já se referiram a um trecho de Robert Pirsig, que em uma leitura de seu livro *Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre os valores*, chama atenção, tamanho alcance e poder de reflexão de suas palavras — que bem ilustram a dimensão do problema a ser enfrentado.

É correto dizer que as instituições do governo e outras instituições são “o sistema”, uma vez que essas organizações se fundam nas mesmas relações conceituais estruturais que a motocicleta. São sustentadas por relações estruturais mesmo quando perdem qualquer outro sentido e propósito. As pessoas chegam a uma fábrica e, porque a estrutura exige que assim seja, das oito às cinco cumprem uma tarefa que não tem absolutamente nenhum sentido. Não existe um vilão, um “homem mau” que quer que elas vivam uma vida sem sentido; é a estrutura, o sistema, que o exige, e ninguém está disposto a tomar peito a difícil tarefa de mudar a estrutura pelo simples fato de ela não ter sentido. Porém, destruir uma fábrica, revoltar-se contra um governo ou evitar o conserto de uma motocicleta, a pretexto de serem sistemas, é atacar os efeitos, nenhuma mudança será possível. O verdadeiro sistema é a atual construção do pensamento sistemático em si, da racionalidade em si; e, se uma fábrica for destruída, mas a racionalidade que a produziu continuar de pé, essa racionalidade simplesmente produzirá outra fábrica. Se uma revolução destruir um governo sistemático, mas os esquemas sistemáticos de pensamento que produziram esse governo continuarem intactos, esses esquemas repetir-se-ão no governo seguinte. Fala-se muito sobre sistema, mas compreende-se pouco. (PIRSIG, 2015, p. 98).

Não bastam novas previsões legais, novas carreiras jurídicas, nem novos prédios, se as pessoas continuam pensando e agindo como se ainda vivessem em

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito e Psicanálise: Interlocução a partir da literatura. 2. Ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 139.

² POLI, Camilin Marcie de. Sistemas Processuais Penais. 2. Ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 18.

uma sociedade onde o sistema inquisitorial fosse orgânico, dado, imutável, e que seus métodos fossem aceitáveis ou inalteráveis.

O sistema penal deve ser percebido como um sistema de poder, e o direito (direito penal e processo penal), com sua natureza política, é responsável pelas formas e técnicas que utiliza e emprega em relação ao poder punitivo. Exige uma superação ideológica que racionalize e justifique os meios pelos quais julga e pune.

A aplicação do Código de Processo Penal, defasado e de viés autoritário, necessita filtragem por meio da Constituição da República Federativa, marco democrático do país, que impôs o sistema acusatório já em 1988, único capaz de proporcionar as condições de possibilidade para a imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro.

2 IMPARCIALIDADE E SUAS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE

Este capítulo tem o propósito de apresentar a imparcialidade e suas condições de possibilidade e é dividido em duas seções: imparcialidade e suas (in)definições conceituais e legais e imparcialidade subjetiva x objetiva.

O objetivo da primeira seção é apresentar a definição conceitual e legal de imparcialidade e expor a problemática confusão entre neutralidade. Além de, já na segunda seção, fazer a diferenciação da imparcialidade (subjetiva x objetiva) por meio do entendimento do TEDH e apontar brevemente as novidades na legislação interna sobre a matéria.

2.1 IMPARCIALIDADE E SUAS (IN)DEFINIÇÕES CONCEITUAIS E LEGAIS

A imparcialidade como uma construção técnica do direito processual, onde o juiz se apresenta como um terceiro estruturalmente afastado das partes, remonta à definição de Búlgaro De Sassoferato, o *Iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei* (COUTINHO, 2018). Ou seja, o julgamento é um ato que envolve três posições, a de juiz, autor e réu.

Segundo Rubens Casara “Na Bíblia, encontra-se menção à imparcialidade (“justos juízos, sem se inclinarem para uma das partes...” – Deuteronômio, 16, 18- 20). Também no Código de Hammurabi e no de Manu, exige-se a imparcialidade do juiz.” (CASARA, 2015, p. 145).

Na história é possível identificar a imparcialidade como pressuposto sempre que se quis resolver um conflito que não fosse apenas pela violência, pela arbitrariedade ou poder irracional (ZAFFARONI, 1995).

Em uma visão tradicional, a imparcialidade está relacionada ao lugar de terceiro do julgador, característica que o adjetiva, desde que, não tenha interesse e não julgue em causa própria, posição imprescindível para alcançar uma decisão justa.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, “[...] aquele que não se situa como terceiro “supra” ou “inter” partes, não é juiz” (ZAFFARONI, 1995, p. 91). Não fosse esse alheamento, a decisão — comprometida — seria parcial, puro ato de força, já que “[...] a jurisdição não existe se não for imparcial.” (ZAFFARONI, 1995, p. 86).

Sua atividade é guiada conforme art. 1º do Código de Ética da Magistratura Nacional pelos princípios “[...] da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional (art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional), da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.”³ Condutas que são da essência do judiciário, e de sua manutenção e respeito depende a atividade jurisdicional, contrária a qualquer força imposta pela parcialidade daqueles que se encontram na função de julgar.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não está prevista expressamente, de modo que, os fundamentos da imparcialidade judicial no ordenamento jurídico brasileiro derivam da obrigatoriedade de observância do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV; da proibição de juízos de exceção, do art. 5º, XXXVII; da garantia de que ninguém será processado ou julgado senão por autoridade competente, do art. 5º, LIII, e do respeito à dignidade da pessoa humana, do art. 1º, III, todos da CRFB/88.

A imparcialidade do juiz é um dos pilares da democracia. É a garantia de que o Estado — a quem os cidadãos delegam a função de punir, abdicando dos meios e das armas — será isento ao julgar, tratando todos com igualdade, sem perseguições.

Para que ajam assim, lhe são conferidas as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, previstas no art. 95, I, II, III da CRFB/88, que buscam conferir à instituição necessários meios e condições para o exercício da jurisdição. A fim de conferir independência, tanto a interna, em relação aos próprios órgãos no interior da estrutura judiciária, em um sistema horizontal, onde a única diferenciação jurídica derive da diversidade de competência; quanto à externa, sem se submeter ou se sujeitar aos poderes legislativo e executivo, imperativo para a democracia e a concretização dos direitos fundamentais.

