ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 27 – julho/agosto/setembro de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

O POSTULADO DA IMPARCIALIDADE E A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO NO CIVIL LAW

Ana Paula Oliveira Ávila

Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Professora Titular de Direito Constitucional da Uniritter. Advogada em Porto Alegre.

Introdução. Parte I - Conceito de Imparcialidade: 1. Pressupostos da imparcialidade; 2. Assento constitucional; 3. Natureza Jurídica: princípio, regra ou postulado normativo aplicativo? **Parte II - Ruptura da Imparcialidade:** 1. O vício de parcialidade; 2. Exceções de impedimento e suspeição. **Parte III - Imparcialidade e Processo:** 1. Elementos do *fair procedure:* pode-se falar em contraditório, ampla defesa e juiz natural sem imparcialidade? 2. Imparcialidade e Contraditório; 3. Imparcialidade e Ampla Defesa; 4. Imparcialidade e Juiz natural. **Conclusões.**

Introdução

Os temas ora tratados, a imparcialidade e a independência do juiz, são questões relevantes quando se busca compreender a natureza da função jurisdicional. Mais relevantes ainda elas se tornam quando são analisadas através do filtro constitucional e, mais especificamente, dos direitos fundamentais. Uma tal análise revelará, de modo incontrastável, que a imparcialidade e a independência do magistrado atuam, de forma indissociável, na própria composição do que se entende por Estado Democrático de Direito. Imparcialidade e independência são proposições que estão na base do sistema de proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais, a ponto de concluir-se que, no afastamento de uma delas, rompe-se a esfera de direitos juridicamente reconhecida pelo Estado ao cidadão.

A análise que se pretende empreender da imparcialidade e da independência do magistrado nesta ocasião está esteada nesta concepção: são proposições que se refletem na própria realização do Estado de Direito,

considerando-se duplo aspecto, o primeiro, relacionado à atividade jurisdicional enquanto função estatal, e o segundo, relacionado ao próprio papel que a ordem jurídica desempenha como instrumento de pacificação social, servindo de meio para a realização da justiça. De qualquer sorte, esta forma de enfocar o problema se insere naquele espírito proposto pelos estudos acerca das relações entre processo e Constituição, que parte do pressuposto de que o processo não é uma mera técnica, mas sim, *"instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais"*, impondo-se considerá-lo como *"direito constitucional aplicado."*[1] A análise que aqui se intenta fazer da imparcialidade é justamente no sentido de não

> *"apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido".*[2]

A presente análise divide-se em duas partes. Na primeira parte, analisa-se o conteúdo e a natureza jurídica da imparcialidade, e, num amplo espectro, quais os princípios, direitos e garantias constitucionais têm sua realização assegurada pela imparcialidade. Também neste primeiro capítulo situa-se a garantia da independência do magistrado, ao lado de outras garantias, como o pressuposto para o exercício imparcial da função jurisdicional. Na segunda parte, analisam-se as implicações do reconhecimento da imparcialidade na relação processual, demonstrando-se como a imparcialidade deve ser pressuposta para a efetividade das demais garantias processuais e dos direitos fundamentais, cuja proteção constitui a tônica do Estado dos nossos dias.

I. O Conceito de Imparcialidade:

Imparcial é a qualidade de quem não é parte. A concepção jurídica de *parte* está intimamente ligada a quem tem um interesse próprio. Imparcialidade implica a ausência de interesse pessoal em determinada questão. Uma compreensão ampla de imparcialidade judicial pressupõe que se reconheça na jurisdição uma ***função*** do Estado, que em CHIOVENDA vem definida como *a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.*[3] "Função" há de ser bem compreendida: "função é o exercício, no interesse de terceiro,

---

[1] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In* AJURIS nº 87 tomo I (37-49), nesta passagem fazendo referência a KONRAD HESSE.

[2] *Idem, ibidem.*

[3] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. II. São Paulo, Saraiva, 1965. p.3.

de um poder de que se dispõe exclusivamente para os efeitos de cumprir o dever de atender determinada finalidade legalmente estabelecida. Isso é função. Ela não se confunde com Direito ou com Poder, porque nestes alguém desfruta de uma situação subjetiva ativa que lhe permite mobilizar uma potencialidade jurídica em vista de seu próprio interesse, ao passo que, na função o exercício dessa potencialidade se efetua no interesse alheio e como instrumento necessário ao cumprimento de um dever. Aí e só aí teremos função."[4]

A imparcialidade desenvolveu-se como dever funcional dos magistrados e decorre de duas regras essenciais: *nemo iudex in causa propria* e *audi et altera parte*. Lançando-se mão da primeira regra, proíbe-se o exercício de poderes funcionais por quem tenha algum interesse pessoal, direto ou indireto, na questão controvertida, dando margem à adoção de hipóteses de impedimento e suspeição; com base na segunda, impõe-se o contraditório e a participação de todos os interessados no processo. Levando-se em conta estas perspectivas, resultam, para o magistrado, os deveres de oferecer oportunidade às manifestações a quem sua decisão venha afetar, e de ponderar todos os interesses juridicamente relevantes no processo. Isso porque somente se tiver conhecimento da totalidade dos interesses dignos de proteção jurídica é que o magistrado estará em condições de ser imparcial.

A imparcialidade implica a certeza prévia da não-vinculação da atividade instrutória e decisória em favor de qualquer uma das partes envolvidas no processo judicial e independência quanto ao conteúdo das decisões.[5] Trata-se de uma exigência intrínseca ao processo judicial: sem imparcialidade, todas as garantias que nele incidem ficam inócuas. A própria idéia de "*fair procedure*" está fundada nas noções de participação dos interessados e de imparcialidade nas decisões que lhes concernem.

A imparcialidade abrange, ainda, o sentido de objetividade, exigindo que qualquer decisão seja tomada sempre com base em razões legítimas, assim entendidas aquelas que encontram amparo no ordenamento jurídico e que dizem respeito às circunstâncias efetivamente presentes nas questões que se põem no âmbito decisório do juiz.

A imparcialidade, em suma, determina ao magistrado o dever de proporcionar a participação das partes no processo de formação da decisão judicial, e proíbe ao juiz permitir que perseguições, simpatias, antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal interfiram no trato com as partes da relação processual. Na medida em que esses interesses de ordem pessoal interfiram na avaliação das questões submetidas ao magistrado, estará ele agindo com base em razões

---

[4] SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo. In* RDP 84(64-74), p. 66.

