

A Imparcialidade Autoavaliada: as arguições de impedimento e suspeição no Supremo Tribunal Federal¹

The impartiality self-assessed: the allegations of impediment and suspicion in Brazilian Supreme Court²

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho³

¹ Enviado em: 15/01/2021. Aprovado em: 28/08/2021.

² O presente artigo corresponde a versão atualizada e revisada de trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho *Os juristas na sociedade: conflitos políticos e sentidos do direito*, no 41º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – ANPOCS, realizado entre 23 e 27 de outubro de 2017, em Caxambu/MG. Registro ainda que pesquisa subjacente à redação do artigo foi desenvolvida durante o doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

³ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília/UnB e mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador/UCSal. Instrutor credenciado da Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Pública e Estado de Direito da Escola da Advocacia-Geral da União. É pesquisador do grupo de pesquisa em Política e Direito (FD/UnB) e coordenador do grupo de pesquisa Sociologia das Instituições Judiciais (UnB e UCSal). É integrante da carreira de Procurador Federal (Advocacia-Geral da União).

Resumo

Um dos pontos cegos da tradicional justificativa da autoridade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal está na descrição da função e do uso discursivo da sua própria imparcialidade. A partir da aproximação aos dados e discursos relativos à forma como a Corte decide sobre as condições da atuação de seus ministros, este artigo procura preencher essa lacuna ao observar o modo peculiar da articulação paradoxal entre o direito e política refletida no discurso decisório do STF. Para tanto, o trabalho adotou uma abordagem metodológica com enfoque próprio de pesquisa quantitativa. Foram levantadas todas as decisões que encerram os incidentes de suspeição e impedimento no Tribunal, destacando os critérios deliberativos, o poder de agenda da Presidência da Corte e, em especial, a capacidade de reforço da confiança no desempenho imparcial da jurisdição. Por fim, procura-se apresentar um diagnóstico claro do déficit de visibilidade da imparcialidade dos ministros e o seu impacto para a legitimação das respostas da Corte no exercício da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Suspeição e Impedimento; Imparcialidade Judicial.

Abstract

One of the blind spots of the traditional rationale in the Brazilian Supreme Court judicial authority is the description of the function and discursive use of their own impartiality. Based upon data and discourses related to how the Court ruled regarding its judges performance, this article aims to observe the singular paradoxical relationship between law and politics reflected in the STF decisions. Therefore, this study adopted a methodological approach with its own focus of quantitative research. In order to do so, we scrutinized all decisions on procedures questioning a supposed partiality of ministers. We highlighted the deliberative criteria, the power agenda of the Presidency of the Court and, in particular, a confidence-building capacity for the impartial performance of jurisdiction. Last but not least, a clear diagnosis presented on the visibility deficit related to the judicial impartiality at the Court and the impact born from legitimated responses during constitutional adjudication.

Keywords: Brazilian Supreme Court; Recusal Standards; Judicial Impartiality.

1. Introdução

A Constituição de 1988 representou um ponto de inflexão na autocompreensão da magistratura sobre o caráter de sua função. Contudo, a percepção mais abrangente do novo papel que seria desempenhado pelo Judiciário e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal não foi instantânea. O momento imediatamente posterior à promulgação do texto constitucional foi marcado pelas discussões sobre o alcance da aplicabilidade dos direitos fundamentais⁴, dos limites da interpretação do STF na definição das regras político-eleitorais e da omissão inconstitucional. A posição autocontida do STF a respeito desses temas sinalizava a manutenção da autodescrição de sua imparcialidade associada à neutralidade exigida para a julgar disputas fundadas nos direitos individuais, em decisões de efeito restrito aos litigantes.

O trânsito da imagem do STF entre uma instância recursal de função política limitada a árbitro do regime de separação de poderes tornou-se mais claro a partir dos anos 2000. As avaliações da mudança institucional do perfil do Tribunal refletiram-se no debate que vem se consolidando no Brasil em torno do significado dos léxicos ativismo e autocontenção da jurisdição constitucional⁵. A inegável importância do tema para a configuração de parâmetros críticos da atividade judicial do STF, entretanto, adquire na maior parte das avaliações focadas no comportamento ativista ou contido do Tribunal dois pontos que me parecem problemáticos.

