

A DECISÃO JUDICIAL NO ENTREATO DA SUBJETIVIDADE E DA OBJETIVIDADE: QUANDO AS META-REGRAS CONTRACENAM COM AS REGRAS NO PROCESSO PENAL

The judicial decision in the entr'acte of the subjectivity and the objectivity: when the meta rules acting alongside with the rules in the criminal procedure

La decisión judicial en el entreacto de la subjetividad y objetividad: cuando las meta-reglas actúan con las reglas en el proceso penal

DOI: <http://dx.doi.org/10.15304/dereito.29.2.6965>

DÉBORA DE SOUZA DE ALMEIDA
Doctora en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas
Universidad Autónoma de Madrid
devora.almeida@gmail.com

Resumo

Na área processual penal, muito se discute acerca da problemática da influência de fatores extralegais ou extrajurídicos nas decisões judiciais, as quais, segundo a Teoria da Reação Social, materializam um dos âmbitos do processo de criminalização secundária. O juiz-homem, enquanto um *ser-no-mundo*, está sujeito aos influxos de seu entorno, numa dinâmica que, consoante a literatura criminológica, formará em maior ou menor medida as suas *meta-regras*, responsáveis por influenciar sua forma de ver e interpretar o mundo. Nesta direção, o artigo que ora se apresenta trata, ainda que brevemente, da atividade interpretativa do juiz, e, neste tanto, da incidência das *meta-regras* enquanto fatores extralegais ou extrajurídicos na decisão judicial penal. Neste embalo, haverá espaço para a abordagem das condições de neutralidade e de imparcialidade no exercício da função jurisdicional, assinalando incidentalmente as Teorias da Espiral do Silêncio e da Dissonância Cognitiva. Por derradeiro, mas sem esgotar o tema, serão apontadas algumas alternativas para tornar efetiva a garantia da imparcialidade ante o ilusório estado de neutralidade, associando ao debate notas sobre os modelos do juspaleopositivismo e do ativismo judicial.

Palavras-chave: meta-regra; neutralidade; imparcialidade; decisão judicial; processo penal.

Abstract

In the criminal procedural domain, much is discussed about the problem of the influence of extra-legal or extra-juridic factors in judicial decisions, which, according to the Theory of Social Reaction, materialize one of the areas of the secondary criminalization process. The "judge-man", as a being-in-the-world, is subject to the inflows of his surroundings, in a dynamics that, according to the criminological doctrine, will form to a

Recibido: 20/09/2020. Aceptado: 28/12/2020.

greater or lesser extent his meta-rules, responsible for influencing his way of seeing and interpret the world. In this sense, the article presented here deals, albeit briefly, with the interpretive activity of the judge, and, in this case, with the incidence of meta-rules as extra-legal or extra-judicial factors in the criminal judicial decision. In this way, the article will address the neutrality and impartiality conditions in the exercise of the jurisdictional function, incidentally pointing out the Spiral of Silence Theory and Cognitive Dissonance Theory. Finally, but without exhausting the topic, it will be pointed out some alternatives to do the guarantee of impartiality effective in the face of the illusory state of neutrality, associating notes on the models of juspaleopositivism and judicial activism to the debate.

Keywords: meta-rule; neutrality; impartiality; Judicial decision; criminal proceedings.

Resumen

En el ámbito procesal penal se discute mucho sobre el problema de la influencia de factores extralegales o extrajurídicos en las decisiones judiciales, las cuales, según la Teoría de la Reacción Social, materializan una de las áreas del proceso de criminalización secundaria. El “juez-hombre”, como ser-en-el-mundo, está sujeto a los influjos de su entorno, en una dinámica que, de acuerdo con la doctrina criminológica, formará en mayor o menor medida sus meta-reglas, responsables de influir en su forma de ver y de interpretar el mundo. En este sentido, el artículo trata, aunque brevemente, de la actividad interpretativa del juez y, en este contexto, de la incidencia de las meta-reglas como factores extralegales o extrajurídicos en la decisión judicial penal. En este trasfondo, el artículo irá abordar las condiciones de neutralidad e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, señalando de paso la Teoría de la Espiral del Silencio y la Teoría de la Disonancia Cognitiva. Finalmente, pero sin agotar el tema, señalará algunas alternativas para hacer efectiva la garantía de imparcialidad ante el ilusorio estado de neutralidad, asociando al debate notas sobre los modelos de juspaleopositivismo y activismo judicial.

Palabras clave: meta-regla; neutralidad; imparcialidad; decisión judicial; procedimientos criminales.

1. INTRODUÇÃO

Na área processual penal, a influência de fatores extrajurídicos (*meta-regras*) nas decisões judiciais é uma problemática que enseja discussões que decorrem da preocupação quanto à (im)possibilidade de atendimento das condições de neutralidade e de imparcialidade no exercício da função jurisdiccional. O juiz-homem, enquanto um *ser-no-mundo*¹, efetivamente não está incólume aos influxos que o circundam, os quais formarão, de acordo com a Teoria da Reação Social, suas *meta-regras*, podendo influir de uma forma ou outra em sua maneira de ver e interpretar seu entorno.

¹ A expressão *ser-no-mundo* é cunhada por Heidegger, em M. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, Editora Vozes, Petrópolis, 1988.

Constituída pela Criminologia Interacionista e pela Criminologia Radical ou Crítica, a Teoria da Reação Social transpõe a perspectiva unidimensional da Criminologia Positiva², a qual era centrada no estudo do delinquente, voltando-se a um prisma multidimensional, em que se analisa, como bem indica Figueiredo Dias, “[...] o inteiro ‘processo de produção’ da delinquência³”. Enquanto a Criminologia Interacionista, nascida na contracultura sessentista, argumenta que a condição de criminoso resulta de uma interação inexitosa entre a norma, a transgressão da mesma e a respectiva reação dos controles social formal (leia-se: agências de persecução penal) e informal (como os *mass media*, a escola, a família, entre outros), a Criminologia Radical ou Crítica, surgida em nuance marxista nos anos setenta⁴, preconiza que o Direito Penal, no seio de uma sociedade capitalista e desigual, não protege de forma igual a todos os bens segundo os interesses da coletividade, aplicando-se a etiqueta de criminoso também de forma desigual⁵, o que desnuda a seletividade penal. Neste horizonte, a Teoria da Reação Social ocupa-se tanto dos estudos do processo de criminalização primária, o qual contempla o processo de definição da norma, isto é, de tipificação penal e de suas consequências jurídicas, quanto do processo de criminalização secundária, atinente à atuação das agências de controle social formal na persecução penal, como a polícia, o Ministério Público e a magistratura, ademais de compreender os efeitos do etiquetamento, por ela denominado de *labeling approach*⁶.

Neste embalo, considerando que as decisões judiciais, como ensina a Teoria da Reação Social, materializam um dos âmbitos do processo de criminalização secundária, indaga-se: existem elementos não jurídicos decorrentes de processos (in)conscientes que escoam no ato de julgar? Por que, por exemplo, há situações em que a atividade interpretativa adota uma via tão estrita, de modo a afastar a incidência de determinada norma num caso concreto (e, com isso, até desprotegendo bens jurídicos), e, em outras, uma mais ampla, de forma a alcançar episódios que não deveriam ser objeto de criminalização (ultrapassando, portanto, a

² Os expoentes da Escola Positiva de Criminologia são C. LOMBROSO, *O homem delinquente*, Ricardo Lenz, Porto Alegre, 2001. E. FERRI, *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*, 2ª ed., Bookseller, Campinas, 1999. R. GAROFALO, *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*, 1ª ed., Peritas, São Paulo, 1997.

³ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral*, Tomo I - Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, São Paulo/Coimbra, 2007, p. 40.

