

A IMPARCIALIDADE NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: OS INSTITUTOS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO JUIZ E OS VIESES COGNITIVOS¹

IMPARTIALITY IN BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW: JUDICIAL DISQUALIFICATION AND COGNITIVE BIASES

Giovanna Almeida²

Lucas Orsi Rossi³

Data de Submissão: 05/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente artigo objetiva discutir a aplicação da regra de imparcialidade do julgador, por meio dos institutos de impedimento e suspeição, e os vieses cognitivos a que os juízes são tentados a incorrer no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). Dentro desse escopo, o artigo explora a imparcialidade como elemento indispensável ao devido processo legal e a contesta com cenários em que a interpretação do julgador possa estar enviesada, mesmo em sede de processos objetivos, nos quais não há partes nem interesses subjetivos. Para tanto, procedeu-se a uma consulta doutrinária, legislativa e jurisprudencial, analisando-se conceitos relativos ao tema e como estes se aplicariam a julgados do STF. A partir dessa pesquisa, concluiu-se pela necessidade de reflexão e de observância mais atenta dos institutos de impedimento e suspeição, mesmo em processos objetivos, bem como pela maior transparência em sua aplicação, que não deve se restringir aos processos subjetivos.

Palavras-chave: Devido processo legal. Imparcialidade. Impedimento e suspeição. Vieses cognitivos. Controle abstrato de constitucionalidade.

1 Os autores agradecem ao Professor Cássio Hildebrand pela disponibilidade e pelos comentários, críticas e sugestões a este artigo.

2 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília.

3 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília.

Abstract: This paper aims at discussing the application of judges' impartiality rule through the criteria of judicial disqualification, and the cognitive biases that the judges are tempted to incur in the judicial review at the Brazilian Supreme Court. In order to do so, this article explores impartiality as an imperative requirement of due process of law and contests it with sceneries where judges' interpretation might be biased, even in the Brazilian system of judicial review, which combines features from both abstract and concrete review systems. Therefore, legal literature, legislation and doctrine, as well as concepts and how they are applied in Supreme Court judgments were analysed. Thus, this research deduced the need for a careful consideration over the application of judicial disqualifications rules, even in judicial review, as well as the need for greater transparency in its application, which should not be limited to subjective judicial proceedings.

Keywords: Due process of law. Impartiality. Judicial disqualification. Cognitive biases. Brazilian judicial review.

1. INTRODUÇÃO

O devido processo legal é indispensável ao sistema de justiça, sendo, em última instância, elemento essencial a uma democracia. Não é possível falar em devido processo legal sem se assegurar que, uma vez acionado o Poder Judiciário para a resolução de um conflito, um terceiro investido de jurisdição, competente e imparcial seja responsável por analisá-lo e julgá-lo. Nesse sentido, a imparcialidade do julgador é regra que precisa ser observada em todos os âmbitos de exercício do poder jurisdicional do Estado.

É justamente para tutelar essa garantia que o sistema processual define formas claras e objetivas a serem utilizadas para a garantia de um julgamento imparcial: as regras de impedimento e suspeição. Pela importância e pela função estrutural que exercem, a aplicação dos institutos de impedimento e suspeição deve ser analisada com atenção. A partir disso, questiona-se em específico sua (in)aplicabilidade no âmbito do controle abstrato de normas no Supremo Tribunal Federal (STF).

Em setembro de 2020, essa discussão foi retomada pelo STF, a partir de questão de ordem suscitada em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.362. Na oportunidade, se reafirmou a inaplicabilidade dos institutos de impedimento e suspeição no âmbito de controle abstrato de normas. Isso porque o Plenário da Suprema Corte entende que em tais situações se apreciam processos de cunho meramente objetivo, isto é, sem partes e sem interesses. Por isso, em reflexão superficial e pouco individualizada, os Ministros compreendem que os institutos aqui estudados devem ter sua aplicação restrita ao plano dos processos subjetivos, nos quais se discutem situações individuais e interesses concretos.

Contudo, faz-se necessário refletir com mais atenção sobre a aplicação destes institutos e, em especial, no que tange à hipótese específica suscitada. Qual é, de fato, a extensão e a profundidade dos institutos de impedimento e suspeição? Sua aplicação deve ser restrita aos processos de cunho subjetivo ou pode alcançar também o relacionamento do julgador com a norma em julgamento?

Para trazer tais questões à luz, o presente artigo apresenta uma digressão sobre os aspectos e finalidades desses institutos processuais como garantidores de um processo conduzido de maneira imparcial e adequada, com as seguintes análises: (i) em um primeiro momento, debate-se o processo judicial como ambiente adequado para a formação do convencimento por um julgador imparcial; (ii) em seguida, diferencia-se neutralidade e imparcialidade; (iii) posteriormente, trata-se da importância da imparcialidade para um processo justo; (iv) de quais são os instrumentos processuais que visam a garantir a imparcialidade do julgador; e (v) de quais são os aspectos subjetivos do julgador que podem, ainda que inconscientemente, influir nas decisões judiciais.

A partir disso, analisa-se a discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da seguinte forma: (vi) questiona-se a (im)parcialidade no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade; e, (vii) por último, trata-se da aplicação dos institutos do impedimento e suspeição no controle abstrato utilizando-se três blocos de hipóteses concretas. Em suma, o presente artigo busca chamar atenção à aplicação dos institutos de impedimento e suspeição no Supremo Tribunal Federal, de modo a garantir a imparcialidade do julgador.

2. O PROCESSO JUDICIAL COMO AMBIENTE ADEQUADO PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO POR UM JULGADOR IMPARCIAL

Não é mistério que o direito processual é meio, técnica, para a solução imperativa de conflitos (DINAMARCO, 2020, p. 40). Como ramo do direito público, o estudo do processo tem a finalidade precípua de regular o exercício do poder jurisdicional do Estado (THEODORO JR., 2015, p. 45) a partir de princípios e normas destinados a reger a solução dessas controvérsias. Assim, em outras palavras e em sentido amplo, o direito processual é o responsável pelo exercício da jurisdição, circunstância que faz com que seus fins se confundam até com os objetivos do próprio Estado (GRINOVER, 1999, p. 73-74).

Sendo, portanto, a jurisdição uma das funções assumidas pelo Estado para, imparcialmente, buscar a pacificação dos conflitos com justiça (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020), o direito processual precisa ser carregado de formalismo para definir regras claras a serem observadas na disposição da jurisdição e na defesa dos interesses das partes. Nesse escopo, considera-se formalismo a totalidade formal do processo, o que compreende não apenas sua forma ou suas formalidades, mas especialmente a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de sua atividade, a ordenação do procedimento e a organização do processo, com o fito de que se atinja suas finalidades primordiais (DIDIER JR., 2001).

Desse modo, é a partir da regulamentação estrita das formas do procedimento que o formalismo inerente ao processo estabelece as regras do jogo para a adequada prestação da tutela jurisdicional – ou mesmo, do devido processo legal, carregando-o de segurança jurídica. Importa dizer, então, que o processo, além de regular o exercício da jurisdição, atua como técnica adequada para proteger os jurisdicionados do arbítrio dos julgadores. Nesse sentido, vale-se da ideia do processo estruturado a partir de um formalismo-valorativo, que também assume que as atividades cognitiva e executiva desenvolvidas no processo são voltadas para a reconstrução do direito positivo pelos intérpretes e aplicadores (MADUREIRA; ZANETI JR., 2017).

