



Pedro Neto: Prevaricação, imparcialidade do juiz e o devido processo

O presente trabalho trata da garantia dos princípios constitucionais da imparcialidade do juiz e do devido processo legal prestada por meio da previsão penal da prevaricação, que desempenha importante função no controle de condutas desviantes de magistrados, que digam respeito a atuações tendenciosas, orientadas à satisfação de seus sentimentos ou interesses. O papel dessa regulação pela via penal deve estar identificado com um efetivo desestímulo a que magistrados optem por não seguir o dever de afastamento do processo mesmo diante de causas inequivocamente reveladoras de suspeição ou impedimento. O estudo deste tema se desenvolve com o propósito de apontar a estreita correlação entre as hipóteses de suspeição e impedimento aplicáveis aos juízes e o crime de prevaricação, sobre o qual se busca decifrar um conteúdo capaz de propiciar adequado controle da prestação jurisdicional, em preenchimento do pressuposto da competência subjetiva à luz da observância do retromencionado princípio constitucional da imparcialidade do juiz, por sua vez informativo do outro comentado princípio constitucional mais abrangente, que é o do devido processo legal.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabelece um rol de direitos e garantias fundamentais carecedores de diferentes níveis de proteção, somente alcançáveis pela atuação do legislador infraconstitucional.

Ao incluir o devido processo legal entre os valores fundamentais (artigo 5º, inciso LIV), o legislador constitucional elevou o respeito às regras procedimentais a um patamar acima da mera observância das formas consagradas pela *práxis* (as regras do processo) em seus diferentes âmbitos (administrativo, civil, penal, etc.), exigindo que a atuação do responsável pela condução do processo busque sempre um resultado material em total consonância com o ordenamento jurídico.

Aos que se afastam desse caminho traçado pela Constituição o próprio sistema legal reserva uma série de respostas, dentre elas as de caráter sancionador. Este é, por exemplo, o fundamento da existência do delito de prevaricação, assim descrito em sua modalidade básica pelo artigo 319, do Código Penal Brasileiro:

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

Pela redação deste tipo penal fica evidente que no conceito da prevaricação — enquanto comportamento objetivamente descrito pelo texto normativo — está, em tese, incluída a conduta do magistrado.

Neste breve trabalho, que não tem o compromisso de examinar exaustivamente o crime de prevaricação — e nem convinha fosse diferente —, o enfoque a ser dado está relacionado com aquelas atuações judiciais desviantes das regras processuais que resultem em vulnerações aos interesses da administração, uma vez que o tipo penal tratado está alocado no Capítulo I (dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral), dentro do Título XI (dos crimes contra a Administração Pública), do Código Penal.

Nesta ordem, propomos uma discussão sobre especificadas relações, percebidas no nosso ordenamento,



entre enunciados normativos processuais e de Direito Penal, no que se refere à atuação judicial sob a exigência da imparcialidade.

Os nossos estatutos processuais civil e penal estipulam (por hipóteses) ao magistrado o dever de abstenção de atuação nas causas em que se encontre impedido ou suspeito.

Postas estas premissas, entendemos que existem *dois níveis de questionamentos* possíveis:

A) No âmbito material penal surge a questão de se saber até que ponto a atuação do magistrado em desconformidade com as regras processuais de impedimento e suspeição pode remeter sua conduta ao tipo do artigo 319 do Código Penal;

B) Na esfera constitucional impende responder se a redação do tipo penal da prevaricação atenderia satisfatoriamente aos objetivos traçados pelo legislador constitucional ao enquadrar o devido processo legal entre os direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras: cabe indagar se na forma de tratar a conduta de “funcionário público”, o tipo do artigo 319 do Código Penal, nos casos em que estiver envolvido, em tese, proceder de magistrado que repercute negativamente no equilíbrio da lide processual, estará cumprindo a função de proteção (que não se restringe à administração em sentido estrito) do próprio bem jurídico primário que é o devido processo legal (interesse *lato sensu* de porte constitucional).

