

O DIREITO FUNDAMENTAL À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NA
CONCEPÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: o direito a um
julgamento justo – caso Piersack v. Bélgica.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE IMPARTIALITY OF THE JUDGE IN THE
CONCEPTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: The right to a
fair trial - Piersack v. Belgium case.

*Luana Steffens**

Resumo: O presente ensaio propõe-se a realizar uma análise da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (TEDH), julgada em 1º de outubro de 1982, envolvendo o caso *Piersack v. Bélgica*. Pretende-se, a partir de uma perspectiva cível, analisar o conceito de imparcialidade judicial, especialmente no tocante à concepção atribuída pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O primeiro passo a ser dado com vistas ao atendimento de tal escopo é, pois, identificar a fundamentalidade material e o conteúdo semântico da imparcialidade do magistrado. Na sequência, verificar-se-á como a imparcialidade está catalogada no direito nacional pátrio, em especial, em face da cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais. Após, por meio da distinção das duas vertentes da imparcialidade estabelecidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a dizer, uma objetiva e outra subjetiva, pretende-se verificar se essa classificação se aplica ao conceito de imparcialidade utilizado pelo ordenamento jurídico nacional. Conclui-se que a classificação do conceito da imparcialidade fixada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos aplica-se ao direito brasileiro, notadamente em face de haver na legislação processual brasileira distinção entre as hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado.

Palavras-chave: Imparcialidade – Fundamentalidade material - Imparcialidade Objetiva – Imparcialidade Subjetiva – Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Abstract: This essay proposes to carry out an analysis of the decision of the European Court of Human Rights (ECHR), judged on October 1, 1982, involving the Piersack v. Belgium case. From a civil perspective, the aim is to analyze the concept of judicial impartiality, especially as regards the concept given by the European Court of Human Rights. The first step to be taken in order to fulfill this scope is, therefore, to identify the material basis and the semantic content of the impartiality of the magistrate. Next, it will be verified how impartiality is catalogued in national law, particularly in view of the material opening clause of the catalogue of fundamental rights. Afterwards, through the distinction between the two aspects of impartiality established by the European Court of Human Rights, that is, one objective and the other subjective, it is intended to verify whether this classification applies to the concept of impartiality used by the national legal system. The conclusion is that the classification of the concept of impartiality established by the European Court of Human Rights applies to Brazilian law, particularly in view of the fact that our procedural law distinguishes between cases of suspicion and impediment of the magistrate.

Keywords: Impartiality – Material basis - Objective Impartiality – Subjective Impartiality – European Court Of Human Rights.

INTRODUÇÃO

✉ Mestranda em Direito na área Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e pela Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS. MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Bacharel em Direito pela PUC/RS. Bolsista CAPES/PROEX. Advogada. luana@lsteffens.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0751939826959797>.

O presente ensaio tem por escopo realizar uma análise da decisão julgada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em 1º de outubro de 1982, envolvendo o caso *Piersack v. Bélgica* e a sua aplicação ao sistema jurídico brasileiro. A decisão analisada é a App 8692/79, que trata do *leading case* do Tribunal de Estrasburgo a respeito do tema da imparcialidade.

No caso em tela, Piersack era suspeito de homicídio de duas pessoas e o então procurador público decidiu processá-lo. Em 13 de dezembro de 1977, Van de Walle (que era vice-procurador sênior do departamento que havia decidido processar o demandante) prestou juramento como juiz do Tribunal de Apelação de Bruxelas. O julgamento de Piersack ocorreu em 1978 no Tribunal de Assize, presidido por Van de Walle. Em última instância, a Corte de Apelação condenou o requerente pelo assassinato de um dos homens e o absolveu em relação às demais acusações. Piersack recorreu da decisão ao Tribunal de Cassação, alegando que o juiz que o julgou não era imparcial, mas o recurso foi negado. O recorrido, então, interpôs recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos alegando que não havia sido julgado por um Tribunal independente e imparcial estabelecido por lei, desde que Van de Walle, presidente do Tribunal que o condenou, houvera tratado o caso em um momento anterior. A Comissão Europeia de Direitos Humanos deu provimento ao seu recurso, concluindo que o Tribunal não havia sido imparcial.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos sustentou, como razões de decidir, que a imparcialidade deve ser examinada sob um aspecto subjetivo e, outro, objetivo. O TEDH considerou que houve violação à imparcialidade objetiva pelo juiz Van de Walle, em clara afronta ao artigo 6º, nº 1, da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Tendo isso em vista, o presente ensaio objetiva, a partir de uma perspectiva cível, apresentar a concepção atribuída pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos à imparcialidade e verificar se essa concepção é adotada pela doutrina pátria. O tema mostra-se relevante especialmente em face de haver o Brasil se submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos por ocasião da

promulgação do Decreto nº 4.463/2002¹, acarretando a possibilidade de um Tribunal supranacional vir a analisar uma questão concernente à imparcialidade dos órgãos judiciais brasileiros.