⁴ I. TAYLOR; P. WALTON; J. YOUNG, *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1990.

⁵ W. HASSEMER; F. MUÑOZ CONDE, *Introdução à criminologia*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 109.

⁶ Para mais informações vide, respectivamente: A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, v. I, 5ª ed., Editora Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014, p. 199. M. COSTA ANDRADE; J. FIGUEIREDO DIAS, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 49. L. ANIYAR DE CASTRO, *Criminologia da reação social*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 98.

proteção exigida a um bem jurídico)? Seria isso explicado pelas *meta-regras* ou pela mera eleição de uma escola de interpretação normativa? Diante de tais inquietações, impõe-se adentrar na discussão do tema.

2. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUIZ

É cediço que o juiz, ao proferir a sentença, diz o direito (*dicere ius*). E para tanto, não raramente, terá de interpretar. Esta atividade, convém observar, requer sensibilidade e, sobretudo, responsabilidade por parte do intérprete, a fim de que o ajuste da norma ao caso concreto não perverta a integridade e a coerência da ordem jurídico-legal, tampouco resultando alheia à realidade circundante.

Em sua missão constitucional de julgar, o magistrado deverá, portanto, pautar-se por uma solução legal e justa, isto é, uma solução conforme a lei e que entregue a cada um o que é seu, como informa a máxima *justitia constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*⁷. Todavia, como alerta Pimentel Pereira, não se pode descurar que “esta busca do legal e do justo tem sido um desafio para o juiz, e há dele exigir, em hipóteses especialíssimas, uma verdadeira obra de construção do direito, através da interpretação das leis⁸”. Contudo, o “juiz criador do direito⁹” está adstrito a limites, pois do contrário, haveria o risco de constituir-se em legislador positivo. Nestes termos, a criação judicial do Direito, dotada de subjetivismo e consciência jurídica¹⁰, deve orientar-se pela discricionariedade, mas em medida suficiente para libertar-se do positivismo-normativista e não descambar em arbitrariedade¹¹.

Porém, diferentemente do direito processual civil, na área processual penal existe uma maior limitação à interpretação judicial (como a vedação à *analogia in malam partem*), evidenciando, sob um olhar crítico, preocupação mais acentuada com a figura do juiz imparcial, haja vista que em sua estrutura, embora acusatória, não há verdadeiramente uma lide (no sentido clássico de pretensão resistida¹²), não há propriamente um interesse de agir (mas sim, necessidade como condição da ação¹³), não há precisa ajustabilidade a um direito abstrato de ação (por pressupor indício de autoria e prova da materialidade para o exercício do direito potestativo

⁷ A. PIMENTEL PEREIRA, “A obra de criação do direito pelo juiz na interpretação das leis. Limites”, *Revista da EMERJ*, v. 5, nº. 18, 2002, p. 106.

⁸ *Ibid.*, p. 106.

⁹ M. CAPPELLETTI, *Juízes legisladores?*, Porto Alegre: SAFE, Porto Alegre, 1999, p. 23-24.

¹⁰ PIMENTEL PEREIRA, *op. cit.*, p. 108.

¹¹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 21-22.

¹² Sobre o tema, vide, por exemplo, E. FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, Bosch Editorial, Barcelona, 1933, p. 20-23. F. LUSO SOARES, *O processo penal como jurisdição voluntária*, Almedina, Coimbra, 1981, p. 39.

¹³ J. MONTERO AROCA; M. ONELLS RAMOS; J. L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional: parte general*, J. M. BOSCH EDITOR, Barcelona, 1991, p. 468. J. MONTERO AROCA, “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, *Seminario Justicia y Sociedad*, México, 1994, p. 536.

de acusação¹⁴), não há exata consonância do princípio da instrumentalidade das formas (porque a forma deve ser concebida como garantia e limite do poder punitivo), e, como se não bastasse, a admissão de poderes instrutórios do juiz remete à uma matriz inquisitorial¹⁵, passível de prejudicar a isenção a que dele se espera em virtude do *egocentric biases*, pautada na tendência do indivíduo a superestimar suas habilidades, bem como suas contribuições em grupo¹⁶, o que possivelmente o conduziria a conferir maior valor ao material probatório que ele próprio coletou.

Em todo caso, apesar de mais limitada, a interpretação judicial em sede processual penal é uma medida possível, sobretudo como forma de afastar-se da aplicação acrítica da lei. E, nesta empreitada interpretativa, cabe lembrar, não estará o juiz isento de falibilidade, uma vez que será defrontado com elementos não jurídicos. Afinal, se a sentença, como ensina Calamandrei, deriva do sentir¹⁷ (o que é criticado por Streck, quem denomina isso de solipsismo¹⁸), não se pode perder de vista que, para além de fatores legais, os extralegais ou extrajurídicos também entrarão em cena.

3. A INCIDÊNCIA DE FATORES EXTRALEGAIS OU EXTRAJURÍDICOS (META-REGRAS) NA DECISÃO JUDICIAL

De acordo com Sack, pertencente à Criminologia Interacionista alemã, mas em teoria aproximada à Criminologia Radical ou Crítica, ao lado das *regras*, o juiz depara-se com as chamadas *meta-regras*, ambas guias da atividade judicante¹⁹. As regras, como bem se depreende, são as normas legais, constitucionais ou supranacionais, podendo englobar a jurisprudência e os precedentes judiciais. Já as meta-regras são mecanismos psíquicos de índole emocional, formados por pré-conceitos

¹⁴ A propósito: "l'azione penale si pone, nei confronti dell'organo giurisdizionale, come diritto soggettivo (pubblico); e nei confronti dell'imputato come diritto potestativo". Cf. G. LEONE, *Dottrine generali, v. I de Trattato di diritto processuale penale*, E. Jovene, Napoli, 1961, p. 134.

¹⁵ De acordo com Carnelutti, "[...] la investigación y la valoración de las pruebas [...] es malo que estén juntas, por exigir la búsqueda un extremo interés y la valoración, en cambio, un extremo desinterés; quien busca se siente instintivamente llevado a sobrevalorar lo que es, después de todo, obra suya". Cf. F. CARNELUTTI, *Derecho y proceso*, v. I, Trad. Santiago Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, p. 109.

¹⁶ Sobre o tema, vide M. ROSS; F. SICOLY, "Egocentric biases in availability and attribution", *Journal of Personality and Social Psychology*, nº. 37, mar. 1979, p. 322-336.

¹⁷ P. CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 124.

¹⁸ L. L. STRECK, *O que é isto - decido conforme a minha consciência?*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

¹⁹ F. SACK, "Neue perspektiven in der kriminologie", F. SACK; R. KÖNIG, *Kriminalsoziologie*, Akademische Verlagsgesellschaft, Frankfurt a. M., 1968, p. 469.

(estereótipos²⁰) ou preconceitos, idiosincrasias e ideologias, sendo seguidas inconscientemente ou conscientemente pelo julgador²¹.

Em linha semelhante, Muñoz Sabaté aduz que há dois grandes grupos que impactam nas decisões judiciais: os legais, constituídos tanto pelas normas legais, quanto pela jurisprudência e o procedimento; e, os extralegais²², os quais, na esteira de Soria Verde e Sáiz Roca, relacionam-se à interpretação pessoal e profissional da norma pelo juiz²³, podendo abranger “[...] los fenómenos colectivos y el termómetro social que en ese momento se suscitan, la presión social, las políticas públicas [...]”²⁴, etc. Em síntese, são, portanto, o contexto, a personalidade e as características do juiz os componentes extralegais ou extrajurídicos mais relevantes²⁵, razão pela qual serão explanados abaixo.