O devido processo legal e a imparcialidade do juiz de direito como direitos fundamentais interligados

O devido processo legal é visto como fator legitimante do exercício da função jurisdicional”[\[1\]](#) e está inserido entre os direitos e garantias fundamentais como requisito para que alguém seja privado de sua liberdade e de seus bens, tal como preceituado pelo inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. De maneira indissociável deste preceito fundamental está prevista, no inciso imediatamente precedente (o inciso LIII), dentro do mesmo artigo 5º da nossa Carta Magna, a necessidade, para que alguém seja processado ou sentenciado, de que o seja perante uma autoridade competente, afastada a possibilidade de haver juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII, também do referido artigo 5º). Tais requisitos vêm integrar princípio que é correlato ao do devido processo legal, ou seja, o do juiz natural, o qual exige a incondicional observância das regras preexistentes e objetivas de fixação de competência, que pressupõem a independência e a imparcialidade[\[2\]](#) do órgão julgador. E competente, aqui, quer dizer capaz de exercer a jurisdição em determinado caso, tanto objetiva quanto subjetivamente, como veremos adiante.

Constitui o devido processo legal dupla garantia ao indivíduo (que se reverte em prol da sociedade), na medida em que confere proteção voltada aos direitos subjetivos dos envolvidos e estabelece ampla oportunidade para que eles exercitem, em condições paritárias, no processo, a defesa de seus interesses. Entre tais condições se incluem o direito a uma defesa técnica, a uma larga produção de provas e a um julgamento por um órgão judicial competente. Daí que o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório. [\[3\]](#)

Não se imagina, pois, esteja satisfatoriamente preservado um processo judicial da imposição de possíveis cerceamentos indevidos ou desbalanceados ônus aos litigantes, quando suas pretensões sejam deduzidas e sustentadas perante um magistrado sobre o qual parem evidências de comprometimento pela parcialidade. A imparcialidade do magistrado emerge como incontornável pressuposto para um



adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, e, por conseguinte, para que se tenha como reconhecida a obediência do devido processo legal.

A prevaricação judicial como desdobramento da proteção processual da imparcialidade

O normal exercício da jurisdição implica a ausência de qualquer interesse particular do juiz, em prol do interesse público subjacente ao conflito processual.

As previsões processuais de impedimento e suspeição visam permitir que os conflitos apresentados ao Judiciário sejam solucionados com imparcialidade.

No Código de Processo Civil, as causas de impedimento e suspeição estão previstas nos artigos 134 a 136, ensejando, desde que materializadas no processo, a nulidade dos atos decisórios praticados. Além disso, o artigo 314 do CPC prevê que o reconhecimento da suspeição ou impedimento em segundo grau implicará a remessa dos autos ao juiz substituto legal e a condenação do suspeito ou impedido nas custas processuais.

No processo penal as hipóteses de impedimento e suspeição vêm previstas nos artigos 252 ao 255, havendo expressa previsão no artigo 564, I, por ocasião da disciplina das nulidades, que é nulo o ato decorrente de suspeição, incompetência ou suborno.

As causas de suspeição ou impedimento do juiz fixadas nos dois citados diplomas processuais são bastante similares. Em termos de interesse pessoal do magistrado na solução da lide, o artigo 135, V, do CPC, o contempla sob a denominação de causa suspeição, enquanto o artigo 252, IV, do CPP, o considera como causa de impedimento.

Enquanto no impedimento há presunção absoluta de falta de isenção, na suspeição esta presunção se perfaz de modo relativo. Uma vez configurada a causa, seja de impedimento, seja de suspeição, a consequência será única: a parcialidade.

Na essência, tanto no processo penal como no processo civil, o elenco dessas causas de suspeição ou impedimento resulta, com maior ou menor grau de força, em motivo que incute no magistrado, ainda que potencial ou indiretamente, um interesse (no feito) ou um sentimento próprio, pessoal, capaz de perturbar-lhe o agir com isenção na admissão, na instrução, na solução de questões incidentais e no julgamento da causa.

As consequências do reconhecimento da parcialidade do juiz previstas nesses diplomas processuais, ou mesmo aquelas que poderiam ser suscitadas na esfera disciplinar por infringência do correspondente dever funcional de afastamento da condução do processo quando o caso, não soam suficientes para inibi-lo, com a desejável força, de persistir nele atuando em afronta a uma manifesta situação de incompatibilidade.

Diante deste cenário de insuficiência, desponta a previsão repressiva penal, quanto a atos de juízes de direito, em formato que se amolda perfeitamente às bases em que estruturado, no plano legal processual, para a devida garantia do resultado ético e hígido do processo, o dever de afastamento do magistrado por razões de suspeição ou de impedimento.