A pesquisa teve abordagem metodológica essencialmente dialética, empregada por meio de recurso a procedimento comparativo e funcionalista, e adotou-se o método interpretativo sociológico. O estudo é eminentemente teórico e descritivo e manusearam-se fontes bibliográfico-documental.

1 DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DO DIREITO AO JULGAMENTO POR UM TRIBUNAL IMPARCIAL

De acordo com Ingo Sarlet, os direitos fundamentais podem ser considerados “...aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”². Já os direitos humanos seriam aqueles previstos em documentos de direito internacional (positivados na esfera do direito internacional), de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional³.

Como se vê, os direitos humanos e fundamentais possuem o mesmo objeto, distinguindo-se apenas quanto ao veículo normativo em que positivados. Os primeiros, por serem inerentes à condição humana, são positivados – mas não necessariamente – em documento internacional, ao passo que os segundos, encontram proteção no âmbito do direito constitucional de cada Estado. Nesse sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo “transformados” em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização”, os

¹ BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm> Acessado em: 20-11-2019).

² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional⁴.

Pois bem, fixadas tais premissas, direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados⁵. Nesse âmbito, Canotilho “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”⁶.

Robert Alexy, igualmente, realiza a distinção entre a proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. Segundo o referido autor, “a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”⁷.

Nesse sentido, a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, tratando-se de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional; c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF)⁸.

Por outro lado, a fundamentalidade material implica a análise do conteúdo dos direitos, ou seja, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana⁹. Assim, a conceituação meramente formal de direitos fundamentais, no sentido de serem direitos fundamentais somente aqueles expressamente previstos na Lei Maior, mostra-se insuficiente, porquanto o §

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 32.

⁵ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 509.

⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2008, p. 520.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 76.

⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019, p. 328.

2º, do artigo 5º¹⁰ da Constituição Federal admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II).

No que tange especificamente ao direito fundamental ao julgamento por um Tribunal imparcial, objeto desta pesquisa, esse direito não se reveste da fundamentalidade formal propriamente dita, na medida em que não se encontra expressamente positivado no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, tampouco nos dispositivos esparsos da Lei Maior.

Entretanto, o direito ao julgamento por um Tribunal imparcial reveste-se de fundamentalidade material, a qual decorre, expressamente, da cláusula de abertura material do sistema de direitos fundamentais previsto no § 2º do artigo 5º. Assim, por força de uma interpretação sistemática da Constituição, infere-se que o direito ao julgamento por um Tribunal imparcial é um direito fundamental implícito¹¹.

Aliás, sustenta Juarez Freitas que o artigo 5º, § 2º, da CF encerra uma autêntica norma geral inclusiva¹². Assim, a Constituição Federal apresenta-se como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais¹³. Esse processo dinâmico e aberto de reconhecimento de direitos fundamentais no âmbito do sistema constitucional atua como uma espécie de força motriz para uma sociedade sempre aberta e plural¹⁴.

Portanto, a imparcialidade judicial caracteriza-se como direito fundamental do jurisdicionado, na sua acepção material. Funciona, ainda, como essência da Jurisdição, como será abordada no tópico a seguir.

2 A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE COMO ESSÊNCIA DA JURISDIÇÃO E DIREITO FUNDAMENTAL DO JURISDICONADO: a cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais e a incorporação do direito ao julgamento por um Tribunal imparcial ao ordenamento jurídico brasileiro

¹⁰ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹¹ O significado do termo 'implícito' corresponde àquilo que está subentendido, o que está envolvido, mas não de modo claro (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, p. 923.)

¹² FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206.

¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais". In: Sampaio, José Adércio (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del rey, 2003, p. 154.

¹⁴ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019, p. 332.

Após a Segunda Guerra Mundial, a exigência da imparcialidade judicial tornou-se um postulado universal consubstanciado em diversos tratados internacionais¹⁵.

