

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Bruno Mezzomo da Silva

**A IMPARCIALIDADE DOS DESEMBARGADORES CRIMINAIS
ORIUNDOS DO QUINTO CONSTITUCIONAL NO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

PORTO ALEGRE

2016



BRUNO MEZZOMO DA SILVA

**A IMPARCIALIDADE DOS DESEMBARGADORES CRIMINAIS
ORIUNDOS DO QUINTO CONSTITUCIONAL NO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

PORTO ALEGRE

2016

BRUNO MEZZOMO DA SILVA

**A IMPARCIALIDADE DOS DESEMBARGADORES CRIMINAIS
ORIUNDOS DO QUINTO CONSTITUCIONAL NO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade (Orientador)

Professor Doutor Odone Sanguiné

Professor Doutor Marcus Vinicius Aguiar Macedo



AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por uma vida inteira de dedicação, pavimentando o meu caminho onde quer que eu estivesse. Por me incentivarem a ser o melhor que posso ser e nunca me deixarem desistir.

A todos os amigos, pelo companheirismo, pela lealdade e por entenderem eventuais ausências durante a elaboração desta monografia.

Ao Desembargador Federal Leandro Paulsen e toda equipe de seu gabinete, pela imensa contribuição ao meu amadurecimento profissional e pessoal.

À equipe do escritório Paese, Ferreira & Advogados Associados, pelas ótimas companhias e constante apoio – em especial à Laura, sempre compreensiva com um graduando sem tempo, e à Mari, que prestativamente alimentou minha bibliografia.

Ao Professor Mauro Fonseca Andrade, pela dedicação e pelo profissionalismo empreendidos na orientação deste trabalho.



RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar, primeiramente, os aspectos gerais do direito a um julgamento justo e imparcial e as formas de ingresso na magistratura no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nas vagas reservadas a advogados e membros do Ministério Público nos tribunais de segunda instância. Busca-se analisar, mediante pesquisa empírica, a possibilidade de o instituto do quinto constitucional promover o ingresso na magistratura, especificamente na seara criminal, de juristas eivados de vícios ideológicos provenientes da função que exerciam anteriormente à nomeação. Procede-se ao levantamento estatístico de condenações e absolvições nos julgamentos, proferidos pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entre agosto de 2015 e agosto de 2016, cujo relator seja membro proveniente do quinto constitucional.

Palavras-chave: Processo Penal; Imparcialidade; Ideologia; Quinto Constitucional.



ABSTRACT

This monograph intends to analyze, primarily, the general aspects of the right to a fair and impartial trial and the ways to become a magistrate in Brazilian law, with emphasis on the assured seats to attorneys and members of the Public Prosecutor's Office on the courts of appeals. It intends to study, by an empiric research, the possibility that the "Constitutional Fifth"¹ institute may enable to the ingress in magistracy, specifically in the criminal area, of lawyers who may have ideological habits from the role they used to play before the nomination. It proceeds to a statistic survey of condemnations and absolutions among the trials, uttered by the criminal assemblies of the State Court of Rio Grande do Sul between august 2015 and august 2016, in which the rapporteur is a member arising from the "Constitutional Fifth".

Keywords: Criminal Procedure; Impartiality; Ideology; "Constitutional Fifth".

¹ *Constitutional Fifth* (*Quinto Constitucional*, in Portuguese) is a rule defined by the article 94 of the Brazilian Constitution, according to which one-fifth of the seats in certain Justice Courts are filled not by senior judges, but by members of the Public Prosecutor's Office with more than ten years of experience and attorneys with notorious juridical knowledge, unblemished reputation and more than ten years of effective professional experience.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. NOÇÕES SOBRE IMPARCIALIDADE JUDICIAL.....	11
2.1 <i>Imparcialidad</i>.....	14
2.2 Relação com a independência da magistratura.....	16
2.3 Imparcialidade objetiva x imparcialidade subjetiva.....	18
2.4 Imparcialidade x neutralidade ideológica.....	21
3. INGRESSO NA MAGISTRATURA NO BRASIL.....	27
3.1 Primeira instância.....	27
3.2 Segunda instância e tribunais superiores.....	30
3.3 Quinto constitucional.....	34
3.3.1 História e objetivos do instituto.....	34
3.3.2 Controvérsias.....	40
4. QUINTO CONSTITUCIONAL E A PRESERVAÇÃO OU NÃO DO VÍNCULO IDEOLÓGICO-PROFISSIONAL DE ORIGEM.....	44
4.1 Análise de julgados do TJ-RS: método de pesquisa.....	44
4.1.1 Desembargador Jayme Weingartner Neto.....	46
4.1.2 Desembargador João Batista Marques Tovo.....	47
4.1.3 Desembargador Julio Cesar Finger.....	47
4.1.4 Desembargador André Luiz Planella Villarinho.....	48
4.1.5 Desembargador Sérgio Miguel Achutti Blattes.....	48
4.1.6 Desembargador Rogério Gesta Leal.....	49
4.1.7 Desembargadora Lizete Andreis Sebben.....	49



4.1.8 Desembargadora Naele Ochoa Piazzetta.....	50
4.2 Resultados.....	50
5. CONCLUSÃO.....	54
6. REFERÊNCIAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

O direito de ser julgado por um juízo imparcial é tema que comporta pouca ou nenhuma divergência entre juristas. Trata-se de um dos mais relevantes pilares do direito processual penal, “sem o qual carece de sentido a própria ideia de jurisdição como formatada a partir da teoria da separação dos poderes”².

Tamanha é a importância da imparcialidade judicial para a atuação da magistratura que a expressão “juiz imparcial” chega a soar redundante, uma vez que um juiz tendencioso perde sua credibilidade como tal, sendo justamente o papel do magistrado decidir a questão sem favorecer a nenhuma das partes.

Nas últimas décadas, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem firmando sucessivos posicionamentos buscando definir o conteúdo do direito a ser julgado por um juiz imparcial, elevando tal direito ao patamar de direito fundamental e valor estruturante da função jurisdicional, que orienta e limita o agir dos magistrados, servindo, portanto, como garantia do devido processo legal.

Apesar de se tratar de tema consideravelmente pacífico, um possível entrave à garantia de imparcialidade está entre as críticas mais comumente utilizadas contra o instituto do quinto constitucional, mormente no que tange à seara criminal.

A previsão, no artigo 94 da Constituição Federal de 1988, de reserva de um quinto das vagas de determinados tribunais a advogados de destaque e membros do Ministério Público, coloquialmente conhecida como quinto constitucional, levanta uma série de questionamentos e divergências. Um dos pilares justificadores dessa reserva de vagas seria a noção de que os juízes,

² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juízo de garantias. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, xi.

convivendo profissionalmente apenas com colegas de carreira, tenderiam a se distanciar do cidadão comum, aplicando uma justiça por demais distante da realidade social. Dessa forma, o instituto objetiva, como se costuma dizer, oxigenar a atividade judicante, combatendo o isolamento da magistratura em relação à sociedade e às partes do processo e trazendo aos tribunais um grupo de julgadores que atuaram por vários anos como advogados, promotores e procuradores, utilizando sua experiência e vivência profissionais para contrabalançar a rigidez de alguns tribunais.

Por outro lado, o quinto constitucional, desde seu surgimento na Era Vargas, sofre certa resistência, sendo alvo de acusações de inconstitucionalidade, por contrariar a exigência constitucional de submissão a concurso público de prova de títulos para compor o Poder Judiciário. Há quem entenda que o instituto fere a independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, tendo em vista a necessária intervenção do chefe deste para a nomeação. Há, ainda, quem acuse um jogo de interesses, que privilegia não os advogados e membros do Ministério Público que mais se destacam por critérios objetivos, mas sim que guardam mais estreita relação com os responsáveis pela elaboração da lista sêxtupla.

Dentre outras críticas oponíveis a esse sistema, encontra-se a possibilidade de restar prejudicada a imparcialidade exigida da magistratura no caso dos magistrados oriundos do quinto constitucional, em razão de terem construído, por pelo menos uma década, sólida carreira representando uma parte processual (acusação ou defesa, na seara criminal), passando repentinamente à função que exige o maior desprendimento possível de qualquer das partes.

Ante a esses apontamentos, surgem diversas indagações: poderia a nomeação, através do quinto constitucional, trazer algum tipo de mácula à imparcialidade dos magistrados egressos nos tribunais por este meio? Poderia a atuação pregressa como acusador ou defensor trazer vícios ideológicos que viesassem as suas decisões? É concebível a figura de um juiz neutro? Até

que ponto ser adepto de certo posicionamento ideológico pode prejudicar a imparcialidade de um magistrado?

Diante disso, a presente monografia busca, em um primeiro momento, aprofundar o estudo da imparcialidade judicial e sua efetividade no âmbito do Direito Penal, seguindo-se a uma análise das formas de investidura na magistratura brasileira, com ênfase no quinto constitucional e as controvérsias a ele atinentes. Por último, a fim de tornar mais palpáveis as conclusões acerca da imparcialidade dos desembargadores criminais oriundos do quinto constitucional, procede-se à análise de julgados em matéria penal proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, no período compreendido entre agosto de 2014 e agosto de 2016, de relatoria dos oito desembargadores egressos na Corte através do quinto, sendo quatro provenientes do Ministério Público (Des. Jayme Weingartner Neto, Des. João Batista Marques Tovo, Des. Julio Cesar Finger e Des. André Luiz Planella Villarinho) e quatro da advocacia (Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, Des. Rogério Gesta Leal, Des. Lizete Andreis Sebben e Des. Naele Ochoa Piazzeta).

2. NOÇÕES SOBRE IMPARCIALIDADE JUDICIAL

O processo penal é um ato de partes, caracterizado pela presença de três sujeitos, sendo dois deles em posição adversária – acusação e defesa –, e um terceiro, que diz respeito ao juiz da decisão, que não pode ser parte ou ter qualquer interesse, direto ou indireto, na contenda que se submeterá à sua análise.

A imparcialidade corresponde a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, enquanto a parcialidade denota “uma circunstância subjetiva, emocional, por assim dizer um estado anímico do julgador”³. Imparcial, portanto, é o julgador que atua livre de um estado de parcialidade, marcado pela subjetividade e pela emoção, devendo sua atuação se dar de forma objetiva e desapaixonada, sem favorecer a qualquer das partes⁴.

O princípio da imparcialidade judicial transcende a seara da legislação interna e se insere nos paradigmas internacionais da prestação jurisdicional, não por acaso sendo assegurado expressamente em dispositivos de diversos tratados e convenções internacionais que tutelam liberdades e direitos fundamentais, como o artigo 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁵, o artigo 26.2 da Declaração Americana dos Direitos Humanos⁶, o artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷, o artigo 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966⁸ e o artigo 6.1 do

³ BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004, p. 15.

⁴ TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2510/2.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2016, p. 9 e p. 69.

⁵ Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial (...)

⁶ Art. 26.2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública (...)

⁷ Art. 8.1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial (...)

⁸ Art. 14.1 Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente com as devidas garantias, por um Tribunal competente, independente e imparcial (...)

Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950⁹.

O direito ao julgamento por um juiz imparcial é matéria de relevante interesse público, pois somente uma magistratura que inspire confiança nos jurisdicionados se pode gerar, em última instância, confiança jurídica no processo a que as partes se submetem. Por esse motivo, a doutrina se debruça sobre o tema da imparcialidade, buscando formas de garanti-la, não apenas delineando o seu conteúdo, mas definindo critérios objetivos para captar hipóteses de parcialidade do magistrado, como são os casos de impedimento e suspeição, e impondo a sua observância de forma concreta.