Ainda, vale ressaltar a importância da separação de funções institucionais por meio da competência de acusar do Ministério Público, conforme dispõe o art. 129 e incisos, da Constituição.

A independência é um atributo, um instituto capaz de viabilizar a imparcialidade, sempre exigível, do julgador, uma vez que, garante a ele um campo sem pressões

³ Ver crítica em: STRECK, Lenio L. Verdade e consenso. 6.Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 567.

para seu exercício. A independência é necessária precondição da imparcialidade, um pré-requisito para obtê-la.

O magistrado imparcial é aquele que busca a verdade dos fatos nas provas, mantendo à distância, ao longo do processo, qualquer preconceito, predisposição, favoritismo ou injustificada discriminação, concedendo às partes, em sua atividade, igualdade de tratamento, comportamentos que ilustram, conforme dispõe os artigos 8º e 9º do Código de Ética da Magistratura Nacional, a importância de uma conduta não parcial dos que julgam.

A imparcialidade envolve uma associação de elementos que, juntos, possibilitam a jurisdição. Uma espécie de cadeia conceitual de princípios orientadores relativos à jurisdição (juiz natural, indeclinabilidade, inércia); à ação (oficialidade, legalidade) e aqueles relativos ao processo (contraditório, verdade material e livre convencimento) que corroboram o processo penal, com necessárias ressalvas, principalmente aos dois últimos (COUTINHO, 2019).

Tal imbricamento de elementos, exige uma postura imparcial do julgador durante toda a dinâmica procedimental, sob pena de violar o princípio dispositivo ou acusatório.

Imparcialidade é sinônimo de alheabilidade, uma posição equidistante que o julgador deve adotar perante os interesses das partes. Como órgão do Poder Judiciário, fica impedido de exercer jurisdição, ou seja, dizer o direito, sempre que ocorra algum fato ou circunstância que o envolva em dúvida (CASARA, 2015).

Às partes, é assegurado que o juiz não tenha aderido à primeira vista qualquer das alternativas que dialeticamente foram trazidas aos autos durante a relação processual. Trata-se de uma construção jurídica que visa preservar a cognição do julgador, conduzindo-o como terceiro desinteressado, para que não beneficie uma parte em detrimento da outra, garantindo a ambos igualdade de tratamento e oportunidades.

Não se pode, contudo, confundir a imparcialidade com a neutralidade, uma é possível e exigível, outra um mito de viés autoritário, que não resiste a uma análise transdisciplinar (CASARA, 2015). Uma não pressupõe a outra, pois “[...] não existe neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento.” (ZAFFARONI, 1995, p. 92).

Há, portanto, de se diferenciar a imparcialidade da neutralidade, confusão que além de atrapalhar suas próprias definições, obscurece as intenções que cada conceito sugere na aplicação do direito.

Neutralidade significa insensibilidade, indiferença ou isenção. Apesar de ser muito utilizada como sinônimo de imparcialidade, tal aproximação se mostra equivocada. Neutralidade indica ausência de valores, definição que vem da relação sujeito-objeto da chamada Filosofia da Consciência, paradigma que passou a dotar o sujeito de capacidade para dar sentido às coisas, que antes, se dava pelo objeto, em sua essência.

Os sentidos deixaram de estar nas coisas e passaram a se alojar na consciência do sujeito. Ou seja, desde o penso, logo existo, o homem de assujeitado (objetivismo), passou a ser assujeitador (subjetivismo). Transportando a ideia para os juízes, quando decidem como querem, nada mais estão fazendo “[...] do que “imitar” a personagem Humpty Dumpty, de Alice através do espelho, que dizia “eu dou às palavras o sentido que eu quero”. (STRECK, 2013, p. 228), sendo flagrantemente autoritários.

Com a Modernidade, pensar passou a ser ter consciência de si, pondo o sujeito em evidência, colocando-o no centro do conhecimento. Onde o humano acreditou ser capaz de regular, reger todas as coisas e apreender a realidade por meio de certas regras e técnicas. Daí vem a busca de anulação das imperfeições dos sujeitos, na crença de que quanto mais neutro fosse, quanto mais afastado das incorreções humanas o método estivesse, mais próximo do real e da verdade estaria o resultado obtido (COUTINHO, 2018), como se alheios fossem, das condições sociais e econômicas de seus respectivos espaço e tempo, munidos de uma objetividade e dissociação histórica inexistentes.

Tal lógica sobre o pensamento humano, caiu por terra pela descoberta de que o aparelho psíquico se compõe em três instâncias: o ego, o superego e o id, por meio de Sigmund Freud (1856-1939), com a Psicanálise.

Dotado de um inconsciente, o ser humano se mostrou mais indeterminado do que parecia. De seu reconhecimento e da constatação de que não só através da razão os atos em sociedade são praticados, se pôde, e ainda se pode pôr em questão, seu efeito nas formulações teóricas que justificam as práticas do processual penal (CASARA, 2015).

Lançado à linguagem, o humano, marcado por pulsões que atuam sempre na busca de satisfação “[...] seja durante o sono, seja durante a elaboração de uma denúncia ou de uma sentença.” (CASARA, 2015, p. 97), certifica que a neutralidade também aí, inexistente.

As ferramentas psicanalíticas permitem vislumbrar um cenário onde de uma forma ou de outra, o inconsciente de todos que participam da prestação jurisdicional, é solicitado a atuar.

Importa reconhecer igualmente a contribuição da psicanálise para deslocar a cena triangular, que retrata o julgamento, normalmente apresentada como duelo, ainda que intelectual, entre autor e réu, mediado por um sujeito imparcial (juiz), para cena complexa, que envolve os outros e também os Outros. Trata-se de um encontro no qual o acusador, antes de se confrontar com o réu, depara-se com o próprio inconsciente, potencial portador de pulsões idênticas àquelas que transbordaram em um crime e que exigem repressão por meio da punição do outro; em que o réu, mesmo que espere a punição imposta pelo outro, já pode ter sido punido pelo Outro; um encontro no qual o compromisso democrático do juiz com a lei pode ceder às determinações do inconsciente, por mais perversas e injustificáveis que possam parecer. (CASARA, 2015, p. 113).