No que tange ao contexto, fator de viés externo ao juiz, dois âmbitos devem ser considerados: o judicial e o social. Na esfera judicial, observa-se que os atores do processo de criminalização secundária desempenham “[...] diversas actividades y en diferentes momentos, siendo que mediante sesgos o influjos pueden aprobar o desechar evidencia que pudo ser de relevancia para otro personaje en otro momento en el proceso”²⁶. Já quanto ao cenário social, há de se considerar o impacto de diversos fatores sobre o magistrado, principalmente a atuação dos *mass media*²⁷

²⁰ Segundo Chapman, a linha divisória entre ser ou não um criminoso é apenas a sentença condenatória, pois muitos indivíduos que cometeram crimes iguais ou, inclusive, mais lesivos, sequer são alcançados pelo sistema penal por não se enquadrar no estereótipo de delinquente que, como exemplifica, comumente associa a ideia de ladrão àquele que subtrai bens de pouca monta. Costa Andrade e Figueiredo Dias comentam, com base nos estudos de Opp, que os estereótipos exercem grande influência na aplicação da pena, pois os juízes tendem a reputar os criminosos advindos de estratos econômicos mais baixos como os mais perigosos e propensos à reincidência. Vide respectivamente, D. CHAPMAN, *Sociology and the stereotype of criminal*, Routledge, London, 2001. M. COSTA ANDRADE; J. FIGUEIREDO DIAS, *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 551-552.

²¹ A. BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*, 3ª. ed., Revan, Rio de Janeiro, 2002, p. 105-106.

²² L. MUÑOZ SABATÉ; R. BAYÉS; F. MUNNÉ, *Introducción a la psicología jurídica*, Trillas, México, 2008, p. 63.

²³ M. A. SORIA VERDE; M. D. SÁIZ ROCA, *Psicología criminal*, Pearson, Madrid, 2006, p. 190.

²⁴ P. I. DE LA ROSA RODRÍGUEZ; V. D. SANDOVAL NAVARRO, “Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. XXXVII, nº. 102, ene. jun. 2016, p. 151.

²⁵ SORIA VERDE; SÁIZ ROCA, op. cit., p. 190.

²⁶ DE LA ROSA RODRÍGUEZ; SANDOVAL NAVARRO, op. cit., p. 151.

²⁷ Sobre este tema, vide, por exemplo: D. DE SOUZA DE ALMEIDA; L. F. GOMES, *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*, Saraiva, São Paulo, 2013, passim.

(realidade identificada em pesquisas empíricas²⁸) e das redes sociais, as quais, em casos de grande repercussão²⁹, costumam exercer pressão a fim de obter uma decisão judicial que reputam adequada.

Tal pressão, a propósito, opera como uma forma de controle social sobre o indivíduo, como explica a Teoria da Espiral do Silêncio, de Noelle-Neumann³⁰. Segundo esta teoria, ante um cenário em que uma opinião parece dominante, o indivíduo que possui uma opinião contrária, tende a silenciar ou, num processo de imitação, ajustar-se à visão majoritária, diante do medo de sofrer rejeição social e consequente isolamento. Essa dinâmica, todavia, é potencialmente prejudicial para o jogo democrático, sobretudo na esfera processual penal, onde se lida com caros direitos fundamentais³¹. Salutar, portanto, que o indivíduo vença o medo e manifeste a sua opinião, ainda que supostamente minoritária, pois isso estimulará a que outras pessoas que comungam de mesma visão também resolvam externá-la, possibilitando, assim, que ela possa algum dia vir a tornar-se majoritária³².

Baum, ao tratar da incidência de fatores extralegais, cita ainda a influência da comunidade jurídica sobre o juiz³³, o que, se conjugado com a Teoria da Espiral do Silêncio, poderia explicar suposta tendência à adoção de posição majoritária no *decisium* como efeito da “prática de imitação” (uma vez que o juiz não pode silenciar, ou seja, eximir-se de julgar), decorrente, por sua vez, do medo de eventual rejeição pelos pares, já que esta é potencializada no seguimento de uma posição minoritária.

Prosseguindo na abordagem dos componentes extralegais ou extrajurídicos mais relevantes no ato de julgar, aponta-se a influência do aspecto interno, representados pela personalidade e características do juiz. A personalidade e as características do juiz abrigam, em linhas

²⁸ Conforme a Revisão de Estudo do Impacto da Mídia Sobre o Sistema Penal, da Albrecht Institute de Washington DC, de 1995, 25% dos magistrados de 10 estados norteamericanos reconheceram haver uma influência midiática decisiva em sua primeira aproximação a um fato criminal. Na Inglaterra, o Morton Superior Institute constatou que 32% dos juízes da área criminal de Londres e Liverpool consideravam prejudicial o impacto midiático no seu trabalho. Inobstante, o Instituto de Sociologia Legal Circa di Bologna, em 1998, observou que 43% dos juízes do norte da Itália admitiram a incidência negativa dos *mass media* em sua atividade, enquanto que o Departamento de Investigações Sociais da Universitát di Salerno apontou, em 1999, que 40% dos juízes detectavam a influência midiática perturbadora em seu labor.

²⁹ DE LA ROSA RODRÍGUEZ; SANDOVAL NAVARRO, op. cit., p. 151-152.

³⁰ Para mais detalhes, vide E. NOELLE-NEUMANN, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1995.

³¹ Para tanto, vide D. DE SOUZA DE ALMEIDA, *Opinión pública, prensa y política criminal en España: un análisis sobre la posible influencia del populismo penal mediático en la aprobación de la prisión permanente revisable*, Tesis Doctoral, Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, Espanha, 2019, 638 p.

³² Ibid., passim.

³³ Quanto a esta observação, ver L. BAUM, *The Supreme Court*, 2ª ed., Congressional Quarterly Inc. Beckwith, Washington D.C., 1985, p. 65 *apud* L. S. WRIGHTSMAN, “Judicial decision making: is psychology relevant?”, Kuwer Academic, New York, 1999.

gerais, as experiências, os pensamentos, os valores, e, ainda, os sistemas de ações e de crenças do magistrado³⁴, ou seja, peças incorporadas nas *meta-regras*³⁵.

Essas *meta-regras*, a propósito, estão relacionadas aos vieses ou pré-juízos cognitivos, mais especificamente ao “sesgo de confirmación³⁶”, manifestado pela tendência do indivíduo a buscar, interpretar ou lembrar informações que confirmem suas ideias preconcebidas, enquanto prescinde daquelas que rechaça³⁷. Estes “sesgos cognitivos” possuem, a sua vez, conexão com a Teoria da Dissonância Cognitiva³⁸, a qual indica que tanto as atitudes quanto os conhecimentos, bem como os princípios encerrados no e pelo indivíduo, definem a coerência interna deste. Esta coerência interna, quando defrontada por uma mensagem em sentido contrário, cederá espaço à dissonância cognitiva, oportunidade em que restará indivíduo, a fim de restabelecer sua harmonia interna, rejeitar ou interpretar o conteúdo dessa mensagem de acordo com as suas opiniões³⁹. Como a dissonância cognitiva possui vários graus, tem-se que uma dissonância pouco relevante conduzirá a uma baixa pressão para equilibrar seus efeitos, ao passo que uma realmente intensa, desencadeará uma forte pressão, exceto, neste último caso, se a dissonância provier de uma fonte que representa autoridade ou oferece (grande) recompensa ao indivíduo, haja vista que é possível racionalizar⁴⁰. Desse modo, embora seja impossível evitar por completo a dissonância, é factível reduzi-la ou, até mesmo, convertê-la a um estado mínimo⁴¹, seja pela eliminação da incoerência, seja pela importância dada ao tema⁴².