Explicitando: insistindo o magistrado em permanecer atuando na condução do feito diante da clara presença de circunstâncias aptas (porque perfaçam inequivocamente determinada hipótese legal de impedimento ou suspeição) a afastá-lo da jurisdição, e desprezando ele, nesse passo, motivo e oportunidade para se desligar do caso, exsurgirá uma consistente presunção de que seu proceder visa satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

A incompreensível (ou injustificável) resistência do magistrado em se afastar da jurisdição em tais casos constituirá manifesto indicador de interesse na causa. Esse interesse na causa, demonstrado por suficientes fundamentos, se afirmará como condição de possibilidade para o aperfeiçoamento da parte elementar subjetiva do crime de prevaricação.

O sentimento ou interesse pessoal aptos a consubstanciar hipótese de suspeição ou impedimento não precisam ser diversos daqueles integrantes da prevaricação para que se venha tomar, em sendo o caso, por configurada esta prática delitiva.

A contrariedade expressa à lei típica da prevaricação abrange tanto enunciados legais de ordem substantiva quanto adjetiva. Não se exige seja ela extraída do próprio teor do ato de ofício, comissivo ou omissivo. É dizer que pouco importa que o juiz reconhecidamente suspeito ou impedido aplique corretamente o direito material — ou as outras regras de Direito processual — ao caso que lhe está afeto. A simples contrariedade à lei processual não é, portanto, estranha (mas pertinente) à parte elementar objetiva do tipo que exige, no particular tema, tão somente o atuar no processo contrariando hipótese legal de cunho processual impondo o afastamento, afigurando-se irrelevante, para contornar este dever, eventual argumento de uma pretensa aplicação irrepreensível do direito material (e até das outras regras processuais) que o caso requer.

Há que se ressaltar, no entanto, que a mera configuração de suspeição ou impedimento não leva, invariavelmente, a uma prevaricação. É preciso na maioria dos casos que venha associada a outros elementos concretos evidenciando que o julgador esteja “torcendo a ordem natural do feito”, praticando atos manifestamente desarrazoados.

Casos há em que o magistrado mesmo traz fundamentos sólidos para justificar sua isenção para atuar, ou ao menos, que deixem instalada aquela dúvida insuperável sobre uma cogitada imparcialidade. Não se concebe, por extremo, que a pressão diante de um infundado apontamento de imparcialidade leve o juiz a se afastar do caso, ainda que na ausência de dados de maior consistência que pudessem motivar esta opção, só para não correr o risco de incorrer numa prevaricação. Admitir o contrário significaria por em risco um princípio correlato, como vimos, que é o do juiz natural.

Às vezes, porém, as próprias circunstâncias que afirmem determinada hipótese de suspeição ou impedimento podem ser incisivamente reveladoras desse malsinado interesse pessoal do juiz. Exemplo: suponhamos que esteja sendo analisada no processo determinada divergência entre réu e vítima. Durante a instrução, uma testemunha afirma ao próprio magistrado condutor do feito, que este, em razão de atitude desempenhada na vida privada, por manter relação afetiva com uma das partes, seja o pivô da discórdia. Se tal tipo de alusão se revestir de razoável seriedade e mesmo assim o magistrado insistir, sem justificados fundamentos, em continuar julgando naquele caso, esse proceder pode ser perfeitamente encarado como expressivo sinal de que sua atuação se dá em homenagem a interesse ou



sentimento que lhe seja próprio.

Zonas cinzentas inevitavelmente existirão no caminho de um eventual reconhecimento da imparcialidade, daí porque o tema, principalmente em vista de seu possível desdobramento na seara penal, requer redobrada cautela na análise do caso concreto, evitando precipitadas conclusões, em oposição à segurança jurídica que deve irradiar da atividade jurisdicional.

O controle penal necessário da prevaricação judicial frente ao valor fundamental constitucional do devido processo legal

O devido processo legal, com a significação fundamental já vista neste trabalho, orientado que está, como todo direito e garantia deste jaez, pela realização da dignidade da pessoa humana, reclama tarefa protetiva por meio da qual o Estado impeça que posições subjetivas sejam indevidamente ameaçadas ou atingidas por atos de terceiros, no caso, daqueles que estejam diretamente incumbidos da adequada prestação jurisdicional.

Permite-se aqui falar no dever de proteção estatal.

Além do aspecto subjetivo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe que o Estado não fique inerte frente ao ideal comunitário de concretização dos princípios objetivos essenciais da ordem constitucional, em cujo favor o devido processo legal aparece desempenhando relevante papel.

As regulações por via de textos normativos penais traduzem inegavelmente situações em que a intervenção estatal deva ocorrer de uma forma mais incisiva, exatamente no desempenho mais agudo desse dever de proteção.