O mito da neutralidade é rompido quando da ciência do leque de interferências que sofre a decisão, ou seja, das variadas influências a que está submetido aquele que decide, pois o que se projeta na decisão nem sempre está visível, ao alcance do senso comum, está nas entrelinhas. Por isso, é utópico que, à margem de valores sociais, de paradigmas históricos, filosóficos e psicológicos, a interpretação e a aplicação do direito se deem de forma neutra (GIACOMOLLI, 2016).

Enfim, o importante é, ter-se um julgador consciente de seu inconsciente e de suas próprias limitações, de modo que consiga ir contra seus prejulgamentos, inevitáveis. E que não é neutro, pois está submetido a outro saber, simultaneamente familiar e estranho, que se revela além do manifestamente exteriorizado (é comum se dizer mais do que se pretende), submetidos que somos ao inconsciente, do qual pouco temos acesso e sabemos (CASARA, 2015).

E, na interpretação e aplicação do direito, não cair nos equívocos anteriores ao *linguist turn*, derivados do pensamento de Descartes e Kant, fundado na certeza subjetiva, onde, de regra, o sujeito sabe intuitivamente o que é ou não é racional, predicado de qualquer solipsista, aquele que é viciado em si mesmo, “[...] talvez não seja de se estranhar que o exercício da razão acabe encorajando um gigantismo do

sujeito, o qual, uma vez que é dono da verdade, confunde facilmente suas razões com “a” razão.” (CALLIGARIS, 2000).

Questão superada pela Filosofia da Linguagem através do paradigma da intersubjetividade, do impedimento de bastarmos em nós mesmos. Nos apropriamos do sentido que se dá em um *a priori* compartilhado, o que impede de dizermos qualquer coisa sobre qualquer coisa, dado que “[...] a interpretação não pode — e não está — à disposição do intérprete. Pela simples razão de que o próprio intérprete fala do interior da própria linguagem.” (STRECK, 2020, p. 241), no fim, ele, o julgador, deve responder conforme o Direito, ou seja, a Constituição, as leis, a jurisprudência e doutrina qualificada.

Vale a comparação que faz Lenio Streck do juiz com os dois corpos do rei, ficção que desde 1495, sob reinado de Henrique VII da Inglaterra existe, e divide o rei em corpo natural (da pessoa) do rei, e corpo imaterial (divindade) da instituição.

Quando alguém vai ao Judiciário, não vai pedir a opinião pessoal do juiz – corpo natural - acerca do tema. Nem vai perguntar se o que diz a lei é justo ou injusto. Fosse para discutir a justiça ou a injustiça seria mais fácil pedir a opinião de um filósofo moral. Quem recorre ao Judiciário quer saber o que o direito, enfim, a estrutura jurídica composta de leis, doutrina e jurisprudência, têm a dizer. *E quem deve dar a resposta é o corpo imaterial do juiz (ou membro do Tribunal).* (STRECK, 2015).

O problema é que na prática que envolve o direito penal e processual penal, ainda não foi superado “[...] o paradigma de que o regramento é meramente descritivo, apolítico, neutro e autossuficiente.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 97).

A pretensão de um juiz que não seja cidadão, indiferente e alheio a qualquer ordem de ideias, sem qualquer visão da realidade, é insustentável, pois não há homem ou mulher que não tenha, por mais errada que possa ser julgada, essa elaboração e compreensão de mundo, pessoal e coletiva, inerente ao ser humano. A figura do juiz concebida como sem ideias próprias, desvinculado da sociedade e dos problemas que dela decorrem, alimentam uma imagem empobrecida, estereotipada e cinza de quem julga, uma caricatura (ZAFFARONI, 1995).

Uma das questões pertinentes é, como pode operar imparcialmente — tal como o exige a jurisdição — quem, pelo mero fato de sua condição humana, seja sempre parcial.

A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não é senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer

é buscar diminuir esta parcialidade. O problema do direito e o problema do juiz é uma coisa só. Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentirem-se pequenos para serem grandes. Precisa forjar-se uma alma de criança para poder entrar no reino dos céus. Precisa a cada dia mais recuperar o dom da maravilha. Precisa, cada manhã, assistir com a mais profunda emoção ao surgir do sol e, cada tarde, ao seu ocaso. Precisa, cada noite, sentir-se humilhado ante a infinita beleza do céu estrelado. Precisa permanecer atônito ao perfume de um jasmim ou ao canto de um rouxinol. Precisa cair de joelhos frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida. (CARNELUTTI, 1995, p. 28).

Sugere o autor que “[...] um homem, para ser juiz, deveria ser mais que um homem [...]” (CARNELUTTI, 1995, p. 31), resguardando a poética de suas palavras, a exigência dessa super humanidade é inoportuna, visto que não há imparcialidade humana senão aquela advinda do pluralismo, assim, quanto mais consciente de seu papel político — sua responsabilidade política — mais capaz e idôneo será para cumpri-lo e bem desempenhar suas funções (ZAFFARONI, 1995).

Um juiz não é parcial por ter uma filiação política, a não ser que dependa de um partido político ou grupo de poder para sua nomeação, permanência, promoção ou demissão (ZAFFARONI, 1995). Até porque, o risco de parcialidade que sua relação com o partido suscita, não é maior do que pode vir da sua igreja, clube ou outra associação a que faça parte. O inconveniente é a dissimulação por meio do discurso de neutralidade, que permite manter as reais motivações veladas, impedindo a crítica democrática aos fundamentos, perpetuando-as (LORA, 2019).

Mesmo sendo vedado pelo art. 95, § único da CRFB/88 de exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Além de, não poder dedicar-se à atividade político-partidária, o que não denotaria necessariamente sua parcialidade, já que essa filiação e submissão do próprio juiz ao partido, requereria uma dependência aproximada daquelas dos fanáticos, situação detectável ao escrutínio público se em uma sociedade estruturada, democrática e plural, onde a parcialidade pode ser controlada através da liberdade de expressão e da crítica de diferentes públicos e grupos.

A diferenciação de política e partidarismo é essencial. Despolitizar o poder judiciário lhe subtrai funções caras, despartidarizá-lo significa democratizá-lo. Como parte do sistema de autoridade dentro do Estado, o que importa saber é, sob quais bases suas decisões são tomadas (ZAFFARONI, 1995).