Por isso, o direito processual fornece as ferramentas e a previsibilidade de aplicação do direito em concreto, firmando regras prévias, públicas e que devem ser observadas pelo aplicador. Veja-se: é por meio do processo que se rege a aplicação de normas e se sintetiza a relação jurídica progressiva de fatos que determinam sua progressão (DINAMARCO, 2020).

Diante da função social do direito processual e do seu correto exercício, importa questionar o papel, em concreto, do aplicador da norma. Lembra-se que o escopo do processo judicial é alcançar a resolução dos conflitos. Assim, o juiz, em sua condição de terceiro que busca manter íntegro o ordenamento jurídico (GRINOVER, 1999, p. 73-74), deve, ao exercer a jurisdição estatal, zelar pela técnica adequada e reconstruir o direito positivo. E justamente pela confiança que as partes entregam ao

Estado para dirimir suas lides é que aquele sujeito responsável pela aplicação da norma tem dever de imparcialidade.

Isso porque quem exerce a jurisdição é o Estado, malgrado quem a realize materialmente seja o juiz. Este, por sua vez, não é sujeito do processo em nome próprio, mas ocupa a posição daquele que pode se entender como o sujeito processual mais importante: o Estado. (DINAMARCO, 2020, p. 421). Dessa forma, fala-se em *impessoalidade*, posto que a atuação do juiz é orientada não por interesses próprios, pessoais, mas pelos motivos que levam o Estado a assumir a função jurisdicional, sob pena de *traição* às partes que a ele recorram para a solução de seus conflitos (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 92).

O cerne da questão é que o sujeito da relação processual é o Estado-juiz, e não a pessoa física juiz. Com efeito, o juiz, *super et inter partes* e *au dessus de la mêlée*, em razão de *representar* o Estado, enquanto mero ocupante passageiro de um cargo, não pode sobrepor seus (des)afetos ao interesse mor do Estado – titular da jurisdição –, qual seja, o de garantir imparcialmente a paz social. É neste ponto que reside a correlação entre o dever de imparcialidade e o necessário caráter impessoal do exercício da jurisdição (DINAMARCO, 2020, p. 422).

Assim, há de se entender o dever de imparcialidade como componente indispensável à existência do devido processo legal. Este, que se justifica por sua legalidade e legitimidade, jamais comportaria em sua essência o julgamento por um juiz parcial, que decide a partir de seus próprios interesses ao arrepio da lei. A garantia do devido processo legal não se exaure na estrita observância da lei para a tramitação dos processos, mas compreende categorias fundamentais como a necessidade de um juiz natural e competente para julgar as demandas (THEODORO JR., 2015, p. 98).

Assim, é por intermédio da imparcialidade do julgador que se compreende o processo, enquanto devido processo legal, como meio apto para a composição justa da lide. Ainda que não se fantasie sobre a busca da verdade real dentro do processo, são a insistência por esta e a perseguição de uma verdade processual que atribuem confiança e legitimidade para o sistema jurisdicional. Uma decisão considerada justa deve ser orientada por uma condução processual que persiga a verdade dos fatos e

que aplique o direito positivo adequadamente, o que seria inatingível por um juiz parcial (THEODORO JR., 2015, p. 106-107).

Assim, constata-se que o processo é o instrumento apto para a adequada formação do convencimento do julgador, quem, investido do poder jurisdicional, deve analisar a questão controvertida adequadamente, dentro de um procedimento devidamente estruturado, a partir das provas apresentadas e do direito positivo posto. A inteligência do Código de Processo Civil, em seu art. 371,⁴ e.g., dispõe que é a partir dos critérios lógicos ali presentes (em outras palavras, das provas ali constantes) que se deve formar o convencimento fundamentado, e não a mera opinião do julgador, tampouco seus afetos e desafetos, como já mencionado.

Por essa razão, a imparcialidade do julgador – protegida no sistema processual vigente pelos instrumentos de impedimento e suspeição – deve ser analisada com muito zelo. Hoje pode se falar que se trata de um *dever*, o qual deve ser observado a fim de conferir legitimidade ao procedimento. É o que se investiga com mais atenção no presente artigo.

3. NEUTRALIDADE X IMPARCIALIDADE

Muitas vezes não se adota um rigor técnico em relação à distinção entre neutralidade e imparcialidade: até mesmo alguns dicionários as consideram como sinônimos.⁵ Nada obstante, ainda que tenuamente, os conceitos carregam consigo significados diferentes, os quais não podem passar em branco. Mas por que é importante o uso apropriado dos termos *neutralidade* e *imparcialidade*? Porque palavras têm impacto e importam. Nomear não é uma mera descrição, mas atuar, tomar uma posição, atribuir significado e sentido a algo. (PAIXÃO; CATTONI DE OLIVEIRA; CARVALHO NETTO, 2018). Dessa forma, para a plena compreensão desses conceitos, importa analisá-los a seguir.

4 Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL, 2015).

5 Cf. FERREIRA, A. B. de H. *Novo Aurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

A noção de neutralidade é bastante associada à ciência enquanto discurso externo, no sentido de que o cientista seria o estrangeiro, isto é, observaria de fora, guardando distância do objeto observado, utilizando, para tanto, “câmeras atreladas a lunetas e microscópios, nunca a espelhos” (COSTA, A., 2008, p. 39). Sob essa óptica está a ideia de que o juiz seria a boca da lei,⁶ limitando-se a aplicar silogisticamente normas a fatos e nada mais, em uma tentativa de colocar sobre o direito o manto da ciência. Ou seja, a busca pela verdade dos fatos estaria dissociada de qualquer juízo valorativo e atrelada a uma explicação causal. A neutralidade, portanto, seria um postulado científico-metodológico para se chegar à razão científica (WARAT; PEPE, 1996, p. 14).

Essa perspectiva assaz positivista foi criticada e revista por Hans Kelsen, que entendia não ser possível se chegar a uma única interpretação correta de solução a cada caso. Isso porque os legisladores não poderiam prever todos os cenários possíveis de ocorrer, de modo que, conseqüentemente, toda norma possuiria um campo de indeterminação. Daí decorre que, apenas com base no texto da norma, não seria possível determinar exatamente sua aplicação ao caso específico: todo ato jurídico em que se aplica o direito, seja um ato de criação, seja um ato de execução, é tanto determinado quanto indeterminado pelo próprio direito. (KELSEN, 2009).

Com efeito, deveria haver certo grau de liberdade conferido aos juízes, consubstanciado na figura de uma moldura, para resolução dos casos concretos. Essa moldura seria preenchida metajuridicamente, sem qualquer critério científico. Com isso parece se chegar a um armistício, já que a ciência do direito, ainda que abrisse mão do preenchimento da moldura – atividade necessariamente volitivo-irracional –, seguiria competente para delimitar os seus limites. (COSTA, A., 2008, p. 304).

A partir disso, surge à tona a distinção entre as figuras do juiz e do cientista, as quais desempenham funções distintas: o que corresponderia à Teoria Pura – isto é, ao cientista, à interpretação jurídico-científica – seria a delimitação da moldura, ou seja, do campo de escolhas possíveis aos

6 A respeito da superação dessa visão, isto é, de que a decisão não é apenas um ato lógico, mas também um ato que implica valorações axiológicas, cf. MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

aplicadores do direito – quais sejam, os juízes. Dessa forma, o juiz dispõe de uma moldura objetiva que oferece um leque de opções – as possíveis significações de uma norma –, dentre as quais ele pode escolher livremente, de maneira subjetiva. A aplicação das normas, portanto, é tanto cognitiva quanto volitiva. (KELSEN, 2009).