A imparcialidade, ainda que, por definição, seja inseparável da função de julgar, ao longo da história foi objeto de grande zelo pelos mais diferentes povos, que buscaram estudar formas eficientes de garantir que seus julgadores atuassem como um terceiro indiferente ao resultado do litígio¹⁰.

A doutrina costuma qualificar esse dever de imparcialidade como um elemento estrutural do processo, servindo como a base e o “elemento diferenciador da atividade jurisdicional em relação aos demais poderes”¹¹. Trata-se de um valor estruturante do ordenamento jurídico que ganhou relevo com o desenvolvimento do direito desde o paradigma racionalista do Estado Moderno¹², constituindo, na atualidade, um princípio normativo cuja essencialidade goza de unanimidade na doutrina e na jurisprudência.

⁹ Art. 6.1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial (...)

¹⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79.

¹¹ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro**. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano 34, n. 108, dezembro/2007, p. 167.

¹² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juízo de garantias**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 54.

Zaffaroni vai além, apontando a imparcialidade não somente como um fator importante e enriquecedor da jurisdição, mas sim como sua essência, chegando a afirmar que, sem imparcialidade, sequer há jurisdição¹³.

Não é diferente o posicionamento de Frederico Valdez Pereira. Para o autor, a exigência de independência e imparcialidade dos tribunais é condição inafastável ao exercício da prestação jurisdicional e se tornou um valor compartilhado de justiça oriundo de experiências comuns e que se tornaram indiscutíveis: segundo o autor, a jurisdição, para ser considerada como tal, deve ser atribuída a órgãos que não sejam dependentes de outros poderes, públicos ou privados, os quais devem ser exercidos por magistrados pessoas físicas e que não ostentam quaisquer interesses na controvérsia, tampouco posição objetiva ou subjetiva “*tale da giustificare il sospetto de um loro pregiudizio*”¹⁴.

Isabel Trujillo¹⁵ estabelece uma distinção entre a imparcialidade como valor e a imparcialidade como virtude. Uma vez considerada uma virtude, a imparcialidade teria o papel de internalizar no sujeito o critério da limitação de poder. Assim, o julgador imparcial limitaria a si mesmo com base na disposição ou capacidade adquirida de dar a cada um o seu e ser objetivo no julgamento, de forma que a imparcialidade consistiria em um controle sobre as paixões, as inclinações, os sentimentos e os afetos e o afastamento de preconceitos que poderiam prejudicar o juízo.

Werner Goldschmidt¹⁶, por sua vez, trata a imparcialidade como um princípio de direito processual que tem íntima conexão com o princípio da

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

¹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal**. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2014, p. 74.

¹⁵ TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2510/2.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2016, p. 308.

¹⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso: la parcialidad y la imparcialidad**. Madrid: Gráfica Clemares, 1950. In: Monografias de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2^a, n. 1. Disponível em: <http://academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acesso em 16 de outubro de 2016, p. 5.

audiatur et altera pars. No entendimento do autor, a imparcialidade consiste no dever do juiz, a fim de garantir sua própria imparcialidade, de tomar conhecimento da demanda de ambos os pontos de vista, evitando que o diálogo processual se transforme em um monólogo.

Portanto, a imparcialidade nada mais é do que um princípio que impõe aos magistrados um dever de respeito igual às pretensões das partes envolvidas, dando-lhes iguais oportunidades e garantindo a observação das regras processuais, de forma que o processo se desenvolva de forma clara e equilibrada. Não basta que o juiz não seja parte (*imparcialidad*) – ele precisa se colocar em uma posição de *terzietà*, ou seja, um alheamento ao interesse das partes, uma indiferença com relação ao resultado do litígio.

2.1. Imparcialidad

Werner Goldschmidt trouxe enriquecedores ensinamentos acerca da imparcialidade, diferenciando-a da chamada *imparcialidad*. O autor aponta que a imparcialidade não significa apenas não ser parte, uma vez que o juiz pode ter uma relação com o objeto da controvérsia e acaba por ser parte em sentido material, ou pode ter uma expectativa com relação às responsabilidades e encargos processuais, e se tornar parte em sentido formal. Dessa forma, uma relação apenas será imparcial quando, ambos, a parte e o juiz, forem motivados pelo desejo de dizer a verdade, independentemente da posição que ocupem na relação processual¹⁷.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidade como principio básico del proceso: la parcialidad y la parcialidad**. Madrid: Gráfica Clemares, 1950 (In: Monografias de Derecho Español. Publicaciones Del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1). Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf> Acesso em 8 de novembro de 2016.

Maya, ao abordar o tema, faz referência aos ensinamentos de Aragonese Alonso¹⁸, apontando a *imparcialidad* como sendo a “superação dos meios coativos característicos da autotutela”, ao passo que a imparcialidade consiste na superação das estruturas de obtenção coativas típicas da heterotutela.

Diante disso, o autor conceitua heterotutela e autotutela como meio de obtenção da justiça, por ele referida como *reparto*, explicando que a autotutela é caracterizada pela atuação das partes na condição de juízes da demanda, o que pode se dar por meio de um consenso (autocomposição) ou por meio do uso da força (autotutela), mas sempre pautada pela *parcialidad*. Nesse ponto, o autor refere que a *parcialidad* somente é superada com a adoção da heterotutela ou da heterocomposição, marcadas, por sua vez, pela interferência de um terceiro na resolução do litígio¹⁹.

Superada a *imparcialidad* por meio da heterotutela ou da heterocomposição, o autor ensina que é a imparcialidade a nota diferencial entre essas duas formas de solução de conflitos. Na heterotutela, o terceiro interfere em favor de uma das partes, logo, de forma parcial, ao passo que, na heterocomposição, o terceiro atua indiferentemente aos interesses das partes envolvidas na demanda – com imparcialidade, portanto. Sob essa ótica, a imparcialidade está um passo acima do simples não ser parte, uma vez que não basta que haja um terceiro julgando a demanda, pois esse terceiro ainda pode ser parcial, explicando-se o que foi referido inicialmente pelo autor, que a imparcialidade pressupõe a superação de estruturas coativas da heterotutela²⁰.

¹⁸ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introduccion)*. 2ª edição. Madrid: Edersa, 1997 *apud* MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 74-77.

¹⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juízo de garantias**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74-76.

²⁰ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juízo de garantias**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77.

Conclui-se que, para a concretização da imparcialidade judicial, não basta que o magistrado não seja parte (*imparcialidad*), mas se exige um real alheamento do julgador em relação ao interesse das demais partes, restando indiferente ao resultado do litígio (*terzietà* ou *estraneità*). Dessa forma, um julgamento imparcial supõe que o juiz não deva estar diretamente interessado no resultado do feito, e que a indiferença do magistrado com relação ao que está sendo discutido se garante mais facilmente quando ele não ocupa uma posição de parte, daí se extraindo uma estrutura tríade no processo.

2.2 Relação com a independência da magistratura

Zaffaroni afirma que, uma vez não garantida a independência da magistratura, o que se tem não é um juiz, mas mero empregado público dotado de função burocrática. Assim, apenas um juiz munido de independência pode exercer sua função de forma imparcial, e a imparcialidade, por sua vez, constitui o elemento diferencial da função jurisdicional²¹.

Pela ótica do princípio da independência, ao magistrado deve ser possibilitado proferir uma decisão independente da interferência de outros poderes, de órgãos superiores do próprio Poder Judiciário e da opinião pública²². As garantias assecuratórias da independência da magistratura na Constituição têm o escopo de proteger os magistrados de qualquer tipo de pressão, tendo como finalidade preservar a imparcialidade no ato decisório.

Os mecanismos que buscam assegurar o alcance e a manutenção da imparcialidade dos membros da magistratura são externados na Constituição

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87-90.

²² PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72-73.

Federal de 1988, por meio das garantias que gozam os magistrados: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio²³.

A vitaliciedade garante que o magistrado somente perderá seu cargo se incorrer em circunstâncias taxativamente previstas na Constituição. A inamovibilidade dispõe que um magistrado não poderá ser removido ou destituído do seu cargo, a não ser por interesse público. Por fim, a irredutibilidade de subsídios, prevista no inciso II, consiste na proibição da redução dos proventos dos magistrados, salvo nos casos estritamente previstos em lei.

Esses mecanismos buscam blindar a magistratura de qualquer espécie de pressão ou manipulação política²⁴, de forma que os juízes possam exercer seu ofício de forma comprometida tão somente com a lei, a justiça e a realidade fática atinente ao processo, e não com quaisquer outros interesses estranhos à causa.

Gustavo Badaró aponta para distinção entre independência externa e independência interna da magistratura. Aquela diz respeito é a independência do Poder Judiciário como um todo, em relação aos demais poderes do Estado, tendo apoio no próprio princípio da divisão dos poderes conforme a teoria de Montesquieu. Já a independência interna consiste na independência de cada um dos magistrados perante os demais órgãos do próprio Poder Judiciário. Ainda que, do ponto de vista da organização judiciária, os tribunais sejam considerados órgãos hierarquicamente superiores aos juízes de primeiro grau, trata-se de uma hierarquia de derrogação, e não de mando – ou seja, uma

²³ Constituição Federal. Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

²⁴ BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004, p. 15.

hierarquia que traz tão somente a possibilidade da reforma da decisão do juízo *a quo*, e não de determinar como ele deve julgar²⁵.

2.3 Imparcialidade objetiva x imparcialidade subjetiva

É tradicional a distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva do magistrado. Segundo Francisco Valdez Pereira, a primeira diz respeito à consciência subjetiva do julgador em relação aos sujeitos processuais e ao interesse em litígio, ao passo que a segunda se entende a partir da afirmação de que ao julgador não basta ser imparcial, mas deve estar visível no processo essa imparcialidade, sob pena de se colocar em discussão a própria legitimidade do Poder Judiciário como órgão estatal de solução dos conflitos²⁶.

Para Juan Montero Aroca²⁷, a imparcialidade objetiva é aquela cuja violação não deriva da relação que o juiz mantém com as partes, mas sim que incide sobre as garantias suficientes que deve reunir o julgador para excluir qualquer dúvida razoável a respeito do processo. Na imparcialidade objetiva, a atuação do juiz é dependente do processo que é levado à sua apreciação. Ou seja, a atuação dele como órgãos do Ministério Público, como defensor, como perito ou como testemunha na mesma demanda que cabe a ele julgar, identifica a atividade anterior realizada por ele, ainda que em condição distinta da função de magistrado.

Já a verificação do aspecto subjetivo da imparcialidade do julgador está diretamente relacionada com o ânimo do magistrado e suas convicções pessoais com relação a determinado objeto de julgamento. São circunstâncias que não têm relação direta com o processo, que existem independentemente

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25-26.

²⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 31-32.

²⁷ MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales**, pp. 231-233.

dos atos processuais, pois dizem respeito a alguma convicção pessoal do magistrado que o leva a criar preferências implícitas e bastante pessoais sobre o caso que está julgando.

No entendimento de Claudia Gay Barbedo²⁸, a imparcialidade subjetiva se vincula convicção pessoal de um determinado juiz num caso concreto, ao efeito de ele poder abster-se voluntariamente de julgar ou ser apontado como parcial por qualquer das partes – a autora assevera que, nesse caso, há presunção é *juris tantum*, ou seja, até prova em contrário.