Discursos que reclamam neutralidade dos juízes encerram certa dose de verdade e sinceridade, pretendem que os mesmos, não assumam a função que lhes incube — política — que qualquer democracia exige, pois “[...] o juiz que não tem valores e diz que seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação [...]” (PORTANOVA apud LORA, 2019, p. 153).

A democracia — a começar a processual — exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Como os demais seres humanos, é, o juiz, construtor da realidade e não mero aplicador de normas (COUTINHO, 2018).

[...] impõe-se ao intérprete, desde que comprometido com mudanças, um exercício de autocrítica, capaz de produzir prévia compreensão de si, do fato inexorável de estar inserido em uma tradição e submetido ao inconsciente, e das consequências dessa situação. Entretanto, a autocompreensão do intérprete, que torna possível a identificação do autoritarismo que ele próprio contribui para produzir, não conduz necessariamente à dissolução da tradição na qual está inserido; o ator jurídico, por exemplo, apesar de adquirir consciência histórica e identificar o autoritarismo que carrega, tanto pode enriquecer essa tradição, confirmando-a e reproduzindo mitos e práticas autoritários, quanto pode modificá-la, contribuindo à construção de nova identidade e práticas adequadas ao projeto constitucional. (CASARA, 2015, p. 312).

Exige a formação de atores jurídicos conscientes com o meio em que vivem e da tradição que forja as estruturas de sua atividade, de modo que saibam onde estão inseridos, comprometendo-se com a democracia na produção de novos subjetivismos, implicados a mudar o status quo, sendo ele “[...] produto e produtor do sistema processual penal, o juiz convive nas suas entranhas e precisa conhecê-lo o suficiente para eficazmente operar.” (COUTINHO, 2018, p. 35).

A pretensão de situar o juiz como neutro, em posição acima dos conflitos humanos acaba somando à sua imagem pública e imaginação coletiva, um componente sobre-humano ou divino, na forma de exigências dirigidas a ele,

[...] como ninguém é uma divindade, em medida maior do que todos o somos, ninguém pode assumir o papel de divindade e cumpri-lo satisfatoriamente e muito menos por nomeação estatal, no nível individual a disparidade entre as exigências de atitudes e a capacidade individual gera conflitos individuais muito graves, que afetam a identidade e conduzem a erros de conduta, tais

como o “moralismo” daquele que se considera juiz da ética de todos os concidadãos, a onipotência de quem afirma estar combatendo os piores males e flagelos de toda a humanidade e contendo os genocídios, a rigidez angustiante que se traduz em conflitos familiares, quando não em uma verdadeira ruptura depressiva. (ZAFFARONI, 1995, p. 160).

Há uma série de problemas quanto às pessoas requisitadas a satisfazerem o papel que a mitologia do juiz exige. Como diz Eugenio Raúl Zaffaroni, “[...] é necessário um arsenal incrível de mecanismos de fuga para neutralizar a culpa gerada pelo fato de não ser quem todos pretendem que seja e que ademais o tratam como se assim fora, sabendo que nunca poderá sê-lo.” (ZAFFARONI, 1995, p. 161).

Se deve, então, estimular a substituição pelo perfil de um juiz cidadão e partícipe. Eliminando a culpa por não alcançar o modelo idealizado que são impelidos a seguir, aliviando a tensão individual com exigências adequadas à sua condição, “[...] permitindo-lhe tomar atitudes mais autênticas e potencializando-lhe a criatividade funcional.” (ZAFFARONI, 1995, p. 185).

Ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma “chance” (questionando pelo seu desejo) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais. (COUTINHO, 2018, p. 62).

Seria ingênuo pensar que a decisão de um juiz, por ser juiz, não estaria submetida às demais influências. O sujeito está inserido em uma tradição, em um contexto social, ideológico, político, religioso, linguístico e cultural, com suas crenças e sentimentos “[...] o juiz é ser-no-mundo.” (CASARA, 2015, p. 149).

O direito a uma decisão imparcial ultrapassa as barreiras das legislações internas e adentra paradigmas internacionais. Tal movimento se pode observar no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde todo ser humano tem direito a, em plena igualdade, uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Também no art. 26.2 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, do mesmo ano, onde qualquer acusado de um delito tem o direito de ser ouvido de forma imparcial e pública, de ser julgado por tribunais já existentes, e de não lhe aplicarem penas injustas (cruéis, infamantes ou inusitadas).

Tais disposições assemelham-se a outras normativas, como a do art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que diz:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CADH, 1969).

Qualquer pessoa tem direito que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, como prevê o art. 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950.

Bem como no art. 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, promulgado em 1992, onde todas as pessoas são iguais perante os tribunais e cortes de justiça, e por manter essa igualdade, têm o direito de serem ouvidas publicamente, com as garantias que um tribunal competente, independente e imparcial provê, na apuração no aspecto civil ou penal, de acusações formuladas contra elas.

A imparcialidade é essencial para o cumprimento dos deveres do cargo de juiz, não só na decisão, mas no processo de tomada decisão, conforme o segundo valor dos Princípios de Bangalore e Conduta Judicial, editado pela ONU em 2002. Na mesma linha, segundo o art. 41, 2. do Estatuto de Roma, nenhum juiz que tenha sua imparcialidade posta em dúvida poderá julgar e será desqualificado se tiver intervindo anteriormente em caso submetido ao Tribunal ou em procedimento criminal conexo.

A afirmação expressa que a imparcialidade é um direito que alcança qualquer pessoa em demanda judicial, se por um lado, a consolida como um direito e meio de proporcionar um processo equitativo e isonômico, por outro impõem a criação de mecanismos de efetivação e proteção desse direito. Onde, embora de forma assimétrica, o Código de Processo Penal elenca as hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade dos julgadores com situações fáticas inconciliáveis com a imparcialidade.

São três situações distintas e delimitadas em relação às hipóteses de contaminação subjetiva que compõem, fundamentalmente, o cerne da jurisdição, impondo ao juiz, em qualquer caso, segundo o art. 112, CPP, o dever de abster-se da atuação jurisdicional, guardando às partes o direito de recusá-lo se o mesmo não se afastar.

Além disso, em determinadas situações, o julgador, por motivo de foro íntimo, como previsto no art. 145, § 1º, do CPC, poderá dar-se por suspeito se entender não ter condições de conduzir determinado processo ou proferir determinado julgamento, de forma isenta, imparcial.