⁴ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. A amplitude do debate em torno da classificação das normas constitucionais em *plena, contida e limitada*, formulada por José Afonso da Silva e acolhida na jurisprudência, constitui evidência dos contornos que a doutrina e o STF projetavam a eficácia do texto.

⁵ Nesse sentido, entre outros: KOERNER, Andrei. "Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88". In: **Novos Estudos**. Dossiê: Vinte e cinco anos da Constituição de 1988. n. 96, jul., 2013, pp. 69-85; LIMA, Flávia Santiago. *Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. **Tese de Doutorado**. Recife: Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, 2013; VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia". In: **Direito GV**, v. 4, n. 2, jul./dez., 2008, pp. 441-464, e VIANNA, Luiz Werneck; Burgos, Marcelo & Salles, Paulo. "Dezessete anos de Judicialização da Política". In: **Tempo Social: revista de sociologia da USP**. v. 19, n. 2, 2007, pp. 39-85.

O primeiro deles se refere à imprecisão dos termos da crítica. A carência de instrumentos suficientemente consistentes para classificar a postura do Supremo numa dada decisão como ativista ou tímida torna a crítica ao Tribunal, segundo as categorias de ativismo e autocontenção, mais a exposição das perspectivas políticas ou ideológicas do avaliador do que a indicação de critérios construtivos sobre os quais a Corte deveria ter julgado. A fragilidade dos parâmetros para definir a atuação judicial como criativa ou reticente, em relação ao programa normativo do texto constitucional, é sintomática do predomínio que as teorias da argumentação jurídica fundadas na ética do discurso lograram alcançar nas últimas duas décadas do debate jurídico-acadêmico no Brasil.

O segundo problema de parte significativa dessas avaliações está no fato de que, apesar de se fundamentarem de modo subjacente na possibilidade de atuação imparcial do Tribunal, não são constituídas desde a análise dos parâmetros que o STF adota para si mesmo. Nesse particular, diferentemente de iniciativas desenvolvidas em relação à Suprema Corte norte-americana⁶, há um vácuo de investigações empíricas sobre a autoavaliação da imparcialidade do Supremo Tribunal Federal, segundo a descrição dos mecanismos institucionais em que ele se manifesta sobre a própria imparcialidade: as arguições de suspeição e impedimento.

Sob esse propósito, esta pesquisa teve como foco a observação dos dados e discursos da Corte sobre a sua imparcialidade. Para tanto foram adotados dois recortes empíricos a partir das seguintes categorias de decisões: 1) as que decidem as arguições de impedimento e 2) as que decidem as arguições de suspeição. Supreendentemente, o resultado desse levantamento aponta para um grande e eloquente silêncio. O art. 282 do Regimento Interno do STF dispõe que, admitida a arguição e ouvidos o ministro recusado e testemunhas, o incidente de impedimento ou suspeição deve ser submetido ao Tribunal em sessão secreta. Entretanto, das cento e trinta e três arguições

⁶ VIRELLI, Louis J. "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards". In: **Wiscosin Law Review**, n. 1181, 2011, pp. 1.181-1.234 e VIRELLI, Louis J. "Congress, the Constitution, and Supreme Court Recusal". In: **Washington & Lee Law Review**, v. 69, issue 3, 2012, pp. 1.535-1.606.

analisadas, nenhuma foi levada à deliberação dos demais ministros do STF. Sobre o campo é necessário distinguir três grupos: 1) as que são rejeitadas de plano pela Presidência em função do não preenchimento de uma condição formal; 2) as que tiveram o julgamento prejudicado por algum motivo posterior ao recebimento, e 3) aquelas que são indeferidas sob o fundamento de sua manifesta improcedência.