Em razão desse conteúdo valorativo – que, apesar de poder ser limitado e orientado por critérios científico-metodológicos, não pode ser apagado –, não há falar em neutralidade do juiz. Isso porque, ainda que se entenda que o juiz realiza sua leitura do direito por meio de “câmeras atreladas a lunetas e microscópios, nunca a espelhos”, ele não se manteria indiferente em face do conflito, uma vez que teria escolhido por qual lente analisar, se precisaria de um *zoom in* ou de um *zoom out* e até mesmo se e quando a trocaria.

Comparar um ato decisório do juiz com um jogo de xadrez pode ser útil para essa compreensão. Para fins dessa análise, considere que o juiz joga uma partida sozinho, e as peças brancas e pretas representam, cada qual, as partes. O xadrez é um jogo de estratégia, que envolve raciocínio lógico, com regras pré-definidas, ao mesmo tempo em que quem o joga são seres humanos, que escolhem quais peças mover arbitrariamente e discricionariamente, seja por um cálculo, seja por um instinto.

A movimentação nesse tabuleiro, portanto, se conduz tanto a partir de conceitos abstratos – *e.g.* as regras de movimentação de cada peça –, relacionados com premissas e consequências, quanto por vontades irracionais e intuitivas. Dessa forma, não é possível que o jogador escape totalmente do zigue-zague dos sentimentalismos e das impulsividades da partida e não o reproduza em sua jogada.⁷

É assim que, em um cenário de liberdade, no qual coexistem poder e impotência, conhecimento e ignorância, certeza e dúvida, o juiz está

7 Nas palavras de Calamandrei (1995, p. 175-176): “Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por inexorável concatenação de premissas e consequências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?”.

imerso em um ambiente que o torna suscetível a influências. Daí se dizer que a independência do juiz é mais cara em tempos de liberdade do que em tempos de tirania (CALAMANDREI, 1995, p. 248). Isso porque, em períodos autocráticos, caso o juiz decida se curvar, só há uma posição a se seguir: a conivência. Em contrapartida, quando há pluralidade de correntes e de visões disponíveis para se adotar, mais amplas são a possibilidade e a probabilidade de o juiz tender para um lado. O que se pode fazer, portanto, é delimitar que a moldura afaste o juiz de influências externas, como a política, quando do exercício da atividade judicante. Todavia, deve-se admitir que, em se tratando de influências internas – tais como sua convicção e sua experiência de vida, sua primeira impressão sobre um assunto, o grupo a que pertence etc. – não apenas não podem ser afastadas, mas são indissociáveis de sua atuação. É por isso que, em face do mito da neutralidade, fala-se, então, em imparcialidade do juiz.

4. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO GARANTIDORA DO ADEQUADO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Onde não pode haver imparcialidade, não pode haver jurisdição (LUCON, 2013, p. 660). É com essa assertiva que se propõe a esmiuçar este conceito. Para que se entenda com clareza o dever de imparcialidade do julgador, faz-se necessário compreender que o processo precisa ser meio idôneo para construção de uma verdade processual (GRINOVER, 1999, p. 74) – o que se dá ao longo do procedimento.

Não pode o julgador, portanto, estar comprometido com os interesses de um dos litigantes, mas deve manter-se em igual distância das partes no “duelo”, assegurando-lhes a paridade de armas. E é assim que se desenvolve o contraditório: um “duelo” que serve ao juiz para superar suas dúvidas – nele, a dúvida se personifica, e é como se as partes se combatessem para puxar o juiz para cada um de seus lados (CARNELUTTI, 2017, ebook).⁸

8 Carnelutti (2017, ebook) assim aduz: “Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o ‘contraditório’, e é, realmente, um duelo: o duelo serve

Nesse sentido, e na posição em que se encontra o órgão jurisdicional diante de uma lide, mais que a impessoalidade esperada e necessária ao exercício de função estatal, o órgão jurisdicional deve se alocar como terceiro diante da relação material controvertida. Nessa posição está o decisivo traço de diferenciação da jurisdição perante os demais órgãos da soberania estatal: a justiça se ocupa de relações materiais das quais a instituição judiciária não é parte, agindo, sempre, em ato *super partes* (THEODORO JR, 2015, p. 178).

Deve, portanto, o órgão jurisdicional ser “subjetivamente capaz” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 93), sem qualquer suspeita de sua parcialidade, vez que esta imparcialidade é pressuposto para o desenvolvimento válido da relação jurídica processual. Ressalte-se que a imparcialidade é dever do juiz, mas não das partes. Isso porque a parcialidade de uma das partes, com efeito, serve como impulso para um contraimpulso também parcial da outra parte. E é a partir dessa oscilação quase pendular – entre pontos de vista extremos –, que o juiz chegará ao ponto de equilíbrio no qual proferirá uma decisão tida como justa (CALAMANDREI, 1995, p. 126).

Importa esclarecer que não há uma expressa garantia de imparcialidade do juiz na Constituição Federal, nem nos Códigos de Processo, tanto Civil quanto Penal. Todavia, seria absolutamente ilegítimo se o Estado, ao concentrar a função de solucionar conflitos por meio de exercício de poder, permitisse que seus agentes fossem movidos por interesses próprios (DINAMARCO, 2020, p. 273).

A partir disso, entende-se que a imparcialidade do juiz – requisito necessário para o desenvolvimento do devido processo legal – é consequência lógica do princípio do juiz natural, princípio fundamental que carrega a substância da jurisdição (THEODORO JR., 2015, 180). O juiz natural é aquele competente na forma das regras gerais e abstratas previamente previstas, vez que as previsões constitucionais das quais se extrai o princípio

para o juiz superar a dúvida; a propósito disto é interessante notar que também duelo, como dúvida, vem de duo. No duelo se personifica a dúvida. É como se, na encruzilhada de duas estradas, dois bravos se combatessem para puxar o juiz para uma ou para outra. As armas, que servem para eles combaterem são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente”.

(art. 5º, XXXVII e LIII, CF) determinam que ninguém será processado senão pela autoridade competente (DIDIER JR., 2019, p. 222).

Desse modo, a concepção do juiz natural informa que só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional e que é competente na forma da lei (DINAMARCO, 2020, p. 275), como garantia do devido processo legal, previsto no art. 5º, XXXVII, LIII e LIV, da Constituição Federal.⁹ Assim, juiz natural é uma garantia da ideia informadora de um processo justo, de modo a impedir intervenção de terceiro parcial e subjetivamente comprometido com a questão posta.

Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos aplicadores da lei (DIDIER JR., 2019, p. 223), de modo que o que importa, além da competência – compreendida aqui como capacidade objetiva –, é a imparcialidade, ou seja, a capacidade subjetiva.

Além disso, por decorrer do princípio do juiz natural, há quem defenda que a imparcialidade é também um princípio.¹⁰ Com a devida vênia, tal visão não prospera. Ora, ou se é parcial, ou se é imparcial. É impossível haver um juiz “meio parcial”, pois, mínimo que fosse, haveria algum grau de parcialidade. Em razão disso, verifica-se que a imparcialidade não é um princípio, mas uma *regra*.

Isso porque a imparcialidade no exercício da jurisdição é um ponto *inflexível* e obedece a uma lógica absoluta de “tudo ou nada”. A regra deve ser aplicada mediante simples exame de correspondência entre a norma e os fatos. Se imparcial, há conformidade com o direito; se parcial, há contrariedade. (COSTA, E., 2016, p. 139)

No mesmo sentido, Humberto Ávila (2011, p. 414) trata da *regra* do juiz natural imparcial como prerrogativa derivada do princípio do devido processo legal procedimental. Esta regra é concebida como um *pressupos-*

9 Art. 5º. [...] XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988).

10 Cf. SOUZA, A. C. de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008; LUCON, P. H. dos S. Imparcialidade do árbitro e do juiz na teoria geral do processo. In.: ZUFFELATO, C.; YARSHELL, F. L. (Coord.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 647-676.

to *subjetivo de validade do processo*, que enseja as exceções formais de impedimento e de suspeição, previstas no Código de Processo Civil nos arts. 144 e 145, a seguir analisados.