Já quanto ao aspecto subjetivo da imparcialidade, aponta a autora que se trata de fator de difícil verificação, em função de estar diretamente ligada ao ânimo do julgador. A lei não entra na questão de intitular qual será o ânimo de determinado juiz, pois basta que haja dúvida de que o magistrado seja suspeito de parcialidade – a presunção, portanto, é *juris et de jure*²⁹.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por meio da decisão proferida no caso Piersack x Bélgica (1982)³⁰, trouxe relevante precedente acerca da distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva.

Piersack foi condenado pelo assassinato de suas pessoas. Em sua defesa, alegou violação da imparcialidade e da independência do tribunal que o condenou, tendo sido o julgamento presidido por um juiz que atuava na condição de representante do Ministério Público no decorrer de parte considerável da fase investigatória, tendo sido naquele período, ainda, coordenador da seção responsável pela investigação dos fatos imputados ao investigado.

²⁸ BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004, p. 19.

²⁹ BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004, p. 20.

³⁰ EUROPEAN Court of Human Rights. **Case of Piersack v. Belgium**: Application nº, 8692/79. October 1st, 1982. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557>>. Acesso em 8 de novembro de 2016.

No caso em questão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que, no que tange à alegação de violação da independência dos magistrados, não havia prova suficiente, uma vez que os magistrados belgas já gozavam de garantias contra eventuais pressões internas e externas³¹.

Referente à alegada violação à imparcialidade dos magistrados, o tribunal fez uma análise sob os aspectos objetivo e subjetivo. Quanto ao aspecto subjetivo, entendido como a manifestação das convicções pessoais dos magistrados envolvidos no caso, a Corte concluiu pela ausência de elementos suficientes para levantar dúvidas acerca desse aspecto da imparcialidade do juiz³².

Já quanto ao aspecto objetivo, no entanto, em face à presença de garantias para afastar dúvidas razoáveis acerca da imparcialidade do magistrado sentenciante, a Corte reconheceu que este aspecto restou violado, sob o entendimento de que, tendo a mesma pessoa função investigatória em um feito e, após, decisória no mesmo feito, esse fator retiraria as garantias mínimas para um julgamento imparcial, abalando a confiança dos jurisdicionados.

Portanto, aquele tribunal europeu asseverou: (a) que as aparências são importantes nesta matéria, sob risco de se ameaçar a própria legitimação dos Tribunais em sua atuação; (b) que por isso, bastam dúvidas de imparcialidade para excluir o juiz suspeito; (c) que os critérios de caráter organizativo da atuação judicial são transcendentais, não havendo necessidade de comprovação de seus resultados sobre a convicção pessoal do Juiz³³.

³¹ URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Morais. **Modos de obtenção do convencimento do julgador: análise dos sistemas processuais penais**. Porto Alegre, 2009. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre, 2009, p. 15.

³² URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Morais. **Modos de obtenção do convencimento do julgador: análise dos sistemas processuais penais**. Porto Alegre, 2009. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre, 2009, p. 125.

³³ SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34-35.

Segundo Aury Lopes Jr.³⁴, o caso Piersack x Bélgica (1982) sedimentou o entendimento de que a imparcialidade subjetiva se refere à convicção pessoal do juiz sobre determinado assunto, e que dele não faça *pré-juízos*, enquanto que a imparcialidade objetiva alude à situação do julgador dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.

2.4 Imparcialidade x neutralidade ideológica

Córdon Moreno³⁵ leciona que o juiz imparcial é um ser terceiro às partes, distante dos interesses em litígio e submetido apenas ao ordenamento jurídico como critério de juízo. Para ele, a imparcialidade se obtém pela união de dois fatores: a neutralidade e o desinteresse. A neutralidade significa a atuação do juiz como um terceiro que não se identifica com o problema; apenas o analisa e resolve aplicando a lei, enquanto que o desinteresse, ou imparcialidade em sentido estrito, se traduz no distanciamento tomado pelos juízes com relação às partes e ao objeto da demanda, de forma que seu único interesse deva ser aplicar a lei correta ao caso, sem nenhum outro tipo de influências.

Esse ideal de neutralidade provém do século XVIII, com o surgimento do Estado moderno, em que o Judiciário surgia como o Poder responsável pela aplicação irrestrita da lei – aludindo-se ao juiz boca-da-lei, figura surgida na época do Iluminismo, mas que tem pouca receptividade nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

³⁴ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 77. *Apud* BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004, p. 20.

³⁵ CORDON MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, AS. Camino de Galar, 2002, p. 109.

Coutinho explica essa noção de neutralidade jurisdicional com base em três motivos determinantes: a crença em uma razão de validade universal; a necessidade de emprestar legitimidade ao discurso do Estado moderno nascente, em que todos passavam a ser iguais perante a lei; e, por fim, a necessidade de ocultar que os interesses desse Estado moderno não eram do povo comum um todo, mas, sim, de algumas classes³⁶.

Nesse contexto de separação dos poderes conforme a teoria de Montesquieu, o Executivo, Legislativo e Judiciário tinham suas atribuições muito bem definidas, de forma que o juiz exercia papel semelhante ao do produtor de conhecimento científico. Para se atingir esse isolamento ideal, o juiz deveria estar afastado da comunidade, livre de quaisquer obstáculos ao uso da racionalidade na sua decisão, competindo-lhe adequar os fatos às hipóteses legais e declarar a lei, cuja aplicação seria neutra e eminentemente técnica.

Ocorre que, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, a maior parte da doutrina não reconhece a possibilidade de um juiz efetivamente neutro. Entende-se que, para se definir uma imparcialidade possível no âmbito processual, precisa-se compreender que uma postura imparcial do juiz não pressupõe, em absoluto, sua neutralidade.

Nesse sentido, Rui Portanova faz referência à obra de Faraco de Azevedo, no ponto em que este diz que “(...) o jurista não é neutro, irresponsável. Diz-se que ele serve à ordem, à segurança: mas não importa qual seja esta ordem? Discernir entre as ordens, aferindo as que devem ser seguidas, é o que caracteriza o trabalho do jurista”³⁷.

³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à Teoria do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42-43.

³⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Permanência e relevância do direito natural: o justo natural aristotélico. Porto Alegre: AJURIS, v. 44, novembro de 1988, p. 52 *apud* PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**, 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 63-65.

Jerome Frank ensina que as leis são apenas um entre os diversos fatores que compõem uma decisão judicial, alinhando-se a elas a personalidade do magistrado, que é composta pelos mais diversos valores, sua experiência jurídica, sua visão política, entre outros, de forma que ele vai valer-se de sua intuição para optar por uma ou por outra premissa jurídica no momento de embasar sua sentença³⁸.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. caracteriza o juiz como “ser-no-mundo”, termo cunhado por Heidegger³⁹, superando a tradicional noção cartesiana, que busca separar drasticamente razão e emoção⁴⁰. Certo é que elas não devem se confundir, mas o que esse conceito busca é humanizar o magistrado, reconhecendo que ele não se encontra em um regime de isolamento do mundo que o circunda.

Lopes traz, ainda, interessante reflexão acerca do fato de que, na atividade jurídica, as decisões do juiz estão vinculadas à psique, até porque a etimologia da palavra sentença vem do verbo *sentire*, ensejando a ideia de que, por meio dela, o juiz, juntamente com um juízo, exprime também uma emoção, uma intuição emocional⁴¹.

Também segue essa linha Claudia Gay Barbedo. Segundo a autora, “em cada ato de cognição está incluído um valor, elemento essencial do processo de conhecimento”⁴². Ela sustenta que o juiz, com base nas garantias

³⁸ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Anchor Books/Doubleday & Company Inc., 1948, p. 25 *apud* MAYA, André Machado. **Imparcialidade como marco essencial na prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo**. Porto Alegre: PUCRS – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2009, p. 58.

³⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte 1*. 15ª edição. Tradução Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 27-41, 90/102 e 198/218 *apud* LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 403.

⁴⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 403.

⁴¹ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 280.

⁴² BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejudgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004, p. 16.

assecuratórias de sua independência na Constituição, tem a possibilidade de ser imparcial, mas neutro não consegue ser, em razão das dependências constantes que norteiam sua vida e o fazem interagir com a sociedade.

Barbedo faz alusão à obra de Álvaro Melo Filho⁴³, que afirma que “todo homem, no decorrer da existência, vai acumulando conhecimentos daquilo que viu pessoalmente, daquilo que ouviu de terceiros; vai acumulando vivências, vai interiorizando as tradições da coletividade”. Isso porque todo ser humano é “um ente pensante, tem emoções, vive e pauta sua conduta em crenças e convicções íntimas e, dessa maneira, supô-lo ser neutro é equipará-lo a um autômato”⁴⁴.

Isso porque a neutralidade é um estado objetivo, isto é, a probabilidade de que o juiz seja indiferente durante o processo, enquanto a imparcialidade se refere mais a um estado subjetivo, a ser testado no contexto das relações concretas e existentes entre o julgador e as partes na causa.

Dessa forma, a autora entende que o ato decisório, antes de ser meramente um juízo judicial, é uma avaliação que se submete ao crivo do conjunto de valores da pessoa do juiz, havendo inequívoca influência de sua origem, posição social, formação, educação, cultura e traços de personalidade, incidindo, por consequência, em sua tomada de decisões, por mais técnica que se pretenda ser. Conclui a autora que “a neutralidade é a própria indiferença, e esta não existe em face da constante emissão do juízo de valor”.

Portanova destaca não haver neutralidade na ciência, na Justiça e, tampouco, no Direito, este último pelo comprometimento com determinadas dimensões valorativas e ideológicas. Segundo o autor, enquanto a

⁴³ MELO FILHO, Álvaro. Metodologia Científica Aplicada ao Direito. In: Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 26, julho/dezembro de 1985, p. 111-112. *apud* BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004, p. 38.

⁴⁴ BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004, p. 16.

imparcialidade é um dado objetivo de ordem processual, relacionado à condição do *juiz-homem-individual*, a neutralidade é um dado subjetivo relacionado ao *juiz-cidadão-social*, equação formada pela visão geral de mundo do magistrado, um ser humano que, no ato de julgar, “implode em suas questões existenciais, em seus porquês, em suas emoções, nos sentidos que busca da vida e nas próprias expectativas e intenção que pretende comunicar na sentença”⁴⁵.

André Machado Maya também discorre sobre a relação entre imparcialidade e neutralidade, defendendo, na mesma linha, que a neutralidade descaracterizaria a função jurisdicional e, portanto, a própria magistratura. O autor sustenta que o intérprete não apenas descreve o significado prévio do que lhe é dado interpretar, mas o reconstrói, constitui o seu sentido⁴⁶.

Maya faz referência a Eros Grau, que afirma que “(...) a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre”⁴⁷. Segue narrando que, para este, a *criação* do direito pelos juízes é inegável consequência do processo de interpretação que eles, como intérpretes autênticos, desenvolvem tendo como base os textos de lei, e que abrange, a um só tempo, um processo intelectual de transformação das fórmulas lingüísticas dos enunciados legais em conteúdo normativo e outro de interpretação dos fatos da vida, das peculiaridades inerentes a determinado caso concreto.

Em seguida, o autor segue sustentando a impossibilidade de neutralidade do juiz sob o argumento de que toda sentença é proferida a partir de um *locus*, um local de fala, o que leva à conclusão da impossibilidade de a

⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 33, n. 201, junho de 2006, p. 287/307, *apud* PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 65.