Ao mapear o discurso da imparcialidade a partir da fonte que se autolegitima por ele, este trabalho avalia a atuação do STF pela perspectiva autodescritiva do sistema jurídico⁷. Enquanto categorias que permitem à Corte movimentar recursivamente a semântica da imparcialidade, as arguições de suspeição e impedimento demandam atenção analítica, o que direciona a observação da compreensão semântica da imparcialidade pela comunicação produzida no direito. Analisar o problema da imparcialidade judicial sob os parâmetros da autodescrição da Corte, em meio à contingência dos conflitos com que as instituições são confrontadas a todo tempo, potencializa uma visão distinta daquela tradicionalmente adotada pelos juristas. Além disso, permite o exame das relações entre o discurso universalista e principiológico de liberdade e igualdade e a atuação discursiva da Corte, possibilitando uma análise da coerência entre o discurso jurídico dogmático e a prática decisória.

Ao aproximar essa noção de imparcialidade à observação de que a função do constitucionalismo é a proteção às distintas comunicações da política e do direito, proporcionando-lhes autonomia ao tempo em que viabiliza influências recíprocas⁸, destaca-se o modo como as instituições criadas para preservar aquela autonomia articulam sua própria organização nos espaços de poder. Enquanto a autonomia do direito parece depender institucionalmente da independência de juízes e Cortes, inclusive como forma de lhes possibilitar a imparcialidade de julgamento, a autonomia da política exige amplo espaço de discricção para a deliberação do legislador. Isso porque as razões do legislador sujeitam-se a uma maior variedade de possibilidades de legitimação, enquanto

⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2. ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2005.

⁸ LUHMANN, Niklas. "La costituzione come acquisizione evolutiva" In: Zagrebelsky, G.; Portinaro, P.P.; Luther, J. (orgs.) *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

permanentemente aberta à diversidade de grupos políticos, cujas demandas prescindem da conversão na linguagem técnica do direito.

Ocorre que, em geral, a teoria constitucional tende a descrever as Cortes como o locus mais apropriado da razão, pois seria integrada por agentes mais virtuosos que os legisladores⁹. Essa percepção, contudo, simplifica um problema relevante e que atinge diretamente a função de promoção da autonomia das esferas do direito e política articulada pela Constituição. Isso porque a afirmação, sob petição de princípio, de que um grupo de juízes constitui uma reserva moral qualificada e, por isso, está sempre melhor posicionado para decidir, potencializa a homogeneização da distinção entre deliberação política e razão jurídica¹⁰.

Essa descrição prevalecente sobre o papel das Cortes, contudo, não problematiza suficientemente o fato de que também elas estão sujeitas às mesmas deficiências dos parlamentos e governos. Como destaca Adrian Vermeule, é fato que juízes e tribunais podem ser capturados por corporações, sobrecarregar-se, corromper-se, além de usarem sua autoridade para o alcance de benefícios em seu favor¹¹, escondendo interesses particularistas sob o manto de uma imagem de pureza ou neutralidade político-ideológica. A problemas como esse não se relaciona diretamente a linguagem do constitucionalismo. Porém, os usos a que se prestam os termos da imparcialidade no exercício da jurisdição constitucional, num projeto republicano e democrático, não pode desconsiderar o fato de que esse projeto deve expor os que exercem a autoridade jurisdicional a uma visibilidade permanente.

O caso do STF é sintomático sobre a desproporção entre a grande relevância do tema e a pouca atenção que a ele se tem dirigido. De modo mais acentuado do que nas demais instâncias do Judiciário, o arranjo institucional do STF favorece uma baixa percepção da imparcialidade. Além disso, o caráter marcadamente político da sua jurisdição exige que os ministros adotem posição

⁹ WALDRON, Jeremy. "Legislatures Judging in Their Own Cause". In: **Legisprudence**, vol. 3, 2009, pp. 125-145.

¹⁰ MÖLLERS, Christoph. "The Guardian of Distinction: constitutions as an instrument to protect the differences between law and politics." In: **Jus Politicum**, n. 7, 2012.