5. O IMPEDIMENTO E A SUSPEIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Sendo a imparcialidade pressuposto subjetivo de validade do processo, o legislador, buscando assegurá-la, formulou hipóteses que visam a possibilitar a verificação de sua presença, isto é, hipóteses em que o juiz estaria impedido ou suspeito. Pontes de Miranda (1997, p. 420) as distingue desta maneira: “Quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para sua função”.

Trata-se de regras que impõem ao magistrado um dever de *não fazer* – qual seja, o de se abster de atuar na relações processuais em que esteja na condição de impedido ou de suspeito (DINAMARCO; BADA-RÓ; LOPES, 2020, p. 93). Essas previsões estão bastante associadas à preservação da igualdade de tratamento entre as partes e à contraposição entre os aspectos subjetivos do julgador e os interesses postos em juízo (CARVALHO, 2016, p. 186).

Nesse contexto, ante (possível) comprometimento da imparcialidade do julgador, surgem os incidentes processuais de arguição de impedimento e de suspeição, por meio dos quais as partes discutem a imparcialidade daquele que julgará seu processo. A diferença entre os institutos está na origem da parcialidade: enquanto no impedimento, o viés é *intraprocessual* – isto é, relaciona-se com questões referentes ao próprio processo a ser apreciado pelo juiz –; na suspeição, é *extraprocessual* – ou seja, trata-se de situações da realidade externa ao processo levado ao conhecimento do juiz (COSTA, E., 2016, p. 129).

O impedimento é uma proibição *absoluta, intransponível* de atuação do juiz, cujas hipóteses legais estão arroladas no art. 144 do Código de Processo Civil:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado. (BRASIL, 2015).

Do rol, percebe-se que o impedimento é *objetivo*. Uma vez verificada qualquer das hipóteses, pode-se requerer a *nullidade* do ato, pois há presunção *iuris et de iure* de que o juiz não pode, nem poderia, atuar com imparcialidade. Dessa forma, declarar-se impedido não é uma faculdade do juiz, mas sim um dever (DINAMARCO, 2005, p. 488).

É nesse sentido que, ante a gravidade envolvida – qual seja, a manifesta parcialidade com que o magistrado atuaria –, trata-se de matéria de ordem pública, podendo ser suscitada em qualquer tempo e grau de jurisdição e reconhecida *ex officio*. Salienta-se que o vício é tamanho que possibilita, inclusive, o ajuizamento de ação rescisória (art. 966, II, do

CPC),¹¹ uma vez que àquela coisa julgada ter-se-ia chegado com vícios que comprometem todo o andamento do processo.

Já as hipóteses legais de suspeição estão dispostas no art. 145 do Código de Processo Civil:

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litúgio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. (BRASIL, 2015).

O grau de *subjetividade* dessas hipóteses é evidente quando comparado com as de impedimento, haja vista a adoção de conceitos indeterminados e vagos, como “amigo íntimo” e “inimigo”. Nesses casos, o que há é uma dúvida, uma desconfiança, uma suspeita de que o juiz não conduzirá um julgamento paritário, justo e equidistante. Por não ser, portanto, uma certeza, a presunção de parcialidade do magistrado é *iuris tantum*. Apesar disso, também ensejam a nulidade do ato.

Ocorre que, malgrado o juiz *possa* se reconhecer suspeito *ex officio* – fala-se aqui em faculdade, e não em dever (DINAMARCO, 2005, p. 488) –, diferentemente da arguição anterior, por serem cenários menos graves e de presunção relativa, (i) a arguição de suspeição está sujeita a prazo preclusivo (quinze dias contados da data do fato),¹² e (ii) a suspeição não

11 Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente. (BRASIL, 2015).

12 Art. 146. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do proces-

autoriza o ajuizamento de ação rescisória. Além disso, a suspeição não é matéria de ordem pública, razão pela qual não pode ser arguida em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Esclarecido o funcionamento dos institutos objeto do presente estudo, percebe-se que se configuram como mecanismos processuais que visam, em primeira ou em última instância, a assegurar a imparcialidade do juiz. É por isso que, a partir de uma interpretação teleológica, não faz sentido que os róis listados sejam encarados como exaustivos, até porque as referidas regras materializam a proteção a garantia fundamental de imparcialidade do julgador para a adequada prestação jurisdicional.¹³

Com efeito, os institutos de impedimento e suspeição precisam ser analisados com mais atenção e mais transparência. Qual é, de fato, sua extensão e sua profundidade? Tendo em vista a sua finalidade, sua aplicação deve ser restrita aos processos de cunho subjetivo ou podem alcançar também o relacionamento do julgador com a norma em análise no processo? Essas são algumas reflexões que se buscará realizar. Conforme já aventado, é certo que nenhuma análise é neutra: destacam-se aqui os vieses cognitivos, que interferem na percepção e na interação humana com uma informação apresentada.

6. OBSTÁCULOS PSICOLÓGICOS À IMPARCIALIDADE: OS VIESES COGNITIVOS

Pode-se entender as hipóteses codificadas como tentativas do legislador de garantir um “*debiasing* ‘dentro da lei’”, isto é, um “desenviesamento” por meio da lei. A ideia é que o direito possa intervir eficazmente para neutralizar ou eliminar o viés cognitivo (COSTA, E., 2016, p. 92). Por isso tratou o legislador de estabelecer os casos em que seria manifesta

so, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas. (BRASIL, 2015).

13 Em perspectiva crítica, Eduardo Costa (2016, p. 134): “o rol (supostamente taxativo) de causas de impedimento e suspeição é discreto, simplório, superficial, fragmentário, descontínuo, casuístico, assistemático, coletado sensitivamente a esmo e cheio de particularidades”.

ou muito provável a parcialidade do julgador. Contudo, os róis dos arts. 144 e 145 do CPC não funcionam como um “*debiasing* ‘fora da lei’”.

É que esse “desenviesamento” por meio da lei não é bastante, já que a completa e efetiva retirada dos vieses cognitivos depende não de hipóteses legais, mas da cultura e da postura pessoal do julgador (COSTA, E., 2016, p. 93). E não poderia ser diferente, haja vista que, ao receber uma informação do exterior, o ser humano naturalmente emprega uma série de procedimentos de simplificação com vistas a reduzir sua complexidade, a fim de que seja possível melhor processá-la. Ocorre que esse procedimento não é imune a erros e vícios.

Tversky e Kahneman (1974) se propuseram a relacionar e a sistematizar essas técnicas heurísticas, definindo-as como regras cognitivas que, inconscientemente, todo ser humano aplica ao processar uma informação externa, as quais reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e de atribuir valores, a fim de simplificar operações de juízo. Esse procedimento, com efeito, é naturalmente enviesado.