⁴⁶ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juízo de garantias**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito, p. 51, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51. *apud* MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juízo de garantias**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

compreensão limitar-se ao presente, pois ela “dependerá de um passado do sujeito que será descarregado no objeto do presente no momento imediatamente anterior ao ato de interpretar”⁴⁸.

Some-se a isso a existência de um inevitável pluralismo político e ideológico no interior da magistratura, que nada mais é do que reflexo do próprio pluralismo existente na sociedade, uma vez que o juiz, antes de sê-lo, é cidadão. Por isso mesmo, há de se afastar a neutralidade ideológica e política do agir dos magistrados, pois os mesmos, a exemplo dos demais cidadãos, não possuem o dom de se desvencilhar de experiências passadas, de preconceitos e da forma de observar e interpretar a estrutura social que os cerca⁴⁹.

Conclui-se, portanto, que o juiz não é *imparcial* em razão de sua pretensa neutralidade psicológica quanto ao objeto em causa, mas porque não pode ser, ao mesmo tempo, juiz e parte (*imparcialidade*). Deve o magistrado assumir uma postura de distanciamento equânime entre os contendores, sobre cuja disputa não deva recair qualquer espécie de interesse privado ou pessoal, tampouco interesse público ou institucional. Ele deve ter a consciência, no entanto, de que disso não se produzirá – pois impossível – uma decisão eminentemente técnica e desprovida de qualquer juízo de valor. Para finalizar, nas palavras de Gustavo Badaró, “melhor que ficção de um ‘apoliticismo’ judicial é a transparência das decisões, com explícita motivação das razões de decidir”⁵⁰.

⁴⁸ HAEBERLIN, Martín Perius. O juiz e a outra história: uma abordagem do princípio da imparcialidade a partir dos problemas da subsunção. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano 33, n. 104, dezembro de 2006, p. 172, *apud* MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juízo de garantias**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

⁴⁹ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro**. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano 34, n. 108, dezembro de 2007, p. 176.

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40-41.

3. INGRESSO NA MAGISTRATURA NO BRASIL

Procedeu-se, em um primeiro momento, à análise da imparcialidade judicial na ótica de diversos doutrinadores e da jurisprudência internacional. Como já referido, é recorrente a crítica ao instituto do quinto constitucional no que tange a uma possível quebra da imparcialidade dos magistrados egressos nos tribunais através desse meio, tendo em vista o longo exercício de função anterior na representação de qualquer das partes (acusação e defesa, no processo penal), em que o jurista não pode – e não deve – ser imparcial.

Dessa forma, cumpre averiguar, em um primeiro momento, as motivações legislativas à criação do quinto, desde seus primórdios. Antes de se analisar o instituto e as controvérsias a ele atinentes, cumpre esclarecer todas as possíveis formas de se tornar magistrado nas três instâncias do Poder Judiciário.

As diretrizes para o ingresso na magistratura brasileira estão previstas principalmente na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN) e na Resolução Resolução CNJ nº 75/2009.

3.1. Primeira instância

O ingresso na magistratura de carreira – desde a primeira instância, portanto, excluindo-se as nomeações pelo quinto constitucional – se inicia por meio de concurso público de provas e títulos, exigindo-se comprovação de pelo menos três anos de atividade jurídica, conforme inovação dada pela Emenda

Constitucional nº 45/2004, que alterou a redação do inciso I do artigo 93 da Constituição Federal de 1988⁵¹.

Combina-se essa disposição com o disposto no artigo 58, § 1º, *b*, da Resolução CNJ nº 75/2009, que especifica que a atividade jurídica consiste efetivo exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito. Em seguida, o artigo 59 da mesma resolução especifica as atividades que são consideradas como atividade jurídica para o ingresso na magistratura⁵².

Quanto ao tema, relevante observar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgado, esclareceu que o triênio de prática jurídica deve estar concluído no momento da inscrição definitiva no concurso, e não na data da posse. Veja-se a ementa do julgado:

INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS . PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE.

1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em

⁵¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

⁵² Art. 59. Considera-se atividade jurídica (...):

I - aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;

II - o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (...) em causas ou questões distintas;

III - o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;

IV - o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano;

V - o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460.

2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (ratio decidendi) da Corte na referida ação declaratória.

3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes.

4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógicoargumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013).

6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011).

7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade.

8. A inoportunidade desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado.

9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”.

10. Recurso extraordinário desprovido.

(RE nº 655.265/DF, Rel. Min. Luiz Fux, publicado no DJE em 05.08.2016).

Uma vez aprovado no certame com a comprovação do triênio de atividade jurídica, o jovem magistrado assume o cargo de juiz substituto, atuando em entrância inicial, ou seja, nas comarcas de municípios do interior. Em razão da demanda processual reduzida em comparação às metrópoles, essas comarcas costumam ter varas não especializadas, que oferecem ao jovem magistrado larga experiência forense para a função judicante, mantendo-

o em constante contato com todos os tipos de processo, em que se tratarão as mais variadas matérias.

O inciso II do artigo 93 da Constituição⁵³ especifica a forma em que se dará a promoção dos juízes para as comarcas de cidades maiores, que compõem a entrância intermediária, até chegarem às varas da capital, que é a entrância final.

Essa promoção ocorre de forma alternada, levando em conta a antiguidade e o merecimento, sendo que a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e leva em conta critérios objetivos de produtividade e presteza no atendimento às partes e aos advogados, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

3.2. Segunda instância e tribunais superiores

Os mesmos critérios de antiguidade e merecimento que levam à promoção dos juízes de primeiro grau entre entrâncias são utilizados para fins de promovê-los à segunda instância, para o cargo de desembargador, oxigenando os tribunais.

⁵³ Constituição Federal, artigo 93, inciso II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

- a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;
- b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;
- c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;
- d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;
- e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

Ocorre que, diferentemente das varas de origem, nem todos os magistrados atuantes na segunda instância se submetem a concurso público, pois a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 94, prevê a reserva de um quinto das vagas de desembargador para advogados e membros do Ministério Público⁵⁴. Em caso de número ímpar de vagas, o preenchimento deve observar a alternância e a sucessividade, conforme o artigo 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional⁵⁵. Exige-se de cada candidato mais de dez anos de carreira, reputação ilibada e notório saber jurídico.

Na segunda instância, esse instituto é aplicado aos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Regionais do Trabalho.

Assim que surge uma vaga de desembargador, sendo essa destinada a membro oriundo do quinto constitucional, cada órgão de entidade de classe – ou seja, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou o Ministério Público (MP) – forma uma lista sêxtupla para enviá-la ao tribunal. Votação interna do tribunal filtrará essa lista formando uma lista tríplice, que será remetida chefe do Poder Executivo – isto é, governadores, no caso de vagas da justiça estadual, e o Presidente da República, no caso de vagas da Justiça Federal –, que nomeará um dos indicados.

Entre os tribunais superiores, o único tribunal em que vigora a reserva do quinto constitucional é o Tribunal Superior do Trabalho. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não possui qualquer reserva de vagas desse tipo,

⁵⁴ Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

⁵⁵ Art. 100, § 2º. Nos tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representante de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade.

podendo ser seus ministros nomeados independentemente de sua origem profissional, conforme reza a Constituição⁵⁶.

O Superior Tribunal de Justiça tem regra própria, prevista no artigo 104 da Constituição Federal⁵⁷, reservando um terço das cadeiras para membros oriundos dos Tribunais dos Estados, um terço para desembargadores de Tribunais Regionais Federais e um terço para advogados e membros do Ministério Público.

Diante de uma lacuna legislativa, tem-se um grande impasse no que tange às vagas destinadas a advogados e membros do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça, que há anos provoca divergências: os desembargadores oriundos do quinto constitucional, para fins de ocupar vagas de ministro do Superior Tribunal de Justiça, devem concorrer no terço dos magistrados ou no terço dos advogados e membros do Ministério Público?

Primeiramente, vem à mente a noção de que o membro do quinto constitucional na segunda instância, uma vez empossado desembargador, se despe da antiga função e passa a ser considerado um magistrado como qualquer outro para todos os fins, não devendo jamais passar por qualquer tipo de discriminação em relação a seus pares.

Porém, concomitantemente, o terço do Superior Tribunal de Justiça destinado aos magistrados exige a composição por magistrados de carreira, de forma que os desembargadores oriundos do quinto constitucional não preenchem esse requisito, pois jamais exerceram a judicatura em primeira

⁵⁶ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

⁵⁷ Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

- I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;
- I - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

instância e, portanto, não são considerados magistrados de carreira em sentido estrito.

Essa questão matéria foi discutida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4078. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que propôs a ADI, aponta que quatro das 22 vagas reservadas aos ministros do Superior Tribunal de Justiça estavam sendo ocupadas por magistrados que ingressaram nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais dos Estados através da reserva do quinto constitucional. Isto porque, conforme a AMB, magistrados desses tribunais, oriundos do quinto constitucional, e não de carreira – sem um mínimo de 10 anos de atuação nestas instâncias –, estão sendo conduzidos aos cargos de ministro do Superior Tribunal de Justiça nas vagas destinadas à magistratura. Para a autora da ação, essa passagem pelo tribunal de segunda instância não “apaga” a origem do ministro como advogado ou membro do Ministério Público.

O relator, Ministro Luiz Fux, reconheceu a irregularidade desse tipo de nomeação para o Superior Tribunal de Justiça. Segundo o ministro, se o advogado ou membro do Ministério Público, candidato ao quinto constitucional, necessita comprovar dez anos na respectiva atividade profissional, nada justificaria a possibilidade de um magistrado oriundo da advocacia se candidatar sem qualquer restrição temporal nas vagas destinadas aos magistrados de carreira. Em seu voto, o relator considerou que o parágrafo único do artigo 104 da Constituição “nos faz intuir que se refira a magistrados de carreira ou que já tenham exercido sua profissão por um prazo razoável como juízes”.

No entanto, restou vencido o relator. O voto-condutor foi o prolatado pela Ministra Carmen Lúcia, segundo a qual a ausência de proporcionalidade também não se nota pela circunstância de um número de ministros do Superior Tribunal de Justiça serem advindos de desembargadores ou de juízes dos Tribunais Regionais Federais que fossem egressos da carreira da advocacia porque a escolha da lista é feita pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, que,

segundo a ministra, pode preferir – por ser ato discricionário – juízes que sejam egressos da magistratura.

Conclui a ministra que, em se tratando de magistrado de segundo grau, não importa sua origem, pois passa a ter os mesmos direitos dos outros juízes e desembargadores. Na sua visão, posicionamento diverso levaria a uma desonomia que não tem base no artigo 104, nem nos princípios fundamentais da Constituição Federal, um dos quais é a igualdade daqueles que estejam em igualdade de condições.

3.3 Quinto constitucional

Passa-se à análise histórica e legislativa do instituto do quinto constitucional, bem como à exposição dos posicionamentos favoráveis e contrários à sua aplicação.

3.3.1 História e objetivos do instituto

A regra de composição heterogênea de participação dos tribunais se originou com a Constituição de 1934, durante o governo Getúlio Vargas – no entanto, essa reserva de vagas a membros estranhos à magistratura já havia sido experimentada na seara estadual.

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi⁵⁸ traz relevante reflexão sobre a experiência legislativa anterior, para que se entenda por que houve tão pouca

⁵⁸ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Origem e fundamentos da participação dos advogados e membros do Ministério Público na composição dos tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional.** In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 19: 2005. Florianópolis, SC. Anais... Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006. v. 2, p. 1043-1053.

discussão acerca da reserva do quinto constitucional pelos legisladores que elaboraram a Carta Magna de 1934.