Do exposto, extrai-se que as *meta-regras*, enquanto fatores extralegais ou extrajurídicos, compõem, de um modo ou outro, a complexidade do ato de decidir, motivo pela qual se faz mister que os juízes recorram a um processo de metacognição para conscientizarem-se quando da ativação desses vieses e, assim, consigam controlá-los.

³⁴ DE LA ROSA RODRÍGUEZ; SANDOVAL NAVARRO, op. cit., p. 151-152. M. A. SORIA VERDE; M. D. SÁIZ ROCA, *Psicología criminal*, Pearson, Madrid, 2006, p. 192.

³⁵ L. ANIYAR DE CASTRO, *Criminología da reação social*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 83.

³⁶ A. MUÑOZ ARANGUREN, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *InDret*, Barcelona, abr. 2011. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/820_es.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

³⁷ Sobre este processo cognitivo, vide: D. G. MYERS, *Psicología*, 7ª ed., Médica Panamericana, Madrid, 2005, p. 388. C. G. MORRIS; A. MAISTO, *Introducción a la psicología*, 10 ed, Prentice Hall, México, 2001. p. 264 e 470. MUÑOZ ARANGUREN, op. cit.

³⁸ A teoria foi desenvolvida por L. FESTINGER, *A theory of cognitive dissonance*, Stanford University Press, Stanford, 1962.

³⁹ A respeito, ver A. A. BERGER, *Media and society: a critical perspective*, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2012.

⁴⁰ F. J. TIRADO SERRANO, “Presentación”, em T. IBÁÑEZ GRACIA (coord.), *Introducción a la psicología social*, Barcelona, Editorial UOC, 2004, p. 33. S. P. ROBBINS, *Comportamiento organizacional*, 10 ed., Prentice Hall, México, 2003.

⁴¹ Para mais detalhes, vide ROBBINS, op. cit., passim.

⁴² TIRADO SERRANO, op. cit., p. 33.

4. AS META-REGRAS ENQUANTO FATORES EXTRALEGAIS OU EXTRAJURÍDICOS NO PROCESSO PENAL

O impacto das *meta-regras*, enquanto fatores extrajurídicos ou extralegais, nas decisões judiciais penais é um tema de grande inquietude não só para a literatura processual penal, mas também para a literatura criminológica, haja vista que a decisão judicial penal, de acordo com a Teoria da Reação Social, compõe um dos âmbitos do processo de criminalização secundária, necessitando, consoante princípios reitores de direito processual penal, ser proferida por um juiz natural, imparcial e independente.

Considerando que o juiz-homem é um *ser-no-mundo*, não é difícil aferir que está sujeito aos influxos de seu entorno social, os quais passarão, em maior ou menor medida, a formar as suas *meta-regras*. Nessas circunstâncias, não pareceria realista descartar o escoamento de elementos não jurídicos decorrentes de processos (in)conscientes nas decisões judiciais penais⁴³, pois do contrário, como se explicaria situações em que a atividade interpretativa toma uma via tão estrita, de modo a afastar a incidência de determinada norma num caso concreto e, em outras, uma tão ampla a ponto de alcançar episódios que não deveriam ser objeto de criminalização secundária? Em outras palavras: como se explicaria situações em que um bem jurídico deixa de ser tutelado por uma interpretação bastante restritiva da norma, ou em que é protegido para além do exigido por um alargamento interpretativo? Seriam tais situações frutos diretos das *meta-regras* ou tão somente manifestações do perfilhamento do agente a uma linha ou outra de interpretação normativa?

Cabe refletir, num primeiro momento, que a resposta poderia residir não propriamente no sistema de *meta-regras*, mas sim no modelo interpretativo adotado pelo juiz, isto é, um modelo de interpretação juspaleopositivista ou mais acrítico da norma (em que prepondera a legalidade estrita) ou, então, em um mais permeado pelo ativismo judicial. Porém, não haveria como rejeitar, de forma segura, que inclusive a escolha por um modelo ou outro de interpretação não sofra, de algum modo, influência das *meta-regras*...

As *meta-regras*, enquanto fatores extralegais ou extrajurídicos, estão presentes na empreitada interpretativa, a qual, como cediço, é inerente ao julgar. Em questões polêmicas, que soem ao processo penal, elas tendem a ganhar espaço, permeando uma conclusão que antecederá a justificação, o que desvela uma dinâmica em que primeiro se decide para, posteriormente, recorrer-se às fontes do Direito em busca de fundamentos que amparem a decisão. Este roteiro, vale lembrar, já havia sido indicado por Calamandrei, conforme exposto abaixo:

Aun cuando continuamente se repita que la sentencia se puede esquemáticamente reducir a un silogismo en el cual, de premisas dadas, el juez saca, por la sola virtud de la lógica, la conclusión,

⁴³ Sobre a influência dos processos inconscientes na atividade judicante, vide S. VERDUNS-JONES, "The jurisprudence of Jerome N. Frank: a study in american legal realism", 7 *Sidney L. Review*, nº. 180, 1973-1976, p. 184.

ocorre a veces que el juez, al hacer la sentencia, invierte el orden natural del silogismo: esto es, primero encuentra la parte dispositiva y después las premisas que sirven para justificarlo⁴⁴.

Todavía, resalta o mestre italiano, isso não significa que o dispositivo da decisão seja obtido às cegas e que os fundamentos exarados pretendam aparentar ser resultado de um raciocínio rigoroso, como se visasse dolosamente ocultar um resultado do arbítrio; significa, em verdade, que na atividade judicante, a intuição e o sentimento possuem uma participação muito mais relevante do que se imagina, até porque a “[...] sentencia deriva de sentir⁴⁵”. Neste contexto, aclara que “que muy a menudo la motivación oficial es una pantalla dialéctica para ocultar los verdaderos móviles, de carácter sentimental o político, que han llevado al juez a juzgar cómo lo ha hecho⁴⁶”.

No entanto, não se pode olvidar que a problemática das *meta-regras* ultrapassa a proposição do “primeiro se decide, para só depois se lançar mão das fontes do Direito”. Há casos em que o intérprete-juiz atravessa as margens do razoável, utilizando, na fundamentação da decisão judicial, citações de frases ou opiniões de celebridades que nada têm a ver com as fontes do Direito, e que tampouco contribuem para o avanço do campo jurídico. Ainda que seja reservado ao intérprete-juiz considerar, por exemplo, que “direitos humanos é para quem sabe o que isso significa⁴⁷”, é necessário que dito argumento encontre respaldo numa fonte do Direito, soando, *data maxima venia*, teratológico fundá-lo em elementos alheios ao campo jurídico ou científico. E tal observação, impõe registrar, não visa de modo algum desmerecer a profissão, nem o exercício da liberdade de expressão de quem não possui formação jurídica, mas sim afirmar que o que não é fonte de Direito não deveria servir de fundamentação de *decisium*.

5. AS META-REGRAS ANTE A NEUTRALIDADE E A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Se o Direito não é neutro, não seria difícil pressupor que inexistente a figura do juiz neutro. Afinal, este, enquanto ser humano, inserto no meio social, inevitavelmente absorverá algumas demandas do seu entorno, as quais formarão suas *meta-regras* que, a sua vez, poderão interferir, em algum grau, em sua atividade jurisdicional.

Neutralidade não é senão um mito. O mito de uma asepsia. Ou, como supunha Marin, uma utopia⁴⁸. Uma utopia que visa representar uma inalcançável e extremada racionalidade. Zaffaroni, por exemplo, entende não ser possível a figura do juiz neutro, posto não haver neutralidade ideológica. Como explica, tal neutralidade só está presente como apatia, irracionalismo ou decadência de pensamento, características questionáveis

⁴⁴ CALAMANDREI, op. cit., p. 124.