¹¹ VERMEULE, Adrian. "Contra Nemo Iudex in Sua Causa: the limits of the impartiality". In: **Yale Law Journal**, n. 122, 2012, pp. 384-420.

que necessariamente beneficiam ou prejudicam um dos lados das disputas políticas. E a derrota, muitas vezes, passa a ser atribuída à ausência de imparcialidade do Tribunal e não à fragilidade da posição defendida.

O nosso modelo de organização da justiça constitucional é especialmente rico e problemático nesse sentido. O Tribunal é formado por 11 ministros, todos amplamente conhecidos pela advocacia que atua na Corte e cada vez mais expostos à opinião pública de que têm ativamente participado com progressiva frequência¹². De modo distinto da primeira e segunda instâncias do Judiciário, os membros do STF não têm substitutos¹³. E quando se trata da apreciação de matéria que implique a pronúncia de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o art. 22 da Lei nº 9.868/1999 exige o quórum 8 ministros para a deliberação. Desse modo, vê-se que esse arranjo da agenda e organização interna do Tribunal abre possibilidades inversamente proporcionais entre a identificação dos ministros pelas partes/advogados e as dificuldades de deliberação colegiada quando um dos integrantes seja afastado por impedimento ou suspeição dos julgamentos.

Além disso, há de se registrar que seus integrantes são indicados e nomeados pela Presidência da República, após uma sabatina demasiadamente frágil e criticada. A função desempenhada pelos ministros não se submete a qualquer mecanismo de controle externo - inclusive quanto aos seus atos não jurisdicionais e que, apesar de manter um sistema misto de fiscalização normativa, tem passado por um movimento de progressiva concentração de competências aliada à ampliação da extensão do efeito de suas decisões¹⁴. O

¹² FALCÃO, Joaquim & OLIVEIRA, Fabiana. “O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?”. In: **Lua Nova**, n. 88, 2013, pp. 429-469.

¹³ Diferentemente dos demais Tribunais, inclusive superiores, que costumam convocar juízes ou desembargadores para compor temporariamente o colegiado, o art. 37 e seguintes do Regimento do STF prevê a substituição apenas entre os seus 11 ministros por ordem de antiguidade para o exercício das funções da Presidência – inclusive das Turmas, em casos de licenças e ausências legais do titular; a substituição do relator pelo revisor em impedimentos e afastamentos, seguido do mais antigo se o impedimento persistir. Em caso de empate, o art. 40 estabelece que o Presidente convocará o ministro licenciado para votar, caso ultrapassado o período de 30 dias do afastamento.

¹⁴ CARVALHO, Alexandre. **Efeito Vinculante e Concentração da Jurisdição Constitucional no Brasil**. Brasília: Consulex, 2012 e COSTA, Alexandre; CARVALHO, Alexandre & FARIAS, Felipe. “Controle de Constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade” In: **Direito GV**. v. 12, n. 1, jan./abr., 2016, pp. 155-187.

que, todavia, não tem representado significativos resultados para a defesa dos direitos fundamentais.

Pois bem, perguntar sobre o sentido da imparcialidade judicial no STF enquanto justificativa do controle de constitucionalidade num contexto como o nosso, em que a junção dos controles difuso e concentrado é marcada pelo reforço deste último desde meados da década de 1960, tem também a função de questionar o (des)equilíbrio entre os poderes no desenho institucional brasileiro e, por sua vez, a própria percepção da sociedade sobre o adequado funcionamento da jurisdição constitucional. Tal questionamento põe em xeque a função e o uso da imparcialidade enquanto justificativa de uma instituição contramajoritária, que abre espaço para a efetiva proteção dos direitos fundamentais, contrapondo-a à tese de que ela apenas reserva um espaço do Estado teoricamente livre da pressão popular, como trincheira de defesa de interesses corporativos de grupos¹⁵. E ainda se e como seria possível articular a ideia de imparcialidade judicial com o amplo controle social.

¹⁵ COSTA, Alexandre & BENVINDO, Juliano. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014 e FORNARA, Matheus & CARVALHO, Alexandre. Os Juízes na Pauta do Supremo: a atuação da Associação dos Magistrados Brasileiros no Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Revista de Ciências Sociais**. Fortaleza, v. 49, n. 2, jul./out., 2018, p. 245–296.