A Constituição Federal de 1988 não contempla *expressamente* a garantia da imparcialidade judicial no amplo catálogo dos direitos fundamentais do artigo 5º, tratando-se de garantia fundamental implícita. Sob essa ótica, o conteúdo do julgamento por um julgador imparcial exsurge como decorrência da leitura sistemática¹⁶ dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o §2º, do artigo 5º, da CF/88 – cláusula de abertura do sistema – estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, de acordo com a exegese desse dispositivo constitucional, infere-se que ao lado de uma série de direitos fundamentais exteriorizados como tais, há outros direitos e garantias ocultos ou pelo menos não expressamente nominados no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988¹⁷.

O § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, insere no catálogo dos direitos fundamentais os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Desse modo, ainda que não haja previsão *expressa* na Lei maior brasileira de um princípio ou de um direito fundamental subjetivo à imparcialidade do juiz, pode-se dizer que essa previsão decorre dos preceitos contidos nos tratados ou pactos internacionais¹⁸.

Pois bem, o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10-12-1948, aprovada pelo Brasil¹⁹, dispõe que “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e

¹⁵ SOUZA, Artur Cesar de. “Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios constitucionais”. *In: RePro v. 42, n. 270, p. 59, ago/2017.*

¹⁶ A respeito do conceito de sistema, ver Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

¹⁷ SOUZA, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social”, *In: Revista dos Tribunais ano 96, Vol. 857, março de 2007, p. 36.*

¹⁸ SOUZA, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social”, *In: Revista dos Tribunais ano 96, Vol. 857, março de 2007, p.36.*

¹⁹ BRASIL, Resolução nº 217, de 1948.

imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Do mesmo modo, o artigo 14, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 19-12-1966, ratificado pelo Brasil²⁰, afirma que “todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça, toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, *independente e imparcial* [...]”.

Assim, o Brasil, como signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporou no rol dos seus direitos fundamentais, por força do § 2º, artigo 5º, da CF/88, a imparcialidade do juiz. Sob essa ótica, a imparcialidade judicial configura-se como um elemento indispensável a qualquer processo, sendo que nela radica uma das mais importantes garantias para a prolação de uma tutela jurisdicional justa e equânime²¹.

Os textos constitucionais, nesse particular, têm tratado a imparcialidade como direito fundamental, sendo ela reconhecida na (a) Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10); (b) Declaração Americana dos Direitos do Homem (artigo 26, 2); (c) Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8.1); (d) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, I); (e) Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6º, I).

A condição de imparcialidade do julgador é o que permite a produção de uma decisão justa, conforme o ordenamento jurídico, cuja prolação promova igualdade, proteja a segurança e vele pela coerência. Nesse universo, a imparcialidade está na ausência de interesse judicial na sorte de qualquer das partes quanto ao resultado do processo. É um requisito anímico do juiz, configurando-se elemento da própria jurisdição²². Não há falar em jurisdição sem a característica da imparcialidade do julgador²³.

²⁰ BRASIL, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

²¹ SOUZA, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social”, *In: Revista dos Tribunais* ano 96, Vol. 857, março de 2007, p.38.

²² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019, p. 834.

²³ Nesse sentido leciona Cappelletti: “...o que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a) a conexão da sua atividade decisória com os ‘*cases and controversies*’ e, por isso, com as partes de tais casos concretos, e b) a atitude de imparcialidade do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re* sua, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (*fair hearing*), [...] e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos ‘poderes políticos.’” (CAPPELLETTI,

Portanto, não se cria um novo direito fundamental, mas o desvenda reflexamente do direito a um processo com todas as garantias, ou em decorrência da permissibilidade constitucional para que o ordenamento jurídico incorpore outros direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário²⁴.

Por fim, no âmbito infraconstitucional, a imparcialidade é tratada como *regra*, por meio das disposições negativas do Código de Processo Civil, em seus artigos 144 e 145, nos quais são reguladas as disposições relativas ao impedimento e à suspeição do magistrado.

Saliente-se que a atuação do juiz em qualquer relação jurídica processual, motivada pelas hipóteses dos artigos 144 e 145 do CPC, caracteriza a nulidade absoluta da decisão²⁵, ensejando, inclusive, a responsabilidade pessoal do julgador por eventuais danos que possa vir a causar às partes²⁶.