⁴⁵ Ibid., p. 124.

⁴⁶ Ibid., p. 120.

⁴⁷ Esta lamentável frase estava inserida em uma decisão judicial penal no Brasil, a qual baseou-se na declaração de uma atriz à uma revista de variedades.

⁴⁸ L. MARIN, *Utopiques: jeux despaces*, Les Editions de Minuit, Paris, 1973, p. 38 e ss.

frente à responsabilidade de um juiz, visto que este integra o sistema de autoridade do Estado e, neste sentido, de decisão política, cuja base deve ser os Direitos Humanos e, mais especificamente, a dignidade humana⁴⁹.

Logo, em se tratando a neutralidade de uma quimera, há de se falar, então, da exigência da imparcialidade e, portanto, da independência dos magistrados, princípios que, na ótica de Gómez Martínez, são valores transcendentais por personificarem o Poder Judicial no juiz⁵⁰.

Prevista na Declaração Europeia de Direitos Humanos (artigo 6º), na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 47), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo X), no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (item 1 do artigo 14), na Declaração Americana dos Direitos do Homem (artigo XXVI) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica, no artigo 8, I), a imparcialidade reveste-se de garantia do jurisdicionado, sendo encontrada também na Constituição da República Portuguesa (artigos 222 e 266) e na Constituição Española (artigo 24.2), dentre tantos outros exemplos de países europeus.

É cediço que a jurisdição, no processo penal, reveste-se em direito fundamental do cidadão a um julgamento realizado por um juiz natural e imparcial, isto é, um juiz equidistante tanto da acusação quanto da defesa⁵¹, como expressa a fórmula da *terzietà*⁵², própria do modelo acusatório⁵³. Ao representar o desinteresse objetivo da jurisdição⁵⁴, a imparcialidade denota-se como âmago da prestação jurisdicional⁵⁵,

⁴⁹ E. R. ZAFFARONI, *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, RT, São Paulo, 1995, p. 92.

⁵⁰ C. GÓMEZ MARTÍNEZ, "El juez ante el caos judicial: hermes o el dios de las pequeñas cosas", em *Ética judicial: reflexiones desde jueces para la democracia*, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009, p. 110.

⁵¹ J. MOURAZ LOPES, *A Tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 66 e ss. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 5ª. ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 567.

⁵² FERRAJOLI, op. cit., p. 580-612. P. TONINI; C. CONTI, *Il diritto delle prova penale*, Giuffré Editore, Milano, 2012, p. 25.

⁵³ J. FIGUEIREDO DIAS; M. J. ANTUNES, "La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, nº. 4, Octobre-Décembre 1990, pp. 733-741. P. S. MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2013, Capítulo 1, subcapítulo 5.

⁵⁴ J. MONTERO AROCA, "La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", em E. F. MAC-GREGOR; A. Z. LELO DE LARRIA, (coord.), *La ciencia del derecho penal y procesal penal. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 794. Esse terceiro deve, portanto, ser imparcial, consistindo numa figura "supra partes". Cf. J. MONTERO AROCA, "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", *Seminario Justicia y Sociedad*, México, 1994, p. 537.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 795.

conferindo-lhe limite e validade⁵⁶ e, neste tanto, legitimidade à decisão judicial⁵⁷. Em razão disso, não é incomum que a imparcialidade seja, por muitos juristas, como Aragonese Alonso⁵⁸ e Esparza Leibar⁵⁹, considerada o princípio supremo do processo, aproximando-se da premissa de Rawls de imparcialidade como princípio de justiça⁶⁰. Há, ademais, quem a considere um princípio inerente ao *due process of law*, destacando sua função de evitar arbitrariedades decorrentes de critérios pessoais por parte do juiz⁶¹, bem como a contaminação subjetiva deste, a qual reside em um juízo antecipado acerca da culpa ou da inocência do acusado⁶².

Todavia, a problemática da contaminação subjetiva é controversa sob as lentes da jurisprudência. No caso *Saint-Marie v França*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) entendeu que os atos instrutórios praticados pelo julgador não foram suficientes para macular a exigida parcialidade, apresentando lógica semelhante no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*⁶³, quando considerou inexistir mácula à imparcialidade pelo juiz processante que atuara no julgamento de pedidos de natureza cautelar na fase investigatória. Neste sentido argumentativo, também posicionou-se nos casos *Fey vs. Áustria*⁶⁴ e *Padovani vs Itália*⁶⁵, o que soa curioso quando se pondera que a imparcialidade é, ao fim e ao cabo, um estado mental⁶⁶. De qualquer sorte, ao debruçar-se sobre o tema no caso *Piersack vs. Bélgica*⁶⁷, o TEDH avaliou que a imparcialidade comporta duas perspectivas, quais sejam: a subjetiva, referente à presunção *iuris tantum*

⁵⁶ Vide, por exemplo, teor da sentença (STS) 721/2015 do Tribunal Supremo espanhol. Cf. PODER JUDICIAL ESPAÑA, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Madrid, 2016. Disponível em:

<[http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TSPenal%2010.03.16%20\(917-15\).pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TSPenal%2010.03.16%20(917-15).pdf)>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁵⁷ C. GALÁN GONZÁLEZ, "Apuntes sobre el derecho al juez imparcial", *Revista Jurídica*, nº. 10, Universidad Autónoma de Madrid, 2004, p. 198.

⁵⁸ P. ARAGONESES ALONSO, *Proceso y derecho procesal*, Edersa, Madrid, 1997, p. 127.

⁵⁹ I. ESPARZA LEIBAR, *El principio del proceso debido*, José María Bosch, Barcelona, 1995, p. 215.

⁶⁰ J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 97.

⁶¹ "La imparcialidad consiste en poner en paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador". Cf. W. GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 97.

⁶² C. GALÁN GONZÁLEZ, *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 187.

⁶³ Sentença *Hauschildt vs Dinamarca*, de 24 de maio de 1989, parágrafo 47.

⁶⁴ Sentença *Fey vs Áustria*, de 24 de fevereiro de 1993, parágrafo 28.

⁶⁵ Sentença *Padovani vs Itália*, de 26 de fevereiro de 1993, parágrafo 27.

⁶⁶ E. T. KASPER, *Impartial justice: the real Supreme Court cases that define the constitutional right to a neutral and detached decisionmaker*, Lexington Books, New York, 2013, p. 12.

⁶⁷ Neste julgado, de 1 de outubro de 1982, foi reconhecida a perda da imparcialidade do juiz que, antes de julgar o processo, havia atuado na investigação do caso como membro do Ministério Público.

(relativa⁶⁸) de convicção pessoal do julgador frente a um determinado caso, que traduz a ausência de ânimo contrário em face do acusado ou de alguma predisposição à condená-lo; e a objetiva, subsistente em garantias que possibilitem afastar quaisquer dúvidas quanto à posição imparcial do juiz processante⁶⁹. Noutras palavras, o prisma subjetivo preocupa-se com que o juiz “seja” efetivamente imparcial, ao passo que o objetivo, com que “pareça ser” imparcial. Neste caminho, a observância ao princípio da imparcialidade perquire primeiramente a verificação concreta⁷⁰ da dimensão subjetiva, para, conseqüentemente, apurar-se a objetiva⁷¹, cuja função de *aparência de imparcialidade*, é responsável por assegurar a confiança da sociedade na função jurisdicional, conforme atestado no caso *Cubber vs Bélgica*⁷², e ratificado nos casos *Langborger vs Suécia*⁷³, *Driza vs Albânia*⁷⁴ e *Pullar vs Reino Unido*⁷⁵. Isso significa, segundo formulação no caso *R vs. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, que “justice must not only be done; it must also seem to be done”. A confiança e o respeito na magistratura são, como afirma o Conselho Consultivo de Juízes Europeus, garantias de eficácia do sistema judicial,

⁶⁸ A ausência de prova em sentido contrário leva à presunção de atendimento da imparcialidade subjetiva, de acordo com os casos *Langborger vs Suécia* (de 22 de junho de 1989, parágrafo 35), *Hauschildt vs. Dinamarca* (de 24 de maio de 1989, parágrafo 47) e *Le Compte, Van Leuven y De Meyere vs Bélgica* (de 23 de junho de 1981, parágrafo 58).