2. Quadro geral do discurso da imparcialidade no Supremo Tribunal Federal.

Tanto a legislação do processo civil quanto a do processo penal tratam a imparcialidade do juiz como pressuposto de validade, qualificando-a como regra de ordem pública e garantia do devido processo legal. As hipóteses de suspeição e impedimento tratadas no ordenamento jurídico brasileiro foram construídas a partir de uma concepção tradicionalmente ligada à contraposição entre os aspectos subjetivos do julgador e o interesse das partes, com o objetivo de preservar a igualdade de tratamento dos litigantes em juízo.

O grau de proteção conferido ao direito das partes de serem julgadas por um juiz imparcial é tal que constitui motivo de nulidade da decisão o julgamento proferido em condições de impedimento¹⁶. No caso da suspeição não reconhecida pelo próprio magistrado, pode a parte invocá-la em incidente processual que, caso não interposto no prazo, deixa de produzir efeitos no processo e perpetua a jurisdição. A distinção entre suspeição e impedimento foi caracterizada por Pontes de Miranda do seguinte modo: “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”¹⁷. Esta distinção é acolhida na jurisprudência do STF¹⁸ que entende serem taxativas as hipóteses de impedimento previstas no Código de Processo Civil, atribuindo-lhes presunção absoluta de parcialidade. Já a parcialidade de que se cogita na suspeição goza de presunção relativa, razão pela qual não pode ser questionada após o prazo legal. Então, o vício processual é convalidado e o magistrado considerado imparcial para todos os efeitos jurídicos.

O quadro representativo do discurso da imparcialidade dos ministros do STF descrito a partir das decisões nas arguições de impedimento e suspeição é destacado por duas características marcantes: 1) a forte concentração do poder de decisão assumida pela Presidência do Tribunal e 2) a deficiência de critérios

¹⁶ Previsão contida no §7º do art. 146 do Código de Processo Civil.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 420.

¹⁸ STF. AgRMS n. 24.613/DF, rel. min. Eros Grau, DJ 22.06.2005.

deliberativos adequados a exprimir a visibilidade do modo como os integrantes da Corte definem os limites da própria jurisdição quando têm a sua imparcialidade questionada.

O resultado do levantamento das arguições¹⁹ aponta para um grande e eloquente silêncio. O art. 282 do Regimento Interno do STF dispõe que, admitida a arguição e ouvidos o ministro recusado e testemunhas, o incidente de impedimento ou suspeição deve ser submetido ao plenário do Tribunal. Entretanto, *das 171 (cento e setenta e uma) arguições analisadas, nenhuma foi levada à deliberação dos demais ministros*. Sobre o universo analisado é necessário distinguir três grupos: 1) as que são rejeitadas de plano pela Presidência em função do não preenchimento de uma condição formal; 2) as que tiveram o julgamento prejudicado por algum motivo posterior ao recebimento, e 3) aquelas que são indeferidas sob o fundamento de sua manifesta improcedência, nos termos do art. 280 do Regimento.

Do número global de decisões foram identificados os principais fundamentos indicados para justificar a alegada recusa dos ministros. Esse conjunto é formado por decisões que fazem referência a quatro categorias de argumentos articulados tanto nas exceções de impedimento quanto nas de suspeição: 1) Segregação de funções; 2) Prejulgamento; 3) Tratamento desigual, e 4) Aplicação do direito. A classificação não corresponde às hipóteses de suspeição e impedimento definidas na legislação, pois foram identificadas a partir da frequência com que aparecem nas decisões.

