

Levando a imparcialidade a sério: o (mau) exemplo da Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal (e do art. 971, parágrafo único, do Código de Processo Civil)

Diego Crevelin de Sousa

Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Anhaguera-Uniderp). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professor de Direito Processual Civil e de Direito do Consumidor das Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ). Advogado. *E-mail:* <dcrevelin@yahoo.com.br>.

Lúcio Delfino

Pós-doutor em Direito (UNISINOS). Membro-fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Professor de Direito Processual da Universidade de Uberaba/MG. Advogado. *Site:* <www.luciodelfino.com.br>. *E-mail:* <lucio.delfino.adv@gmail.com>.

Resumo: Este texto elabora uma pequena introdução ao modelo constitucional de processo e suas implicações sobre a compreensão correta da garantia da imparcialidade. A partir dessas premissas, examina o enunciado n. 252 da súmula do Supremo Tribunal Federal e do art. 971, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que introduziu na legislação o referido entendimento, concluindo pela inconstitucionalidade delas.

Palavras-chave: Processo constitucional – Imparcialidade – Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal – Art. 971, parágrafo único do Código de Processo Civil – Inconstitucionalidade.

Sumário: **1** Introdução – **2** Modelo constitucional de processo. Processo como instituição de garantia. Modelo de partição funcional equilibrada. A primazia da imparcialidade – **3** A garantia da imparcialidade. Considerações gerais – **4** O caráter exemplificativo dos catálogos legais de impedimento e suspeição – **5** O impedimento do julgador que conheceu do caso anteriormente. Confrontação entre CPC/73 e CPC/15: a ampliação (insuficiente) da proteção da imparcialidade – **6** O Enunciado n. 252 da súmula de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Uma manifesta inconstitucionalidade (lastimavelmente positivada no art. 971, parágrafo único, do CPC) – **7** O Enunciado n. 252 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sob a ótica do CPC/73 – **8** O Enunciado n. 252 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (e o parágrafo único do art. 971 do CPC) sob a ótica do CPC/15 – **9** Considerações finais – Referências

1 Introdução

As linhas breves que se seguem têm propósito singelo, porém dignificante do devido processo legal e, por conseguinte, da jurisdição e dos resultados dela advindos.

Defende-se a imparcialidade do juiz a partir da análise específica do inciso II do art. 144 do novo Código de Processo Civil (CPC/15), atinente a uma hipótese de impedimento dos juízes, avançando para algumas particularidades decorrentes da interpretação proposta, sempre tendo-se em vista defender uma concepção de processo como instituição de garantia.

2 Modelo constitucional de processo. Processo como instituição de garantia. Modelo de repartição funcional equilibrada. A primazia da imparcialidade

Não há qualquer novidade em dizer que o processo – aliás, todo o direito – deve ser compreendido a partir da Constituição.

Mas uma compreensão a partir da Constituição não é uma compreensão a partir do que o intérprete quer que a Constituição seja. Atento à máxima gadameriana segundo a qual “antes de falar sobre um texto é necessário permitir que o texto nos diga algo”, o jurista deve permitir que “a Constituição fale”. A Constituição não é aquilo que o intérprete gostaria que ela fosse. Ela “é” a despeito do intérprete.¹

Dizendo diretamente: não basta afirmar que determinado modelo de processo é conforme à Constituição para que esse modelo de processo seja efetivamente conforme à Constituição. Um referencial mínimo – e fundamental! – para essa mirada é o próprio texto constitucional.

Portanto, um modelo constitucional de processo não é fruto da livre escolha metodológica do jurista, senão da obediência ao que prescreve o texto constitucional.²

Nesse sentido, e com razão, escreve Eduardo José da Fonseca Costa:

[...] uma exploração provisória do texto constitucional já identifica a *institucionalidade garantística* como o ‘ser’ do processo: processo é instituição de garantia, não de poder estatal; ‘*instituição garantística* a serviço dos jurisdicionados’, não ‘instrumento a serviço do Poder jurisdicional’; afinal, é tratado no título sobre *direitos e garantias fundamentais* [CF, Título II], não nos títulos sobre a *organização do Estado* [CF, Títulos III *et seqs.*]. Mas é possível ainda avançar mais: processo é instituição de garantia de *liberdade* (pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de *primeira* geração),

¹ Para aprofundamento no tema, consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

² É a lição de Eduardo José da Fonseca Costa: “Decididamente, ciência do processo não é ‘livre projeto’, ‘artifício intelectual’, ‘ponto de vista’. Tampouco se trata de um Ouroboros circularmente auto-fundante. A processualística, ainda que disponha de rico sistema de categorias fortemente estruturado, é cega se antes não esclarece suficientemente o ‘ser constitucional’ do processo e se não compreende esse esclarecimento como tarefa fundamental” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*, 16/10/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>).

não de igualdade (que é vetor que regula o Capítulo II do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de *segunda* geração); presta-se, enfim, a resguardar a *liberdade* das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas.³

Daí que asseverar que o processo deve ser compreendido a partir da Constituição é dizer que ele tem de ser compreendido como “*instituição garantística a serviço do jurisdicionado*” em face dos abusos do poder. A Constituição repele a concepção do processo como instrumento (à disposição) da Jurisdição (poder), como espaço onde o Estado exerce o seu império.^{4 5}

³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*, 16/10/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-proces-so-instituicao-garantia>>.

⁴ Daí ser correta a dura crítica de Eduardo José da Fonseca Costa às correntes ativistas: “[...] Entrementes, muitas as correntes dogmáticas desencaminhadas, que inconfessadamente desenraizam o processo da Constituição e o envolvem em sobrecargas inconvenientes, esfumando-lhe seu ‘ser constitucional’ e, portanto, sua institucionalidade garantística (a pior delas no país é a ‘instrumentalidade do processo’, fundada num princípio epocal mântico sem qualquer consistência positivo-constitucional, que reduz o processo a mero ‘artefato para boas intenções’ e que tem servido como fonte de compreensão e racionalidade de qualquer manifestação no universo processual). Nesse sentido, toda processualística deve ser uma ‘revelação-destruição’: explicitando hermeneuticamente o processo como *estrutura de garantia das partes*, demole criticamente a dissimulação do processo como mero ‘utensílio do juiz’. Isso mostra que, em última análise, a disputa entre o ativismo (que é uma teoria utensiliar) e o garantismo (que é uma teoria não-utensiliar) é disputa – parafraseando Heidegger – entre velamento [*Verborgenheit*] e desvelamento [*Unverborgenheit*], entre ocultação [*Verdecktheit*] e desocultação [*Unverdecktheit*] (sobre o debate entre garantismo e ativismo: Ramos, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil. Ativismo judicial e garantismo processual*. Coord. Fredie Didier Jr. et al. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 273-86). Em termos mais oblíquos: a dimensão histórica das doutrinas ativistas é um exercício renitente de esquecimento do ‘ser constitucional’ do processo. Importante destacar que esse esquecimento não é propriamente distração, mas indiferença, que por desdém dá a institucionalidade garantística do processo como impensado e que se abandona nesse impensamento (o que explica, por exemplo, por que os ativistas não citam os garantistas e não dialogam criticamente com seus argumentos, caindo na tentação a-científica da pregação apologética). Daí por que há certa tensão entre o constitucional (que engloba e quer determinar) e o processual (que se isola e quer independentizar-se ou apoiar-se em exterioridades não jurídicas). O constitucional avançando para hetero-fundar o processual; o processual recuando para autofundar-se ou fundar-se em extrajuridicidades não constitucionais (geralmente ideologias, interesses, alienações, repressões, teologias, versões de mundo, que intrusivamente ocupam a suprema posição fundante que deveria caber à Constituição). Aliás, é cada vez mais rara uma ciência processual concentrada recursivamente em si mesma. Em regra, projetos políticos não positivados se transmudam em ‘fontes de compensação’ [*Ersatzquellen*] pelo menosprezo à Constituição. Não sem razão os três principais tipos de ativismo se ligam a três grandes credos estatistas: 1) o fascismo processual (do juiz-linha-dura); 2) o socialismo processual (do juiz-Robin-Hood); 3) o social-liberalismo processual (do juiz-gerente ou *managerial judge*) (para um aprofundamento dessa tipologia, meu *Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial*. RBDPro 82/205-16). Todavia, o aludido menosprezo é velado: por meio de uma ‘acrobacia retórica’, o ativista desempenha ‘contorcionismos argumentativo-circenses’, geralmente repletos de piruetas pamprinciológicas, para desfocar a institucionalidade palmar de suas intenções. Não se é de estranhar que hoje, no Brasil, a melhor crítica anti-ativista provém da ala crítico-hermenêutica dos constitucionalistas (Lênio Streck, Maurício Ramires, Francisco Motta, Georges Abboud, etc.), os quais dispõem do aporte metodológico adequado para identificar e delatar essas imposturas” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*, 16/10/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>).