⁶⁹ Neste sentido, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) português de 13 de setembro de 2006, proferido no Recurso 3065/06, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 27 de janeiro de 2007. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>. Acesso em 7 nov. 2020. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/>>. Acesso em 7 nov. 2020. J. GARCÍA ROCA; M. V. ZAPATERO, “The right to an independent and impartial tribunal (art. 6.1 ECHR): a specific minimum standards guarantee rather than a rule of justice”, em J. GARCÍA ROCA; P. SANTOLAYA (ed.), *Europe of Rights: a compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, p. 230-231.

⁷⁰ Essa difícil verificação é abordada em *Olujić vs Croácia* (de 5 de maio de 2009, parágrafo 60). Contudo, cabe lembrar que a violação à imparcialidade subjetiva já foi reconhecida nos casos *Kyprianou vs Chipre* (de 15 de dezembro de 2005, parágrafo 130 e ss) e *Svetlana Naumenko vs. Ucrânia* (de 30 de março de 2005, parágrafo 97).

⁷¹ Consoante o Tribunal Constitucional Português, “é incontestável que a imparcialidade dos juízes é um princípio constitucional, quer se conceba como uma dimensão da independência dos tribunais (artigo 203.º da CRP), quer como elemento da garantia do processo equitativo (n.º 4 do artigo 20.º da CRP). Importa que o juiz que julga o faça com isenção e imparcialidade e, bem assim, que o seu julgamento, ou o julgamento para que contribui, surja aos olhos do público como um julgamento objetivo e imparcial. E também é certo que a intervenção decisória sucessiva do mesmo juiz integra o universo das hipóteses abstratamente suscetíveis de lesar esse princípio e, por isso, de configurar um impedimento objetivo”.

⁷² Este caso, de 26 de outubro de 1984, tratou da proibição de um juiz-instrutor para julgar o mesmo fato que havia anteriormente investigado.

⁷³ Caso *Langborger vs Suécia*, de 22 de junho de 1989, parágrafo 32.

⁷⁴ Caso *Driza vs Albânia*, de 2 de junho de 2008, parágrafo 76.

⁷⁵ Caso *Pullar vs Reino Unido*, de 10 de Junho de 1996, parágrafo 40.

cristalizando-se a postura do juiz como fator de credibilidade à justiça⁷⁶. Neste diapasão, recomenda o órgão que os juízes procurem não apenas ter, mas aparentar um comportamento imparcial, distanciando-se de atividades políticas que possam comprometer tal imagem, bem como de vieses ou relações que interfiram em sua atividade judicante⁷⁷. Todavia, sugere, ante a percepção de que o juiz integra um contexto social e de que não deve tornar-se alheio à realidade social, que ele busque um equilíbrio razoável, que não afete sua aparência de imparcialidade a olhos mais informados, prudentes ou sensatos⁷⁸.

Neste compasso, importante assinalar que a imparcialidade não se confunde com a independência, mas com ela se correlaciona, uma vez que tem nesta uma das condições necessárias para a sua existência⁷⁹. A independência exige que o julgador não se submeta a influências externas ao processo, de modo a ter liberdade de proferir, dentro dos limites jurídico-legais, decisões que possam mostrar-se impopulares tanto aos olhos de membros ou órgãos que integram o mesmo poder (subpoder de independência interna) quanto aos de outras instituições públicas e setores da sociedade civil (subpoder de independência externa)⁸⁰. Portanto, diferentemente da imparcialidade, que se centra na problemática dos julgamentos⁸¹, a independência dirige seu foco ao juiz e ao poder a que ele integra, manifestando a “independência do juiz” e a “independência da magistratura”⁸².

Nestes termos, a imparcialidade e a independência traduzem a confiabilidade não só no Direito, mas também no Poder Judiciário perante

⁷⁶ CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE), “Opinion of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the committee of ministers of the council of Europe on the principles and rules governing judges’ professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality”, em *Council of Europe*, Estrasburgo, 19 nov. 2002. Disponível em: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspRef=CCJE\(2002\)OP3&Language=lanSpanish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3#P87_9586](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspRef=CCJE(2002)OP3&Language=lanSpanish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3#P87_9586)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁷⁷ CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE), op. cit., parágrafo 50, item III e ss.

⁷⁸ Ibid., parágrafos 27 e 28.

⁷⁹ A respeito, conferir os comentários de J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 665. De todo modo, há na literatura especializada quem considere a imparcialidade uma dimensão do princípio da independência, como J. C. MENDES, “Nótula sobre o artigo 208.º da Constituição. Independência dos juízes”, em J. MIRANDA (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, v. III, Petrony, Lisboa, 1978, p. 660.

⁸⁰ Sobre esta classificação binária, vide M. REVENGA SÁNCHEZ, “Función jurisdiccional y control político. ¿Hacia una responsabilidad política del juez?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, nº. 20, mayo-ago, 1990, pp. 117-142, p. 125. FERRAJOLI, op. cit., 2001, p. 584. C. A. PICADO VARGAS, “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”, *Revista de Iudex*, nº. 2, ago. 2014, p. 45.

⁸¹ N. J. GIACOMOLLI, *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*, Atlas, São Paulo, 2014, p. 233.

⁸² E. R. ZAFFARONI, *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 103.

a sociedade, legitimando a decisão judicial e atribuindo-lhe validade⁸³. Tais diretivas, aliás, podem ser verificadas na fundamentação do *decisium*, a qual é uma garantia constitucional de cunho endo e exprocessual⁸⁴, servindo de controle da atuação do juiz.

6. ALTERNATIVAS PARA TORNAR EFETIVA A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE ANTE A ILUSÓRIA CONDIÇÃO DE NEUTRALIDADE

Neste enredo em que regras contracenam com *meta-regras* no processo penal, como exigir um desempenho imparcial daquele que, “[...] pelo mero fato de sua condição humana, seja sempre ‘parcial’⁸⁵”? Ou, reformulando o questionamento de forma mais direta, como impedir que as *meta-regras* roubem a cena no ato de julgar?

Em âmbito doutrinário, há críticas ao solipsismo judicial, sob o argumento de que, numa democracia, os juízes devem elaborar suas decisões com base no Direito, e não em sua consciência individual, haja vista sua responsabilidade política⁸⁶. Com efeito, à luz da diretiva de Dworkin, a atividade interpretativa é necessária para a atribuição de sentido, mas deve atentar para não desbordar para a arbitrariedade, pois o sentido deve observar ao Direito (a fim de mantê-lo coerente e íntegro), e não à (livre) vontade do intérprete⁸⁷. E tal construção, convém meditar, evidencia ajuste à lógica da seara penal, porém corre o risco de pender para uma aplicação acrítica do texto legal (por vezes fragmentado, insuficiente ou contraditório), descolada dos processos sociais atuais (o que afetaria a análise do princípio da insignificância e do princípio da adequação social, por exemplo).