A primeira Constituição elaborada no período republicano, em 1891, adotou o critério da dualidade do Judiciário, dividindo-o em justiça estadual e federal, sendo a Justiça Federal composta pelo Supremo Tribunal Federal e tantos juízes e Tribunais Federais que o Congresso entendesse necessário criar⁵⁹.

Era de livre escolha do presidente da República a nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal, dentre aqueles elegíveis ao Senado, desde que aprovados pelo Senado⁶⁰. Em relação aos juízes federais, o critério era semelhante: como dispunha o artigo 41, n. 11⁶¹, a nomeação se daria pelo Presidente da República, dentre os indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

A indicação se dava em acordo com a Lei nº 221/1894, e os artigos 184 a 195 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No artigo 184, se lia como requisito para inscrição, como condição de idoneidade, a habilitação em direito e o exercício de dois anos, no mínimo, de advocacia, judicatura ou de atividades como membro do Ministério Público⁶².

⁵⁹ Constituição Federal de 1891, artigo 55: “O Poder Judiciário, da União terá por orgams um Supremo Tribunal Federal, com séde na Capital da República e tantos Juizes e Tribunaes Federais, distribuídos pelo Paiz, quantos o Congresso crear”.

⁶⁰ Constituição Federal de 1891, artigo 48: “Compete privativamente ao presidente da República:

(...)

12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros Diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, designá-los-á em comissão até que o Senado se pronuncie.

(...)”

Constituição Federal de 1891, artigo 56: “O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do artigo 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado”.

⁶¹ Constituição Federal de 1891, artigo 48: “Compete privativamente ao presidente da República:

(...)

11º) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal;

(...)”

⁶² Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (1909), artigo 184. “Logo que o presidente do Tribunal receber comunicação official de estar vago um lugar de juiz de secção, mandará publicar um edital no Diario Official, e nos jornaes de maior circulação da Capital da República, e comunicar pelo telegrapho aos governadores e presidentes dos Estados, que fica marcado o

Portanto, no que se refere à Justiça Federal, o exercício profissional da judicatura, da advocacia ou de serviços ao Ministério Público servia como um atestado necessário de idoneidade: era pelo exercício profissional que o aspirante a juiz demonstrava a aptidão para exercer a magistratura.

No âmbito da Justiça Estadual, a regra ainda era de composição dos Tribunais de Relação a partir da nomeação de membros exclusivamente da magistratura, mas já era possível identificar algumas experiências no sentido de se buscar, entre os juristas estranhos à magistratura, os membros que viriam a integrar o colegiado do Tribunal.

Foi o caso do Distrito Federal, com a superveniência do Decreto nº 5.053/26, que criou seis novas vagas de desembargador e determinou uma regra de composição heterogênea para o seu preenchimento. O governo escolheria livremente entre os doutores ou bacharéis em Direito, com notório saber atestado pela prática da advocacia ou pela experiência acumulada como membro do Ministério Público⁶³.

Outro exemplo foi o da Bahia, cuja Constituição Estadual então vigente dispôs que os juízes do Superior Tribunal de Justiça do Estado seriam nomeados pelo Governador a partir de uma lista formada pelo Tribunal entre os juízes que tivessem pelo menos seis anos de exercício e fossem habilitados em concurso. Contudo, na hipótese de inexistência de inscrição de número suficiente, ou insuficiência de aprovação, seria aberto novo concurso, para o qual poderiam se candidatar não somente os juízes, mas também os doutores e bacharéis em Direito, que fossem elegíveis para o Senado Estadual e contassem com mais de dez anos no exercício da advocacia, de cargos do

prazo de trinta dias para serem apresentadas na secretaria as petições dos candidatos, devidamente instruídas com documentos que provem os seus serviços e habilitações, e, nomeadamente, judicatura, ou ministério publico (Lei nº 221, artigos 2º, § único, e 27, § 1º; dec. N. 848, artigo 14)”.
⁶³ Decreto nº 5.053/26, artigo 34: “O governo poderá para as primeiras nomeações dos seis cargos de desembargadores, creados em virtude desta lei, os escolher livremente entre doutores ou bachareis em direito, de notório saber, atestado pela pratica das magistraturas, federal ou estaduaes, do Ministerio Publico, ou da advocacia, ou entre os juízes de direito da justiça local, estes, porém de conformidade com o disposto no artigo 3º do decreto legislativo n. 4.988, de 8 de janeiro de 1926”.

Ministério Público, ou de magistério superior nas Faculdades de Direito do País⁶⁴.

Com isso, entende Peduzzi que, ao contrário do que possa parecer a alguns, o surgimento do instituto do quinto constitucional naquele contexto não guarda inequívoca correlação com os princípios políticos que nortearam a Constituição de 1934, uma vez que advinha de uma cultura já experimentada anteriormente no país⁶⁵.

Demonstradas as origens da participação de advogados e membros do Ministério Público na composição de determinados tribunais estaduais, passa-se à era Vargas, em que se institucionalizou essa composição híbrida a nível nacional pela primeira vez.

Em 1932, o decreto nº 21.402 instituiu a Comissão do Itamaraty, a quem incumbiria a formação de um projeto de Constituição que servisse de base às deliberações do plenário. Os trabalhos da comissão se basearam em relatórios parciais apresentados por subcomissões divididas por matérias. Ficaram responsáveis pela seção relativa ao Poder Judiciário os juristas Arthur Ribeiro e Antônio Carlos, que já haviam ambos atuado como membros do Ministério Público e como magistrados.

Foi Arthur Ribeiro quem apresentou a semente do que viria a se tornar o quinto constitucional, seguindo-se acirrada discussão acerca da querela

⁶⁴ Constituição Estadual da Bahia de 1891, artigo 70: “Os juizes do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Governador do Estado, com aprovação do Senado, mediante proposta do mesmo Tribunal, em uma lista com três nomes tirados dentre os Juizes de Direito que tiverem pelo menos seis annos de effectivo exercicio e se houverem habilitado em concurso com boas provas de idoneidade moral e intellectual”.

§ 1º: “Se ao concurso não se inscrevem, ou se, inscriptos, não lograrem habilitar-se candidatos em numero sufficiente para a lista da proposta, abrir-se-á immediatamente outro concurso, para o qual se poderão candidatar não sómente juizes, mas tambem doutores ou bachareis em Direito, que sejam elegiveis para o Senado e contem mais de dez annos no exercicio da advocacia, de cargos do Ministerio Publico, ou do professorado superior nas Faculdades de Direito do Paiz”.

⁶⁵ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Origem e fundamentos da participação dos advogados e membros do Ministério Público na composição dos tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional.** In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 19: 2005. Florianópolis, SC. Anais... Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006. v. 2, p. 1047.

unidade-dualidade da Justiça, mas os conselheiros em momento algum discordaram a respeito da participação de juristas estranhos à magistratura – as controvérsias se cingiram tão somente no aspecto sobre a quem recairia a prerrogativa de escolher os futuros componentes dos tribunais: se ao Presidente do Estado, ao Presidente da República, ou ao próprio Tribunal da Relação.

Após as deliberações, apesar de pequenas modificações, o texto do anteprojeto que seguiu à Assembleia Constituinte manteve a proposta da composição heterogênea dos tribunais, conforme formulada por Arthur Ribeiro (“[...] sendo um terço por antiguidade e outro por merecimento [...] e o terço restante composto de juristas de notório saber e reputação ilibada [...]).

Encerrados os trabalhos da Comissão do Itamaraty, com a apresentação do anteprojeto, a Assembleia Constituinte constituiu uma comissão (apelidada de Comissão dos 26, em alusão ao número de integrantes), que iria buscar adequar o anteprojeto aos ânimos da Constituinte.

A responsabilidade da relatoria parcial quanto ao tema relativo ao Poder Judiciário, desta vez, recaiu sobre Alberto Roselli e Levi Carneiro, este último atuando então como primeiro presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, que havia sido recém criada.

A proposta apresentada à Comissão dos 26 por Levi Carneiro mantinha a participação de juristas estranhos à magistratura na composição dos tribunais, mas reduzia de um terço para um quinto essa participação⁶⁶, o que, no entendimento de Peduzzi, demonstra a fragilidade da ideia de defesa de

⁶⁶ Constituição Federal de 1934, artigo 104: “Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos artigos 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes:

(...)

§ 6º Na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º.

interesses corporativos⁶⁷. A autora sustenta que em momento algum se pretendeu, que os advogados e membros do Ministério Público, quando investidos da função judicante, defendessem os interesses dos seus colegas à época das respectivas militâncias.

Desde então, o quinto constitucional foi repetido o em todas as Cartas Republicanas que lhe sucederam: no artigo 105, da Constituição Outorgada de 1937; no artigo 124, V, da Constituição de 1946; no artigo 136, IV da Constituição de 1967; e no artigo 144, IV, da Constituição Outorgada em 1969, culminando, finalmente, com o artigo 94 da Constituição de 1988.

Peduzzi observa a resistência da fórmula, apontando que houve 19 emendas apresentadas à época da Constituição Federal de 1988 indexadas sob a expressão “quinto constitucional” nos anais da constituinte, mas que nenhuma dessas emendas propugnava pela extinção da garantia⁶⁸. Enquanto muitas buscavam apenas regulamentação da matéria quanto a circunstância da existência de tribunais de alçada⁶⁹, outras aspiravam ampliar a participação, com a extensão a delegados de polícia⁷⁰, ou mesmo mediante o aumento para 2/5 (dois quintos)⁷¹.

⁶⁷ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Origem e fundamentos da participação dos advogados e membros do Ministério Público na composição dos tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional**. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 19: 2005. Florianópolis, SC. Anais... Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006. v. 2, p. 1052.

⁶⁸ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Origem e fundamentos da participação dos advogados e membros do Ministério Público na composição dos tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional. In: **Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 19:** 2005. Florianópolis, SC. Anais ... Brasília : OAB, Conselho Federal, 2006. v. 2, p. 1044.

⁶⁹ São exemplos, dentre muitas outras, as emendas nº 122, apresentada à Comissão de Organização do Estado em 19.05.1987, e nº 125, apresentada à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, em 18.05.1987.

⁷⁰ Emenda nº 16.977, apresentada à Comissão de Sistematização, em 13.08.1987.

⁷¹ Emenda nº 17.273, apresentada à Comissão de Sistematização, em 13.08.1987.

3.3.2 Controvérsias

Não faltam divergências acerca do quinto constitucional: quanto à qualificação dos magistrados por ele egressos, quanto à objetividade de seus critérios, quanto à possibilidade de conchavos, quanto à justiça com os juízes de carreira que se submetem a décadas de judicatura em varas de origem antes de terem a oportunidade de atuar nos tribunais, entre outras diversas problematizações.

Os adeptos do instituto sustentam que essa abertura para profissionais estranhos à magistratura teria a função de oxigenar os órgãos judicantes, diminuindo o sentimento de casta entre os magistrados e trazendo membros que possuem uma ótica diferenciada da visão tradicional dos magistrados de carreira. Aduz-se que os juízes, convivendo profissionalmente apenas com colegas de carreira, tenderiam a se distanciar do cidadão comum, aplicando uma justiça por demais distante da realidade social.

Os contrários ao instituto rebatem tal argumento sustentando que, se o problema fosse de arejamento, não haveria sentido em não aplicar o sistema também na primeira instância, que também necessitaria dessa democratização⁷².