A diferença entre elas está na existência expressa das situações geradoras de impedimento e suspeição, enquanto a incompatibilidade ficou em aberto para se caracterizar conforme situação concreta (JÚNIOR; MAYA, 2011).

Impedimento é o obstáculo ou embaraço ao exercício da função do juiz no processo. Uma incompatibilidade mais grave, que macula o ato por inteiro, tornando-o inexistente, tendo que ser refeito integralmente do momento em que impedido, atuou. O impedimento pode, e deve ser proclamado de ofício pelo impedido, não ocorrendo, não há a possibilidade de os interessados arguirem exceção de impedimento (NUCCI, 2015).

A incompatibilidade, por sua vez, pode ser explicada como algo desarmonioso ou qualidade do que é inconciliável e ilustra a situação onde o juiz se encontra incompatível com o processo. Mantendo vinculação com as causas de suspeição, deve afirmar, sem provocação de outrem — de ofício — ser suspeito (NUCCI, 2015).

Conforme o art. 252 do CPP, o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que 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, ou quando os mesmos forem parte ou tiverem interesse no feito; quando ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha, e quando tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.

Bem como no art. 253 do CPP, onde nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau.

Continuando, o julgador será suspeito nas situações em que for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; se tiver aconselhado qualquer das partes; se for

credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes e se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo, conforme art. 254 do CPP.

Tais hipóteses nada mais são, do que a previsão do legislador, de situações objetivas nas quais haveria por parte do julgador uma presunção de parcialidade, de interesse, impossíveis de serem sanados. Seu alcance não pode ser restrito, como se sua extensividade zerasse as possibilidades. Assim, as hipóteses não encontram amparo para serem tidas como *numerus clausus*. Ou seja, ainda que não prevista “[...] a dúvida, desde que objetivamente justificada, deve conduzir ao afastamento do magistrado.” (JÚNIOR; MAYA, 2011, p. 143).

Resumindo, o impedimento ocorre quando o objeto do processo é de interesse do juiz, e a suspeição quando há vinculação do juiz com qualquer das partes (LOPES JR., 2022).

[...] se a situação fática que enseja possível contaminação subjetiva for oriunda do próprio processo, a hipótese será de impedimento, e, caso não esteja prevista nos arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal, resolver-se-á pela regra da incompatibilidade, conforme art. 112 da lei adjetiva. Por outro lado, tendo a situação origem externa ao processo, a hipótese será de suspeição, a ser resolvida na forma do art. 254 da lei processual, ou, não estando ali prevista, do art. 112 do Código de Processo Penal. (JÚNIOR; MAYA, 2011, p. 143).

As previsões legais, ao não esgotarem as possibilidades de caracterização de alguma forma de contaminação, deixam espaço para buscar outros entendimentos — por consolidados que sejam — ainda não incorporados, tanto pela teoria quanto pela prática, no país.

2.2 IMPARCIALIDADE SUBJETIVA X OBJETIVA

É qualidade fundamental de um juiz e a principal característica do Poder Judiciário. À vista disso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem explicado a imparcialidade como uma questão de fato e de percepção, por meio dos aspectos subjetivo e objetivo, desde o Caso Piersack vs. Bélgica, de 1982

El Tribunal precisa, en primer lugar, el doble aspecto subjetivo y objetivo con el que debe analizarse la imparcialidad de los Tribunales. Subjetivo en cuanto a la convicción personal de un juez concreto en un caso concreto. Objetivo en cuanto a que un juez ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de imparcialidad; «en esta materia incluso las apariencias tienen importancia»,

ya que «lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. (PIERSACK v. BELGIUM).

O caso, com suas particularidades, serve de exemplo para, a partir das concepções de imparcialidade ali elaboradas, pensar a complexidade que a envolve e os limites de sua concretude, ou seja, até onde se pode exigi-la, alargando sua compreensão.

A imparcialidade subjetiva diz respeito a convicção pessoal do juiz que conhece de um determinado assunto sem pré-juízos. É relacionada às partes e ocorre na consciência do juiz, quando sua apreciação de determinada matéria não contém vício capaz de prejudicar os sujeitos do processo. Em geral, a imparcialidade nesse aspecto é presumida, a menos que se prove o contrário, esforço que cabe aos interessados.

Essa lida com os preconceitos, comportamento, impressões e convicções pessoais do julgador. Dessa dificuldade de comprovação que parte a presunção de imparcialidade subjetiva, a menos que este as exteriorize de alguma forma captável e concreta.

A imparcialidade subjetiva é mais complexa de se evidenciar. Pode ser comprovada se o julgador tiver sido solícito para com ambas as partes, sem predisposição ou má vontade. Sua verificação se concentra na fundamentação de seu convencimento, se essa decisão inspira segurança quanto à sua imparcialidade, a fim de que as partes a assimilem e a legitimem e assim se conformem com o julgamento (NUCCI, 2015).

Já a imparcialidade objetiva diz respeito se tal juiz se encontra em situação que possa dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Quando a percepção de sua conduta não se mostrar comprometida perante a sociedade e instituições.

A imparcialidade objetiva é visível por meio das decisões proferidas ao longo da instrução, através de uma postura equilibrada e equidistante, em um sistema lógico de ações e reações que inspiram confiabilidade (NUCCI, 2015).

Trata-se da aparência de justiça, da estética de imparcialidade, “[...] vale o adágio anglo-saxão: justice must not only be done; it must also be seen to be done (CASARA, 2015, p. 147). A justiça não só deve ser feita, mas também deve ser vista como sendo feita. Inspirando confiança no público e no acusado, de modo a elevar a credibilidade perante a justiça. É aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo.

Há que ser verificado se o magistrado oferece garantias suficientes de exclusão de qualquer dúvida razoável. Havendo fundada dúvida, justifica-se o afastamento, ainda que subjetivamente não tenha influenciado o processo ou julgamento (LOPES JR., 2022).

O importante é que as partes creiam e sintam, tanto em caso de decisão favorável como desfavorável, que a causa foi julgada por um juiz subjetiva e objetivamente imparcial.