De outro lado, atento ao contexto social, está o ativismo judicial, associado à uma maior liberdade interpretativa, em nome de uma tutela mais eficiente dos direitos fundamentais. Recordar-se que a noção de sentido como fruto da livre vontade do intérprete, adveio de Hart, o qual,

⁸³ Como declarou o Tribunal Constitucional espanhol, na sentença STS 721/2015, de 22 de outubro de 2015, “sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”. Cf. PODER JUDICIAL ESPAÑA, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Madrid, 2016. Disponível em:

<[http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TSPenal%2010.03.16%20\(917-15\).pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TSPenal%2010.03.16%20(917-15).pdf)>. Acesso em: 30 out. 2019. Mesmo entendimento é comungado por E. R. ZAFFARONI, *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, RT, São Paulo, 1995, p. 86-91.

⁸⁴ Conforme lição de Taruffo, traduzida livremente para este artigo, “os destinatários da motivação não são somente as partes, os seus advogados e o juízo de segunda instância, mas também a opinião pública compreendida seja em seu conjunto, seja como *quisque de populo*. A conotação política desta mudança de perspectiva é evidente: a ótica ‘privada’ do controle exercido pelas partes e a ótica ‘burocrática’ do controle feito pelo juízo superior são integradas na ótica ‘democrática’ do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença vem pronunciada”. Cf. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova, 1975, p. 407.

⁸⁵ E. R. ZAFFARONI, *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, RT, São Paulo, 1995, p. 92.

⁸⁶ STRECK, op. cit., passim.

⁸⁷ R. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 109.

partindo do pressuposto de que a linguagem jurídica é vaga de sentido, admite que, em *casos difíceis*, quando é possível mais de uma resposta legítima, o magistrado possa eleger discricionariamente entre as disponíveis, ou, até mesmo, criar uma, com suporte em sua consciência⁸⁸. Contudo, a criação de uma resposta fundada eminentemente na consciência demonstra dissonância com os preceitos de legalidade do direito processual penal vigente, embora se possa refletir sobre sua eventual admissibilidade em circunstâncias *pro reo*.

Sopesado os vieses, infere-se, pois, que a decisão judicial na esfera penal não deve ser fruto nem de um ativismo judicial exacerbado, nem de uma aplicação acrítica ou juspaleopositivista da lei, visto que ambos os modelos não conseguem prover a adequada salvaguarda dos valores constitucionais. É, necessário, portanto, encontrar um justo meio.

Como já ensinava Calamandrei, embora uma sentença seja representada “[...] como el producto de un puro juego lógico, fríamente realizado sobre conceptos abstractos, ligados por una inexorable concatenación de premisas y consecuencias⁸⁹”, ela contempla elementos extralegais ou extrajurídicos, como refere:

[...] en realidad, sobre el tablero del juez, los peones son los hombres vivos que irradian una invisible fuerza pragmática que encuentra resonancias o repulsiones ilógicas pero humanas en los sentimientos del juzgador. ¿Cómo se puede considerar fiel una motivación que no reproduzca los subterráneos meandros de esas corrientes sentimentales, a cuyo influjo mágico, ningún juez, ni el más severo, puede sustraerse?⁹⁰

Neste cenário, diante do conhecimento técnico-jurídico que detém e, ainda, consciente do seu papel social, poderá e deverá o julgador, num processo de metacognição, filtrar (posto ser impossível eliminar) a interferência das *meta-regras*, avistando, ademais, na manutenção da coerência e da integridade do Direito, uma recompensa que o afaste de eventual pressão gerada pela dissonância cognitiva quanto ao processo criminal sob sua análise.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a jurisdição penal consiste no direito fundamental do cidadão a um julgamento realizado por um juiz natural e imparcial (e, nesta linha, independente), verifica-se que a garantia da imparcialidade deve representar o desinteresse objetivo da jurisdição, oferecendo validade e legitimidade à decisão judicial, de modo a assegurar a confiança da sociedade na função jurisdicional. Inobstante, se o juiz é um ser humano inserto no mundo, é claro que terá seus pré-juízos ou preconceitos, assim como idiosincrasias e ideologias, o que o afasta da ideia de neutralidade. E ambas as premissas, sublinha-se, não raramente conduzem à indagação

⁸⁸ J. M. ARONSO LINHARES, *O binómio casos fáceis/difíceis e a categoria de inteligibilidade do sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo*, Coimbra University Press, Coimbra, 2017, p. 46 e ss.

⁸⁹ CALAMANDREI, op. cit., p. 123.

⁹⁰ Ibid., p. 123.

de que, se os processos (in)conscientes do juiz, em seu ofício de interpretar e, neste tanto, de julgar, não retirariam a imparcialidade que dele se espera.

Os processos (in)conscientes, que abarcam as *meta-regras*, são, consoante a literatura criminológica, fatores extralegais ou extrajurídicos presentes na atividade de interpretação da norma, integrando, de um modo ou outro, a complexidade do ato de julgar, sobretudo na esfera penal. E, salvo melhor critério, poderiam explicar, por exemplo, por que a atividade interpretativa, em determinadas situações, percorre uma via tão estrita, de forma a afastar a incidência de determinada norma num caso concreto; e, em outras, uma via mais ampla, a ponto de alcançar episódios que não necessitariam ser objeto de criminalização secundária. Porém, muito embora essas vias possam estar vinculadas ao modelo interpretativo seguido pelo juiz, como a de um maior ativismo judicial ou de juspaleopositivismo, não se pode rejeitar, de forma segura, que a adoção de uma vertente ou outra possa estar influenciada, em alguma escala, pelas *meta-regras*.

O influxo das *meta-regras*, entretanto, em nada retira a legitimidade de uma decisão judicial, salvo se esta descambar para a arbitrariedade, desassociando-se de fundamentos próprios do Direito. Sua atuação enquanto fator extralegal ou extrajurídico vem, portanto, a indicar que a neutralidade do juiz é uma quimera e que, conseqüentemente, a discussão dogmático-jurídica deve concentrar esforços em prol de uma maior efetividade da garantia da imparcialidade, a qual encontra na independência uma *conditio sine qua non* de existência.

Neste contexto, é necessário reconhecer que, ainda que o juiz, ao interpretar uma norma, oriente-se por critérios racionais, consistentes em elementos jurídico-legais, não estará, em certa medida, incólume aos processos (in)conscientes. Sob este prisma, considerando o conhecimento técnico-jurídico que possui, bem como sua consciência quanto ao seu papel social, poderá e deverá o magistrado, num processo de metacognição, filtrar (ante a impossibilidade de eliminar) a interferência das *meta-regras*, vislumbrando na manutenção da coerência e da integridade do Direito, uma recompensa que o afaste de eventual pressão gerada pela dissonância cognitiva referente ao processo criminal sob seu exame.