⁵ A concepção do processo como instrumento da jurisdição não raro é apresentada como única chave de compreensão do fenômeno processual. O instrumentalismo processual é posto como uma derivação natural da essência das coisas. Sem razão. É uma – apenas mais uma! – proposta teórica que pode (ou melhor, deve!) ser cotejada com outras e, eventualmente (a nosso ver, impreterivelmente), ceder em face delas. O publicismo processual não tem relação inquebrantável com o instrumentalismo processual. Vale dizer, o fato de o processo pertencer aos domínios do direito público não autoriza concluir que ele seja um instrumento do poder.

Aliás, somente assim se pode efetivamente extremar as funções da jurisdição e do processo. A função da jurisdição é a realização do direito material e ao

Definitivamente, Bülow e aquele publicismo consolidado entre os séculos XIX e XX não são o fim da história, como parecem querer os instrumentalistas (=todos aqueles que, expressamente ou não, compreendem o processo como instrumento da jurisdição). A histórica segue e o discurso jurídico tem interdição na Constituição, condição de licitude dos discursos. E o instrumentalismo não resiste ao texto constitucional. Se mantém apenas como ideologia. Claro, todo discurso teórico tem um pano de fundo ideológico. Em si, isso não é um problema. A questão é colocá-lo sob a luz da normatividade constitucional e apurar se são compatíveis. No caso das concepções instrumentalistas, não são. O ponto é magistralmente sintetizado por Igor Raatz: "Bülow costuma ser lembrado pela doutrina processual por ter superado a visão privatista que considerava o processo como um contrato ou um quase-contrato e, principalmente, por ser o grande responsável pela atribuição de um caráter científico ao direito processual, a partir de uma rigorosa separação entre a relação jurídica processual e a relação jurídica substancial. Bülow teria demonstrado a importância do estudo da relação processual como uma relação de direito público formada entre o particular e o Estado, com condições e pressupostos de existência e validade próprios. Nessa senda, Ovídio A. Baptista da Silva afirma ser impossível "obscurecer a extraordinária importância que o estudo do processo como uma relação jurídica peculiar, de direito público, teve para o desenvolvimento do direito processual civil como uma disciplina autônoma", na medida em que, justamente a partir da obra de Bülow, passou-se a empresar ao processo um desenvolvimento teórico independente. Bülow surge no contexto do direito alemão como precursor do movimento do direito livre, o qual caracterizou-se, antes de mais nada, pelo seu combate ao positivismo e seus postulados fundamentais: o postulado do legalismo estadista, o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e o postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutível aplicável. Não é por menos que Bülow dedica seu livro 'La teoría de las excepciones procesuales y los presupuestos procesales' a Ihering, autor que teria influenciado Bülow com a obra 'Der Zweck im Recht', e quem também se apresentava no cenário jurídico em combate ao formalismo jurídico próprio do positivismo científico, da escola histórica e da jurisprudência dos conceitos. Somente com a obra 'Gesetz und Richteramt' (Lei e Magistratura), em 1885, é que Bülow deixa claro as razões que o levaram a criar uma teoria do processo como relação jurídica que, na verdade, estava na base de uma teoria da jurisdição presente em sua obra. A ideia fundamental de 'Gesetz und Richteramt' é a de que a decisão judicial não é somente a aplicação de uma obra acabada, mas, sim, uma entrada jurídica criadora. Nessa linha afirma que sob o enganoso véu da mesma palavra legal se oculta uma variedade de interpretações possíveis, de modo que ficaria a cargo do juiz eleger aquela disposição jurídica que lhe parecesse mais correta. Conforme Karl Larenz, Bülow não diz com base em que critérios deve o juiz efetuar essa eleição, se com base em critérios objetivos, controláveis até certo grau, com o fim da lei, a natureza das coisas ou a coincidência com um princípio jurídico, ou com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, seu sentimento jurídico. Nessa linha, o movimento do direito livre, em seu desenvolvimento posterior, chegou a reconhecer a possibilidade de decisões *contra legem*, quando ela oferecesse ao juiz uma solução indubitável e se concluísse, livre e conscientemente, que o poder estatal legislativo existente ao tempo da decisão não teria provavelmente prescrito a solução enunciada. Em tais casos, leciona Castanheira Neves, fazendo referência a Kantorowicz ('Der Kampf um die Rechtswissenschaft in Rechtswissenschaft und Soziologie'), que o juiz deveria decidir o sentido que presumisse ser a orientação que tomaria no caso o poder estadual atual e, na impossibilidade de determinar esse sentido, decidiria segundo o direito livre, podendo do mesmo modo decidir livremente nos casos muito complexos e nos que só fossem duvidosos quantitativamente como no exemplo das indenizações por danos morais. Daí que toda a teoria de Bülow é pensada como uma forma de aumentar o poder dos juízes, os quais tinham sido deixados de lado pelas posturas teóricas caudatárias da escola histórica. Tal intento já estava presente em 1868, quando Bülow defendia que o juiz não deveria tomar uma atitude passiva frente aos pressupostos processuais, tal qual o velho procedimento alemão, no qual o juiz exercia um papel de espectador ou de guardião da luta entre as partes. Dessa forma, a validade da relação processual seria uma questão que não poderia ficar à disposição das partes, pois não se trataria de um ajuste privado entre os litigantes, sob o influxo de interesses individuais, mas, sim, de um ato realizado com a ativa participação do tribunal e sob a autoridade do Estado, cujos requisitos seriam coativos e em grande parte absolutos. Assim, o juiz tomaria a frente da relação processual, atitude cuja classe e modo não se diferencia muito daquela assumida frente à matéria em litígio. Não é por outro motivo que o processo, no pensamento de Bülow, surge como um instrumento da jurisdição, que vinha entendida como atividade do juiz na criação do direito nos moldes do direito livre e, portanto, sem nenhum controle pelas partes. Nisso, consubstancia-se aquilo que, no Brasil, André Leal veio a chamar de paradoxo de Bülow, uma vez que não poderia ser o processo, "ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz". Na verdade, não se trata propriamente de um paradoxo, pois Bülow nunca pensou o processo como um mecanismo de controle da jurisdição, mas, sim, como um instrumento da própria jurisdição, dentro dos pressupostos que já foram mencionados" (RAATZ, Igor. *Autonomia Privada e Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 82-86).

processo cabe “apenas” cuidar para que essa realização não deslize em abusividades. Advogar a tese de que a função da jurisdição é prestar tutela aos direitos e que o processo presta tutela aos direitos é dissolver o processo na jurisdição,⁶ ou seja, é manter-se aferrado na concepção instrumentalista de processo, centrada na (e obcecada pela) jurisdição.⁷

De modo que uma teoria de processo não tem liberdade para se mover na direção que convém ao jurista que a professa, mas deve obediência à Constituição. É nesta e não na *consciência-de-si-de-cada-jurista* que está o modelo constitucional de processo. *A Constituição condiciona a teoria, não o contrário*. E a Constituição de 1988 indubitavelmente erigiu o processo como garantia individual do cidadão contra os abusos do poder.