O sistema jurídico-penal se situa exatamente como uma das partes (com maior intensidade, é verdade) do controle social, definindo condutas desviantes que mereçam ser tratadas como criminosas.

Figueiredo Dias reconhece a importância do Direito Penal no controle social ao falar da tutela subsidiária que exerce quanto a “bens jurídicos dotados de dignidade penal, ou bens jurídico-penais”, tomando-os como “bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena”.[\[4\]](#)

Hassemer pontua que os *conflitos desviantes* dos quais se ocupa o Direito Penal “pertencem ao pior do que os homens fazem uns aos outros, são agressões aos interesses humanos fundamentais”.[\[5\]](#)

O Direito Penal dos tempos mais recentes tem se preocupado em conceber um bem jurídico digno de sua proteção, a partir do reconhecimento do que represente relevante fator de lesividade social.

Como o Estado não pode negar a jurisdição, e como ele ao mesmo tempo proíbe a autotutela, não se pode contrastar que a conduta do juiz marcada pela parcialidade, uma vez dolosamente implementada, prejudique intensamente a sociedade, na medida em que compromete em maior grau a realização da justiça, erigida à condição de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal).

A vida, a integridade física, o patrimônio, a fé pública, a *administração pública* constituem bens jurídicos que a nossa legislação penal houve por bem proteger. E não soa razoável supor que a opção do



legislador penal (de proteger ou não) no exercício deste mister se dê de forma livre, aleatória, uma vez que o prenúncio da proteção de direitos fundamentais constante do *caput*, do artigo 5º da Constituição da República traz o compromisso da garantia daqueles elevados valores.

A igualdade (que se projeta no tratamento das partes de uma relação processual) também consta neste rol de direitos fundamentais, com destacada importância.

O controle social que é reclamado em defesa da igualdade e da justiça quando a parcialidade manifesta do juiz resulta em prejuízo ao devido processo legal nos parece justificar plenamente a intervenção do direito penal, colocando seu oneroso instrumental em combate desta forma de agressão mais significativa de interesses humanos fundamentais.

A falta de um tratamento diferenciado da prevaricação judicial na nossa legislação penal

O Estado encontra no Direito Penal um valioso instrumento para propiciar a contenção das condutas desviantes representativas de maior lesividade.

Não sendo preservados determinados bens jurídicos, não haverá condições de o cidadão viver de forma integrada, o que prejudicaria o seu desenvolvimento pessoal, atingindo-o, conseqüentemente, em sua dignidade.

É neste contexto que emerge a preocupação com que o sistema jurídico, notadamente por meio de seu subsistema penal, forneça ao Estado estrutura suficiente para a proteção dos bens jurídicos fundamentais, daí porque a seu respeito a doutrina alemã sustenta, como decorrência da proporcionalidade, a existência de “uma proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*), que pode ser perfeitamente admitida na realidade brasileira.

A prevaricação, na modalidade que já denominamos de judicial, não recebeu da nossa legislação penal substantiva a necessária diferenciação. Não se lhe emprestou o merecido cuidado para que dela emergisse aquela imperativa proteção em grau suficiente.

Os atos dos juízes configuradores de prevaricação estão equiparados aos dos demais servidores públicos, que em suas variadas formas de cometimento traduzem potencialidade lesiva indiscutivelmente menor. A pena privativa de liberdade, de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa, atualmente prevista no modelo geral da prevaricação, o qual vem sendo basicamente mantido no projeto de reforma do código penal (em tramitação), não nos parece suficiente. Consideremos que esse intervalo de pena remete todo tipo de prevaricação, inclusive a judicial, à Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), que abarca condutas ilícitas penais com penas (máximas) privativas de liberdade não superiores a 2 (dois) anos^[6], conferindo-lhes mais benéfico tratamento.

A pena baixa da prevaricação suscita outra preocupação: a prescrição.

Não soa compatível tal nível de resposta penal com os malefícios causados por um magistrado quando ele, mesmo diante de circunstâncias inequivocamente reveladoras de sua parcialidade, decide continuar atuando no processo, de forma apartada do interesse público, e para satisfazer seus próprios interesses ou sentimentos.