[5] MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2000, p 93.

impróprias e, por isso mesmo, incidindo no vício de parcialidade. E não há tratamento parcial que faça justiça ao jurisdicionado.[6]

A imparcialidade exige, assim, uma apreciação desinteressada, isenta e objetivamente orientada dos elementos postos em causa. Trata-se de postura intrínseca à posição do magistrado que, sendo o órgão estatal encarregado de fazer atuar concretamente o ordenamento jurídico, é a contrapartida que o Estado oferece aos indivíduos no momento em que deles retira a autonomia para decidirem as questões nas quais tenham interesse.[7] Contudo a imparcialidade não é devida exclusivamente em razão da posição ocupada pelo magistrado, de terceiro imparcial em face da relação posta em causa. A atividade que ele desempenha é que é determinante para a exigência de imparcialidade: a imparcialidade é condição imanente à própria aplicação do ordenamento jurídico. É o que veremos mais adiante.

1. Pressupostos da Imparcialidade:

Não basta a exigência de conduta imparcial do magistrado. O ordenamento deve proporcionar condições que propiciem a conduta imparcial. A técnica utilizada em nosso ordenamento foi a atribuição de garantias à função de magistrado, das quais destacamos as seguintes como pressupostos da conduta imparcial:

a) Garantia da Independência: pela garantia da independência, que na doutrina vem por muitos autores qualificada de *princípio*[8], protege-se a jurisdição contra a interferência de fatores externos a ela. A independência traduz um relevante aspecto da teoria da divisão dos poderes (CF, art. 2º: *São Poderes da União, **independentes** e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário* - grifei), indicando uma separação orgânica entre a função jurisdicional e as demais funções estatais e que a administração da justiça confiada ao Judiciário não se subordina à ingerência dos outros Poderes da República. Além disso, traduz também um sentido mais amplo, de que

> *"o Judiciário como um todo e cada juiz em particular é independente não só em relação aos outros poderes, como diante do próprio poder e da opinião pública. É direito do*

---

[6] GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedure — A Study of Administrative Procedures.* Oxford: Clarendon Press, 1996. pp. 441 e 443.

[7] PORTANOVA, Rui: *Princípios do Processo Civil.* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79: "*Quando o Estado tirou do cidadão o direito à justiça privada e ao desforço pessoal, deu-lhe um terceiro imparcial e independente para resolver seu conflito: o juiz. Assim, é direito fundamental do cidadão um juiz imparcial e independente.*"

[8] Neste sentido: CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997, p. 79. RUI PORTANOVA. *Princípios do Processo Civil,* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 72.

> *cidadão que a jurisdição seja isenta de pressões externas, e como tal a parte deve exigir do julgador que exerça esta independência".*[9]

Evidentemente, não se pode presumir que, a pretexto de uma atuação independente, possa o magistrado alhear-se ou desvincular-se do ordenamento jurídico e da realidade subjacente. A tônica desta garantia está, justamente, na autonomia do Judiciário em face dos demais poderes do Estado, cujos atos, diga-se de passagem, incumbe principalmente ao Judiciário controlar. Daí, ressalta CHIOVENDA,

> *"a conveniência de que se confie a órgãos autônomos a função jurisdicional, de modo que quem atua a lei não se deixe guiar senão do que se lhe afigure ser a vontade da lei, segundo a ciência e a sua consciência. É mister ainda que esses órgãos sejam independentes, para impedir a intromissão da administração na justiça (justiça de gabinete)."*[10]

A garantia da independência deve manter-se circunscrita a este clássico aspecto: "quem atua a lei não se deixe guiar senão do que se lhe afigure ser a vontade da lei". A independência não se presta para fundamentar uma suposta liberdade do magistrado para julgar em detrimento do ordenamento jurídico. Num sistema como o nosso, de direito positivo --o civil law--, a norma positivada é o ponto de partida da interpretação jurídica, processo que implica o cotejo com outras normas de caráter complementar ou hierarquicamente superiores (e.g., normas constitucionais), de onde resultará uma síntese que transformará as normas gerais e abstratas na norma individual para o caso concreto. Qualquer outra premissa que seja adotada como ponto de partida, tais como a pré-concepção do magistrado, seu sentimento subjetivo de justiça ou seus interesses próprios ou de terceiros, será incompatível com o sentido de imparcialidade que apresentado neste trabalho.

Vive-se hoje certa descrença em relação às normas jurídicas, e muito se diz que ao magistrado, a pretexto de encontrar a solução "justa" para os casos concretos, compete criar normas quando aquela preexistente não se coadune com aquele sentimento (subjetivo) de justiça. A independência, então, levada a extremo, serviria de fundamento para que o magistrado se afaste da ordem jurídica posta e "crie" a "sua" norma individual para o caso. Num tal sentido, a independência seria incompatível com a imparcialidade, na medida em que a inclusão de elementos subjetivos no processo de aplicação da norma exclui a objetividade necessária aos juízos imparciais. Seria incompatível, também, com diversas normas constitucionais a saber: (a) a separação de poderes constitucionalmente engendrada; (b) a legalidade, que determina que os estados de sujeição do cidadão e as restrições de sua liberdade decorram das fontes formais do Direto; (c) o princípio democrático, exigindo que essas

---

[9] PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 73.

[10] CHIOVENDA, *Instituições...* Tomo II, o*p. cit.*, p. 7.

mesmas restrições das liberdades individuais sejam manifestações da soberania popular; (d) a igualdade, formalmente consagrada pela generalidade e abstração das normas; (e) e, também, é incompatível com a segurança jurídica, na medida em que o magistrado, ao inovar na ordem jurídica, retira as condições de certeza e previsibilidade das partes, exigidas por aquele princípio, ao editar uma norma *ex post factum*.

Deste modo, independência não significa liberdade ou desprendimento do magistrado em relação ao ordenamento jurídico. A independência é, pois, funcional, indicando a separação orgânica entre a função jurisdicional e as demais funções estatais, de modo que o magistrado, no exercício do seu mister, não se subordine à ingerência de outros agentes ou aos outros Poderes da República. Nesse sentido, é uma garantia para o seu desempenho imparcial.

b) ***Garantia da vitaliciedade***: prevista no art. 95, inc. I, da Constituição Federal, consiste em uma garantia adquirida pelos magistrados concursados após dois anos de efetivo exercício do cargo. Em razão dela, o magistrado somente perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, se juiz de primeiro grau, ou de deliberação do tribunal a que estiver vinculado, se de segundo grau.