Consequentemente, é sob esta lente de instituição garantística do cidadão contra os abusos do poder que devem ser compreendidas todas as garantias processuais previstas na Constituição.

⁶ Como já sustentado em outra sede, “[h]á um gravíssimo vezo no domínio do direito processual notabilizado por uma espécie de miscelânea retórico-argumentativa cada vez mais comum hodiernamente. É que a construção teórica e legislativa segue sendo forjada segundo miradas cujo compromisso capital está sobretudo no apoderamento judicial, em desprezo à gênese que caracteriza mais de perto a instituição que é o processo. O estrago causado por esse tipo de postura tem se pronunciado dia a dia na praxe forense e ajuda a desvelar por qual razão o Direito é cotidianamente depredado por arbitrariedades de toda sorte. Não que seja uma obviedade facilmente percebível, pois desponta tão-somente a partir de um doloroso empenho de *des-vivicação* da própria experiência de mundo na qual todos estamos mergulhados. Por aqui há tempos o *paroquialismo doutrinário* fez soberano o ensino do direito processual encimado em bases publicistas (ou hiperpublicistas), cujas elaborações teórico-conceituais privilegiam exatamente uma compreensão que prima a jurisdição pela superioridade. A diluição do *processual* pelo *jurisdicional* é um fenômeno deveras real, uma promiscuidade oriunda de pré-juízos que se enraizaram na tradição jurídica pela labuta impactante e serial da dogmática durante longo trajeto histórico, a ponto de fazer com que antevejam o processo por uma via de pensamento profundamente aferrada à perspectiva da atividade jurisdicional e dos seus (denominados) escopos sociais, políticos e jurídicos. Grosso modo, ecoa de ponta a ponta no País o mantra: *o processo é de somenos importância, ancilar e subserviente, mero instrumento a serviço da jurisdição*. Já é hora, pois, de desvelar e destruir algumas compreensões alcançadas no interior da tradição e que foram se sedimentando até constituírem o comportamento assumido de modo geral pelos profissionais do direito na atualidade. Algo como tomar ‘pílula vermelha’, expandir a percepção a fim de enriquecer horizontes em socorro ao conhecimento do processo *tal como ele é*. Não por deleite teórico, vaidades ou coisas do gênero, mas porque só assim se dará o *giro paradigmático*, passo absolutamente necessário para salvaguardar teoria e prática processuais da baixa constitucionalidade na qual se encontram atoladas” (DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017).

⁷ “Obtusamente, contudo, o ativismo judicial dissolve o processo (que é garantia) na jurisdição (que é poder), como se o processo fosse a própria jurisdição-funcionalmente-manifestada. Fá-lo perder a própria autonomia ôntica, dando o direito processual lugar a um disforme ‘direito jurisdicional’. Daí dizer a *intelligentsia* ativista que o papel precípuo do processo é a realização do direito material. Sem razão, entretanto. Lembre-se: na ‘jurislação’, o direito é criado; na jurisdição, o direito é aplicado por terceiro imparcial; na administração, o direito é aplicado pela própria parte ou por terceiro não imparcial. Com isso se vê que, na realidade, o que está a serviço da realização do direito material é a jurisdição, não o processo: ao processo cabe ‘apenas’ cuidar para que essa realização não deslize em abusividades. Decididamente, o exercício da jurisdição radica no processo e não o contrário” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*, 16/10/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>).

Mais: daí se tira a centralidade do papel da imparcialidade, afinal o processo jamais será efetivo instrumento de garantia do cidadão se o juiz, que personifica o Poder naquele *locus*, for parcial. A imparcialidade é a primeira garantia contra os abusos e desvios do poder, portanto.

Em suma, o modelo constitucional de processo encerra uma garantia do cidadão contra os abusos do poder e tem como premissa a radical imparcialidade do juiz.

3 A garantia da imparcialidade. Considerações gerais

A constatação da centralidade da imparcialidade exige pelo menos uma breve exposição do seu núcleo essencial, apurando-se a sua proporcionalidade concreta.⁸

Seus lastros jurídico-positivos mais proximamente pertinentes para o Brasil são o art. 5º, LIV, da CF/88, arts. 1º e 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional e art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A imparcialidade deve ser compreendida em sentido subjetivo e objetivo.

A imparcialidade subjetiva consiste no desinteresse do juiz no resultado da causa. O enfoque é o estado de ânimo do juiz. Proíbe-se o juiz de atuar no processo com o intuito de se beneficiar ou prejudicar determinada parte.

A imparcialidade objetiva consiste no exercício, pelo juiz, apenas das funções judicantes livre de distorções cognitivas. Assim, o juiz não pode: (i) exercer função de parte (=imparcialidade objetivo-funcional = imparcialidade); (ii) cumular funções judicantes geradoras de distorções cognitivas (=imparcialidade objetivo-cognitiva de que fala Eduardo José da Fonseca Costa,⁹ do que é exemplo a vedação de julgar pelo juiz que teve contato com a prova ilícita); e (iii) decidir sobre fatos acerca dos quais, por qualquer razão, já está previamente convencido (=originalidade cognitiva de que falam Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr.¹⁰).¹¹

Duas consequências derivam da imparcialidade objetiva: ela é fundamental na definição dos quadros de repartições funcionais e o seu controle deve ser objetivo.

Falar em repartições funcionais equilibradas é sinalizar a não sobreposição de juiz e partes. Isto é, devem ser rigorosamente definidas as funções das partes

⁸ Proporcionalidade sem ponderação, mas como proibição de proteção deficiente. A propósito, conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 535; NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: RT, 2017, p. 153-155 e 279-283.

⁹ Conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Finitude compreensiva do juiz é um dos desafios do Direito Processual. *Revista Consultor Jurídico*, 28/01/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-28/eduardo-costa-finitude-compreensiva-juiz-desafio-direito-processual>>.

¹⁰ Conferir: ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JR., Aury. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. *Revista Consultor Jurídico*, 29/04/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>>.

¹¹ Bem vistas as coisas, a hipótese (ii) abarca a hipótese (iii).

e as funções do juiz, inadmitindo que um exerça funções do outro. A pedra de toque para a definição das funções dos sujeitos parciais e imparciais é o texto constitucional e os interesses que legitimamente justificam sua atuação. O interesse das partes diz respeito à obtenção de determinado provimento, ao passo que o do juiz deve ser o de assegurar as garantias necessárias para que as partes possam agir com a liberdade necessária para influírem no seu convencimento. Daí que o juiz não pode ter qualquer função ativa que, no curso do processo, impacte diretamente no conteúdo do julgamento. Também por isso não pode exercer funções judicantes de forma enviesada e sem originalidade cognitiva.