Ademais, alega-se que o quinto constitucional foi implementado e vigorou por longas décadas em um contexto em que era possível – e recorrente – que bacharel recém diplomado ingressasse na magistratura, dedicando toda sua vida profissional a este ofício sem a necessidade de exercer outras funções para adquirir experiência.

Dessa forma, mesmo juristas que defendiam o quinto constitucional podem reconhecer a possibilidade de a exigência do triênio de atividade

⁷² RODRIGUES, Francisco Cesar P. **A polêmica do “quinto constitucional”**, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?seçãoartigo_detalhe&art_id=36->, acesso em 20.11.2016.

jurídica ter esvaziado, ao menos em parte, o sentido do instituto, uma vez essa inovação legislativa proporciona um cenário em que todos os magistrados de carreira passam a ser oriundos da advocacia ou de outras funções estranhas à magistratura, pois exigidas tais atividades, por ao menos três anos, para a inscrição definitiva no concurso de provas e títulos.

Sustenta-se, ainda, que a importância sociopolítica da classe dos advogados no Poder Judiciário se faz presente, por meio da OAB, em todas as fases da realização do concurso público, com a participação da seleção da magistratura de primeiro grau em atendimento ao inciso I do artigo 93 da Constituição Federal, não havendo necessidade de que os advogados passem a atuar efetivamente como magistrados para que tenham influência na composição dos tribunais.

A questão da vitaliciedade também não escapa de críticas. Iraci de Oliveira Kiszka⁷³ entende que o instituto do quinto constitucional afronta ao princípio da isonomia, na medida em que o juiz de primeira instância, para conquistar a garantia da vitaliciedade, deve se submeter às regras impostas pela Carta Política, ou seja, após dois anos de exercício na magistratura, bem como participar de cursos oficiais nos quais serão analisados a assiduidade e o aproveitamento do curso. O magistrado oriundo do quinto constitucional, por sua vez, adquire a vitaliciedade no momento da posse no tribunal.

Conforme a autora, outra questão que fere o princípio da isonomia é a de que a promoção dos juízes (de entrância para entrância) na carreira judiciária é determinada por critérios de antiguidade e merecimento, sendo que não há a mesma exigência para os candidatos a vagas destinadas ao quinto.

Outro ponto recorrente quando se fala em críticas ao instituto do quinto constitucional é a última fase da seleção: embora saudável a indicação, inicialmente, pelo órgão de classe, em lista sêxtupla, bem como a filtragem

⁷³ KISZKA, Iraci de Oliveira. **Nomeação pelo quinto constitucional – (in)compatibilidade de normas constitucionais**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXV, Nº. 000071, 30/07/2015. Disponível em: <<http://semanaacademica.org.br/artigo/nomeacao-pelo-quinto-constitucional-incompatibilidade-de-normas-constitucionais>>, acesso em 21.11.2016.

realizada pelo próprio tribunal que culmina em lista tríplice, o candidato vencedor será nomeado pelo Governador do Estado ou pelo Presidente da República.

Essa necessidade de interferência com alto poder decisório por parte do chefe do poder executivo salta aos olhos de muitos críticos desse sistema como uma clara violação do princípio da independência dos poderes, levando a dúvidas quanto à idoneidade dos critérios utilizados para a seleção, uma vez que não mais estritamente avaliados os candidatos quanto ao seu conhecimento jurídico e reputação, mas sim quanto à sua afinidade com o chefe do executivo que estiver exercendo aquele mandato.

Sem adentrar na ingerência do Poder Executivo sobre o Poder Judiciário nesses casos, a Ministra Eliana Calmon, em entrevista ao Estadão⁷⁴, criticou os jogos de poder existentes dentro do próprio Poder Judiciário e a forma de seleção de candidatos ao cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça.

A ministra acusou a existência de um grupo com forte liderança que patrocina a eleição de pessoas amigas, de candidatos que lhes são simpáticos, de tal forma que as listas são feitas fechadas, ou seja, os três nomes que são indicados já são conhecidos antes da votação. Ela critica a forma como os magistrados de carreira acabam sendo preteridos, pois “chegam ao Superior Tribunal de Justiça com bem mais idade do que os seus colegas do quinto, e, antes de chegarem à antiguidade necessária às funções de direção, são alcançados pela aposentadoria compulsória”.

Como se vê, são muitos os aspectos passíveis de crítica quanto ao quinto constitucional. Nem todos, no entanto, se reconhecidos como falhas desse sistema, levam à conclusão de que o instituto deva ser extinto, mas sim aprimorado.

⁷⁴ “Ministra Eliana Calmon critica forma de escolha dos ministros do STJ”. Entrevista disponível na íntegra em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI97848,91041-Ministra+Eliana+Calmon+critica+forma+de+escolha+dos+ministros+do+STJ>>, acesso em 26 de novembro de 2016.

Porém, o presente estudo busca se debruçar especialmente sobre a crítica atinente à garantia da imparcialidade dos desembargadores oriundos do quinto constitucional, com ênfase na seara criminal.

O processo penal possui um vasto pluralismo ideológico e valorativo, aliás, como não poderia deixar de ser em um sistema democrático. Não por acaso Muñoz Conde reconhece que “(...) el derecho penal vigente en cada país en una época o momento histórico determinado, no es en absoluto neutro, sino quizás la parte más ideologizada de todo el ordenamiento jurídico”⁷⁵.

Convivem em seu interior pessoas que denotam concepções interpretativas dissonantes, exteriorizadas por meio da linguagem simbólica desencadeada na relação jurídica processual. Por vezes, determinada inclinação ideológica é decisiva para a escolha da carreira a ser seguida, decidindo o jurista atuar como acusação ou defesa conforme suas simpatias pessoais com determinada vertente jurídica.

Seguindo essa lógica, há críticos ao instituto do quinto constitucional que levantam a hipótese de o membro oriundo da reserva de vagas proferir decisões enviesadas decorrente de seu vínculo ideológico-profissional relativo à função anteriormente exercida. É a fim de verificar a ocorrência ou não desse fenômeno que nessa pesquisa se procederá a um levantamento estatístico realizado sobre as decisões condenatórias e absolutórias proferidas pelos oito membros do quinto constitucional atuantes nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo – Los Orígenes ideológicos d la polémica entre causalismo y finalismo**. 2ª edição. Valencia: Tirant lo Blanc Alternativa, 2001, p. 76.

4. QUINTO CONSTITUCIONAL E A PRESERVAÇÃO OU NÃO DO VÍNCULO IDEOLÓGICO-PROFISSIONAL DE ORIGEM

Até aqui, procedeu-se, primeiramente, a uma análise das principais questões atinentes à imparcialidade judicial, seguida de um breve estudo do quinto constitucional, debruçando-se sobre sua história e seus objetivos. Dentre as críticas já sabidamente levantadas quanto ao instituto, destacou-se a hipótese de viabilizar o ingresso, na magistratura de segunda instância, de juristas que carregariam vínculos ideológicos decorrentes da função que até pouco tempo exerciam, o que poderia, supostamente, macular sua necessária imparcialidade para julgar.

Muito se poderia discorrer, em análise abstrata, sobre essa suposição, mas o meio mais eficiente de testar a hipótese é a análise estatística dos julgados dos tribunais. Essa análise tem o intuito de identificar qual a diferença (se é que há) entre os índices de absolvição e condenação dos magistrados egressos do quinto constitucional, conforme sejam oriundos do Ministério Público ou da Ordem dos Advogados do Brasil (acusação e defesa, portanto, uma vez que cinge-se a pesquisa somente ao âmbito criminal).

Neste capítulo, a proposta é a realizar esse levantamento estatístico, elegendo-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul como objeto da pesquisa. Uma vez obtidos os dados, passa-se à sua análise e interpretação.

4.1 Análise de julgados do TJ-RS: método de pesquisa

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dispõe de oito câmaras criminais, compostas por um total de 32 desembargadores, dentre os quais oito são oriundos do quinto constitucional – quatro são provenientes do Ministério

Público (Jayme Weingartner Neto, João Batista Marques Tovo, Julio Cesar Finger e André Luiz Planella Villarinho) e quatro da Ordem dos Advogados do Brasil (Sérgio Miguel Achutti Blattes, Rogério Gesta Leal, Lizete Andreis Sebben e Naele Ochoa Piazzeta).

Para a análise do índice de absolvições e condenações de cada um dos magistrados, foi utilizada a ferramenta *Pesquisa de Jurisprudência* disponível no *site* do tribunal, utilizando-se dos filtros referentes ao relator, ao período do julgamento e ao tipo de ação ou recurso.

Delimitou-se o interregno temporal de 1º de agosto de 2015 a 1º de agosto de 2016, valendo-se ainda do filtro *tipo de processo*, em que foram selecionadas as modalidades *Ação Penal – Procedimento Ordinário*, *Ação Penal – Procedimento Sumário*, *Ação Penal – Procedimento Sumaríssimo* e *Apelação Crime*. Com isso se obteve o índice de absolvições e condenações tanto em sede recursal quanto nas ações penais de competência originária do tribunal (quais sejam, os julgamentos de prefeitos, de competência da 4ª Câmara Criminal). A busca resultou em um total de 3.877 processos julgados pelos oito desembargadores no período em questão.

Os julgamentos em que não houve expresse pronunciamento de mérito, como declinações de competência e reconhecimento de prescrição punitiva, não foram contabilizados. Cumpre referir, no entanto, um detalhe referente aos crimes cuja prescrição restou reconhecida: alguns relatores costumam deixar de se manifestar sobre o mérito das alegações recursais nesses casos, julgando o recurso prejudicado e proferindo breve voto reconhecendo a prescrição, eis que se trata de questão eminentemente objetiva. Outros relatores, no entanto, analisam o recurso normalmente no corpo do voto e, somente ao final, reconhecem a prescrição. Foram contabilizados esses casos, a despeito da prescrição reconhecida, uma vez havendo expressa manifestação do relator quanto ao mérito, o que permite utilizá-los para fins de análise estatística.

Observou-se também a questão atinente ao efeito devolutivo total dos recursos defensivos independentemente do que fosse alegado nas razões recursais. Ou seja, nos casos em que o réu foi condenado por três crimes pelo juízo singular, mesmo que haja recorrido somente quanto a dois, foram os três contabilizados, em face à possibilidade de absolvição de ofício pelo tribunal. O mesmo raciocínio, obviamente, não foi aplicado aos recursos acusatórios, que têm efeito devolutivo limitado às razões recursais.

Por fim, nos casos decididos por maioria em que o relator restou vencido, considerou-se a conclusão proposta pelo voto vencido, uma vez que o objeto da pesquisa não é o resultado do julgamento do órgão colegiado, composto também por magistrados de carreira, mas tão somente o posicionamento pessoal dos desembargadores oriundos do quinto constitucional.

Esclarecido o método da pesquisa e todas as peculiaridades observadas durante sua realização, passa-se à análise individualizada dos resultados referentes a cada magistrado.

4.1.1 Desembargador Jayme Weingartner Neto

Oriundo do Ministério Público, o Desembargador Jayme Weingartner Neto tomou posse na Corte em 2012 e, no período referente à presente pesquisa, atuou perante a Primeira Câmara Criminal.

No referido interregno, o magistrado foi relator de um total de 709 processos em sede de apelação criminal, nos quais foram julgados um total de 992 crimes, destacando-se crimes dolosos contra a vida, tráfico de drogas, crimes de trânsito e violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desses 992 julgados de relatoria do desembargador, houve condenação em 861 e absolvição em 131, resultando em um índice de 86,79% de condenações e 13,21% de absolvições.