Esta garantia da permanência no cargo público constitui um aspecto fundamental relacionado à exigência de imparcialidade do magistrado. A estabilidade funciona como uma garantia para que o agente possa tomar decisões com imparcialidade e independência. Na mesma trilha segue a garantia da inamovibilidade, prevista no art. 95, inc. II, da Constituição Federal.

c) ***Aposentadoria com proventos integrais ou proporcionais***: Poderíamos ainda ir mais longe nas condições que propiciam o exercício imparcial da função, para argumentar que a própria aposentaria com proventos integrais ou proporcionais ao tempo de permanência do magistrado no cargo é condição que suporta a imparcialidade. É que a Constituição, ao impor vedações ao magistrado, tolhe o desempenho de outra atividade econômica ou outro cargo ou função, salvo uma de magistério. Não pudesse contar o magistrado com seus proventos durante a aposentadoria, não seria de se esperar uma atuação independente, isenta e imparcial por quem atua, no presente, preocupado com a situação financeira incerta e escassa, do futuro. A incerteza e escassez tornam, certamente, o magistrado vulnerável às possibilidades de favorecimento e pressões dos mais diversos setores que possam repercutir na decisão de questões postas sob sua apreciação.

2. Assento constitucional:

A imparcialidade é norma universal prevista no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e reafirmada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Paris, 1948), *verbis*:

> *"Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e* ***imparcial****, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal."*

Na Constituição Federal da República não há previsão expressa da imparcialidade. Talvez, porque uma previsão expressa seja mesmo dispensável, uma vez que diversos dispositivos constitucionais implicam, naturalmente, a imparcialidade. Se analisarmos a Constituição de forma unitária e pelo filtro dos direitos fundamentais, será possível perceber que a imparcialidade instrumentaliza uma série de princípios e garantias fundamentais. O processo, assim, passa a ser o terreno onde afloram princípios, direitos e garantias, e as regras processuais é que viabilizam a concreta efetivação desses mesmos princípios, direitos e garantias. Senão, vejamos:

a) O **Estado de Direito**, que passou a ter existência teórica nos fins do século XVIII, significou a superação de uma forma parcial de comando estatal. Durantes as monarquias absolutistas, o Estado chegava a confundir-se com a pessoa do monarca, que comandava a nação segundo seus interesses, ditados por razões que a ninguém cabia questionar. Aí, bem presente a parcialidade, qualidade de quem ostenta interesse próprio na condução das atividades a serem desempenhadas.

A passagem para o Estado de Direito muda este quadro, buscando limitar o poder, e sobretudo despersonalizá-lo, abraçando princípios fundamentais como os da soberania popular, da democracia, da divisão de poderes, da legalidade, da segurança jurídica e da igualdade. Em decorrência da institucionalização do Estado de Direito e dos seus princípios fundamentais (CF, art. 1º e art. 5º), surgem importantes conseqüências. Pelo reconhecimento da soberania popular, o único poder legítimo é o decorrente da vontade do povo, sendo esta vontade representada pelo Parlamento e afirmada pela idéia de separação dos poderes. Pelos princípios da legalidade e da divisão dos poderes, ficam limitadas e discriminadas pela lei as atividades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, surgindo também formas de controle dos atos do poder público e uma esfera de direitos individuais que deve contar com ampla e efetiva proteção estatal. O ordenamento jurídico assume a posição central na estrutura estatal, substituindo-se à vontade e aos interesses pessoais de quem quer que atue em nome do Estado. Precisamente aí a implicação da imparcialidade dos agentes estatais.

b) Pela exigência de **legalidade** e **segurança jurídica** (CF, art. 5º, *caput* e inc. XXXVI; art. 150, I e III), o Estado passa a se comunicar com o indivíduo por meio do direito objetivo: a norma geral, abstrata, democrática e prévia. A atividade estatal há de ter um embasamento legal, sendo que a generalidade da lei dá também conta de, em tese, preservar a igualdade dos indivíduos. Afora isso, importante sublinhar que, no reconhecimento da força normativa dos princípios, há implícita uma certa mobilidade para que o intérprete conforme a norma jurídica segundo o caso concreto, e, mais grave, *"mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada em certa medida, de acordo com as particularidades do caso concreto, por valorações e idéias do próprio juiz"*.[11] São realidades que, no âmbito do processo judicial, podem ser traduzidas como a "outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito"[12].

Se assim mesmo ocorre, maior relevo é de se conferir à imparcialidade como elemento legitimador do processo de interpretação e aplicação do direito, pois uma motivação psicológica e não-objetiva no exercício de poderes públicos seria uma fonte de risco para a aplicação justa do Direito.[13] O titular de funções decisórias deve-se afastar de motivações não-objetivas e deve examinar somente aqueles elementos congruentes com o que preceitua o ordenamento jurídico.[14] A conduta imparcial é que confere o traço de legitimidade ou arbitrariedade à atividade jurisdicional.

c) Por força do ***princípio democrático***, assentado na soberania popular, o poder emana do povo e ao povo retorna sob a forma de normas iguais para todos, as quais representam uma decisão tomada direta ou indiretamente pelo próprio povo (CF, art. 1º, parágrafo único). Dessarte, a opção pelo Estado Democrático de Direito —como faz a nossa Constituição no *caput* do artigo 1º— e, portanto, pelo governo das leis, traduz justamente um dos primeiros fundamentos para a adoção da imparcialidade. A vontade que se deve fazer atuar é a do Direito, e não a do aplicador.

O princípio democrático, além do mais, exige uma ação responsável relativamente ao bem comum e pressupõe, com isso, no âmbito decisório do Estado, que as decisões sejam tomadas com base em critérios supraindividuais.[15]

---

[11] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In* AJURIS nº 87 tomo I (37-49).

[12] *Idem.*

[13] Sobre os riscos do consequencialismo/pragmatismo na aplicação do Direito, v. AVILA, *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei no 9.868/99.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

[14] KAZELE, Norbert. *Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1990, p. 46.

[15] KAZELE, *op. cit.*, p. 48.

d) Deve-se registrar, ainda, que numa perspectiva material o Estado de Direito prima, também, pela exigência de ***justiça material*** (CF, art. 3º, inc. I), cuja distribuição seja realizada com base em circunstâncias objetivas. Assim sendo, é necessário que as decisões sejam produto não do imaginário do decisor, mas de elementos concretos efetivamente presentes no objeto de sua cognição.

e) Ainda em face da perspectiva material de Estado de Direito, assume relevância o ***dever de proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais*** (CF, art. 5º, inc. XXXV). Para que os direitos fundamentais preencham sua função na realidade social, são necessárias normas procedimentais organizatórias e regras procedimentais adequadas. Nas palavras de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA:

> *"os direitos fundamentais, para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e de regulamentação procedimentais apropriadas. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, principiais ou não, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia".*[16]

A proteção material dos direitos fundamentais, pois, consubstancia a garantia do direito à ampla defesa de interesses num processo devido ("*fair procedure"*), sustentado na participação dos interessados e na avaliação por um decisor imparcial (CF, art. 5º, inc. LV).