Mas atenção: não estamos negando protagonismos. Discordamos da tese de que “o juiz é *simétrico* no debate e *assimétrico* na decisão”,¹² por encerrar contradição lógica. Explica-se. Sendo o debate processual orientado à formação da decisão é mais do que evidente que apenas as partes devem debater e apenas o juiz deve decidir. As partes protagonizam o debate; o juiz, a decisão. Nivelar igualmente partes e juiz no debate é permitir que o último exerça (se não todas, ao menos algumas) funções de parte (p. ex., ordenar a produção de provas de ofício^{13 14}), ou seja, justamente aquelas funções atribuídas a quem, debatendo, está interessado em influir na decisão. Mais: funções exercidas ativamente e que podem influenciar diretamente no resultado do processo. Em suma, é permitir que o juiz aja como se parte fosse. Institui-se a figura do juiz-contraditor, sujeito que é, simultaneamente, juiz e parte, um verdadeiro monstro ético-jurídico.¹⁵ Ora,

¹² Por todos, é a posição de Daniel Mitidiero: “O processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que contra com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local de destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). *O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla função: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa*” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 102, grifou-se).

¹³ Não sem razão, o mesmo Daniel Mitidiero afirma que “a verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance *interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la*” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 102, grifou-se). Segue enigmático, porém, qual é a “medida do interesse” do juiz no exercício das situações jurídicas probatórias ativas para perseguir a verdade...

¹⁴ Na verdade, as situações jurídicas probatórias ativas são privativas das partes, não tendo os atos a elas relacionadas incompatíveis com as funções judicantes. A propósito, conferir: SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 49-78, out./dez. 2016.

¹⁵ Em resposta ao argumento de que o juiz perde sua imparcialidade ao determinar a produção de provas de ofício, os defensores das iniciativas judiciais probatórias *ex officio* (por todos, José Carlos Barbosa Moreira) sustentam que o juiz também seria parcial quando se mantivesse omissivo, pois, assim, deixaria de outorgar tutela a quem tem razão para deferi-la a quem não faz *ius*. O argumento é rotundamente

como o juiz protagoniza – e deve protagonizar! – a decisão, permitir que ele aja simetricamente às partes no debate é enfraquecer a influência destas/sobrelevar a influência daquele na decisão. Não há simetria possível entre quem só debate e quem debate e julga, pois este pode ir preparando o resultado do processo, até mesmo por automatismos mentais inconscientes. De fato, estudos de psicologia cognitiva comportamental indicam que inúmeras distorções cognitivas podem contaminar os processos decisórios humanos, em geral, e do juiz, em particular (v.g., a relação entre a prova de ofício e os vieses de *ancoragem e ajuste* e de *confirmação*), havendo, pois, lapso científico contraindicando a atribuição de determinadas funções processuais ao magistrado.¹⁶ Eis o paradoxo: invocar simetria no debate sem problematizar essas questões é preservar (quicá agravar, porque blindado por discurso equívoco) assimétrico o protagonismo judicial (além de fazer tábula rasa da imparcialidade). Não há simetria possível em qualquer das fases processuais (debate e decisão). Por fim, cumpre esclarecer que o protagonismo de um sujeito não reduz a relevante participação indireta do outro. Com efeito, o juiz participa indiretamente da fase de debate, assim como as partes participam indiretamente da fase decisória. O juiz participa indiretamente do debate, v.g., quando provoca a manifestação das partes a respeito de matéria cognoscível de ofício (que, a rigor, não é sequer participação ativa, mas passiva, pois cumpre situação jurídica passiva derivada do contraditório, que lhe impõe velar e assegurar

falacioso, pois, na verdade, “quando o juiz julga o pedido improcedente por falta de provas, não procede com parcialidade, mas com a convicção ficta de que a pretensão alegada pelo autor não existe. Ou seja, sob o império da *causalidade normativa*, aplicam-se consequências negativas ao autor que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Por outro lado, quando o juiz deixa de julgar improcedente por falta de provas e as ordena *ex officio*, atua com parcialidade, pois se recusa a prontamente reconhecer a inexistência ficta da *res in iudicium deducta*. Ou seja, sob o império do *voluntarismo judicial*, deixam-se caprichosamente de aplicar as consequências decorrentes da omissão autoral. No primeiro caso, o juiz está autorizado a tomar partido, razão por que a indesejada parcialidade dá lugar à convicção plasmada em forma de sentença. Já no segundo caso, o juiz *não* está autorizado a tomar partido, razão pela qual a indesejada parcialidade deixa de ser transformada em convicção sentencial e ganha ares de reprovável favoritismo ao autor. No primeiro caso, há regular desempenho funcional de *juízo*. Já no segundo caso, há indevida externalização funcional de *pré-juízo*. Aqui existe quebra de imparcialidade; ali, não. Na convicção, exterioriza-se oportunamente uma preferência por meio de uma sentença; na parcialidade, exterioriza-se inoportunamente uma preferência por meio de uma diligência probatória complementar. Por conseguinte, não existe a ‘parcialidade por omissão’. Trata-se de um *monstro lógico-processual*. Em verdade, só há quatro possibilidades: 1) juiz que age, uma vez que deferiu pedido [= imparcialidade por atuação positiva] [I (+)]; 2) juiz que age, posto que não haja pedido [= parcialidade por atuação positiva] [P (+)]; 3) juiz que não age porque indeferiu pedido [= imparcialidade por atuação negativa] [I (-)]; 4) juiz que não age por não haver pedido [= imparcialidade por omissão ou não atuação] [I (0)]. *Nec plus ultra*. Com isso se vê que os fundamentos do ativismo judicial probatório ferem a *estrutura da realidade*. Afinal, ser juiz é ser equidistante, sereno, sábio e ponderado. Juiz que escapa a essas características deixa de ser juiz para tornar-se *justiceiro*. Ativismo probatório é não jurisdição, pois. Trata-se, em verdade, de *irracionalismo*” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015, p. 167).

¹⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca; SOUSA, Diego Crevelin de. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Coordenadores: Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro; Roberto P. Campos Gouveia Filho; Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão; Lúcio Grassi de Gouveia. Tomo I. São Paulo: Lualri. 2017, p. 189-207.

o amplo exercício do contraditório pelas partes, *ex vi* do art. 7º, *in fine*, CPC), do mesmo modo que as partes participam indiretamente da decisão quando o juiz considerar todos os seus fundamentos, argumentos e provas, para acolhê-los ou rejeitá-los (art. 489, §1º, IV, CPC). Portanto, a posição ora defendida – protagonismo das partes no debate e protagonismo do juiz na decisão – não fragiliza, absolutamente, o que se convencionou chamar contraditório substancial (garantia de influência e não surpresa), inclusive com sua inquebrantável repercussão no dever de fundamentação analítica das decisões. Queremos ilustrar que tudo isso é possível sem precisar recorrer a formulações de uma pseudossimetria entre partes e juiz no debate. O amplo respeito ao contraditório não exige um juiz ativo, mas um juiz que cumpra seus deveres decorrentes daquela situação jurídica processual, tal como constitucionalmente instituída. Observadas aquelas balizas, respeita-se o processo constitucional quando as partes protagonizam o debate e o juiz protagoniza a decisão, nos termos acima explicitados. Não é necessário igualar juiz e partes para que o processo encerre um ambiente verdadeiramente democrático – até porque é intuito fadado ao fracasso, dado que produz resultado justamente inverso: acentua o protagonismo judicial. Aliás, não há um dispositivo constitucional sequer que sugira essa simetria entre juízes e partes.¹⁷ Como já dito anteriormente, talvez seja o caso de deixar que a Constituição nos diga algo antes de dizermos algo sobre ela.