4.1.2 Desembargador João Batista Marques Tovo

Oriundo do Ministério Público, o Desembargador João Batista Marques Tovo tomou posse na Corte em 2003 e, no período referente à pesquisa aqui realizada, atuou perante a Terceira Câmara Criminal.

No referido interregno, o magistrado foi relator de um total de 720 processos em sede de apelação criminal, nos quais foram julgados um total de 956 crimes, sendo grande parte deles composta por crimes dolosos contra a vida, tráfico de drogas e violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desses 956 julgados de relatoria do desembargador, houve condenação em 614 e absolvição em 342, resultando em um índice de 64,23% de condenações e 35,77% de absolvições.

4.1.3 Desembargador Julio Cesar Finger

Oriundo do Ministério Público, o Desembargador Julio César Finger tomou posse na Corte em 2012 e, no período atinente à presente análise, atuou perante a Primeira e a Quarta Câmaras Criminais.

No referido interregno, o magistrado foi relator de um total de 713 processos em sede de apelação criminal, nos quais foram julgados um total de 909 crimes, com uma grande incidência dos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo e crimes de trânsito.

Desses 909 julgados de relatoria do desembargador, houve condenação em 771 e absolvição em 138, resultando em um índice de 84,82% de condenações e 15,18% de absolvições.

4.1.4 Desembargador André Luiz Planella Villarinho

Oriundo do Ministério Público, o Desembargador André Luiz Planella Villarinho tomou posse na Corte em 2000 e, no período referente à pesquisa aqui realizada, atuou perante a Quinta Câmara Criminal.

No referido interregno, o magistrado foi relator de um total de 544 processos em sede de apelação criminal, nos quais foram julgados um total de 773 crimes, destacando-se crimes contra o patrimônio e contra a dignidade sexual.

Desses 773 julgados de relatoria do desembargador, houve condenação em 697 e absolvição em 76, resultando em um índice de 90,17% de condenações e 9,83% de absolvições.

4.1.5 Desembargador Sérgio Miguel Achutti Blattes

Oriundo da Ordem dos Advogados do Brasil, o Desembargador Sérgio Miguel Achutti Blattes tomou posse na Corte em 2014 e, no período referente à pesquisa aqui realizada, atuou perante a Terceira Câmara Criminal.

No referido interregno, o magistrado foi relator de um total de 1100 processos em sede de apelação criminal, nos quais foram julgados um total de 1272 crimes, sendo grande parte deles crimes de tráfico de drogas, crimes contra a vida e violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desses 1272 julgados de relatoria do desembargador, houve condenação em 828 e absolvição em 444, resultando em um índice de 65,09% de condenações e 34,91% de absolvições.

4.1.6 Desembargador Rogério Gesta Leal

Oriundo da Ordem dos Advogados do Brasil, o Desembargador Rogério Gesta Leal tomou posse na Corte em 2002 e, no período referente à pesquisa aqui realizada, atuou perante a Quarta Câmara Criminal.

No referido interregno, o magistrado foi relator de um total de 533 processos, sendo 525 apelações criminais e oito ações penais de competência originária do tribunal (julgamentos de prefeitos), tendo julgado um total de 644 crimes, havendo uma variedade bastante particular quanto aos tipos de crimes (porte e posse ilegal de arma de fogo, peculato, crimes de falsidade, crimes contra a ordem tributária, violação de direito autoral, entre outros).

Desses 644 julgados de relatoria do desembargador, houve condenação em 546 e absolvição em 98, resultando em um índice de 84,78% de condenações e 15,22% de absolvições.

4.1.7 Desembargadora Lizete Andreis Sebben

Oriunda da Ordem dos Advogados do Brasil, a Desembargadora Lizete Andreis Sebben tomou posse na Corte em 2012 e, no período referente à presente pesquisa, atuou perante a Quinta Câmara Criminal.

No referido interregno, a magistrada foi relatora de um total de 1220 processos em sede de apelação criminal, nos quais foram julgados um total de

1346 crimes, havendo uma grande incidência de crimes contra o patrimônio e contra a dignidade sexual.

Desses 1346 julgados de relatoria da desembargadora, houve condenação em 1061 e absolvição em 285, resultando em um índice de 78,83% de condenações e 21,17% de absolvições.

4.1.8 Desembargadora Naele Ochoa Piazzetta

Oriunda da Ordem dos Advogados do Brasil, a Desembargadora Naele Ochoa Piazzetta tomou posse na Corte em 2001 e, no período referente à pesquisa aqui realizada, atuou perante a Oitava Câmara Criminal.

No referido interregno, a magistrada foi relatora de um total de 520 processos em sede de apelação criminal, nos quais foram julgados um total de 615 crimes, sendo a imensa maioria relativa a crimes contra o patrimônio.

Desses 615 julgados de relatoria da desembargadora, houve condenação em 541 e absolvição em 74, resultando em um índice de 87,97% de condenações e 12,03% de absolvições.

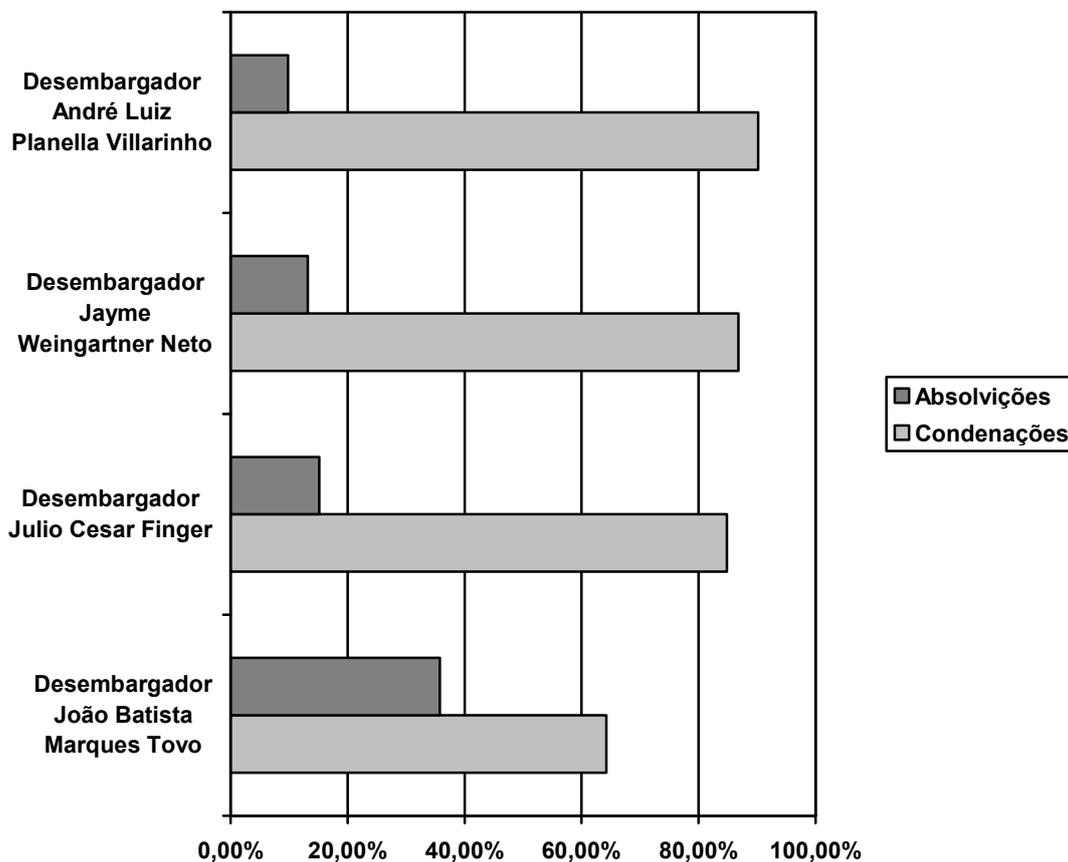
4.2 Resultados

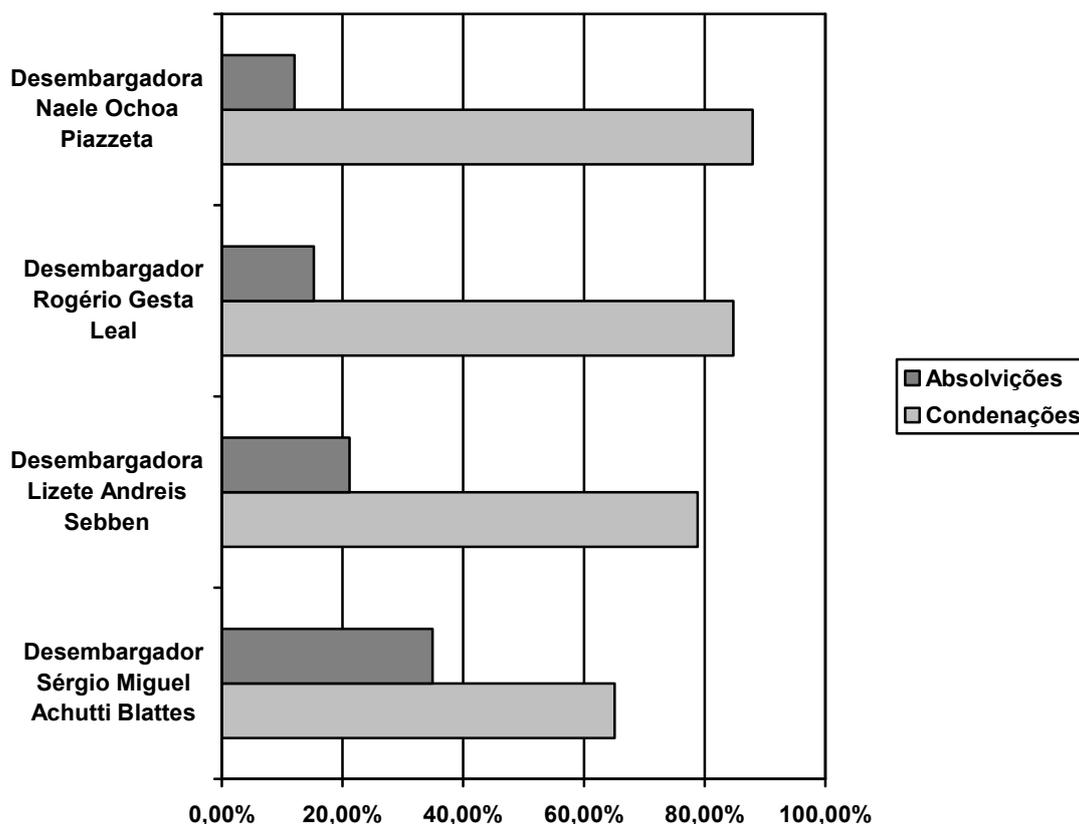
Constatou-se uma diminuta diferença entre os índices médios de condenações e absolvições dos desembargadores oriundos do Ministério Público e os oriundos da advocacia. A média geral foi de 19,66% de absolvições e 80,34% condenações.

Separando os dois grupos, a média entre os quatro desembargadores oriundos do órgão ministerial foi de 81,5% de condenações e 18,5% de absolvições, ao passo que, no outro grupo, houve uma média de 79,17% de condenações e 20,83% de absolvições.

Dessa forma, os desembargadores oriundos da advocacia absolveram, em média, 1,12% a mais que os desembargadores oriundos do Ministério Público, que, por sua vez, condenaram 2,85% a mais do que aqueles.