A própria preservação da ***dignidade humana*** exige que não haja dúvidas sobre a objetividade e a imparcialidade no âmbito decisório da ação estatal. Faz parte do respeito à dignidade humana a efetiva consideração dos direitos e interesses individuais pelo Estado, que, além de protegê-los, está incumbido de propiciar condições para que eles se realizem. E, tanto na proteção quanto nas possibilidades de realização desses interesses, a atividade do Estado é permeada pelas exigências de impessoalidade, objetividade e imparcialidade.

No tocante à proteção dos direitos fundamentais há que considerar também a ***relação recíproca entre os direitos de liberdade e as garantias do devido processo*** (CF, art. 5º, inc. LIV). A vida em sociedade não é mais possível sem a participação do Estado, que chamou para si, entre tantas atividades, o monopólio da jurisdição. Conseqüência disso é a

[16] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In* AJURIS nº 87 tomo I (37-49), nesta passagem fazendo referência a KONRAD HESSE.

modificação das condições de realização da liberdade individual.[17] Com efeito, o Estado passa a condicionar de diversas formas a liberdade individual, e tais condicionamentos somente são legitimados pelo atendimento às condições de imparcialidade.

f) **O *Princípio da Igualdade*** é uma importante interface da imparcialidade. Nas suas relações com os indivíduos, considerados perante o Estado, é decisivo que as decisões estatais sejam tomadas sem a consideração da pessoa, e sim com a consideração objetiva dos pontos de vista estabelecidos em lei.[18] Tal consideração passa, obviamente, por mecanismos que tornem o sistema impermeável a simpatias ou antipatias pessoais, a motivações político-partidárias, ou a preferências ditadas pela afinidade com determinados grupos ou segmentos na sociedade. Entre tais mecanismos, a imparcialidade e neutralidade aparecem para tornar o sistema infenso a tais perigos.

3. Natureza Jurídica: princípio, regra ou postulado normativo aplicativo?

Essa busca de um assento constitucional para a imparcialidade somente se faz relevante para demonstrar como a imparcialidade se afigura como condição indispensável para o exercício legítimo do poder estatal. Não tivéssemos também esta intenção, esta análise seria supérflua, pois não é de hoje que se sabe que a previsão expressa de uma norma não é condição *sine qua non* para o reconhecimento de sua existência. No caso da imparcialidade, isso é revelado especialmente se se tiver em vista a natureza da imparcialidade enquanto *postulado normativo*, portanto, uma condição indispensável para a *aplicação das normas jurídicas,* atividade que consiste precisa e principalmente na atividade do magistrado. Se a imparcialidade for considerada um *princípio*, o mesmo se pode dizer quanto ao seu reconhecimento dispensar a previsão normativa expressa, tendo em vista o seu caráter fundante do ordenamento. Vejamos, pois, qual a natureza jurídica da imparcialidade.

HUMBERTO ÁVILA propôs, na sua *Teoria dos Princípios*, o reconhecimento de três espécies distintas de normas: as regras, os princípios e os postulados normativos aplicativos. As *regras* seriam normas que prescrevem, imediatamente, a adoção da conduta que descrevem com maior ou menor precisão. Os *princípios*, a seu turno, não descrevem imediatamente condutas, mas enunciam a promoção de um fim, este considerado como um estado ideal de coisas. Os fins, nas regras, são implícitos, da mesma forma que as condutas necessárias à promoção dos fins descritos nos princípios estão neles implicitamente previstas.[19]

---

[17] *Idem*, p. 52.

[18] *Idem,* p. 51

[19] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 4ª

Ladeando as regras e os princípios, inclui-se a categoria dos postulados normativos aplicativos, que seriam espécies de meta-normas, pois não estabelecem deveres de conduta, como as regras, e nem o dever de promoção de um certo estado de coisas, como os princípios, estabelecendo, sim, o modo como esses deveres devem ser aplicados.[20] Segundo ÁVILA,

> *"os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover o fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos".*[21]

Vale sublinhar que referido autor admite a coexistência dessas espécies normativas em face de uma mesma proposição jurídica. Assim, uma norma pode ser regra, princípio ou postulado, tudo dependendo do enfoque sob o qual seja analisada.[22] E, de fato, a imparcialidade admite ser analisada sob diferentes ângulos.

A imparcialidade pode ser um princípio. Neste caso, vislumbra-se o dever de promoção de um estado ideal de coisas, qual seja, o de julgamentos isentos de interesses pessoais ou razões impróprias consideradas pelo julgador. Não há regra de conduta expressa determinando *positivamente* a conduta que leve a este estado, ou seja, o que se deve fazer para agir com imparcialidade. Contudo no CPC estão previstas, *negativamente*, as hipóteses de suspeição ou impedimento, que determinam ao magistrado o que *não fazer*, sob pena de violar-se o estado de coisas subjacente (imparcialidade) que as regras dos arts. 134 e 135 destinam-se a promover.

Ao se considerar a imparcialidade um *princípio*, afigura-se fundamental a contribuição de CANOTILHO no sentido de que "os princípios se beneficiam de uma objetividade e presencialidade que os dispensam de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular".[23] Vistos por este prisma, os princípios jurídicos, enquanto "idéias jurídicas materiais que lograram uma consciência jurídica geral, podem tanto estar escritos no texto legal, como podem estar implícitos".[24]

---

ed. São Paulo:Malheiros Editores 08/2004, p. 70

[20] *Idem,* p. 87-88.

[21] *Idem*, p. 89.
[22] *Idem,* p. 60.

[23] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina, 3ª ed., Coimbra, 1999, p. 1089.

[24] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., Lisboa, 1989, p. 577. Ainda: Larenz qualifica os

Além disso, um mandamento considerado um princípio jurídico, "compreende a bipartição, característica da proposição de direito em previsão e consequência jurídica"[25], de modo que, uma vez reconhecido, vincula imperativamente o destinatário. Disso tudo resulta que, nada obstante a falta de assento expresso na Constituição, a imparcialidade impõe-se enquanto princípio.