Como se vê, a imparcialidade é direito fundamental que não está expressamente catalogada no artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, como referido, a sua integração no sistema jurídico pátrio, como norma de direito fundamental, decorre da cláusula de abertura de sistema prevista no § 2º do artigo 5º, já que o direito fundamental ao juiz imparcial está previsto em diversos Tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

3 A CONCEPÇÃO DE IMPARCIALIDADE DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva

Como visto, um dos elementos essenciais à jurisdição é a imparcialidade do julgador, que é considerada pela doutrina, dentre outras classificações, como objetiva e subjetiva.

Essa classificação também foi realizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos quando do julgamento do caso *Piersack v. Belgium*, que abordou a

Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 74).

²⁴ SOUZA, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social", *In: Revista dos Tribunais* ano 96, Vol. 857, março de 2007, p.37.

²⁵ A nulidade absoluta nessas hipóteses é reconhecida pela Corte Europeia de Direitos do Homem.

²⁶ SOUZA, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social", *In: Revista dos Tribunais* ano 96, Vol. 857, março de 2007, p.46.

imparcialidade do julgador sob dois distintos aspectos: um subjetivo, relativamente às convicções íntimas do juiz, e outro objetivo, relativamente a constatações, no caso concreto, de que há razões suficientes para se afastar qualquer dúvida razoável no tocante à imparcialidade.

No caso tratado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*Piersack v. Belgium*) o juiz que presidiu o júri²⁷ havia atuado como coordenador da seção do Ministério Público responsável pela persecução penal contra o acusado no momento da investigação criminal. Tendo em vista tal fato, a Corte assim decidiu: “*In order that the courts may inspire in the public the confidence which is indispensable, account must also be taken of questions of internal organisation*”.

O aspecto subjetivo da imparcialidade trata de averiguar a convicção pessoal de um determinado juiz em um caso concreto. Trata-se de aspecto ligado ao ânimo do julgador e essa espécie da imparcialidade judicial é sempre presumida até que se faça prova do contrário.

A imparcialidade subjetiva (=imparcialidade psicológica = imparcialidade anímica = imparcialidade propriamente dita = não se interessar pela causa nem tomar partido por quem quer que seja) é caracterizada pela inexistência de qualquer identificação entre o julgador e o autor ou o réu²⁸. Ela é subjetiva, tendo relação direta com uma análise do psiquismo dos sujeitos processuais que têm dever de manter este peculiar estado anímico, sob pena de viciar a relação processual²⁹.

De outro lado, a imparcialidade objetiva (= terceiridade, alienidade, alteridade ou alheação = imparcialidade funcional = “imparcialidade”), caracteriza-se pelo fato de o julgador não atuar como parte, mantendo-se equidistante³⁰. Trata-se de um Juiz concreto que possa oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável de sua imparcialidade. Parte-se da premissa de que o julgador do

²⁷ Na Bélgica o procedimento do júri dispõe que, se sete dos doze jurados manifestarem-se a favor da condenação, a questão é submetida a deliberação de juízes.

²⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 22.

²⁹ CABRAL. Antonio. “Imparcialidade e Imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal”. *In*: RePro Ano 32, n. 149, jul/2007, p. 343

³⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 22.

processo seja visto como um terceiro, alheio ao interesse das partes. Nesse contexto, não basta o julgador ser imparcial, deve parecer ser imparcial³¹.

De acordo com a corrente da imparcialidade objetiva, é necessário que se façam presentes condições suficientes para se afastar qualquer dúvida razoável acerca da imparcialidade do julgador³².

Conforme Souza³³, a imparcialidade objetiva decorre da existência de determinadas causas vinculadas unicamente a aspectos objetivos. Essas circunstâncias, segundo o autor, seriam constatáveis sem qualquer influência de aspectos subjetivos do julgador.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), adotando a teoria da aparência, justificou a existência da violação da imparcialidade objetiva quando o julgador que apreciou o pedido já tinha atuado na fase anterior como membro do Ministério Público:

...b) a abordagem objetiva: o Tribunal europeu considera que a noção de imparcialidade contém não só um elemento subjetivo, mas também um elemento objetivo. Não só o tribunal deve ser mentalmente imparcial, pois “nenhum de seus membros deve ter um preconceito pessoal e predileções”, mas também “tem que ser imparcial de um ponto de vista objetivo”, o que significa que “deve ter garantias para excluir todas as dúvidas justificadas a esse respeito” (*ECHR, Daktarasvs. Lithuania, 2000, paragraph 30*). Para este aspecto, o critério introduz a necessidade de analisar se, independentemente da conduta pessoal do juiz, há fatos determinantes quanto a sua imparcialidade. O escrutínio é a competência funcional do juiz. O objetivo desta análise é determinar que o juiz ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima. A partir desse ponto de vista, os conceitos de independência e imparcialidade objetiva parecem estar intimamente relacionados.³⁴

Por conseguinte, o direito ao juiz imparcial, segundo a imparcialidade objetiva, está intimamente ligado ao direito à aparência de imparcialidade que é analisada por meio de dados objetivos. Nesse enquadramento, a finalidade da exigência da imparcialidade objetiva seria a de evitar que questões objetivas pudessem colocar em dúvida a aparência de imparcialidade que deve revestir a

³¹ A respeito, o famoso adágio inglês de Lord Hewart que ganhou o mundo: “justice must not only be done; it must also seem to be done”. (WOOLF, Harry; JOWELL, Jeffrey; LE SUEUR, Andrew. *Principles of judicial review*. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 414)

³² MAYA, André Machado. A imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo. 269 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 151.

³³ SOUZA, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social”, *In: Revista dos Tribunais* ano 96, Vol. 857, março de 2007, p. 36.

³⁴ DANILET, Cristi. *Independence and Impartiality of Justice*, 2000. Disponível em <http://www.medelnet.eu/images/stories/docs/independence%20and%20Impartiality%20of%Justice-1.pdf>. Acesso em: 13-06-2019.

atividade jurisdicional. Por exemplo, o juiz que atuou como perito ou mesmo que tenha recusado o pedido de arquivamento do inquérito policial feito pelo Ministério Público pode pôr em risco a imparcialidade objetiva que lhe é exigível, já que nesses casos não existe uma especial vinculação entre o juiz e a parte, que é o núcleo da parcialidade subjetiva.³⁵

Pois bem, de acordo com essa corrente, a imparcialidade adquire um novo viés: não basta que o juiz seja alheio ao interesse das partes, mas também que assim o pareça ser. Cabe ao Judiciário a missão de mostrar à sociedade que a justiça está sendo feita³⁶. Portanto, a imparcialidade judicial pretende que o juiz esteja completamente afastado, real e aparentemente, do objeto do processo e dos interesses das partes.

4 DA APLICAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Por fim, será analisada, brevemente, se a classificação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos encontra guarida na legislação pátria. Esclareça-se que a abordagem feita será essencialmente sob o viés do direito processual civil³⁷.

O Código de Processo Civil estabelece as causas de impedimento e suspeição do juiz nos artigos 144 e 145. De acordo com Pontes de Miranda, não se confundem as causas de suspeição e de impedimento: “quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento”, já quem “está impedido está fora de dúvida, pela sua enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função”³⁸.

³⁵SOUZA, Artur Cesar de. “Imparcialidade do juiz – uma leitura constitucional de sua concepção dogmática”. *In*: RePro 269, Ano 42, julho/2017, p. 71.

³⁶ MAYA, André Machado. A imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo. 269 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 118.

³⁷ Não será abordada a questão sob o viés do direito processual penal.

³⁸ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume II, 5ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 420.

Uma grande parte da doutrina³⁹, constata uma aproximação nas hipóteses de impedimento à imparcialidade objetiva, ao passo que, na suspeição, vislumbra-se uma correlação com a imparcialidade subjetiva.

Nelson Nery Junior sustenta que “os motivos indicadores do impedimento do juiz são de natureza objetiva”, de tal modo a caracterizar “presunção *iuris et de iure* – absoluta – de parcialidade”⁴⁰. Assim, uma vez provada a causa de impedimento, o juiz deverá ser afastado do processo.

Destarte, mostra-se evidente uma aproximação entre os conceitos de imparcialidade objetiva e as causas de impedimento previstas no Código de Processo Civil. Nesse sentido, Claudia Gay Barbedo, em sua dissertação de mestrado, refere que “no direito nacional, podemos identificar a imparcialidade objetiva basicamente com os casos de exceção de impedimento...” Aponta, ainda em relação ao impedimento, que “esse instrumento usado para afastar o magistrado da relação processual deriva de causas objetivas”.⁴¹

De outra banda, quando se fala em suspeição do julgador, constata-se a circunstância de violação da imparcialidade de ordem subjetiva⁴². Com efeito, a suspeição ocorre pelo vínculo estabelecido entre o juiz e a parte ou entre o juiz e a questão discutida no feito. Desse modo, caracterizada a suspeição, mostra-se ela congruente com o conceito de imparcialidade subjetiva, porquanto diz respeito a convicção pessoal do magistrado ou a questões de foro íntimo do julgador.