Preocupado com isso, Muñoz Aranguren (2011), defendendo que os vieses afetam não apenas a parte não normativa do silogismo judicial – aquela relativa à determinação do feito –, como também a premissa jurídica, na medida em que supõem uma *distorção do raciocínio lógico-abstrato*, busca expô-los como forma de chamar a atenção dos profissionais de direito a elementos da psicologia jurídica. O grande problema é que nenhum juiz gosta de admitir que pode estar influenciado por vieses ou ilusões cognitivas, ainda que sem sabê-lo. Dessa forma, a fim de melhor compreender a questão, cumpre analisar alguns vieses cognitivos.¹⁴

14 É importante frisar que os vieses aqui expostos não são exaustivos. Há extensa bibliografia sobre psicologia jurídica que trabalha esse movimento cognitivo e comportamental dos julgadores. Muñoz Aranguren (2011) trata em seu texto também do viés de representatividade; do viés de disponibilidade; do viés de ancoragem; do viés retrospectivo; do viés egocêntrico, dentre outros. Sobre o tema, cf. também SUNSTEIN, C. R.; JOLLS, C.; THALER, R. H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. In: Stanford Law Review, v. 50, n. 1471, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=74927>. Outro fator que pode influenciar a decisão de um juiz é a *fadiga decisional*. O conceito trata da probabilidade de um juiz conceder uma decisão que exige um maior esforço cognitivo, reduzindo progressivamente com o avançar do dia. Cf. TIERNEY, J. *Do You Suffer From Decision Fatigue?*. The New York Times Magazine, 17 ago. 2011. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2011/08/21/magazine/do-you-suffer-from-decision-fatigue.html>.

O *viés de confirmação* é a propensão a confirmar sua concepção inicial. Isto é, a tendência do sujeito de filtrar uma informação que recebe, de maneira que, de forma inconsciente, busca e sobrevaloriza as provas e os argumentos que confirmam sua própria posição inicial, enquanto ignora e não valoriza as provas e os argumentos que não a respaldam. Esse vício pode se consubstanciar na coleta, na interpretação ou na recuperação da informação. (MUÑOZ ARANGUREN, 2011, p. 8).

É que, uma vez adotada uma opinião, ainda que em juízo prévio, o ser humano tende a “enxergar” as informações que recebe de tal modo que sirvam de subsídio para confirmá-la: ainda que se encontrem evidências que refutem ou contradigam a posição adotada, tende-se a seguir com a inclinação pela concepção original (COSTA, E., 2016, p. 115).

O *viés de grupo* consiste em valorar de maneira injustificadamente homogênea as atitudes, atos e opiniões das pessoas que pertencem ao mesmo grupo pela única razão de pertencimento a esse grupo. Esse vício pode ser tanto positivo quanto negativo e pode ocorrer em razão do pertencimento ou não do próprio sujeito a um desses grupos (MUÑOZ ARANGUREN, 2011, p. 9).

Nada obstante ao modelo econômico tradicional orientado pela máxima egoística de que as pessoas apenas se interessam e se preocupam com seu próprio interesse, em razão de uma *identificação social*, tais pessoas podem tratar as demais pertencentes ao seu grupo de maneira mais favorável do que aquelas associadas a um grupo diferente.

Shayo e Zussman (2010) conduziram estudo que parece comprovar esse viés, no qual analisaram 1.748 decisões judiciais proferidas entre 2000 e 2004 por juizados de pequenas causas israelenses em causas civis entre litigantes particulares. O sistema de distribuição a um juiz judeu ou a um juiz árabe era efetivamente aleatório, sendo que 31% dessas decisões foram proferidas por juízes árabes, enquanto 69% por juízes judeus.¹⁵

A conclusão a que os pesquisadores chegaram foi de que um pedido teria entre 17% e 20% mais chances de ser julgado procedente, caso o relator pertencesse à mesma etnia do pleiteante.¹⁶ Vale apontar que

15 À época, Israel contava com 1,25 milhão de árabes, o que correspondia a 20% de sua população. (SHAYO; ZUSSMAN, 2010).

16 Os pesquisadores compreendem que, por não se tratar de um experimento con-

Shayo e Zussman (2010) relatam que o grau de enviesamento do julgador não parece variar conforme sua experiência ou outras características suas como gênero ou educação. A pesquisa apontou ainda uma relação com o número de atentados terroristas ocorridos na circunscrição do juizado: juízes árabes proferiram mais sentenças favoráveis a requerentes árabes, do mesmo modo em que juízes judeus em relação aos autores de sua etnia.

A partir da exposição desses dois tipos de vieses cabem algumas reflexões. É certo que é no terreno fático que os vieses terão maior influência na prestação jurisdicional, afastando o juiz do discurso racional. Poder-se-ia, desse modo, alegar que tal problema não persistiria, portanto, quando se fala de controle abstrato de constitucionalidade, o qual, por ter como fito analisar a compatibilidade de uma norma com a constituição, trata de matéria de direito e não de matéria de fato.

No entanto, não é possível negar que determinados vieses, em razão de sua natureza, podem afetar também, mesmo que em menor medida, a decisão do juiz a respeito de qual norma aplicar como fundamento de sua decisão, uma vez que há várias soluções possíveis em se tratando da declaração de (in)constitucionalidade de uma norma, bem como diversas técnicas de decisão, com os mais variados efeitos, inclusive com a possibilidade de sua modulação.

Nesse sentido, questiona-se: por que essa predisposição psicológica que, de forma epistemológica, está presente na apreciação de fatos e de informações, não afetaria a escolha, por parte do juiz, de uma solução jurídica, mais ou menos, racionalmente satisfatória entre as possíveis? Pode-se afirmar, com certeza, que os julgadores são completamente imunes a cair no influxo, por exemplo, do viés de confirmação ao se analisar uma causa

trolado, esse dado poderia ser interpretado de outras maneiras, como: 1) pode ser que o que esteja por trás desse resultado não seja um tratamento preferencial a membros do mesmo grupo do juiz, mas apenas uma melhor transmissão de informação entre litigante e julgador quando pertencentes ao mesmo grupo étnico, por sutilezas linguísticas, por exemplo; ou 2) o que levaria a esse resultado não seria o comportamento do juiz, mas o do litigante, na medida em que tenderia a agir de certo modo sabendo a etnia do outro. No entanto, defendem que, ainda que não se possa eliminar totalmente essas interpretações alternativas, não há evidências suficientes para comprová-las, de forma que a interpretação mais plausível para os resultados é efetivamente reflexo de um *viés de grupo* por parte do julgador. (SHAYO; ZUSSMAN, 2010).

em que já tenham oficiado nos autos, ou que tenham subscrito a norma impugnada? Entende-se que não, e a razão disso será explorada adiante.

7. A IMPARCIALIDADE JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade, em regra, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF), quando provocado a se manifestar por meio do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade, de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por rol taxativo de legitimados (art. 103, CF).

Vale ressaltar que o controle abstrato de constitucionalidade é um processo objetivo, isto é, sem partes. Tanto o é que quem ajuíza alguma dessas ações é chamado de requerente, e não de autor. É que impugnar abstratamente a constitucionalidade de uma norma não depende de algum litígio concreto. Daí não se falar em um processo contraditório de partes, já que se trata de um processo que visa à proteção e à defesa da constituição, por meio do qual se retira do ordenamento atos normativos que contra ela atentem. (CANOTILHO, 2003, p. 900).

Dessa forma, os processos em que se discute a compatibilidade de uma norma com a Constituição, não são *processos contraditórios*, por meio dos quais haveria litígio entre as partes para a defesa de um interesse subjetivo, mas sim *processos objetivos*, sem contraditores (CANOTILHO, 2003, p. 1007-1008), razão pela qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende haver quanto aos processos que questionam abstratamente a constitucionalidade de uma norma um tratamento diferenciado em relação aos institutos de impedimento e de suspeição.