No entanto, a imparcialidade deve também ser vista enquanto postulado e já não com as características de princípio ou regra.[26] Há, nitidamente, um caráter metodológico —ou formal, ou procedimental—, na imparcialidade. Este diz respeito à forma como o magistrado vislumbra o ordenamento que lhe incumbe aplicar concretamente em face das partes que se submetem à sua esfera de decisão. Diz respeito à condução do processo judicial e do processo de aplicação do direito: esses processos devem ser conduzidos de forma isenta de interesses pessoais ou razões impróprias. Quando o juiz analisa uma lei, bem como os fatos e demais elementos que as partes apresentam à causa, deve fazê-lo com imparcialidade. Não há negar, por este ângulo, o caráter metodológico que assume a imparcialidade.

Por este prisma, sendo o caso de inseri-la em alguma categoria analítico-normativa, impõe-se a opção pela categoria dos *postulados normativos*, enquanto "condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico", os quais, embora não ofereçam substrato material para fundamentar uma decisão, explicam *como* (sob que condições) pode-se conhecer o Direito.[27] Não seria propriamente princípio, na concepção que lhe atribui a doutrina dominante (DWORKIN, ALEXY), porque a imparcialidade não admitirá flexibilização e nem comporta uma gradação na sua aplicação, i.e., não incide em graus. Por sinal, quanto à aplicação, assemelha-se mais à regra: incide ou não, por completo (nas palavras de DWORKIN, *"all or nothing fashion"*). EGON MOREIRA, apesar de chamar a imparcialidade de princípio, nitidamente apercebeu-se desta circunstância quando averbou: "inexiste imparcialidade enfraquecida, ou que eventualmente incida em alguns casos e noutros não. Trata-se de valor absoluto."[28]

---

princípios jurídicos como *"pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas".*

[25] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Tradução de António Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 86.

[26] Sobre os aspectos comuns aos princípios jurídicos e sua distinção relativamente às regras jurídicas: ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Practica*. Biblioteca de Etica, Filosofia del Derecho y Politica. México, Premià Editora, 1993. CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1086 e ss.

[27] ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidadde*. *in* RDA 215:151-179, p. 165.

[28] MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2000, p 94.

Trata-se, indubitavelmente, de exigência para que as normas jurídicas sejam aplicadas. Veja-se que a imparcialidade, aqui, não contém um fim em si mesmo, e, sim, determina um meio para que se atinjam fins previstos em outros princípios (instrumentaliza a implementação da igualdade, do Estado de Direito, da proteção dos direitos e garantias fundamentais, do contraditório, da ampla defesa, etc.). Não mais se enquadra, nesta segunda hipótese, no conceito atribuído por ÁVILA aos princípios, enquanto normas imediatamente finalísticas[29]. Assim sendo, este dever é implicado por dedução lógica da necessidade de dar-se cumprimento aos preceitos fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico, dispensando previsão normativa expressa.

Parte II - Ruptura da Imparcialidade

1. O vício de parcialidade

O vício de parcialidade ocorre quando o magistrado é parcial. Assim será sempre que, na tomada de decisões ou na simples condução processual, surgir o risco de que possa o juiz agir influenciado por fatores que sejam impertinentes aos elementos postos em causa pelas partes e ao ordenamento jurídico. Nessa situação, o juiz aparece subjetivamente —e não mais objetivamente como se deveria supor— relacionado às questões que lhe forem submetidas.

Não se concebe o magistrado como um ser despido de vontade própria. No entanto, no sistema do *civil law*, as "vontades" possíveis ao magistrado são somente aquelas amparadas pelo ordenamento jurídico. Afinal, a atividade jurisdicional reside na atuação concreta da lei (entendida como Direito). Se o magistrado faz intervir uma vontade que pouco ou nada tem a ver com o processo de aplicação da lei e com os atos que esta exige, adquire este uma vontade que não lhe foi permitida pelo ordenamento: ele se apropria da vontade que deve ser do ordenamento. Aí, então, a parcialidade: o risco de que decida uma questão quem nela tenha interesse próprio atenta contra o mandamento da imparcialidade e torna indiscutivelmente viciada a decisão tomada.

O vício de parcialidade foi profundamente estudado por DENIS GALLIGAN, defensor de que a imparcialidade é a necessidade mais elementar para quem pretende dispensar, a quem quer que seja, um tratamento justo e eqüitativo.[30] Procurando analisar o porquê de se considerar a parcialidade algo tão degradante, distinguiu o autor dois

---

[29] ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras...,* p.167.

[30] GALLIGAN, Denis J. *Due Process and "fair procedure" — A Study of Administrative Procedures.* Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 437 e ss. Acrescenta o autor: *"The rule against bias stands with the hearing rule as one of the twin pillars of the common law concept of precedural fairness. (...) the repugnance felt towards biased decision-makers is widely reflected in constitutions, international conventions, and administrative law codes."*

aspectos deste vício: a predisposição de decidir em favor de alguém face a outrem (violação da igualdade) e o descontrole em relação às pré-concepções, visto que "ser parcial é, de alguma forma, ter decidido a questão de antemão ou tê-la decidido por razões que não são as razões corretas"[31]. GALLIGAN atribuiu à parcialidade diferentes naturezas, classificando-a em três espécies: parcialidade pessoal (*personal bias*), parcialidade sistêmica (*sistemic bias*) e parcialidade cognitiva (*cognitive bias)*.

Parcialidade pessoal abrange a ampla esfera dos interesses pessoais, sentimentais ou financeiros, inclusive em benefício de terceiros. Presente o interesse pessoal, o magistrado é considerado incapaz de decidir adequadamente qualquer questão.

A *parcialidade sistêmica* diz com as predisposições do indivíduo, que resultam do fato de ele pertencer a uma determinada classe social, ou ter tido determinada vida pregressa, ou trabalhar em determinado segmento. Tudo isso gera uma natural afinidade entre indivíduos do mesmo segmento ou que tenham tido experiências semelhantes. Essas afinidades poderão determinar influências nas ações e pontos de vista de qualquer pessoa. O autor reconhece que essa *"sistemic bias"* é, por natureza, tão "entranhada" na compreensão que as pessoas têm dos fatos, que dificilmente poderia ser eliminada ou reduzida, a não ser por uma modificação do próprio sistema.[32] No entanto, assevera o autor que admitir que esta forma de parcialidade esteja tão arraigada na sociedade não significa dizer que ela seja inevitável ou tolerável. Mesmo porque, ela pode ser tão prejudicial quanto as outras formas de parcialidade, ao provocar distorções no processo judicial a partir da introdução de razões ilegítimas.

Em certa medida, o sistema do *civil law*, optando pela positivação do direito, possui mecanismos que atuam como freios a esta forma sistêmica de parcialidade. Assim, o simples respeito ao Direito e à vontade geral positivada, ao mesmo tempo que atende às exigências de democracia, legalidade, segurança jurídica, devido processo e dever de respeito à igualdade e dignidade do cidadão, atende também ao dever de imparcialidade.