O argumento da segregação de funções como fator de parcialidade da atuação dos ministros costuma ser recorrente entre as arguições de impedimento e suspeição. Em 33 (trinta e três) delas a suposta parcialidade é atribuída ao fato de os julgadores terem se manifestado ou atuado na discussão do caso quando ocupavam outras funções, em especial ligadas ao Poder Executivo. Onze delas foram dirigidas contra a participação de ministros advindos da Advocacia-Geral da União (Gilmar Mendes e Dias Toffoli). Mas também se observam arguições dirigidas contra a participação de ministros

¹⁹ Atualizados até o dia 30 de junho de 2021, os dados registram a existência de 171 (cento e setenta e uma) arguições, sendo 64 (sessenta e quatro) delas de impedimento (Aimp) e 107 (cento e sete) de suspeição (AS).

advindos do Ministério da Justiça (Nelson Jobim e Maurício Corrêa); Secretário Estadual de Justiça²⁰ e advogado municipal²¹. A atuação anterior dos ministros dentro do próprio Judiciário, em funções distintas, também já fora objeto de impugnações²². Assim como a suposta perda de imparcialidade derivada de atividade privada, como a defesa de investigado²³ ou emissão de parecer²⁴.

Na categoria do prejulgamento foram computadas as referências à convicção manifestada pelo julgador, tanto em função da atuação em fases anteriores do processo ou casos idênticos aos que chegam à pauta do Tribunal, quanto pela emissão de opinião divulgada pela imprensa sobre o objeto da demanda²⁵. Sob a classificação de tratamento desigual foram analisadas as menções à amizade ou inimizade íntima; ofensa pessoal; relação de parentesco, demora excessiva e prática de ato incompatível com a equidade na condução do processo. E por último, na categoria de aplicação do direito, foram agrupadas as decisões que atribuem às arguições a tentativa inadequada de impugnação das questões de direito.

²⁰ STF. Aimp nº 44, apresentada pelo PSOL contra a relatoria do min. Alexandre de Moraes na ADPF nº 412/DF, considerando que ele havia assinado Ofício que integrou o ato impugnado na ação (autorização do uso da força para a desocupação de imóveis públicos, sem autorização judicial). E ainda a AS nº 94, ajuizada com o objetivo de afastamento de Moraes do julgamento do HC nº 154.299, em virtude sua atuação pessoal nas investigações envolvendo torcidas organizadas em São Paulo, também da condição de Secretário.

²¹ STF. Aimp nº 20, rel. min. Cármen Lúcia, *DJ* 16.11.2015, que questionou a imparcialidade do min. Lewandowski na Suspensão de Liminar nº 755, requerida pelo Município de São José do Rio Preto, para o qual o ministro havia prestado consultoria quando da elaboração da Lei Orgânica municipal.

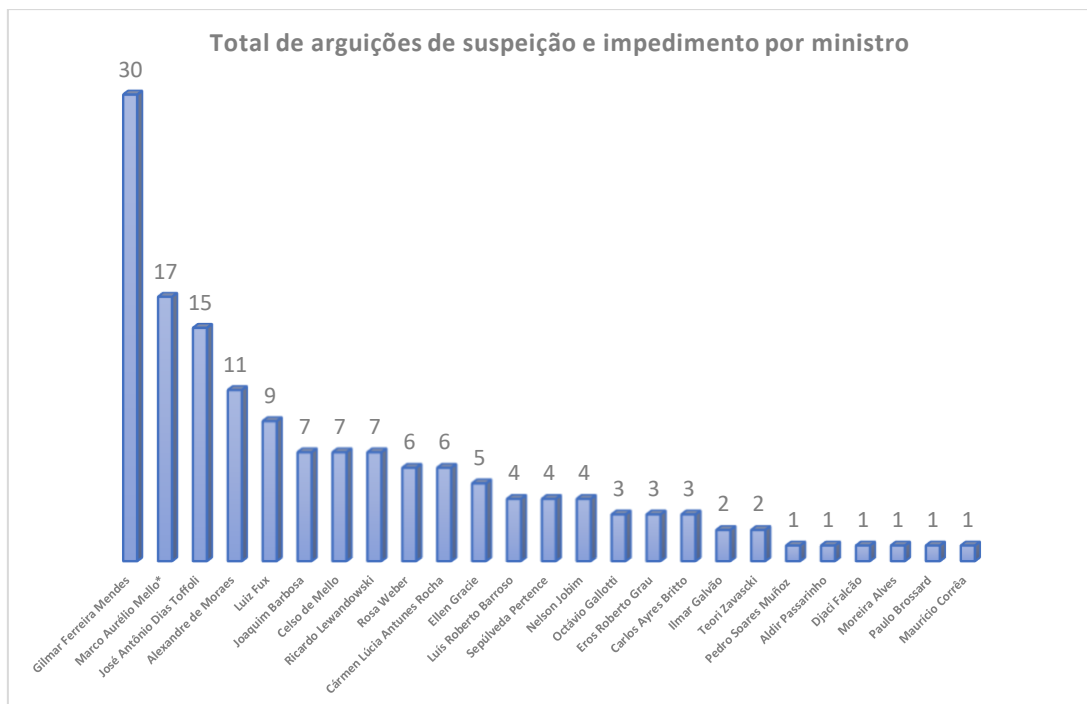
²² São casos de prévia manifestação em função distinta: atuação como Presidente do CNJ (em relação à ministra Ellen Gracie. AS nº 42 e 43, rel. min Gilmar Mendes); ministra do TST (caso da ministra Rosa Weber. AS nº 78, rel. min. Lewandowski) e ministro do STJ (caso do ministro Teori Zavascki. Aimp nº 11, rel. min. Joaquim Barbosa, e Luiz Fux. Aimp nº 25, rel. min. Lewandowski, *DJ* 04.08.2017).