Não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico. Trata-se aqui, talvez, de uma compreensão invertida da máxima pela qual não basta à mulher de César ser honesta. No caso, ao juiz não é suficiente parecer honesto; terá de sê-lo verdadeiramente, inclusive do ponto de vista intelectual. (PRADO, 2005, p. 182).

Em ambos os casos, tanto no aspecto subjetivo (os envolvidos) quanto no objetivo (caso penal), a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. “O certo é que a parcialidade da decisão decorre sempre do caminho intelectual seguido por seu autor. A constatação do desvio, por sua vez, exige a exteriorização desse ato parcial.” (CASARA, 2015, p. 146). Não basta estar subjetivamente protegido, é importante que se encontre em uma situação jurídica visivelmente imparcial.

A dúvida acerca da parcialidade do julgador há de ser fundada em circunstâncias fáticas objetivas e em um determinado caso concreto, como a situação de já ter participado de julgamentos anteriores envolvendo o mesmo caso (situação objetiva). Mas isso não é suficiente. Faz-se mister analisar o conteúdo de cada decisão anterior (situação objetiva-concreta) para constatar a falta ou não da imparcialidade. (GIACOMOLLI, 2016, p. 273).

No Brasil, já foi analisada a imparcialidade do juízo nesse sentido, pelo Superior Tribunal Federal no Habeas Corpus 94.641-1, da Bahia, onde a Turma anulou o processo desde o recebimento da denúncia em virtude de ofensa à garantia de imparcialidade da jurisdição.

Foi analisado na decisão a ação de investigação de paternidade, vindo o suposto pai ser acusado em ação penal de atentado violento ao pudor, na qual o mesmo juiz que havia conduzido o procedimento administrativo e colhido provas, recebeu a denúncia.

No julgamento de 2008, se entendeu que, contrário ao pensamento da jurisprudência dominante à época, que entendia não estar impedido, o juiz, de exercer seu ofício caso tenha atuado em outro processo a respeito da matéria, alegando que a hipótese do art. 252, III, do CPP, é taxativa, necessitava-se de outra leitura, mais abrangente, perante os princípios e regras constitucionais (devido processo legal do art. 5º, LIV, CRFB/88), não podendo exercer jurisdição em causa penal, aquele que tenha se pronunciado de fato ou de direito, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade.

Segue o voto-vista do ministro Cezar Peluso, cujo conteúdo refere-se ao acima exposto:

[...] o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu — nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas — despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade.

É o que se vê claro ao conteúdo das suas decisões, em especial no recebimento da denúncia e na decretação da prisão preventiva do ora paciente, em ambas as quais evidenciou estar fortemente influenciado, na formação e justificação do convencimento, pelas percepções adquiridas na investigação preliminar [...], da mesma forma mostra-se a sentença condenatória repleta de remissões aos atos de investigação prévia, além de opiniões já anteriormente concebidas e expostas sobre os fatos.

Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de **imparcialidade objetiva**, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente **incompatível** com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso; diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (*imparcialidade dita subjetiva*), mas porque corresponde à **condição de originalidade da cognição** que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta de isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional. (Bahia, STF, 2008, n.p. grifo meu).

Tal julgamento, que levou em conta a imparcialidade em seus aspectos subjetivo e objetivo, à luz de entendimento já consolidado pelo TEDH, representa uma ampliação hermenêutica da literalidade das disposições legais (LORA, 2019). Sofisticando a argumentação e a interpretação, indo além das previsões da lei, insuficientes por si sós, na tentativa de atingir o significado da imparcialidade.

É salutar que se note o prejuízo que tal contaminação promove no julgamento, principalmente no aspecto objetivo, na relação que o julgador manteve com o objeto do processo, tendo em vista que, a convicção se deve dar no decorrer do processo, e não antes. Assunto que se tem debruçado há tempos, a doutrina mais crítica, no sentido de proporcionar mudanças na processualística penal.

Recentemente, com a Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, algumas mudanças ocorreram. Apesar de o sistema adotado no país estar implicitamente definido, o art. 3º-A, do CPP é claro, agora, ao declarar que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”, o que possibilita a filtragem constitucional de artigos que até então, com seus traços inquisitoriais, vigiam incompatíveis com o sistema, que define funções, o lugar constitucionalmente demarcado de cada sujeito no processo.

Por meio das disposições constitucionais e com a respectiva lei, “[...] são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuam poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz, além de estarem tacitamente revogados pelo art. 3º-A do CPP.” (LOPES JR., p. 81).

Ainda com as novas previsões legais, a do art. 3º-B e seguintes do CPP, não implantado, dada a liminar concedida pelo Min. Fux na Medida Cautelar nas ADIn’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, no dia 22 de janeiro de 2020. Onde o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Com uma série de competências, trata-se do juiz da investigação, fiscal das garantias nos atos pré-processuais, responsável para no fim, acolher ou não a denúncia, que será remetida ao juiz do processo, que julgará o caso. Essa figura, tem fundamento na originalidade cognitiva do juiz, que não lhe era possibilitada, quando chamado antes, a conhecer do caso, e depois, para julgar, como se nada soubesse, coisa elementar em um processo (LOPES JR., 2022).

As Ações de Inconstitucionalidade ainda não julgadas, foram retiradas de pauta. Atitude que representa um retrocesso, visto que muito já se foi discutido sobre as mudanças e sua compatibilidade constitucional.

E a exclusão física dos autos do inquérito, conforme art. 3-C, § 3º do CPP, autos que comporão as matérias de competência do juiz das garantias e ficarão

acautelados à disposição das partes, porém, não serão enviados ao juiz da instrução e julgamento, com algumas ressalvas, para não comprometer sua cognição.

Tais modificações parecem encaminhar a construção de um sistema que promove as condições de possibilidade de um juiz imparcial no procedimento penal, que mantém sua originalidade cognitiva e que permite seu conhecimento do caso na instrução, sem pré-juízos e imagens mentais já formadas, em um sistema acusatório com funções definidas, regras que solidificam a democracia e conferem ao país, um elevado grau civilizatório.

A fim de ampliar a análise sobre a possibilidade ou não de aperfeiçoamento do conceito de imparcialidade, se conversará com o ramo da psicologia social, que é usada pela doutrina para embasar e justificar as mudanças recém expostas.