A *parcialidade cognitiva* compreende a idéia de que, no processo de formação da decisão, muitas vezes assumem-se certas premissas que são injustificáveis à luz dos fatos e que levam a conclusões falsas.[33] Segundo GALLIGAN, a má apreciação das razões de decidir já

---

[31] GALLIGAN, Denis J. *Due Process...* p. 438 (traduziu-se)

[32] *"The alleged preferences of judges for men over women, the deep-seated racism of some police officers, or the moralistic stereotyping of welfare claimants is each likely to be alleviated only by fundamental reforms in the education and training of those making the judgements." Idem,* p. 439.

[33] *"...we tend to conclude rather too readily that our own view of an issue is widely shared; and when we believe variables to be related to each other, we will hold them to be related even when they are not." Idem*, p. 440.

configura a parcialidade. Sem a observância dos parâmetros legais corretos para a decisão —inclusive, e especialmente, no uso de poderes exercitáveis *ex officio* pelo juiz—, fica inviabilizada uma tomada de decisão apoiada em padrões de conduta que, segundo o ordenamento, seriam condizentes com a proteção dos direitos individuais e com o *"fair procedure".* Como conseqüência, a pessoa afetada pela decisão não é tratada segundo os *standards* legais e, portanto, não é tratada com justiça (*"is treated unfairly"*).[34]

Bem de se ver que a averiguação da parcialidade remete ao subjetivismo das pessoas. Por tal razão, a maior dificuldade com relação ao vício de parcialidade diz respeito à prova desse subjetivismo. Justamente por isso é que, no Brasil, através da previsão de impedimentos e suspeições, a imparcialidade é assegurada por um sistema em que o **risco** de avaliação imprópria dos casos concretos justifica a invalidação da decisão. Ou seja, sinais exteriores de que possa haver um posicionamento parcial do decisor são suficientes para que o ordenamento lhe interdite a prática do ato ou a tomada de decisão, prescindindo-se da prova de ter havido efetiva parcialidade. Basta, portanto, que o decisor possa ter interesse de ordem pessoal ou pecuniária no caso, mesmo que ele tenha discernimento para não permitir que tais interesses afetem sua avaliação. [35]

São sistematizadas, assim, hipóteses de impedimento e suspeição que prevêem a presunção, devido a razões de ordem subjetiva e que dizem respeito à pessoa do magistrado, de que não haverá a imparcialidade, necessária em face dos princípios e garantias previstas no sistema constitucional vigente. Por conseguinte, uma vez verificado o risco de parcialidade por interesse pessoal do julgador da questão ou por incapacidade de avaliar a questão com isenção, simplesmente demonstrar o risco deve ser suficiente para argüir-se a invalidade do processo que deu origem à decisão.

Nesses casos, a valoração que o ordenamento dá à simples suspeita de que possa haver parcialidade (daí falar-se em "risco") é a seguinte: a mera suspeita já obscurece o processo e ameaça o interesse público na necessidade de um juízo independente, que mereça o respeito e a confiança dos jurisdicionados.[36]

---

[34] *Idem,* pp. 441 e 443. O que está em jogo, segundo o autor, são as normas jurídicas segundo as quais cada caso há de ser decidido. O legislador já fixou as condutas possíveis à Administração, com maior determinação no caso das regras, ou menor determinação no caso dos princípios. Mesmo nos princípios, porque impõem finalidades, reconhecem-se verdadeiros vetores de conduta, na medida em que tornam intoleráveis condutas incompatíveis com os fins almejados pelo ordenamento jurídico.

[35] *Idem,* p. 446: *"A personal interest, whether financial, proprietary, or based on a special human association, automatically criates a powerful risk of bias which is likely to have an insidious influence on the decision-maker, no matter how hard he strives to overcome it."*

[36] Nesse sentido, GALLIGAN. *Idem,* p. 442.

O que ocorre nas hipóteses de impedimento e suspeição é que, ao invés de se presumir o exercício impessoal, imparcial, objetivo e isento da jurisdição, presume-se exatamente o contrário, e precisamente em face disso é que se impõe o afastamento do magistrado daquelas situações em que seu desempenho seja comprometido por alguma questão subjetiva que lhe diga respeito. Não importa se o magistrado se deixa ou não influenciar. Basta que esteja em situação influenciável. As hipóteses de impedimento e suspeição servem justamente para proteger o juiz dessas influências e também da repercussão negativa da condução do processo por juiz presumivelmente interessado, tivesse ele realmente interesse ou não. Daí porque, deve o magistrado ter à sua disposição a faculdade de exigir seu afastamento de determinado caso por considerar-se impedido ou suspeito, bem como devem as partes prejudicadas dispor de mecanismos para argüírem a parcialidade do juiz, para fins de afastá-lo do caso em questão. Essas hipóteses estão contempladas no CPC no capítulo dos impedimentos e suspeições.

2. Exceções de impedimento e suspeição

Entre as garantias típicas do processo judicial se situam a imparcialidade e as hipóteses de impedimento e suspeição que dela decorrem. Isso porque é pacífica a necessidade de que o juiz realmente julgue sem ser influenciado por quaisquer fatores que não os direitos dos litigantes que ao seu juízo se submetem.[37]

PONTES DE MIRANDA afirmou que "quem está sob suspeição está em situação de dúvida quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função."[38] O Código de Processo Civil fixou, nos arts. 134 e 135, casos de impedimento e suspeição que, uma vez comprovados, contêm verdadeira presunção *juris et de jure* de parcialidade, absoluta, portanto, ensejando o afastamento do juiz naquelas situações em relação à causa.

a) Hipóteses de Impedimento:

O Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 134, arrola uma série de casos de impedimento. Em ocorrendo uma dessas hipóteses e não se verificando o devido afastamento do juiz impedido, fica o processo viciado por defeito insanável, que persiste até depois do seu desfecho (nos termos do artigo 485, inciso II, do Código de Processo Civil brasileiro, a sentença proferida por juiz impedido poderá ser objeto de ação rescisória). Assim prevê o dispositivo (*verbis*):

---

[37] BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Volume I. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 333.

[38] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.399.