Nada obstante, esse modelo frequentemente tem se deparado com questões que se encontram na fronteira entre o direito e a política. É que somos muitos e o desacordo entre si é inevitável. Discorda-se sobre qualquer assunto: religiosidade, estética, esportes etc.. E não é diferente quando se fala de justiça: a maneira pela qual pensamos sobre esse desacordo determinará a maneira como pensamos sobre a política,

e, sendo o direito fruto da política, a forma como pensamos sobre essa discordância determinará, de algum modo, a maneira como pensamos sobre o direito positivo (WALDRON, 2003, p. 43).

Daí questionar-se por que juízes seriam mais competentes para realizar o controle de constitucionalidade, já que o modelo de supremacia judicial não oferece uma alternativa ao desacordo, tampouco à tríade debate, deliberação e voto (WALDRON, 2002). Não se substitui, portanto, um procedimento majoritário por um não majoritário, mas um procedimento majoritário direta ou indiretamente conduzido por milhões de brasileiros por um procedimento majoritário conduzido por onze ministros não eleitos (POLI, 2012, p. 119).

Como explica Mark Tushnet (1999), a ideia de que os juízes conseguem resistir à tirania da maioria não possui qualquer amparo histórico, tampouco é passível de comprovação empírica. Nesse sentido, ao se reconhecer que o ponto da controvérsia é político – e não só jurídico –, já que essa avaliação pelo colegiado de juízes se dará pelo idêntico método da contagem de votos, como ocorre no Legislativo, é de se ponderar a (im)parcialidade dos julgadores, mesmo em processos objetivos de controle abstrato de normas.

É que o Poder Judiciário não se encontra completamente alheio aos defeitos que recaem sobre os poderes políticos, ainda que – em razão do modo de exercício da tarefa judicial – adquiram, nestes casos, formas diferentes. Neste sentido, por exemplo, caberia dizer que as decisões dos juízes também podem resultar motivadas pelo próprio autointeresse do julgador, ou que o Poder Judiciário, salvo em casos relativamente excepcionais, não se encontra livre de pressões provenientes do âmbito extrajudicial. (GARGARELLA, 1997, p. 63).

Nesse sentido, é de se questionar a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à inaplicabilidade, em regra, das hipóteses de impedimento e de suspeição aos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Isso porque, em se tratando de uma discussão não apenas jurídica, mas também política, a parcialidade dos Ministros pode ser posta em xeque.

7.1. O impedimento e a suspeição no Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade

Conforme abordado, os mecanismos de impedimento e de suspeição são regras processuais voltadas a garantir e a preservar a imparcialidade do julgador, uma vez que a imparcialidade é fundamento de legitimidade da decisão judicial. No caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a imparcialidade é fomentada por uma série de garantias, que envolvem desde a vitaliciedade e a inamovibilidade até os mecanismos processuais de inércia do judiciário e o princípio do juiz natural.

No âmbito dessa Corte, os procedimentos para arguição de impedimento e suspeição estão disciplinados em seu Regimento Interno, nos arts. 277 e 287. Os dispositivos reafirmam que a declaração de impedimento ou suspeição deve seguir as hipóteses legais já estabelecidas (arts. 144 e 145 do CPC) e fixam seu trâmite interno.¹⁷

Contudo, importa, neste momento, dar especial atenção a uma questão específica: na linha da tese firmada em questão de ordem pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, é razoável cogitar da inaplicabilidade das hipóteses de impedimento e suspeição nos processos de controle abstrato de constitucionalidade?

Em setembro de 2020, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.362, a discussão sobre a postura do julgador frente ao controle abstrato de normas e a (in)aplicabilidade das hipóteses de impedimento e suspeição – seja pelo próprio juiz, seja pelas partes – retornou ao Supremo Tribunal Federal.

O então Presidente, Ministro Dias Toffoli, suscitou uma questão de ordem. Sua preocupação em propor o debate era pragmática e teria a ver com o tamanho do Tribunal: a seu ver, caso se leve em consideração

17 Para conhecer com maiores detalhes as decisões proferidas nas arguições de impedimento ou suspeição suscitadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cf. GLEZER, R. E; GUIMARÃES, L. G; FERRARO, L. P; BARBOSA, A. L. P. *Fora dos Hologotes: Estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 57, vol. 20, 2020. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1178>.

os dispositivos do CPC, que ampliaram casos de impedimento e suspeição, poder-se-ia chegar a uma situação de não haver quórum sequer para apregoar processo de controle abstrato de constitucionalidade, ou para modular os efeitos das decisões.

Ao longo da deliberação, o Ministro Luiz Fux manifestou a preocupação de que as decisões do STF em sede de controle abstrato têm expressiva repercussão econômica, até mesmo em casos concretos, posto que as declarações de (in)constitucionalidade têm eficácia *erga omnes*. Refutando-o, o Ministro Roberto Barroso afirmou que o impacto das decisões judiciais é inevitável, equiparando-o ao da atuação do Congresso Nacional, já que julgar e legislar se equivaleriam no sentido de discriminar situações à luz de determinados fatos.¹⁸

Ao final, os Ministros do Tribunal seguiram, por maioria,¹⁹ a tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli, reafirmando precedente firmado em fevereiro de 2019 em sede da ADI 2.238, no sentido de estabelecer que “não há impedimento ou suspeição nos processos analisados no controle concentrado de normas, a não ser que o próprio ministro indique razões de foro íntimo”. Apesar dessa orientação, é crucial que se proceda a uma análise caso a caso, individualizada, para que tal orientação não seja aplicada a torto e a direito. Veja-se.

18 Manifesta-se preocupação com o fundamento da posição adotada pelo Ministro Roberto Barroso. Conforme defendido anteriormente, o modelo de supremacia judicial não oferece uma alternativa ao desacordo, tampouco à tríade debate, deliberação e voto (WALDRON, 2002). É que não é possível equiparar – sobretudo em se tratando da análise de seus impactos – as decisões do Legislativo – que efetivamente representa os interesses da população, com ampla abertura à sua participação e ao debate – às decisões do Judiciário – que não são, nem poderiam ser, representativas.

19 Ficou vencido apenas o Ministro Edson Fachin, quem entendeu que se deve presumir a constitucionalidade do art. 144, VIII, CPC. Para fundamentar seu posicionamento, citou voto de sua lavra nos autos ADI 5953, cujo objeto impugnado é justamente o dispositivo que se discutiam na questão de ordem e cujo julgamento ainda não fora finalizado em razão de pedido de destaque. Em seguida, o Ministro Dias Toffoli esclareceu que não propunha a declaração de inconstitucionalidade do art. 144, VIII, CPC, mas tão somente sua não aplicabilidade em hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade. O Ministro Luiz Fux, que estava preocupado com possível parcialidade sua, após ouvir as opiniões dos pares, decidiu acompanhar a maioria (BRASIL, 2020a).

7.1.1. ADI 55 e ADPF 403: Ministro que oficiou anteriormente nos autos

Em sede de questão de ordem suscitada pelo então Presidente da Suprema Corte, Ministro Néri da Silveira, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 55, em 1989, os Ministros entenderam que o então Ministro Sepúlveda Pertence estaria impedido. Isso porque, ainda quando Procurador-Geral da República, foi procurado para representar por inconstitucionalidade a mesma lei impugnada naquela ação. A decisão do Plenário foi nesse sentido, pois, mesmo que antes de tomar posse como Ministro do STF, Sepúlveda Pertence havia efetivamente examinado a questão constitucional controvertida e se pronunciado a respeito do mérito da ação.

Malgrado essa tenha sido a posição unânime do Tribunal, a *ratio decidendi* do julgado parece não ter servido como precedente para a composição atual da Corte. É o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 403. Nessa ação, discute-se, grosso modo, a possibilidade de juízes ordenarem o bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp* no Brasil. Após o voto do Ministro relator, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes.