Passando ao controle da imparcialidade, ele sempre deve ser objetivo. Ou seja, tanto o controle da imparcialidade subjetiva (impedimento e suspeição) quanto o da imparcialidade objetiva (*imparcialidade* e incompatibilidade funcional concreta) dispensa a prova do estado anímico do juiz, isto é, que ele efetivamente quer beneficiar ou prejudicar determinada parte. A psique do juiz não pode ser acessada mediante cálculo de regras e princípios jurídicos.¹⁸ Assim, alegada e comprovada qualquer hipótese de quebra de imparcialidade presume-se, absolutamente, a efetiva quebra da imparcialidade.¹⁹ É isso ou insistir num controle

¹⁷ Sobre o tema, consultar: DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

¹⁸ “Daí já se percebe que a suspeição não é um problema técnico-legislativo ou puramente dogmático-processual, mas *psicológico-cognitivo* e *filosófico*. Não cabe à ciência jurídica explicar, por meio de simples cálculo de princípio e regras, o grau de comprometimento da imparcialidade judicial pelas iniciativas probatórias oficiais. A dogmática, porque lida com textos de direito positivo, não detém o aporte metodológico adequado para abordar a questão. A psique dos juízes não é a ‘região óptica’ própria da dogmática jurídica; enfim, não é a CF, o CPC e as leis processuais extravagantes que responderão se a capacidade de discernimento decisório dos juízes fica total ou parcialmente afetada quando ele ordena provas sem requerimento das partes. Em meio aos ativistas, talvez Michelle Taruffo seja o único que se debruça sobre esses problemas, embora sob enfoque mais epistemológico e menos psíquico-cognitivo” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015, p. 159-160).

¹⁹ É o entendimento de Mateus Costa Pereira: “tanto no impedimento quanto na suspeição, são suficientes a alegação e a prova de qualquer das causas descritas no arts. 144/145 ou 147, havendo automática

meramente ficcional e especulativo que outorga manifesta proteção deficiente à garantia da imparcialidade.²⁰

É possível sistematizar assim: (i) nos casos de impedimento ou suspeição (=imparcialidade subjetiva), basta verificar a presença da hipótese legal; (ii) nos casos em que exerce função de parte (=imparcialidade objetiva por *imparcialidade*), basta verificar que o juiz exerceu função privativa da parte – noção a que se chega pela identificação dos interesses que justificam, em tese, a prática do ato; e (iii) nos casos de incompatibilidade concreta de funções judicantes (=imparcialidade objetiva por enviesamento cognitivo ou quebra de originalidade cognitiva), basta verificar aquelas hipóteses já mapeadas por estudos de psicologia cognitiva comportamental ou dados que permitam concluir a convicção prévia do juiz sobre os fatos que lhe toca julgar.²¹

Nessas coordenadas, o controle da imparcialidade deixa de ser *posterior, subjetivo e consequencialista* para ser *anterior, objetivo e não consequencialista*, isto é, a referência é anterior à prática do ato (*posterior e anterior*), não leva em consideração as intenções do juiz ao determinar/praticar o ato (*subjetivo e objetivo*) e ignora o resultado obtido com a prática do ato (*consequencialista e não consequencialista*). Deixa-se o campo da psique humana (inóspito para os juristas e seus instrumentos e meios) para firmar bases no terreno sólido da legalidade, com manifesto ganho de racionalidade na medida em que se viabiliza o efetivo controle – e, conseqüentemente, respeito – da garantia da imparcialidade. Coloca-se o Direito onde ele deve estar.

Com enorme esforço de síntese, pode-se concluir que a garantia da imparcialidade veda o juiz de (i) ter relação estreita com qualquer das partes (e seus procuradores); (ii) conhecer os fatos que produziram o litígio; e (iii) ter convicção formada sobre a solução do caso posto para julgamento.^{22 23}

quebra de imparcialidade” (PEREIRA, Mateus Costa. *Código de Processo Civil Comentado*. Coordenador: Helder Moroni Câmara. Coimbra: Almedina. 2016, p. 236-237).

²⁰ Como as funções processuais são definidas em razão da parcialidade das partes e imparcialidade do juiz, é equivocado dizer que inexistente relação entre a imparcialidade (função processual) e a imparcialidade (ânimo do juiz). Afinal, a radical divisão de funções visa exatamente isolar o juiz da prática daqueles atos que pressupõem ou geram comprometimento anímico. À base da imparcialidade está a preocupação com a imparcialidade. A imparcialidade é *um* controle objetivo da imparcialidade, portanto. Fala-se *um* e não *o* controle objetivo porque a imparcialidade objetiva inclui a imparcialidade, mas não se limita a ela. Extrapolando a imparcialidade e se situa dentro da imparcialidade objetiva o impedimento decorrente do exercício de funções judicantes concretamente incompatíveis por força de enviesamentos (p. ex., o juiz que ordena a prova de ofício está (ou deveria estar) objetivamente impedido de julgar) ou quebras de originalidade cognitiva (p. ex., o juiz que atuou na fase pré-processual da persecução criminal não deve (ou não deveria) atuar na fase processual).

²¹ A propósito, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Data da defesa: 15/02/2016. 187f. p. 134-135.

²² ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. V. II, T. I. São Paulo: RT, 2015, p. 964.

²³ Becloute Oliveira Silva tem passagem primorosa: “Deve-se destacar que o conhecimento sobre o fato é daqueles que tiveram contato com o acontecimento. Normalmente, o magistrado, que é terceiro, terá contato

4 O caráter *exemplificativo* dos catálogos legais de impedimento e suspeição

O direito positivo brasileiro disciplina as quebras de imparcialidade nos róis de impedimento e suspeição. Uma leitura rápida desses catálogos legais demonstra com clareza sua insuficiência para proteger a garantia da imparcialidade. São totalmente ignoradas todas as quebras objetivas de imparcialidade (*imparcialidade*, enviesamento cognitivo e ausência de originalidade cognitiva), por exemplo. Em suma, incorrem em proibição de proteção deficiente.

Bem verdade que esse entendimento afigura-se minoritário em doutrina e jurisprudência, mas está claro que viola a garantia da imparcialidade e se mostra injustificável, como categoricamente demonstra Eduardo José da Fonseca Costa:

[...] o rol (supostamente taxativo) de causas de impedimento e suspeição é discreto, simplório superficial, fragmentário, descontínuo, causídico, assistemático, coletado sensitivamente a esmo e cheio de particularidades. Como bem dito por Pontes de Miranda, ‘o empirismo não é suficiente à evolução porque, incapaz de generalizar, se mantém plural, adstrito ao particular, como que espalhado pelo mundo dos fenômenos, de cuja complexidade causal não se adverte.’ Daí por que é possível enxergar nessas causas um princípio geral, que lhes sobrejaza e que permita aí uma interpretação extensiva. Só por isso já se poderia apostar que os juristas do processo tratariam esses róis como exemplificativos, agregando-se-lhes extensivamente novas situações particulares de enviesamento cognitivo-judicial até que se pudesse atingir – sobre os trilhos de uma direção exata – o princípio-símbolo do juiz de racionalidade limitada [*principle of boundedly rational judge*]. Afinal de contas, onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito [*ubi eadem ratio, ibi eadem ius*].²⁴

Em outros termos, não há como levar a sério a imparcialidade, cuja importância sobressai por se refletir na própria legitimidade da jurisdição, a partir da defesa de um rol de impedimentos e suspeições *numerus clausus*, lacrado para as conquistas científicas demonstrando que julgadores profissionais também são presas de vieses cognitivos dos mais variados tipos.

do fato a partir das versões trazidas pelas partes. Calha bem aqui a imagem da justiça com a venda nos olhos. Ela não vê, mas constrói a imagem mental dos fatos a partir do que ouve – bilateralidade de audiência –, marca do contraditório. A imagem que constrói é a verdadeira? Corresponde à realidade? Ou é produto do que lhe foi trazido pelos partícipes, em um procedimento de reconstrução dos acontecimentos, através da polifonia dos diversos discursos dos utentes do processo (autor, réu testemunha, peritos etc.), inclusive do magistrado, que lança suas impressões, a partir de sua experiência e modo de ver o mundo? Reconstrói-se a partir da reminiscência. O que é interessado, que lembro do passado no presente. O passado só é passado no presente” (SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada. Processo de Conhecimento – Provas*. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 220).

²⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Data da defesa: 15/02/2016. 187f. p. 134-135.

O ideal da imparcialidade nos julgamentos, a bem da verdade, não se coaduna com uma perspectiva centrada unicamente naquilo previsto pelo legislador. Trata-se de empreitada difícil, e que envolve sem dúvida uma abertura interpretativa da lei, admitindo em sua porosidade a incidência de ganhos obtidos em outros campos (*v.g.*, a *Behavioral Law & Economics*) a fim de repelir irracionalidades e ativismos canibalizadores do devido processo legal.

A interpretação de tais róis deve ser exemplificativa para que incidam sobre todos os casos em que reste violada a garantia da imparcialidade, sob pena desta receber proteção deficiente.

5 O impedimento do julgador que conheceu do caso anteriormente. Confrontação entre CPC/73 e CPC/15: a ampliação (insuficiente) da proteção da imparcialidade

Em tutela do contraditório como garantia de influência e, pois, da imparcialidade como originalidade cognitiva, o art. 144, II, do CPC/15, prescreve que o juiz é impedido de atuar no processo de que conheceu em outro grau de jurisdição, proferindo decisão.

A hipótese encontra equivalente no art. 134, II, do CPC/73, que considerava impedido o juiz que conheceu do processo em primeiro grau de jurisdição, tendo nele proferido sentença ou decisão.

A diferença entre os dispositivos é manifesta: enquanto o CPC/73 dava por impedido o juiz que conheceu da causa *em primeiro grau* de jurisdição, o CPC/15 reputa-o impedido desde que tenha conhecido da causa em *outro grau* de jurisdição, *sem mencionar qualquer grau específico*. E isso faz toda a diferença.

Tire-se pelo exemplo: de acordo com o CPC/73, o Desembargador A estaria impedido de julgar apelação interposta contra sentença que proferira enquanto era Juiz de Direito. Diferentemente, o Ministro B não estaria impedido de julgar recurso especial interposto contra acórdão de apelação de que participara quando era Desembargador. Já pelo CPC/15, há impedimento em ambos os casos em face da participação do julgador em outro grau de jurisdição.

De modo que o CPC/15 ampliou o âmbito de proteção da garantia da imparcialidade. Bem verdade que, submetido o art. 134, II, CPC/73, a uma filtragem constitucional, essa mesma interpretação deveria valer, no mínimo, desde 1988. Nada obstante, a inovação legislativa é digna de elogios, pois remediou a proteção deficiente deferida pelo direito anterior.

Contudo, o legislador ficou a meio caminho em sua empreitada de dar a devida proteção à garantia da imparcialidade.

Com efeito, o art. 144, II, CPC/15, prescreve que impedido é o juiz que *proferiu decisão* em outro grau de jurisdição. Não haveria impedimento se o juiz

conheceu do processo em outro grau de jurisdição e não proferiu decisão. Tal redução é injustificável, porém. A proporcionalidade compreendida como proibição de proteção deficiente impõe seja o dispositivo lido no sentido de ser impedido o juiz que, por qualquer participação no processo, tenha comprometida sua originalidade cognitiva, tenha ele proferido decisão, ou não.

Ora, constitui extraordinário reducionismo supor que a originalidade cognitiva do juiz (e, pois, sua imparcialidade) só será quebrada quando ele houver proferido decisão. Isso pode ocorrer quando ele se envolve com a fase instrutória, mesmo que não tenha proferido qualquer decisão.

Imagine o seguinte caso: por força de promoção, um juiz chega a determinada Vara e ali apanha processo em fase instrutória; ele estuda o caso para presidir audiência de instrução e julgamento, na qual, efetivamente, são colhidos esclarecimentos do perito, o depoimento pessoal das partes e de testemunhas; quando os autos estavam conclusos para sentença este mesmo julgador ascende ao Tribunal por antiguidade. Ora, é mais do que evidente que o julgador, agora Desembargador, não terá originalidade cognitiva para julgar eventuais recursos provenientes de tal caso. Em tal hipótese, afastar o art. 144, II, CPC/15, é dispensar proteção deficiente à garantia da imparcialidade.

E em termos de originalidade cognitiva do juiz, esse envolvimento com a fase instrutória pode ser muito mais impactante que a prolação de determinadas decisões.

É o que se dá, por exemplo, quando o julgador decide sobre questões alheias ao mérito, que lhe incumbe enfrentar precedentemente, como reza o art. 337 do CPC/15. Ao decidir sobre inexistência ou nulidade da citação, incompetência absoluta ou relativa, incorreção do valor da causa, inépcia da petição inicial, incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização, ou ainda sobre convenção de arbitragem, não necessariamente terá tido contato com as teses de fundo, de maneira que a quebra da sua imparcialidade, conquanto possível de ocorrer, acaba de certa forma minorada. Entretanto, em todos esses casos estará caracterizado o seu impedimento. Muito mais impactante, porém, é o contato do julgador com as provas produzidas, capazes de fazer sua percepção pender para um dos polos da relação processual, hipótese que, no entanto, ao menos pelo texto do art. 144, II, CPC/15, não gera impedimento.

Em suma, lido o art. 144, II, CPC/15, pela lente da proporcionalidade, no caso, como proibição de proteção deficiente da garantia da imparcialidade, conclui-se, por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição (=adição de sentido para conformar o texto à normatividade constitucional), que o referido dispositivo deve ser assim interpretado: o juiz é impedido de atuar no processo de que conheceu em outro grau de jurisdição, tenha ele proferido decisão ou não.

6 O Enunciado n. 252 da súmula de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Uma manifesta inconstitucionalidade (lastimavelmente positivada no art. 971, parágrafo único, do CPC)

O Supremo Tribunal Federal possui enunciado sumular que trata de hipótese relacionada à causa de impedimento do art. 144, II, CPC/15.

Trata-se do Enunciado 252, que dispõe: “Na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo”.

Referido enunciado influenciou a prescrição do parágrafo único do art. 971 do CPC: “Parágrafo único. A escolha de relator recairá, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo”. A alternativa – “sempre que possível” – deixa claro que o julgador que participou do julgamento rescindendo não está impedido para o julgamento rescisório.

Tudo o até aqui exposto permite concluir, com facilidade, que o enunciado e o dispositivo do CPC padecem de manifesta inconstitucionalidade. Sobre a súmula – que é o antecedente do dispositivo –, convém situar em seu contexto histórico.

Com efeito, o enunciado foi aprovado na sessão plenária de 13.12.1963, portanto sob a vigência do CPC/39, diploma que tratava todas as quebras de imparcialidade como suspeição (=não discernia causas de impedimento e suspeição) e – mais importante – não continha hipótese equivalente à do art. 144, II, CPC/15.²⁵

Segundo o *site* do Supremo Tribunal Federal, apenas um julgado, de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, é considerado “precedente” da súmula, qual seja, o AI 26178, de parca fundamentação.

Do seu exame, consta apenas que: (i) segundo as Câmaras Cíveis do Estado de Sergipe, não têm impedimento para funcionar na rescisória juízes que participaram do julgamento rescindendo; (ii) tal hipótese de impedimento não existia no CPC/39, nem no regimento interno do Tribunal; (iii) no acórdão do RE 144/109, relator o Ministro Nelson Hungria, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “não são impedidos para julgamento da rescisória os Juízes do acórdão rescindendo, nem o juiz da sentença de primeira instância, integrando, acaso, o Tribunal, por ocasião daquele julgamento”; (iv) que contra tal decisão foi interposto recurso extraordinário com fundamento na letra “d” do permissivo constitucional de então,

²⁵ DA EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. Art. 185. Considerar-se-á fundada a suspeita de parcialidade do juiz quando: I – parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, ou de seus procuradores, até o terceiro grau; II – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; III – particularmente interessado na decisão da causa; IV – ele, ou qualquer de seus parentes, consanguíneos ou afins até o terceiro grau, tiver interesse direta em transação em que haja intervindo, ou esteja para intervir, alguma das partes.

alusivo a dissídio jurisprudencial,²⁶ mas não se indicou qualquer decisão conflitante, razão por que foi denegado; (v) contra a decisão de denegação se tirou o AI 26178.