> "É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:
> I - de que for parte;
> II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;
> III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;
> IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;
> V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou na colateral, até o terceiro grau;
> VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa."

b) Hipóteses de Suspeição:

Como casos de suspeição estão contempladas, no artigo 135, as situações em que o juiz tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. Dispõe o referido dispositivo que, nesses casos, poderá ser argüída a suspeição do juiz pelas partes interessadas. Interessante notar que, em se tratando de suspeição, embora se verifique, também nesta situação, uma presunção absoluta de parcialidade[39], não exige a lei a abstenção de atuação do magistrado, dependendo o afastamento do requerimento pelos interessados. Ainda, diversamente dos impedimentos, os casos de suspeição não constituem defeitos insanáveis, de modo que, se o magistrado não se abstiver e nem a parte impugnar, o defeito desaparecerá.[40] Segundo o artigo 135 do Código de Processo Civil, "reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

> I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
> II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
> III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
> IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

[39] BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...* p.341.

[40] *Idem, ibidem.*

> V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.
> Parágrafo único: Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo."

Segundo PONTES DE MIRANDA, "íntima diz-se a amizade quando há laços afetivos, notórios ou não, mas verificáveis por fatos de estreita solidariedade, que possam influir no julgamento pela determinação psicológica, consciente ou não. Também a inimizade capital supõe o elemento afetivo de hostilidade a ponto de perturbar o julgamento."[41] Ressalta o autor que a apreciação de tais causas de suspeição independe de auto-exame do agente, podendo as partes interessadas prová-las com fatos e testemunhas.

Parte III – Imparcialidade e Processo:

1. Elementos do *fair procedure:* pode-se falar em contraditório, ampla defesa e juiz natural sem imparcialidade?

A imparcialidade, considerada nos termos retro-expostos, apresenta-se como um elemento intrínseco à noção de *"fair procedure"*, surgida no direito inglês para designar a necessidade de que os atos estatais resultassem de um procedimento justo.

A idéia geral de *"fair procedure"* é de que um procedimento, para ser justo, deve satisfazer todas as condições necessárias para preservar a imparcialidade (*"unbiased decision-making"*) e o contraditório, consubstanciado na participação dos interessados para efeitos de conhecerem a questão, oferecer defesa, argumentos e suas próprias razões. Esta é a fórmula elementar para uma adequada avaliação dos interesses em jogo e para evitar decisões baseadas em interesses impróprios (*"sinister interests"*).[42]

Nesse sentido, a imparcialidade constitui um elemento que pertence à própria noção de processo, e sua ausência esvazia o sentido das principais garantias processuais – justo aquelas que dão fundamento a toda estrutura do Processo Civil.

2. Imparcialidade e a garantia do contraditório:

Uma das mais importantes garantias jurídicas existentes no âmbito da função jurisdicional é o contraditório. O contraditório é garantia

---

[41] *Comentários...,* p. 403.

[42] GALLIGAN, Denis J. *Discretionary Powers — A Legal Study of Official Discretion.* Oxford: Clarendon, 1986, P. 333.

constitucional insculpida no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, assegurada a todos os que participam de processo judicial e administrativo. Ora, como já se viu, uma das máximas do princípio da imparcialidade é justamente o direito de ser ouvido, o que equivale à garantia do contraditório. Por conseqüência lógica, se o contraditório é uma garantia inseparável do processo, a imparcialidade também o é.

A participação dos interessados é uma condição para que o procedimento seja considerado justo. A imparcialidade visa a assegurar que a garantia mais eficaz do processo, que é a possibilidade de participação das pessoas presentes na relação processual, não se reduza a uma mera formalidade para legitimar decisões arbitrariamente levadas a efeito. Devido à participação dos interessados, que consubstancia a garantia do contraditório, uma sentença resulta não mais da vontade pessoal e subjetiva, do magistrado, mas de um contraditório entre os interessados e o cotejo com os elementos que se apresentam para a formação de sua convicção, tornando visível o confronto de todos os interesses presentes na situação. Precisamente aí surge o dever de ponderação imparcial desses elementos pelo juiz: não fosse ele exigido, sequer seria necessária a participação dos interessados e a exposição de suas razões.

3. Imparcialidade e ampla defesa:

A ampla defesa está expressamente prevista no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, ao lado da garantia do contraditório. Da forma como foi prevista, não há mais dúvidas de que a ampla defesa não se aplica apenas no âmbito penal, como concebera a Constituição Imperial de 1824, tendo plena aplicabilidade nas instâncias processuais judiciais e administrativas.

A garantia da ampla defesa exige o cumprimento de algumas regras de conduta para tornar-se efetiva. A primeira delas é a instauração do contraditório, pois, em qualquer processo do qual decorra decisão que influencie a esfera jurídica de alguém, é preciso dar a este alguém conhecimento das informações que pesem contra ele – sob pena de ter-se instaurado um encadeamento de atos como aquele concebido por KAFKA no seu conhecido *"O Processo".* E, por razão lógica, decorre a necessidade de que a defesa seja prévia, isto é, anterior à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada por quem tem competência para decidir.[43] Falta de contraditório e defesa posterior frustrariam o próprio propósito da garantia da ampla defesa.

Além disso, a satisfação da ampla defesa compreende o acesso aos autos, a possibilidade de apresentar razões e documentos, de produzir provas testemunhais ou periciais e oferecer defesa técnica quando

[43] FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71.

a natureza da situação assim o exigir, e ainda, faz-se imprescindível a necessidade de motivação dos atos em geral e especialmente da decisão, pois só isso permite que seja formulada defesa adequada.

A ampla defesa implica, portanto, a objetividade e a imparcialidade. Ou seja, somente mediante a ampla participação do interessado, com a faculdade de oferecer provas e argumentos, é que se tem condições de oferecer à autoridade elementos de convicção que conduzam a "uma decisão racional, imparcial, ajustada aos fatos e à lei".[44]

Interessante notar que, mesmo presentes no feito todas as oportunidades possíveis de defesa, de nada valerão, se se admitir que a decisão seja tomada com parcialidade. É evidente: perante julgador parcial, por mais que se argumente e se ofereçam razões, jamais haverá a "garantia" de que os argumentos e razões influenciaram no convencimento — situação inadmissível para a "garantia" da ampla defesa. O dever de imparcialidade aparece, portanto, como uma necessidade lógica para que a garantia da ampla defesa seja exercida na sua plenitude.