Observem-se os gráficos comparativos:





Observou-se um maior desvio padrão no interior do grupo oriundo do órgão ministerial, tendo em vista que a diferença entre o maior e o menor índice de absolvição (respectivamente, os desembargadores João Batista Marques Tovo e André Luiz Planella Villarinho) é de 72,52%.

Entre os magistrados oriundos da advocacia, a diferença entre os extremos (Naele Ochoa Piazzeta e Sérgio Miguel Achutti Blattes) é de 65,54%. Trata-se de índice consideravelmente menor que o do outro grupo, mas também bastante expressivo.

Também por esse motivo, no âmbito global, tanto o maior quanto o menor índices de absolvições pertencem a desembargadores oriundos do Ministério Público, o que se deve à grande dissonância entre o Desembargador João Batista Marques Tovo e os demais. A diferença é tamanha que, se desconsiderados os índices do referido magistrado, a média do grupo cairia de 18,5% para 12,74% – uma queda de um terço da porcentagem.

Já entre os magistrados oriundos da advocacia, a voz mais dissonante é a do Desembargador Sérgio Miguel Achutti Blattes. A média do grupo da OAB cairia de 20,83% para 16,14% caso não fossem contabilizados os índices do magistrado, que são bastante semelhantes aos do Desembargador João Batista Marques Tovo.

Os dados colhidos na presente pesquisa revelaram pouquíssima diferença entre os índices de condenação e absolvição dos desembargadores criminais oriundos do quinto constitucional provenientes da advocacia ou do Ministério Público. Ao menos entre os magistrados atuantes na Corte gaúcha, as estatísticas corroboram a tese de que uma maior tendência a condenar ou absolver se encontra mais voltada ao âmbito pessoal de cada desembargador do que vinculada à função anteriormente exercida.

1. CONCLUSÃO

A presente monografia dispôs-se, em um primeiro momento, fazendo um apanhado de alguns dos principais pontos abordados pela doutrina na análise do conteúdo da imparcialidade do magistrado. Foi possível concluir que a imparcialidade é um dos mais relevantes pilares do direito processual, sendo imprescindível para a própria ideia de jurisdição como formatada a partir da teoria da separação dos poderes.

O princípio da imparcialidade judicial transcende a seara da legislação interna e se insere nos paradigmas internacionais da prestação jurisdicional. O direito ao julgamento por um juiz imparcial é matéria de relevante interesse público, pois somente uma magistratura que inspire confiança nos jurisdicionados se pode gerar, em última instância, confiança jurídica no processo a que as partes se submetem. Dessa forma, não se trata somente de um fator importante e enriquecedor da jurisdição, mas sim sua essência, ao ponto de que, na visão de Zaffaroni, sem imparcialidade sequer há jurisdição.

Estudou-se a distinção que Werner Goldschmidt faz entre a imparcialidade e a *impartialidad*, permitindo-se concluir que, para a concretização da imparcialidade judicial, não basta que o magistrado não seja parte (*impartialidad*). Para tal, é exigido um real alheamento do julgador em relação ao interesse das demais partes, restando indiferente ao resultado do litígio (*terzietà* ou *estraneità*).

Em seguida, foi analisada a relação da imparcialidade judicial com a independência da magistratura, sendo que essa é pressuposto para a concretização daquela. Dessa forma, os mecanismos decorrentes da independência da magistratura buscam afastá-la de qualquer espécie de pressão política, para que os possam julgar de forma comprometida estritamente com a lei, a justiça e a realidade fática atinente ao processo, e não com quaisquer outros interesses estranhos à causa.

Procedeu-se, ainda, ao estudo da distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva, trazendo à baila o caso Piersack x Bélgica (1982), que foi um grande precedente nessa diferenciação. O julgado sedimentou o entendimento de que a imparcialidade subjetiva se refere à convicção pessoal do juiz sobre determinado assunto, e que dele não faça *pré-juízos*, enquanto que a imparcialidade objetiva alude à situação do julgador dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.

Na análise da possibilidade de neutralidade ideológica dentro da magistratura, concluiu-se que o juiz imparcial não é aquele neutro ou despido de qualquer traço de personalidade ou de vontade, mas sim aquele que busca conhecer sua formação subjetiva e seus preconceitos, de forma a poder afastá-los o máximo possível do julgamento. Isso porque a neutralidade é um estado objetivo, isto é, a probabilidade de que o juiz seja indiferente durante o processo, enquanto a imparcialidade se refere mais a um estado subjetivo, a ser testado no contexto das relações concretas e existentes entre o julgador e as partes na causa.

Portanto, o juiz não é imparcial em razão de uma pretensa neutralidade psicológica ou ideológica quanto ao objeto em causa, mas porque não pode ser, ao mesmo tempo juiz e parte (*imparcialidade*). O magistrado deve agir de forma desinteressada e distanciada de forma equânime entre as partes, consciente, no entanto, de que disso não se produzirá uma decisão eminentemente técnica e desprovida de qualquer juízo de valor, pois a ausência de juízo valor impossibilitaria a própria manifestação de uma solução para o caso concreto.

No segundo capítulo, passou-se à análise de todas as formas de ingresso na magistratura brasileira, tanto em primeira instância quanto nos tribunais de segundo grau e nos tribunais superiores. Fez-se um apanhado da legislação pertinente, explicando toda a trajetória de um magistrado desde a aprovação em concurso de provas e títulos até a promoção entre entrâncias e instâncias.

Na mesma linha, mostrou-se relevante um estudo mais pormenorizado sobre uma das formas de ingresso na magistratura, qual seja, o quinto constitucional, analisando todo o seu histórico desde o seu surgimento até a forma como é aplicado hoje. Observaram-se algumas lacunas legislativas, como a possibilidade ou não de desembargadores oriundos do quinto constitucional ocuparem vagas de ministro do Superior de Tribunal de Justiça reservadas para magistrados, ou se deveriam novamente concorrer pela reserva de vagas a membros do Ministério Público e advogados.

Em relação às controvérsias atinentes ao instituto do quinto, procurou-se trazer, da forma mais isenta possível, todos os argumentos levantados tanto pelos apoiadores do sistema quanto pelos seus opositores. Não são poucos os pontos de divergência: há críticas a um suposto isolamento dos juízes e seu sentimento de casta, à obtenção da vitaliciedade imediata, à ingerência do Poder Executivo no processo de escolha, entre outros vários apontamentos. Debruçou-se especialmente sobre a crítica atinente à garantia da imparcialidade dos desembargadores oriundos da reserva de vagas a advogados e membros do Ministério Público, com ênfase na seara criminal, uma vez levantada a hipótese de enviesamento das decisões.

Por fim, procedeu-se, no terceiro capítulo, ao cerne da pesquisa, que buscou verificar, mediante levantamento estatístico, se procede a alegação de quebra de imparcialidade em razão da função anteriormente exercida pelos desembargadores egressos aos tribunais através do quinto constitucional. O objeto da pesquisa foram as decisões proferidas entre agosto de 2015 e agosto de 2016 pelos oito desembargadores criminais oriundos do quinto constitucional que atuam nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Foi possível verificar, observando os índices de condenações e absolvições de cada desembargador, talvez contra o que leigamente se intuiria, que há diminuta diferença entre a média dos magistrados oriundos da advocacia e os oriundos do Ministério Público.

A média geral foi de 19,66% de absolvições e 80,34% condenações. Separando os dois grupos, a média entre os quatro desembargadores oriundos do órgão ministerial foi de 81,5% de condenações e 18,5% de absolvições, ao passo que, no outro grupo, houve uma média de 79,17% de condenações e 20,83% de absolvições. Na verdade, as maiores diferenças de índice de absolvições e condenações se verificou dentro do próprio grupo magistrados que exerciam ou cada função (advocacia ou Ministério Público), e não entre os dois grupos.

Não se verificou, portanto, a confirmação da hipótese de que o quinto constitucional viabilizaria o ingresso, na magistratura de segunda instância, de juristas que carregassem vínculos ideológicos decorrentes da função que até pouco tempo exerciam. Os dados estatísticos corroboraram a tese de que uma maior tendência a condenar ou absolver se encontra mais voltada ao âmbito pessoal de cada desembargador do que vinculada à função anteriormente exercida.

REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y Derecho Procesal (Introduccion)**. 2ª edição. Madrid: Edersa, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Permanência e relevância do direito natural: o justo natural aristotélico**. Porto Alegre: AJURIS, v. 44, novembro de 1988.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARBEDO, Claudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana sobre direitos humanos**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004.

EUROPEAN Court of Human Rights. **Case of Piersack v. Belgium**: Application nº, 8692/79. October 1st, 1982. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557>>. Acesso em 8 de novembro de 2016.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidade como principio básico del proceso: la parcialidad y la parcialidad**. Madrid: Gráfica Clemares, 1950 (In: Monografias de Derecho Español. Publicaciones Del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1). Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf> Acesso em 8 de novembro de 2016.

CÓRDON MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2. Ed. Navarra: Aranzadi, AS. Camino de Galar, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no Processo Penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New York: Anchor Books/Doubleday & Company Inc., 1948.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo: parte 1**. 15ª edição. Tradução Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

KISZKA, Iraci de Oliveira. **Nomeação pelo quinto constitucional – (in)compatibilidade de normas constitucionais**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXV, Nº. 000071, 30/07/2015. Disponível em: <<http://semanaacademica.org.br/artigo/nomeacao-pelo-quinto-constitucional-incompatibilidade-de-normas-constitucionais>>, acesso em 21 de novembro de 2016.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. **O quinto constitucional nos tribunais estaduais**. In: AJURIS, Porto Alegre v.15, n. 43 , jul. 1988.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juízo de garantias. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Francisco Peçanha. **O quinto constitucional e a renovação do poder judiciário**. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 19.: 2005. Florianópolis, SC. Anais ... Brasília : OAB, Conselho Federal, 2006. v. 2.

MELO, Afrânio Neves de. **Critério para escolha dos integrantes**. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 19.: 2005. Florianópolis, SC. Anais ... Brasília : OAB, Conselho Federal, 2006. v. 2.

MENEZES, Eduardo Diatahy B. de. **O que é afinal ideologia?** In: Comunicação e Política, v. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo – Los Orígenes ideológicos d la polémica entre causalismo y finalismo**. 2ª edição. Valencia: Tirant lo Blanc Alternativa, 2001.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Origem e fundamentos da participação dos advogados e membros do Ministério Público na composição dos tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional**. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 19: 2005. Florianópolis, SC. Anais... Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006. v. 2.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal**. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2014.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro**. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano 34, n. 108, dezembro/2007.

ROCHA, Cléa Carpi da. **O quinto constitucional como indispensável à administração da justiça**. CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 20, 2008, Natal, RN. Anais ... estado democrático de direito x estado policial: dilemas e desafios em duas décadas da Constitui. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2009. v.2.

RODRIGUES, Francisco Cesar P. **A polêmica do “quinto constitucional”**, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?seçãoartigo_detalhe&art_id=36->, acesso em 20 de novembro de 2016.

SANTOS, Altamiro J. dos. **Processo de seleção de advogado e membro do Ministério Público para exercer a magistratura pelo quinto constitucional**. In: Revista Jurídica, v.40, n. 180 , out. 1992.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34-35.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2510/2.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2016.

URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes. **Modos de obtenção do convencimento do julgador: análise dos sistemas processuais penais**. Porto Alegre, 2009. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.