Da obra *A Theory of Cognitive Dissonance*, de Leon Festinger (1919-1989), o estudo que versa sobre a cognição e o comportamento humano parte da premissa de que o indivíduo tende a buscar um estado de coerência entre seus conhecimentos e atitudes, pensamentos e ações, e quando em desarmonia, uma série de consequências, com surgimento e a aparição de processos involuntários para seu reestabelecimento (RITTER, 2019).

Tal estudo é formado por duas hipóteses: “(a) existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la e (b) quando há dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la.” (RITTER, 2019, p. 102).

A partir dessas considerações, se pode ver os processos cognitivos-comportamentais reflexos da dissonância, correspondentes a tentativa de retomada do estado de coerência, que segundo Ruiz Ritter, são:

(1) mudança de elementos cognitivos dissonantes; (2) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes; (3) adição de novos elementos cognitivos consoantes com a cognição existente; e, (4) evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes. (RITTER, 2019, p. 105).

A partir de tal teoria, na versão reformulada de Martin Irle, Bernd Schünemann realizou uma pesquisa empírica com 58 juízes e promotores. Os participantes, em uma audiência de instrução e julgamento, foram submetidos a 4 hipóteses, das quais se analisou os resultados:

A 1ª hipótese é que o magistrado condena mais frequentemente quando, antes da audiência de instrução e julgamento, possui conhecimento dos autos do inquérito do que quando não os conhece, e se reforça quando tem a possibilidade de inquirir os sujeitos da prova. O autor concluiu que ao conhecer os autos do inquérito, sem exceção, o juiz tende a condenar o acusado, dado o caráter incriminador do documento e diz mais, que essa tendência permanece mesmo quando a absolvição é sugerida em uma instrução ambivalente (SCHUNEMANN, 2012).

A 2ª hipótese é que na audiência de instrução e julgamento o juiz comete mais erros na retenção das informações que não se conjugam com o teor do inquérito quando o conhece previamente do que quando não dispõe desse conhecimento. O autor concluiu que os juízes que conheceram previamente o inquérito não assimilaram nem retiveram o conteúdo defensivo exposto na audiência. Notou o efeito inércia ou perseverança, já que só recordaram das informações incriminadoras, do inquérito que tiveram acesso (SCHUNEMANN, 2012).

A 3ª hipótese é que haveria uma redução no quantitativo de erros quando inexistisse o conhecimento prévio do inquérito pelo magistrado. Esse percentual de erros seria substancialmente minorado quando o magistrado pudesse inquirir pessoalmente os sujeitos da prova. A partir de sua experiência, concluiu que a impossibilidade de formular suas perguntas para as testemunhas diminuiu sua atenção, em contrapartida, observou que aqueles sem conhecimento prévio do inquérito, mas com a possibilidade de perguntar, apreenderam mais que os outros (SCHUNEMANN, 2012).

A 4ª hipótese é que haveria maior número de perguntas formuladas na audiência de instrução e julgamento para os sujeitos da prova quando o magistrado já conhecesse previamente o inquérito. O autor concluiu que a quantidade de perguntas não tem a ver com a qualidade de processamento das informações, que mais se aproximam de uma autoconfirmação (de uma hipótese de partida) do que absorção do conteúdo (SCHUNEMANN, 2012).

Por fim, a ideia do juiz como um terceiro superior vem dando lugar à concepção do juiz como um terceiro manipulado. Após a pesquisa, Bernd Schünemann avalia os resultados que,

[...] foram essencialmente adequados às hipóteses formuladas e se caracterizaram pelos efeitos perseverança, redundância, atenção e correspondência comportamental. No geral, a assimilação das informações

pelo juiz é distorcida e está voltada ao delineamento da ocorrência criminal exposto no inquérito policial e à apreciação que dele faz o Ministério Público. Com isso, resultados probatórios dissonantes são menos apercebidos e retidos. A possibilidade de o juiz formular suas próprias perguntas não melhora a assimilação das informações, mas se presta a que seja exercida uma autoconfirmação de seu ponto de partida. Por conseguinte, numa perspectiva da Psicologia Social, o papel do juiz difere da atribuição dada pela dogmática do Direito Processual. (SCHUNEMANN, 2012, p. 49).

A teoria como experimentação, delinea o que ocorre no processo penal e com seus resultados, fomenta discussões na busca de criar soluções e diminuir os efeitos, mas não os resolve, coisa que não pretende fazer. Apenas denuncia os vícios cognitivos-comportamentais dos seres humanos quando há dissonância entre suas cognições, situação contingente e comum aos julgadores, que suscetíveis estão, nas investigações e nos processos criminais.

E alerta para a dificuldade de se mudar as decisões tomadas e afastar a primeira impressão sobre alguém, situações que afetam a imparcialidade do julgador em toda a conjuntura processual, da investigação à sentença.

Nesse sentido, vale mencionar a discussão ainda incipiente no país sobre a imparcialidade com base na psicologia comportamental cognitiva e seu desdobrar no direito processual, um diálogo que apresenta as principais ilusões cognitivas que acometem os julgadores (ancoragem, ajustamento, confirmação e grupo), sugerindo normas adequadas à mitigação desses vieses (COSTA, 2016).

Na esteira do diálogo com outras áreas, há quem formule o assunto com base no instrumental psicanalítico, admitindo inicialmente um Estado Natural de Parcialidade, com o posterior movimento a um Estado Mínimo de Imparcialidade (DANTAS, 2019).

O primeiro estado se confirmaria, segundo o autor, pela impossibilidade de julgar o outros sem algo de si mesmo, da transferência e contratransferência, de suas relações afetivas (base de vínculos no qual foi formado) e o inconsciente (DANTAS, 2019). Já o segundo estado se daria através de um processo psíquico complexo, desgastante e gerador de culpa, que o afastaria de tais vínculos. O julgador, com o auxílio do contraditório, entendendo suas próprias questões e os efeitos que a causa lhe implica, alcançaria um estado psíquico atípico e provisório, qualificando-o para julgar imparcialmente (DANTAS, 2019).

Argumentos até aqui expostos evidenciam que o Direito não encerra a discussão sobre a imparcialidade, ou seja, não dá conta desse assunto, carece de

outras áreas para se aperfeiçoar. Tanto é, que a conversa interdisciplinar que percorreu as linhas do trabalho sublinha a abertura que o conceito exige para apresentá-lo.