4. Imparcialidade e juiz natural:

"Juiz natural" é outra garantia fundamental, prevista nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal, e a própria essência desta exige imparcialidade: a garantia se constitui na exigência de julgamento por pessoa que ostente posição exclusivamente objetiva em relação ao feito, ou, em outras palavras, que um juiz não possa decidir caso em que tenha uma classe de interesse capaz de constituir verdadeiro motivo de parcialidade. Exigem-se, pois, basicamente dois elementos: autoridade imparcial e pré-constituída em relação ao feito.[45]

Juiz natural não deixa de ser um corolário das garantias anteriormente analisadas, sob pena de, mesmo que se admita o contraditório e a ampla defesa, escolher-se a dedo um julgador predeterminado a condenar ou absolver, transformando o processo judicial em verdadeiro faz-de-conta: o julgador parece levar em consideração a participação das partes, tendo tomado de antemão sua decisão.[46] Com a garantia do juiz natural incide, naturalmente, o dever de imparcialidade, pois seria inútil disciplinar previamente um sistema de distribuição de competências, caso fosse permitido à autoridade legalmente constituída atuar com parcialidade.

---

[44] SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento... Op. cit,* p. 106.

[45] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 271.

[46] *Idem,* p. 301.

Conclusões:

Conforme verificado, a imparcialidade e a independência do juiz são questões que trazem em si grande relevância para melhor compreender a natureza da função jurisdicional. Ainda mais, quando analisadas sob o prisma constitucional e, especialmente, dos direitos fundamentais. A concepção jurídica de imparcialidade implica a ausência de interesse pessoal em determinada questão, ou seja, é imparcial aquele que não é parte. Ainda que não haja previsão expressa da imparcialidade na Constituição Federal, não há maior problema quanto a isso. Isso porque vários dispositivos constitucionais implicam, logicamente, a imparcialidade.

Para que a conduta do magistrado possa ser imparcial é necessário que o ordenamento proporcione condições que a favoreçam. Em vista disso, o nosso ordenamento atribuiu garantias à função de magistrado, algumas constituindo verdadeiros pressupostos da conduta imparcial: a garantia da independência, a vitaliciedade e a aposentadoria com proventos integrais ou proporcionais. A ausência dessas garantias, sem prejuízo das demais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, torna, certamente, o magistrado vulnerável às possibilidades de favorecimento e pressões dos mais diversos setores que possam ter interesse na decisão de questões postas sob seu julgamento.

Cumpre esclarecer que a independência do magistrado não se confunde com liberdade. A independência decorre do exercício de *função* jurisdicional, protegendo a jurisdição contra a interferência de fatores externos a ela. Significa, basicamente que a administração da justiça confiada ao Judiciário não se subordina à ingerência dos outros Poderes da República e nem da opinião pública.

Não se pode presumir que, a pretexto de uma atuação independente, possa o magistrado alhear-se ou desvincular-se do ordenamento jurídico e da realidade subjacente. A tônica da independência está, justamente, na autonomia do Judiciário em face dos demais agentes do Estado.

Ainda, quando se fala, na doutrina processual, no chamado “princípio do livre convencimento do juiz”, deve-se contextualizar este princípio na apreciação da prova apresentada pelas partes perante o magistrado. A análise da prova é, precisamente, o âmbito do livre convencimento, eis que é o magistrado quem, pela posição de imediatidade em relação aos fatos, tem melhor condição de avaliá-los. Atribuir a este princípio do livre convencimento uma concepção exacerbada (e isso se tem visto com uma freqüência lamentável), que permita ao julgador abrir mão do ordenamento para aplicar ao caso os seus critérios pessoais e subjetivos é postura contrária aos ditames da imparcialidade. Assim, independência e livre convencimento não se confundem com liberdade para decidir à revelia do ordenamento.

No que diz respeito à natureza jurídica da imparcialidade, embora muitos denominem-na como princípio, ela pode (e deve) também ser vista

como postulado. Na verdade, a categoria que mais se amolda as características da imparcialidade é justamente a dos postulados. É esse o melhor entendimento, uma vez que a imparcialidade não admite flexibilização e nem comporta uma gradação na sua aplicação, isto é, não incide em graus, características normalmente atribuídas aos princípios. Ademais, quanto à aplicação, assemelha-se mais à regra, ou seja, incide ou não, por completo.

Contudo, por vezes, o dever de imparcialidade está sujeito a violações, quando o magistrado torna-se parcial. Isso ocorrerá sempre que, na tomada de decisões ou na simples condução processual, surgir o risco de que possa o juiz influenciar-se por fatores externos e inoportunos aos elementos postos em causa pelas partes e ao ordenamento jurídico. São esses os casos de impedimento e suspeição do juiz, colacionados nos arts. 134 e 135 do Código Civil Brasileiro, respectivamente.

Não se pode falar em contraditório, ampla defesa e juiz natural sem falar em imparcialidade. Estes conceitos estão intimamente ligados ao postulado da imparcialidade. A imparcialidade, conforme verificado, tem por objetivo assegurar que a garantia mais eficaz do processo, que é a possibilidade de participação dos interessados, não se restrinja a uma simples formalidade que legitime decisões arbitrariamente levadas a efeito. Igualmente ocorre com a ampla defesa e o juiz natural, colocados na Constituição oportunamente próximos ao contraditório. A ampla defesa implica a imparcialidade. Significa dizer, portanto, que somente mediante a ampla participação do interessado (através de provas e argumentos) é que se têm condições de apresentar ao julgador elementos de convicção que conduzam a uma decisão imparcial, amoldando os fatos à lei. A garantia fundamental do “juiz natural”, por seu turno, essencialmente impõe a imparcialidade, uma vez que se constitui na exigência de que um juiz não possa resolver um caso em que tenha uma classe de interesse capaz de estabelecer verdadeiro motivo de parcialidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Practica*. Biblioteca de Etica, Filosofia del Derecho y Politica. México, Premià Editora, 1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In* AJURIS n. 87, tomo I, pp. 37-49.

_____. *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública – para uma Administração imparcial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidadde*. *in* RDA 215:151-179.

_____. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 4ª ed. São Paulo:Malheiros Editores 08/2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Volume I. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. in* Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 662-683.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Tradução de António Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina, 3ª ed., Coimbra, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. II. São Paulo, Saraiva, 1965.

FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GALLIGAN, Denis J. *Discretionary Powers — A Legal Study of Official Discretion.* Oxford: Clarendon, 1986.

_____. *Due Process and Fair Procedure — A Study of Administrative Procedures.* Oxford: Clarendon Press, 1996.

KAZELE, Norbert. *Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., Lisboa, 1989.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2000.

PORTANOVA, Rui: *Princípios do Processo Civil.* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RUI PORTANOVA. *Princípios do Processo Civil,* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVEIRA, José Néri da. *A função do Juiz. In* Revista AJURIS nº 54(40-52), 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. In RDP 84, pp. 64-74.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O Postulado da Imparcialidade e a Independência do Magistrado no Civil Law. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-ANA-PAULA-OLIVEIRA-AVILA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.