Neste enredo, propugna-se, então, que a decisão judicial penal não se torne produto de uma aplicação acrítica e, portanto, juspaleopositivista da norma, e evite, igualmente, dirigir-se a um ativismo judicial exacerbado, visto que ambos os modelos, salvo melhor juízo, não conseguem prover a adequada tutela dos valores constitucionais. E neste *script*, importa concluir, seria crucial que o intérprete não conferisse às *meta-regras* o protagonismo, mas a coadjuvância frente às fontes do Direito, permitindo, assim, ao processo penal a representação do seu necessário papel: o de salvaguarda dos direitos fundamentais.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A. MUÑOZ ARANGUREN, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", *InDret*, Barcelona, abr. 2011. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/820_es.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.
- A. BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*, 3ª. ed., Revan, Rio de Janeiro, 2002.
- A. A. BERGER, *Media and society: a critical perspective*, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2012.
- A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, v. I, 5ª ed., Editora Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.
- A. PIMENTEL PEREIRA, "A obra de criação do direito pelo juiz na interpretação das leis. Limites", *Revista da EMERJ*, v. 5, nº. 18, 2002.
- C. A. PICADO VARGAS, "El derecho a ser juzgado por un juez imparcial", *Revista de Iudex*, nº. 2, ago. 2014.
- C. GALÁN GONZÁLEZ, *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- C. GALÁN GONZÁLEZ, "Apuntes sobre el derecho al juez imparcial", *Revista Jurídica*, nº. 10, Universidad Autónoma de Madrid, 2004, pp. 197-208.
- C. GÓMEZ MARTÍNEZ, "El juez ante el caos judicial: hermes o el dios de las pequeñas cosas", em *Ética judicial: reflexiones desde jueces para la democracia*, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009, pp. 110-118.
- C. LOMBROSO, *O homem delinquente*, Ricardo Lenz, Porto Alegre, 2001.
- C. G. MORRIS; A. MAISTO, *Introducción a la psicología*, 10 ed, Prentice Hall, México, 2001.
- D. CHAPMAN, *Sociology and the stereotype of criminal*, Routledge, London, 2001.
- D. DE SOUZA DE ALMEIDA, *Opinión pública, prensa y política criminal en España: un análisis sobre la posible influencia del populismo penal mediático en la aprobación de la prisión permanente revisable*, Tesis Doctoral, Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, Espanha, 2019, 638 p.
- D. DE SOUZA DE ALMEIDA; L. F. GOMES, *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- D. G. MYERS, *Psicología*, 7ª ed., Médica Panamericana, Madrid, 2005.
- E. FERRI, *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*, 2ª ed., Bookseller, Campinas, 1999.
- E. FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, Bosch Editorial, Barcelona, 1933.
- E. NOELLE-NEUMANN, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1995.

- E. R. ZAFFARONI, *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994.
- E. R. ZAFFARONI, *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, RT, São Paulo, 1995.
- E. T. KASPER, *Impartial justice: the real Supreme Court cases that define the constitutional right to a neutral and detached decisionmaker*, Lexington Books, New York, 2013.
- F. CARNELUTTI, *Derecho y proceso*, v. I, Trad. Santiago Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.
- F. LUSO SOARES, *O processo penal como jurisdição voluntária*, Almedina, Coimbra, 1981.
- F. J. TIRADO SERRANO, "Presentación", em T. IBÁÑEZ GRACIA (coord.), *Introducción a la psicología social*, Barcelona, Editorial UOC, 2004.
- F. SACK, "Neue perspektiven in der kriminologie", F. SACK; R. KÖNIG, *Kriminalsoziologie*, Akademische Verlagsgesellschaft, Frankfurt a. M., 1968, pp. 431-475.
- G. LEONE, *Dottrine generali*, v. I de *Trattato di diritto processuale penale*, E. Jovene, Napoli, 1961.
- I. ESPARZA LEIBAR, *El principio del proceso debido*, José María Bosch, Barcelona, 1995.
- I. TAYLOR; P. WALTON; J. YOUNG, *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1990.
- J. C. MENDES, "Nótula sobre o artigo 208.º da Constituição. Independência dos juízes", em J. MIRANDA (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, v. III, Petrony, Lisboa, 1978, pp. 653-660.
- J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral*, Tomo I - Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, São Paulo/Coimbra, 2007.
- J. FIGUEIREDO DIAS; M. J. ANTUNES, "La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, nº. 4, Octobre-Décembre 1990, pp. 733-741.
- J. GARCÍA ROCA; M. V. ZAPATERO, "The right to an independent and impartial tribunal (art. 6.1 ECHR): a specific minimum standards guarantee rather than a rule of justice", em J. GARCÍA ROCA; P. SANTOLAYA (ed.), *Europe of Rights: a compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 219-250.
- J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- J. M. ARONSO LINHARES, *O binómio casos fáceis/difíceis e a categoria de inteligibilidade do sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo*, Coimbra University Press, Coimbra, 2017.

- J. MONTERO AROCA, "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", *Seminario Justicia y Sociedad*, México, 1994, pp. 525-546.
- J. MONTERO AROCA, "La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", em E. F. MAC-GREGOR; A. Z. LELO DE LARRIA,(coord.), *La ciencia del derecho penal y procesal penal. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- J. MONTERO AROCA; M. ONELLS RAMOS; J. L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional: parte general*, J. M. BOSCH EDITOR, Barcelona, 1991.
- J. MOURAZ LOPES, *A Tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- L. ANIYAR DE CASTRO, *Criminologia da reação social*, Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 5ª. ed., Trotta, Madrid, 2001.
- L. FESTINGER, *A theory of cognitive dissonance*, Stanford University Press, Stanford, 1962.
- L. L. STRECK, *O que é isto - decido conforme a minha consciência?*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.
- L. MARIN, *Utopiques: jeux d'espaces*, Les Editions de Minuit, Paris, 1973.
- L. MUÑOZ SABATÉ; R. BAYÉS; F. MUNNÉ, *Introducción a la psicología jurídica*, Trillas, México, 2008.
- L. S. WRIGHTSMAN, "Judicial decision making: is psychology relevant?", Kuwer Academic, New York, 1999.
- M. A. SORIA VERDE; M. D. SAIZ ROCA, *Psicología criminal*, Pearson, Madrid, 2006.
- M. CAPPELLETTI, *Juizes legisladores?*, Porto Alegre: SAFE, Porto Alegre, 1999.
- M. COSTA ANDRADE; J. FIGUEIREDO DIAS, *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- M. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, Editora Vozes, Petrópolis, 1988.
- M. REVENGA SÁNCHEZ, "Función jurisdiccional y control político. ¿Hacia una responsabilidad política del juez?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, nº. 20, mayo-ago, 1990, pp. 117-142.
- M. ROSS; F. SICOLY, "Egocentric biases in availability and attribution", *Journal of Personality and Social Psychology*, nº. 37, mar. 1979.
- M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova, 1975.
- N. J. GIACOMOLLI, *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*, Atlas, São Paulo, 2014.
- P. ARAGONESES ALONSO, *Proceso y derecho procesal*, Edersa, Madrid, 1997.
- P. CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Editorial Reus, Madrid, 2009.

- P. I. DE LA ROSA RODRÍGUEZ; V. D. SANDOVAL NAVARRO, "Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio", *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. XXXVII, nº. 102, ene. jun. 2016, pp. 141-164.
- P. S. MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2013.
- P. TONINI; C. CONTI, *Il diritto delle prova penale*, Giuffré Editore, Milano, 2012.
- R. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- R. GAROFALO, *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*, 1ª ed., Peritas, São Paulo, 1997.
- S. P. ROBBINS, *Comportamiento organizacional*, 10 ed., Prentice Hall, México, 2003.
- S. VERDUNS-JONES, "The jurisprudence of Jerome N. Frank: a study in american legal realism", *7 Sidney L. Review*, nº. 180, 1973-1976.
- W. GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- W. HASSEMER; F. MUÑOZ CONDE, *Introdução à criminologia*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

9. JURISPRUDÊNCIA

- CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE), "Opinion of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the committee of ministers of the council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality", em *Council of Europe*, Estrasburgo, 19 nov. 2002. Disponível em: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspRef=CCJE\(2002\)OP3&Language=lanSpanish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3#P87_9586](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspRef=CCJE(2002)OP3&Language=lanSpanish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3#P87_9586)>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- PODER JUDICIAL ESPAÑA, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Madrid, 2016. Disponível em: <[http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TSPenal%2010.03.16%20\(917-15\).pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TSPenal%2010.03.16%20(917-15).pdf)>. Acesso em: 30 out. 2019.
- PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf>>. Acesso em 7 nov. 2020.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>. Acesso em 7 nov. 2020.