Em seu voto, propriamente dito, o Ministro Victor Nunes Leal diz apenas o seguinte: “nego provimento ao agravo porque não indicou qualquer decisão divergente”. Nada mais.

Duas questões chamam a atenção: (i) o AI 26178 não é precedente do enunciado sumular n. 252, ao contrário do que reportam as informações oficiais; e (ii) mesmo que fosse, ele veio a lume sob a vigência de direito positivo totalmente diverso do atual. Vejamos.

Não se deve deixar levar pelas aparências: o AI 26178 não foi sequer conhecido, ao contrário do que foi dito expressamente pelo Ministro Victor Nunes Leal. Nada surpreendente, haja vista a notória, insistente e injustificável atecnia do Supremo Tribunal Federal de baralhar as noções de admissibilidade e de mérito dos recursos. Alude-se ao juízo de mérito (provimento/não provimento) quando se trata de juízo de admissibilidade (conhecimento/não conhecimento). Fala-se “nego provimento ao recurso” quando seria correto dizer “nego conhecimento ao recurso”. É raro ver um caso em que se lê que “o recurso é conhecido, mas negado provimento”. Foi exatamente o que aconteceu no AI 26178: consta expressamente não ter havido a demonstração do dissídio jurisprudencial, questão alusiva ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não ao mérito!

Ou seja, o enunciado sumular não está sequer fundado em decisão do Supremo Tribunal sobre o tema, haja vista que o AI 26178 não foi sequer conhecido. Não é o caso de a súmula não estar fundada em precedente, ou seja, decisão sobre o tema revestida de fundamentos determinantes e universalizáveis. Sequer há decisão sobre o tema no AI 26178, pois que ele não foi conhecido. Nele, não foram examinados os fundamentos que justificam o entendimento de que “na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo”. A rigor – e para nosso estarrecimento –, o Supremo Tribunal Federal sumulou não o seu entendimento sobre o tema, mas o do Tribunal de Justiça de Sergipe.

Outra questão relevante é notar que o referido enunciado veio a lume sob a vigência do CPC/39, totalmente diferente do ora vigente, no particular. Enquanto aquele não continha semelhante previsão de impedimento o atual é expresso. Só por isso, referido enunciado deve(ria) ser cancelado e, independentemente disso,

²⁶ Veja-se o texto da Constituição de 1946: Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: (...) d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

deixar de ser aplicado imediatamente. Portanto, sua positivação no parágrafo único do art. 971 do CPC é lamentável tanto do ponto de vista histórico quanto do ponto de vista normativo. É exemplo frisante do desprezo com a historicidade do direito.

Na verdade, isso já deveria ter ocorrido desde o CPC/73, haja vista o seu art. 134, III, acima transcrito. Sobre isso, dedicamos o próximo tópico.

7 O Enunciado n. 252 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sob a ótica do CPC/73

O Código Buzaid considerava impedido de exercer suas funções no processo contencioso ou voluntário o juiz que “conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão” (art. 134, III).

Relacionando tal dispositivo ao Enunciado 252 da súmula do Supremo Tribunal Federal, se tem claro que, *v.g.*, se o Juiz A proferiu sentença e ascendeu ao Tribunal, estará impedido para o julgamento de eventual ação rescisória contra ela ajuizada.

A doutrina, porém, divergia sobre a superação da súmula pelo CPC/73.²⁷

Em prol da sua subsistência, defendia-se que a legislação processual impedia a participação do juiz em nova decisão *no mesmo processo*. Como as ações autônomas de impugnação – dentre as quais a ação rescisória – geram processo novo, a causa de impedimento não as alcançariam. Ressalvava-se apenas a hipótese em que o fundamento da ação rescisória fosse exatamente o impedimento daquele que julgou em primeiro grau.²⁸

²⁷ Pela manutenção da súmula, escreviam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: “o motivo do CPC 134 II não se aplica às hipóteses de ação anulatória (CPC 486) e de ação rescisória (CPC 485), porque ações autônomas de impugnação, que inauguram outro processo, quando a proibição do CPC 134 II é para o juiz que atuou no mesmo processo. Neste sentido, quanto à rescisória: STF 252” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 417). Contra, entendendo pela superação da súmula, escreveu José Roberto dos Santos Bedaque: “a causa de impedimento ora examinada vale também para a ação rescisória, estando impedido de julgá-la o juiz que proferiu a sentença rescindenda. Essa posição difere diametralmente da enunciada pelo Supremo Tribunal Federal em sua súmula 252, muito embora esta diga respeito, ao referir-se aos ‘juízes que participaram do julgamento rescindendo’, apenas à rescisão de acórdão, não de sentença; não se pode olvidar, contudo, que o próprio Código equipara, para fins de impedimento ou suspeição das autoridades judiciárias, aquelas que atuam em primeiro e em segundo graus de jurisdição (art. 137)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 375). À luz do levantamento histórico ora feito, não é correta a afirmação de que ela diga respeito “apenas à rescisão de acórdão, não de sentença”. O STF não fez essa distinção. Sequer o texto do enunciado sumular permite essa interpretação.

²⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 417.

O argumento era (e segue sendo) insustentável, *data maxima venia*. Compreendido o processo como instituição de garantia – *isso, no mínimo, desde 1988, sob a égide da Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito* –, há que prevalecer, no ponto, a preservação da imparcialidade dos julgadores como condição de reverência ao devido processo legal. E em todos aqueles casos faltaria originalidade cognitiva, imprescindível à imparcialidade do julgador.

Ora, o entendimento ora criticado quer convencer que: i) se o Juiz A atuasse em determinado processo, nele proferisse sentença e ascendesse ao Tribunal, *não poderia* julgar recursos interpostos contra aquela decisão, porque se está no *mesmo processo*; mas ii) se o *mesmo* Juiz A atuasse *naquele mesmo processo*, nele proferisse *a mesma* sentença e ascendesse ao Tribunal, *poderia* julgar *ação rescisória* contra *a sentença por ele proferida*, porque se está em *outro processo* (raciocínio que seria extensível a todos os meios de impugnação estranhos ao recurso, como, *v.g.*, a ação anulatória e o mandado de segurança contra ato judicial²⁹). E seria assim mesmo que, tanto em i) como em ii), o fundamento do pedido – de reforma, em i), e de rescisão, em ii) – fosse a violação de literal disposição de lei (art. 485, V, CPC/73).

Mas aí, caberia indagar: seria correto dizer que ao julgador, em i), *faltaria* originalidade cognitiva e que, em ii), *não faltaria* originalidade cognitiva?; seria correto dizer que, em i), o julgador, para decidir o recurso, *não conseguiria* desprezar o convencimento anteriormente formado, mas que, em ii), para julgar a ação rescisória (ou qualquer outra ação autônoma de impugnação), *ele conseguiria* desprezar o convencimento anteriormente formado? Decididamente, as respostas são negativas!

Faltarão originalidade cognitiva em todos os casos, no mínimo, porque o julgador já terá convicção formada sobre o caso posto para julgamento. Haverá a tendência natural, por automatismo mental inconsciente, de confirmar a decisão proferida anteriormente (*confirmation bias*), fazendo, também, com que o contraditório seja absolutamente inútil em relação ao julgador que proferiu a decisão rescindenda, dado ser improvável o exercício de qualquer influência sobre o seu convencimento. Não fosse por mais nada, faltaria o mínimo, a *estética de imparcialidade* (Aury Lopes Jr.).