²³ Caso da defesa que Dias Toffoli, enquanto advogado, fez do senador João Alberto Capiberibe, antes de se tornar ministro: AS nº 56, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* 25.10.2011.

²⁴ A exemplo dos pareceres emitidos pelo ministro Eros Grau, enquanto professor de direito econômico da USP: AS nºs 36 e 37, relatados pelo min. Gilmar Mendes.

²⁵ Casos das AS nºs 47 e 48 relativas a críticas de Joaquim Barbosa a liminares deferidas em favor do banqueiro Daniel Dantas. Também da AS nº 97, ajuizada pelo Senador Jorge Kajuru pretendendo o afastamento do min. Gilmar Mendes no MS nº 36.649, pois o ministro concedeu entrevista em que adiantaria seu voto pela inconstitucionalidade da chamada CPI da “Lava Toga” (rel. min. Dias Toffoli, *DJ* 25.09.2019). E da Aimp nº 6, que arguiu a parcialidade de Dias Toffoli em razão de entrevista sobre o direito a diferenças de correção monetária nas cadernetas de poupança decorrentes dos planos econômicos Bresser e Verão.

Na escala organizada pelo número de arguições de impedimento e suspeição por ministro recusado²⁶, a seguinte classificação é alcançada:



Fonte: elaboração própria a partir das decisões extraídas do site do STF

Já sob a perspectiva temporal é possível identificar um gradual aumento da interposição das arguições a partir dos anos 2000. Entre 1949 (data do registro da primeira arguição de suspeição no STF) e 1988, apenas 11 arguições foram contabilizadas. Uma média muito baixa para um período de 39 anos. O número seguiu baixo entre 1993 (ano da primeira arguição de suspeição sob a nova Constituição) e 2000, quando se registraram apenas 4 delas. O salto quantitativo, que parece ainda baixo em relação ao contingente de processos que o Tribunal julga, ocorreu entre 2000 e 2010, quando foram registradas 40 arguições, sendo apenas 3 delas de impedimento. E a tendência de crescimento mostrou-se mais acentuada entre 2010 a 2021 (até junho), quando foi possível levantar 118 decisões, que se dividem de modo equilibrado entre arguições de suspeição (57) e impedimento (61).

²⁶ Não há coincidência entre o número total de decisões e a soma de arguições por ministro, pois alguns dados, em especial anteriores a 1988, não registram o ministro recusado, além da ausência de outras informações no cadastro do STF.