Por conseguinte, parece evidente que a classificação da imparcialidade objetiva e subjetiva realizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos aplica-se ao direito brasileiro, notadamente em face da distinção efetivada pelo Código de

³⁹ Em que pese, Joan Picó I Junoy reputa incorreta a distinção entre a imparcialidade objetiva da subjetiva. Sustenta que a imparcialidade judicial diz respeito ao juiz como sujeito alheio ao que é discutido no processo e às partes em litígio e, portanto, a imparcialidade é sempre subjetiva (PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidade judicial y sus garantías: la abstención y la recusación. Barcelona: Bosh, 1998, p. 51).

⁴⁰ NERY Jr, Nelson. Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante, 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 537.

⁴¹ BARBEDO, Cláudia Gay. Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana para direitos humanos. 219 f. Dissertação de mestrado. Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 24.

⁴² NERY Jr, Nelson. Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante, 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 541.

Processo Civil das hipóteses de impedimento e de suspeição do magistrado (artigos 144 e 145 do CPC).

CONCLUSÃO

Consideradas as apreciações acima, deduz-se que a aferição da fundamentalidade do direito ao julgamento, por um julgador imparcial, decorre da cláusula de abertura constitucional do sistema prevista no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal. Melhor explicando, a fundamentalidade material do direito a julgamento por um decisor imparcial decorre da sua expressa previsão nos Tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que se incorporaram ao quadro de direitos fundamentais, por força da cláusula de abertura inscrita no art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal.

A imparcialidade do magistrado é elemento essencial à Jurisdição e é considerada pela doutrina, assim como pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, dentre outras classificações, como objetiva e subjetiva.

A imparcialidade objetiva revela-se na confiança que o Judiciário deve passar à sociedade. De acordo com parte da doutrina, a imparcialidade objetiva aproxima-se às hipóteses de impedimento do magistrado previstas no artigo 144 do CPC. Por outro lado, a imparcialidade subjetiva vincula-se à convicção pessoal do magistrado, tendo relação direta com uma análise do psiquismo dos sujeitos processuais. Essa vertente da imparcialidade, por sua vez, aproxima-se das hipóteses de suspeição previstas no artigo 145 do CPC.

Portanto, parece evidente que a classificação do conceito da imparcialidade fixada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos aplica-se ao direito pátrio, notadamente em face de haver na legislação processual brasileira distinção expressa entre as hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2008.

BARBEDO, Cláudia Gay. Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana para direitos humanos. 219 f. Dissertação de mestrado. Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

BRASIL, Resolução nº 217, de 1948.

BRASIL, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

CABRAL. Antonio. "Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal". *In*: Revista de Processo, Ano 32, n. 149, jul/2007, p. 340-363.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais". *In*: Sampaio, José Adércio (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del rey, 2003.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

DANILET, Cristi. "Independence and Impartiality of Justice", 2000. Disponível em: <http://www.medelnet.eu/images/stories/docs/independence%20and%20Impartiality%20of%20Justice-1.pdf>. Acesso em: 13-06-2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. volume 1, 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume II, 5ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NERY Jr, Nelson. Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante, 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidade judicial y sus garantías: la abstención y la recusación. Barcelona: Bosh, 1998.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. SP: Malheiros, 2000.

SOUZA, Artur Cesar de. "Imparcialidade do juiz – uma leitura constitucional de sua concepção dogmática". *In*: Revista de Processo 269, Ano 42, julho/2017, p. 60-87.

SOUZA, Artur Cesar de. "Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios constitucionais". *In*: Revista de Processo, v. 42, n. 270, p. 57/83, ago/2017.

SOUZA, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social", *In*: Revista dos Tribunais ano 96, Vol. 857, março de 2007.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH): Caso Piersack v. Bélgica, App 8692/79, sentença de 01-10-1982.

WOOLF, Harry; JOWELL, Jeffrey; LE SUEUR, Andrew. Principles of judicial review. London: Sweet & Maxwell, 1999.