De fato, ante a complexidade da causa, bem como sua grande repercussão, é importante que o julgador esteja seguro do que decidirá e entenda plenamente a discussão posta no autos. Nesse sentido, o pedido de vista aqui seria apenas uma agulha em um palheiro se não fosse um interessante detalhe: o Ministro Edson Fachin, relator da ADPF 403, solicitou informações ao Ministério da Justiça e Cidadania acerca do ato impugnado. Ocorre que quem era o Ministro de Estado da Justiça à época era o próprio Ministro Alexandre de Moraes.

Dessa forma, um Ministro que já oficiou nos autos, ainda que em outra qualidade, tendo se pronunciado quanto ao mérito da ação – para além da possibilidade de pedir ou não vista dos autos –, poderia julgar o pedido? Dito de outro modo, pode-se garantir que o Ministro formará seu convencimento a partir do processo? Mais enfaticamente, pode-se dizer que o Ministro será imparcial em seu julgamento?

Sem qualquer pretensão de adivinhação ou de futurologia, uma vez que o julgamento da arguição ainda não foi retomado, entende-se que há *riscos* de o Ministro incorrer em *viés de confirmação*. É que, ainda que enquanto julgador tenha mais zelo e cautela com a causa, é possível que tenda apenas a reafirmar (confirmar) o posicionamento que defendeu quando oficiou nos autos na qualidade de Ministro da Justiça. O ideal seria que o Ministro Alexandre de Moraes tivesse se declarado impedido para julgar essa causa, ainda que veiculada em um processo de controle abstrato de constitucionalidade.

7.1.2. AS 28 e ADPF 33: Ministro que ocupou o cargo de Advogado-Geral da União

Outra situação não rara no Tribunal envolve os casos em que o Ministro relator atuara em defesa da norma impugnada como Advogado-Geral da União. Para melhor ilustração da hipótese, é possível mencionar a Arguição de Suspeição n.º 28, suscitada em decorrência da distribuição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 33 ao Ministro Gilmar Mendes. Questionava-se sua parcialidade, pois, enquanto AGU, defendera a constitucionalidade da Lei 9.882/99 – lei que trata do processo e do julgamento de ADPF.

O Ministro Gilmar Mendes, em sua manifestação, ponderou que, caso a tese formulada pelos arguentes fosse procedente, ele deveria estar impedido no julgamento de todas as ADPFs que viessem a ser ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. Sem surpresas, o incidente foi arquivado pelo então Presidente da Corte à época, Ministro Marco Aurélio, por entender que a defesa de constitucionalidade do ato normativo que instituiu a ADPF não constitui obstáculo para que o magistrado participe de julgamentos dessa espécie. A tese que prevaleceu (quase que pelo cansaço) foi a de que fosse atuação pretérita como AGU em defesa da norma impugnada razão para suspeição, haveria uma impossibilidade prática nos julgamentos.

Nesse cenário é importante fazer uma ressalva. Rememora-se que o Advogado-Geral da União tem como função precípua o patrocínio judicial e extrajudicial dos interesses da União, (art. 131, CF). Dessa for-

ma, parece razoável considerar a necessária parcialidade que incumbe ao exercício da função e da impossibilidade prática de gerar o impedimento de todos os casos anteriormente defendidos como AGU.

Isso porque, na referida função pública, não há de se falar em formação de convencimento ou mesmo de colocação parcial em relação à norma em discussão – há, com efeito, um posicionamento orientado: enquanto Advogado do União, faz-se necessário defender seus interesses. Tal cenário evidencia a necessidade de se analisar as hipóteses de impedimento e suspeição conforme o caso concreto, sem descartar em absoluto a (in)eficácia dos institutos em relação ao controle abstrato de normas.

7.1.3. ADI 55, ADI 1800, ADI 3345 e ADI 3365: Ministro que participou da elaboração da norma impugnada

Quando do julgamento de questão de ordem na ADI 55, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de deliberar, além de impedimento de Ministro que tenha atuado como Procurador-Geral da República, acerca da parcialidade de Ministro que tenha participado da sanção de lei quando Ministro de Estado. Os Ministros entenderam, unanimemente, que, ao contrário do caso do Ministro Sepúlveda Pertence, não haveria qualquer impedimento ao Ministro Paulo Brossard, uma vez que o referendo em projeto de lei levado à sanção presidencial, enquanto investido como Ministro da Justiça, seria mero procedimento formal, sem adentrar eventuais ilegalidades ou inconstitucionalidade – ou seja, no mérito.

Sobre a decisão, convém destacar a ressalva do Ministro Célio Borja, no sentido de que não seria possível ignorar o referendo ministerial, pois seria um ato político, de conviência com o juízo político do Presidente da República, que envolveria também um juízo de legalidade e de constitucionalidade, típico da sanção da lei. Todavia, por entender que o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade se daria com base em razões objetivas, “fundadas na ciência do direito” – aqui adotando uma perspectiva excessivamente positivista já criticada –, não haveria qualquer impedimento ao Ministro Paulo Brossard.

Posteriormente, o Plenário da Corte chegou a enfrentar uma situação semelhante em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º

1800. Ocorre que esta ADI guarda uma peculiaridade quando comparada à ADI 55: enquanto Ministro da Justiça, Nelson Jobim foi o responsável pela elaboração de Lei, aprovada no Congresso Nacional, e impugnada em sede de controle abstrato em processo que o teria como relator, já como Ministro do Supremo. Veja-se: o Ministro relator do processo também foi o autor do projeto da lei impugnada.

A questão sobre a aplicabilidade dos institutos de impedimento e suspeição no controle normativo abstrato foi novamente aventada durante o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.os 3345 e 3365. Nessas ações, questionava-se os critérios estabelecidos pela Resolução n.º 21.702/2004, do Tribunal Superior Eleitoral, a respeito do número de vereadores por municípios brasileiros.

No caso, os Ministros Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie e Carlos Velloso subscreveram a referida Resolução, quando em exercício no Tribunal Superior Eleitoral. A controvérsia surgiu, pois, mesmo assim, os Ministros analisariam sua constitucionalidade, ainda que no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Celso de Mello, relator das ações diretas, consignou que inexistia qualquer situação de incompatibilidade que pudesse impedir os Ministros do exame da questão, vez que seria prevalecente o entendimento jurisprudencial acerca da inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição no controle normativo abstrato. Para o relator, os institutos se limitariam ao plano dos processos subjetivos – nos quais se discutiriam situações individuais e interesses concretos –, sem qualquer aplicação quando se fala em controle abstrato, em razão de seu caráter tipicamente objetivo.

Veja-se: é necessário trazer à reflexão se aquele que formula a norma impugnada está em posição de imparcialidade para julgar a sua constitucionalidade. Naturalmente, a máxima *nemo iudex in sua causa*, segundo a qual ninguém será juiz em causa própria, vem à tona. É certo que, em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade, não há falar em partes, muito menos em interesse em causa própria, uma vez que o que se busca é a compatibilidade do ordenamento jurídico com a ordem constitucional.

Nada obstante, os posicionamentos desses Ministros podem ser conduzidos pelo *viés de confirmação*: não surpreende que os todos os Ministros que subscreveram, as normas impugnadas, cada qual a sua, votaram pela improcedência das ações. Vale dizer, julgaram constitucionais os diplomas de cuja elaboração participaram. Daí parecer razoável conjecturar que aquele que propõe ou formula determinada disposição normativa o faz visando à sua conformidade com a Constituição e com o ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, aprecia as informações e as normas relativas à causa de modo a confirmar sua posição inicial.