Portanto, o Enunciado sumular 252 já era incompatível com o CPC/73. E considerando o que dispunha a primeira parte do art. 137 da aludida codificação

²⁹ Entendendo que não há impedimento para atuar em ações autônomas de impugnação, inclusive o mandado de segurança: ROQUE, André Vasconcelos. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 523. Só um profundo desprezo pela imparcialidade nega o impedimento do Desembargador para julgar mandado de segurança impetrado contra ato por ele proferido enquanto era Juiz de Direito.

processual (“aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais”), era defensável, a partir do próprio texto legal, que o impedimento alcançasse o julgador que tivesse atuado no processo em qualquer instância. Assim, *v.g.*, o Desembargador A que participasse do julgamento da apelação e ascendesse ao Superior Tribunal de Justiça, não poderia participar do exame do recurso especial interposto contra tal decisão.

8 O Enunciado n. 252 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (e o parágrafo único do art. 971 do CPC) sob a ótica do CPC/15

Divisando o tema sob a ótica do CPC/15, as mesmas conclusões se impõem. É agora com muito mais razão, pois, nos termos do seu art. 144, II, há impedimento do julgador, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo de que conheceu em outro grau de jurisdição.

Ou seja, *não há mais menção à atuação em primeiro grau de jurisdição*, como dispunha o CPC/73. E, como visto, o fato de o CPC referir a “processo” não pode legitimar a interpretação de que essa hipótese de impedimento não se estenderia à atuação do mesmo julgador em ações autônomas de impugnação ajuizadas contra decisões por ele proferidas em outro grau de jurisdição.

Desnecessário dizer que, sob o escólio da originalidade cognitiva, o impedimento alcança aqueles que participaram, no Tribunal, do julgamento da decisão objeto da ação rescisória. Por exemplo: se os Desembargadores A, B e C julgaram apelação, posteriormente objeto de pretensão rescisória perante o mesmo Tribunal, de modo algum eles poderão participar do julgamento desta última ação. Não importa que o CPC refira ao conhecimento do processo “em outro grau de jurisdição”, pois tal sentido seria inconstitucional por violação da garantia da imparcialidade.

9 Considerações finais

Conclui-se que o modelo de processo a ser sempre adotado é aquele imposto pelo texto constitucional, condicionante da atividade teórica, e não o contrário. O texto constitucional não está à disposição do intérprete.

Nesse sentido, o processo deve ser compreendido como instituição de garantia, isto é, como proteção do cidadão contra os abusos do poder. Não é o processo instrumento da jurisdição (e, pois, do poder). A função da jurisdição é dar tutela aos direitos e a do processo é garantir que essa função seja exercida sem abusos.

A compreensão do processo como instituição de garantia exige a edificação de um quadro de repartições funcionais equilibradas, que encontra na imparcialidade sua pedra de toque, afinal as partes agem interessadas em determinado resultado e o juiz não pode nutrir qualquer interesse, além de garantir que as partes possam influir no seu convencimento.

A imparcialidade deve ser compreendida amplamente, isto é, em sentido subjetivo, como ausência de ânimo do juiz no sentido de determinado resultado, e em sentido objetivo, que inclui a *imparcialidade*, a ausência de vieses cognitivos e a originalidade cognitiva do juiz.

Toda essa complexa teia contedúística da imparcialidade deve ser interpretada em prol da garantia do cidadão contra os abusos do poder, compreendida a própria parcialidade como um abuso a ser evitado. Daí os róis de impedimento e suspeição serem meramente exemplificativos e admitirem interpretação extensiva para acomodar todas as hipóteses de violação da garantia da imparcialidade, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

O art. 144, II, CPC/2015 prescreve que há impedimento do juiz que conheceu do processo em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão. O dispositivo exige inúmeros reparos pelas técnicas de jurisdição constitucional.

Reclama o emprego da técnica de *interpretação conforme à Constituição* (=adição de sentido para tornar o dispositivo constitucional) para ser entendido no sentido de que “é impedido de exercer suas funções *no mesmo processo, ou não*, o juiz que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo *ou não* proferido decisão”. Assim, quanto ao primeiro acréscimo – “no mesmo processo, *ou não*” –, *v.g.*, os Desembargadores que julgaram a apelação estarão impedidos de integrarem o órgão que julgará a ação rescisória contra ela interposta. E quanto ao segundo acréscimo – “tendo proferido decisão, *ou não*” –, *v.g.*, o Desembargador estará impedido de julgar recurso proveniente de caso em que haja atuado, como juiz, da fase instrutória, *mesmo que não tenha proferido qualquer decisão*.

O manejo dessas técnicas interpretativas é imposição do princípio da proporcionalidade, no caso, como proibição de proteção deficiente da garantia da imparcialidade.

Daí ser inconstitucional o Enunciado n. 252 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que prescreve “na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo”, por evidente violação da garantia da imparcialidade objetiva, em sua manifestação de originalidade cognitiva.

Por menos, referido enunciado sumular deve ser cancelado e, a despeito disso, deixar de ser aplicado, pois produzido sob a égide de direito positivo (CPC/39) incompatível como atual (CPC/2015) – o que já deveria ter ocorrido desde o direito

anterior (CPC/73), embora tenha passado despercebido pela jurisprudência e doutrina majoritária.

Taking impartiality seriously: the (bad) example of the “súmula” n. 252 of Federal Supreme Court (and the Article 971, sole paragraph, of Civil Procedure Code)

Abstract: This text elaborates a short introduction to the constitutional model of proceeding and its implications about a correct comprehension on guarantee of impartiality. From those premises, examines the “súmula” n. 252 of Federal Supreme Court and the article 971, sole paragraph, of Civil Procedure Code, which introduced into the legislation the referred understanding, concluding by their unconstitutionality.

Keywords: Constitutional Proceeding – Impartiality – “Súmula” n. 252 of Federal Supreme Court – Art. 971, sole paragraph, of Civil Procedure Code – Unconstitutionality.

Referências

ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el fator humano. Una aproximación. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)* 2. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra abril, 2011. Disponível em: <www.dialnet.unirioja.es/ejemplar/278664>.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. V. II. T. I. São Paulo: RT, 2015, p. 976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coordenador: Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

BULYGIN, Eugenio. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. *In: Ratio Juris*, 13. Junho 2000. Bologna: Carla Farralli. p. 133-137.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, poder, justiça e processo – Julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*, 16/11/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Finitude compreensiva do juiz é um dos desafios do Direito Processual. *Revista Consultor Jurídico*, 28/01/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-28/eduardo-costa-finitude-compreensiva-juiz-desafio-direito-processual>>.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese (doutorado em Direito). Data da defesa: 15/02/2016. 187f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases. In: *The Simulation Heuristic*. P. Slovic e A. Tversky (Orgs.). Nova York: Cambridge University Press. p. 201-208.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. *Rápido e Devagar*. Duas Formas de Pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. São Paulo: RT, 2009.

NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: RT, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

RAATZ, Igor. *Autonomia Privada e Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROQUE, André Vasconcelos. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES JR., Aury. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. *Revista Consultor Jurídico*, 29/04/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>>.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada. Processo de Conhecimento – Provas*. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 49-78, out./dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. Levando a imparcialidade a sério: o (mau) exemplo da Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal (e do art. 971, parágrafo único, do Código de Processo Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 26, n. 101, p. 49-69, jan./mar. 2018.

Recebido em: 02.12.2017

Aprovado em: 20.12.2017