CONCLUSÃO

Relembrando, apesar de terem surgido juntos, os sistemas processuais penais tiveram bases diferentes e promoveram práticas opostas. Enquanto um possibilitou a acumulação de funções em uma única pessoa, o anonimato e a predominância da escrita, características do sistema inquisitório, o outro possibilitou a repartição de funções, a publicidade e a oralidade, características do sistema acusatório. Com o passar do tempo, um possibilitou a violência, enquanto o outro o respeito.

Ambos datados de 1215, marco inicial desses sistemas, produziram documentos distintos. A bula papal de Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão, permitiu e fomentou meios processuais que reiteraram a predominância e alargaram a influência de quem estava no poder, já a *Magna Charta Libertatum*, de João Sem-Terra, permitiu meios processuais que refrearam e limitaram o exercício abusivo de quem ali estava.

Sua diferenciação se dá pelo núcleo ou princípio informador, que se extrai da gestão da prova. Se está nas mãos do juiz, é inquisitório, se está nas mãos das partes, é acusatório. Nada impediu que se mesclassem, o que com o tempo ocorreu.

O Brasil, em seu Código de Processo Penal de 1941, com raízes fascistas, guarda marcas inquisitoriais que perduram até hoje, mesmo após a Constituição, que já em 1988 delineou um sistema acusatório.

Hoje, com as novidades do juiz das garantias e a exclusão dos autos do inquérito policial, por ora suspensas, a legislação aponta para práticas que buscam a preservação da cognição do juiz.

A imparcialidade decorre da posição de terceiro desinteressado, alheio, do julgador. Se assim não fosse, estaria o juiz impedido de dizer o direito, de exercer a jurisdição, indo contra previsões nacionais e internacionais.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não está prevista expressamente, de modo que, os fundamentos da imparcialidade judicial no ordenamento jurídico brasileiro derivam da obrigatoriedade de observância do devido processo legal; da proibição de juízos de exceção; da garantia de que ninguém será

processado ou julgado senão por autoridade competente, e do respeito à dignidade da pessoa humana, todos princípios constitucionais.

Ainda na esfera interna, o Código de Processo Penal elenca as hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade dos julgadores, com situações fáticas inconciliáveis com a imparcialidade.

Já na esfera internacional, é prevista em diversas normativas: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; Princípios de Bangalore e Conduta Judicial e Estatuto de Roma.

A imparcialidade difere da neutralidade, mito de viés autoritário que conserva e justifica irrefletidas práticas autoritárias. Uma não pressupõe a outra, a neutralidade do julgador é impossível, uma vez admitido o inconsciente e as demais influências à que está exposto. Não só por sua função, mas em razão de sua humanidade. O que de forma alguma permite que atue conforme sua subjetividade ou alegue a objetividade, ambas constrangidas pela própria linguagem, no paradigma da intersubjetividade. O juiz está inserido em uma tradição, em um contexto social, ideológico, político, religioso, linguístico e cultural, com suas crenças e sentimentos, faz parte do mundo.

O entendimento do TEDH a divide em imparcialidade subjetiva e objetiva, ideia de que não basta ser imparcial, deve também parecer. O importante é que as partes criam e sintam, tanto em caso de decisão favorável como desfavorável, que a causa foi julgada por um juiz subjetiva e objetivamente imparcial.

Após cumprir o objetivo geral e os objetivos específicos, a hipótese: com as condições de possibilidade presentes, se garantirá a imparcialidade do julgador no processo penal, foi confirmada. Desde que em um sistema acusatório, com o afastamento do juiz da produção da prova, do agir de ofício e da contaminação dos autos do inquérito, preservando-lhe a originalidade cognitiva.

A imparcialidade é possível sob certas condições e deve ser analisada de forma interdisciplinar para ser compreendida. É uma construção, por isso, aperfeiçoável.

Se deve alterar a forma de pensar e caminhar para um sistema processual penal mais democrático, com um julgador ciente de seu papel e de sua responsabilidade política.

REFERÊNCIAS

BAHIA. STF. **Habeas Corpus n. 94.641-1**. rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa. Bahia, 11 nov. 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL, **Exposição de motivos do código de processo penal**. 1941. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

CADH. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Pacto São José da Costa Rica. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 17 set. 2022.

CALLIGARIS, Contardo. **O paradoxo da razão e de Narciso**. Folha de São Paulo, Ilustrada. São Paulo, 14 dez. 2000. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1412200021.htm>>. Acesso em: 17 out. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Editora Servanda, 1995.

CARVALHO, Salo D. **Antimanual de Criminologia**. 7.Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CORDERO, Franco. **Linhas de um processo acusatório**. In: COUTINHO, J.; PAULA, L.; SILVEIRA, M. (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. Volume 4. Editora Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 17-48.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Doutorado em direito processual civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre propedêutica processual penal**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, V.2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, V.1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Uma breve síntese histórica-filosófica-jurídica-processual sobre os sistemas processuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 29, nº 185. São Paulo: nov. 2021. p. 101 – 114.

DANTAS, Rodrigo D'ório. **A imparcialidade no divã**: por que árbitros e juízes são naturalmente parciais? São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

GIACOMOLLI, Nereu J. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2016

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

JÚNIOR, Ney Fayet.; MAYA, André M. **Ciências penais**: perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2011.

KLADIVO na Čarodějnice. Direção: Otakar Vávra. Tchécoslováquia, 1970. 1 DVD (103 minutos).

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

LORA, Deise. H. K. **Subjetividade e imparcialidade no processo penal**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2019.

NOVINSKY, Anita Waingort. **A inquisição**. 3. Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PIERSACK v. BELGIUM. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165173>>. Acesso em: 10 out. 2022.

PIRSIG, Robert M. **Zen e a arte da manutenção de motocicletas**: uma investigação sobre os valores. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. Ed. São Paulo: Editora Tirant lo Blanch, 2019.

SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SCHUNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

STRECK, Lenio L. **Hermenêutica, jurisdição e decisão:** diálogos com Lenio Streck. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio L. **O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil.** Conjur. 24 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

STRECK, Lenio L.; TRINDADE, André K. **Direito e literatura.** São Paulo: Atlas, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica:** spee e a cautio criminalis. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário:** crise, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.