8. CONCLUSÃO

O processo judicial é o meio adequado para a formação do convencimento do juiz. Isso porque a pessoa física no exercício da função de juiz não atua em benefício próprio ou de alguma das partes. Ao contrário, por apresentar o Estado-juiz enquanto na função judicante, zela pela devida e efetiva prestação jurisdicional. Dessa forma, deixar de lado seus interesses e (des)afetos pessoais na composição das lides é algo de tamanha importância e que constitui um pressuposto subjetivo de validade do processo: a imparcialidade.

Derivada do devido processo legal e do princípio do juiz natural, a regra da imparcialidade – ainda que não prevista expressamente no texto constitucional – foi objeto de trabalho do legislador. O Código de Processo Civil elenca hipóteses nas quais a imparcialidade do juiz estaria comprometida de forma absoluta – impedimento – ou sob dúvida – suspeição. Entende-se que as situações arroladas no CPC não devem ser interpretadas como taxativas, haja vista haver obstáculos psicológicos à imparcialidade.

Conquanto em 1989 o Ministro Célio Borja tenha defendido a imparcialidade de seu colega por entender que o julgador estaria orientado pela “ciência do direito”, entende-se que essa visão está superada: a ciência do direito – isto é, a delimitação da moldura – é dever do cientista; já o julgador, ao aplicar o direito ao caso, tem plena liberdade para preencher a moldura da forma que melhor lhe convier. O julgamento, portanto, não é pautado absolutamente por razões objetivas, mas também por razões

subjetivas. Daí o perigo a que o juiz está submetido quando livre: não há neutralidade, apenas imparcialidade.

É que, ainda que a moldura afaste o juiz de influências externas, as influências internas lhe são inerentes. Ou seja, a interpretação, enquanto ato cognitivo-volitivo, não tem como deixar de ser enviesada. Dessa forma, ainda que não se goste nem se queira, em face da inafastável e efetiva influência que os vícios cognitivos têm no resultado final dos julgamentos, é preciso que deles se tome ciência, conhecendo-os, a fim de que se possa prevenir seus efeitos e prever, na medida do possível, suas consequências.

A discussão a respeito desse tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de casos de controle abstrato de constitucionalidade, parece estar pacificada: por serem processos objetivos, isto é, sem partes e sem interesses, em regra, não há falar em impedimento ou suspeição de Ministro. O fundamento que justifica essa tese é que os institutos de impedimento e suspeição se restringem aos processos subjetivos, que se atêm a situações concretas e não teriam razão de ser quando se fala de uma análise objetiva e abstrata de determinado ato normativo editado pelo poder público.

Ocorre que os argumentos para afastar qualquer arguição de impedimento ou suspeição nas ações de controle abstrato pouco ou nada refletem a relação do julgador e a formulação do seu convencimento acerca da norma questionada, limitando-se a abordar a objetividade do controle abstrato de normas e a citar precedentes da Corte no mesmo sentido, de forma quase tautológico-paradoxal: é assim porque sempre foi assim. Não há efetivo enfrentamento das causas e das consequências dessa inércia jurisprudencial.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal reafirmou esse posicionamento: “não há impedimento ou suspeição nos processos analisados no controle concentrado de normas, a não ser que o próprio ministro indique razões de foro íntimo”. Com essa tese, surge um grave problema: a falta de transparência. É que a única hipótese de aplicação dos institutos que visam à imparcialidade que os Ministros entenderam se aplicar

aos casos de controle abstrato de constitucionalidade – o foro íntimo – é aquela única que prescinde de justificação.²⁰

Não se nega que o controle normativo abstrato é distinto dos processos subjetivos, tampouco se defende a aplicação dos institutos de impedimento e suspeição a qualquer circunstância e a qualquer custo nos processos objetivos. Com efeito, o que se propõe é uma reflexão individualizada a respeito de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que os casos aqui explorados buscaram problematizar a profundidade com que deve ser analisada a imparcialidade do julgador. Isto é, há necessidade de se referir apenas aos aspectos subjetivos de um processo judicial, por exemplo, ou se deve se estender a presunção de parcialidade à relação que tem o julgador com a própria norma – situação não rara no âmbito da Suprema Corte? Nesse sentido, é fundamental (i) a criação de critérios objetivos para se chegar às conclusões quanto a eventual parcialidade do julgador; e (ii) que o tema seja tratado de uma maneira mais séria e transparente.

20 Art. 145. [...] § 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. (BRASIL, 2015).

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, H. O que é “devido processo legal”?. In.: DIDIER JR., Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 407-416.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 55-MC-QO**. Rel. Min. Octavio Gallotti, julgada em 31/5/1989, DJ de 16/3/1990. Brasília, 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266139>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 1800**. Rel. Min. Nelson Jobim, julgada em 11/6/2007, DJe de 28/9/2007. Brasília, 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=488644>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 3345 e ADI 3365**, Rel. Min. Celso de Mello, julgadas em 25/8/2005, DJe de 20/8/2010. Brasília, 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 6362**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 2/9/2020, DJe de 9/12/2020. Brasília, 2020a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754607621>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 33**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 7/12/2005, DJ de 27/10/2006. Brasília, 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 403**, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento iniciado em 28/5/2019, DJe de 17/6/2020. Brasília, 2020b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200616_150.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF determina arquivamento de Arguição de Suspeição que pedia impedimento de Gilmar Mendes**. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60212>.

CALAMANDREI, P. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, F. **As Misérias do Processo Penal**. Leme: EDIJUR, 2017, ebook.

CARVALHO, A. D. Z. de. **Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21165/3/2016_AlexandreDouglasZaidandeCarvalho.pdf.

COSTA, A. A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf.

COSTA, E. J. da F. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6986/1/Eduardo%20Jose%20da%20Fonseca%20Costa.pdf>.

DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., F. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2001. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-_%20formatado.pdf

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume I**, São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume III**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C.; BADARÓ, G. H. R. I. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

GARGARELLA, R. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes.** In.: Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía, n. 6, abr., 1997, p. 55-70. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>

GRINOVER, A. P. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUCON, P. H. dos S. Imparcialidade do árbitro e do juiz na teoria geral do processo. In.: ZUFELATO, C; YARSHELL, F. L. (Coord.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 647-676.

MADUREIRA, C. ZANETI JR., H. **Formalismo-valorativo e o novo processo civil.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 272, p. 85-125, out. 2017.

MUÑOZ ARANGUREN, A. **El desayuno de nuestros jueces.** La Ley, Año XXXIV, n. 8057, 8 abr. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2258548>.

MUÑOZ ARANGUREN, A. La influencia de los Sesgos Cognitivos en las Decisiones Jurisdiccionales: El Factor Humano - Una Aproximación

mación. **In.: InDret**, v. 2, 2011, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1838370>.

PAIXÃO, C.; CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; CARVALHO NETTO, M. de. **Levando as palavras a sério: um golpe é um golpe**. **Jota**, 2 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/levando-as-palavras-a-serio-um-golpe-e-um-golpe-02102018>.

POLI, V. J. **Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29102012-164630/en.php>

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SHAYO, M.; ZUSSMAN, A. Judicial Ingroup Bias in the Shadow of Terrorism. **In.: The Quarterly Journal of Economics**, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/qje/qjr022>.

THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil, Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUSHNET, M. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Nova Jersey: Princeton University, 1999.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. **In.: Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, J. **Introduction: Disagreements on Justice and Rights**. **In.: NYU Journal of Legislation and Public Policy**, v. 6, n. 5, p. 5-10. Disponível em: <https://nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Jeremy-Waldron-Introduction.pdf>

WARAT, L. A.; PÉPE, A. M. B. **Filosofia do direito: Uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.