Os juízes de Direito tomam decisões diante do monopólio, que detêm, da jurisdição, o que significa, por um lado, que lhes cabe exercitar a alta autoridade de fazer cumprir as leis nos pedidos que perante eles se deduzem e, de outro, o poder de declarar de modo vinculante e definitivo o conteúdo e a vontade da lei. A tanto não chega o poder de um funcionário público em uma questão administrativa que lhe seja afeta, ainda que deva também agir com escrupuloso respeito à legalidade, à qual está sujeita a atividade da Administração. Acontece que os danos que os juízes podem causar com decisões maculadas pela parcialidade são potencialmente bem superiores aos de funcionários que se desviam da legalidade, mas que não exercem a jurisdição. [7]

O magistrado que, comprimido pela parcialidade, permanece no processo com objetivos não identificados com a função judicial, buscando sim servir aos seus particulares desígnios ou interesses, não pode de qualquer modo sustentar sua aptidão para ditar uma interpretação do Direito suscetível de ser tomada como legítima. Sua interpretação, uma vez apartada do interesse público, constituirá o que se pode nominar abuso da jurisdição. Daí vindicar a prevaricação que se desenhe com tais contornos uma diferenciada (como tipo autônomo mais severo, ou como tipo qualificado, etc) repressão, com resposta penal quantitativa que, ao nosso ver, deva estar mais próxima daquela atribuída a um ato de corrupção, do que a uma prevaricação de um agente público não associada à atividade jurisdicional.

Conclusões

Em vista das considerações expostas, podemos exprimir algumas conclusões:

- a) A garantia fundamental do devido processo legal não prescinde em hipótese alguma do rigoroso respeito, pelo juiz de direito, às regras de processo civil e de processo penal disciplinadoras do impedimento e da suspeição.
- b) A previsão criminal da prevaricação constitui importante e necessário mecanismo de controle social a bem da proteção do devido processo legal.
- c) A prevaricação pode se configurar como desdobramento de uma hipótese de impedimento ou de suspeição do juiz, embora nem toda causa destas espécies conduza, automaticamente, àquela figura penal.
- d) Haverá claro indicador de prevaricação no comportamento do juiz que traduzir doloso e inaceitável desrespeito a alguma hipótese legal processual indicativa de parcialidade (de impedimento ou de suspeição), e que permita ser associado ao propósito do mesmo magistrado de satisfazer um interesse ou um sentimento pessoal que lhe seja próprio, assim se aperfeiçoando o elemento subjetivo do tipo penal.
- e) Tal elemento subjetivo do tipo de prevaricação não precisa ser necessariamente distinto daquele que revista a própria causa configuradora do dever (não respeitado) de afastamento do processo.
- f) A contrariedade à expressa disposição legal, prevista no artigo 319 do CP, não precisa sempre envolver preceito normativo substantivo. Daí porque não é impossível a incursão na prevaricação mesmo quando o magistrado aplique sem qualquer mácula o direito material ao caso que lhe é submetido.
- g) Não parece proporcional e nem adequada, mas sim reveladora de uma proteção penal insuficiente, a



equiparação do comportamento do magistrado ao do funcionário público em geral. A atuação do primeiro, enquanto regente do processo — velando pelo “devido processo legal” — é de tal protagonismo que exigiria um tratamento diferente em termos de resposta penal suficientemente garantidora daquele princípio fundamental.

Referências bibliográficas

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais a Doutrina do Crime – parte geral, tomo I*. Editora Revista dos Tribunais. 1ª edição brasileira, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. Editora Revista dos Tribunais, 12ª ed., 2011.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sérgio Antonio Fabris Editor. 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Ed. Atlas S.A., 24ª edição – 2009.

[1] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. Editora Revista dos Tribunais, 12ª ed., 2011, p. 24.

[2] a imparcialidade, representando um dever para o magistrado, constitui, sob outro prisma, uma garantia de nível constitucional em seu favor, a bem do exercício da função jurisdicional (art. 95, parágrafo único, incisos I, II, III, IV e V).

[3] Conf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Ed. Atlas S.A., 24ª edição – 2009, p. 106.

[4] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais a Doutrina do Crime – parte geral, tomo I*. Editora Revista dos Tribunais. 1ª edição brasileira, 2007, p. 114.

[5] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sérgio Antonio Fabris Editor – 2005, p. 415.

[6] Conf. Artigo 61, da Lei 9099/95, com a redação determinada pela Lei 11.313.

[7] Conf. OLIVARES, Gonzalo Quintero (diretor). *Comentários a la Parte Especial Del Derecho Penal*. Editora Aranzadi, AS, 5ª edição, 2005, p. 446.

Date Created

25/09/2012