Logo, vê-se que num período de pouco mais de 10 anos (2010 a 2021) registrou-se um número significativamente maior de arguições que questionam a imparcialidade dos ministros do que em todo o período de 61 anos anterior de que se dispõe das informações sobre os instrumentos de impugnação da parcialidade no STF. Esse dado pode sugerir um aumento da desconfiança dos jurisdicionados sobre a atuação dos ministros ou pelo menos que os eventuais custos dos constrangimentos relacionados à apresentação das arguições foram consideravelmente reduzidos.

Se analisada essa perspectiva em conjunto com a classificação por ministro recusado, pode-se concluir que o ingresso na Corte de ministros com trajetórias profissionais ou políticas mais relacionadas às chefias do Poder Executivo aumenta o grau de desconfiança na jurisdição do Tribunal. Desde que postas de lado as dificuldades da divisão entre o que é ser técnico e o que é ser político, mas observando a biografia dos julgadores – previamente ligados ao Poder Executivo, pode-se concluir nesse sentido. São exemplos os casos dos ministros que figuram no topo da lista: Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes, com respectivamente 19, 12 e 4 anos de atuação na Corte, quando comparados a Moreira Alves e Celso de Mello, com 28 e 31 anos de Tribunal, respectivamente, e um número muito baixo de recusas em arguições, qual seja de 1 e 7.

Como já dito, do conjunto de arguições de suspeição levantadas, apenas 11 foram ajuizadas antes da vigência da Constituição de 1988, e os dados coletados não permitem uma conclusão a respeito do tema de fundo discutido em todas elas. Esse baixo número de arguições registrado antes de 05.10.1988 sugere um grau maior de confiabilidade da Corte na percepção dos jurisdicionados, caso essa percepção seja associada à postura de autocontenção dos ministros do STF, vistos como intérpretes exegéticos do direito e distantes da política. Essa é uma avaliação congruente com as pesquisas que demonstraram como a participação efetiva e direta da magistratura e dos ministros do STF no debate da constituinte constituiu parte

relevante da ressignificação de sua própria função institucional, aproximando-os das disputas políticas²⁷.

2.1 Arguições de Impedimento

As arguições de impedimento formam um universo relativamente significativo. Foram catalogados 64 incidentes. Desse contingente, 57 foram objeto de decisão. Em linhas gerais, 19 tiveram seguimento negado por questões formais (ajuizadas fora do prazo, por parte ilegítima ou sem capacidade postulatória); 21 foram prejudicadas e 16 foram indeferidas sob o fundamento de manifesta improcedência. Entre as demais, 2 foram autuadas novamente como agravos de instrumento; 2 tiveram pedido de desistência homologado pela Presidência; 1 está aguardando julgamento; 1 teve autuação cancelada e 2 não tiveram os dados divulgados. Vejamos no gráfico abaixo:



Fonte: elaboração própria a partir das decisões extraídas do site do STF

Novamente, sobre o universo de arguições levantado é necessário distinguir três grupos: 1) as que são rejeitadas de plano pela Presidência em função do não preenchimento de uma condição formal; 2) as que tiveram o julgamento prejudicado por algum motivo posterior ao recebimento, e 3) aquelas

²⁷ CARVALHO, Alexandre. "Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte". In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 114, jan./jun., 2017, pp. 31-77; KOERNER, Andrei & FREITAS, Lígia. "O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo". In: **Lua Nova**. São Paulo, n. 88, 2013, pp. 141-184, e LORENCINI, Bruno César. "Assimetria de poder na transição democrática e o desenho da jurisdição constitucional brasileira". In: **Revista Justiça do Direito**, 34 (3), 2020, pp. 272-301.

que são indeferidas liminarmente pelo Presidente sob o fundamento de sua manifesta improcedência.

No primeiro grupo, encontram-se 16 (dezesesseis) decisões. Doze delas negam seguimento às arguições por terem sido propostas fora do prazo de 5 dias após a distribuição (art. 279 do RISTF). Duas foram rejeitadas por ausência de capacidade postulatória, uma por incompetência do STF (Almp nº 26), pois dirigida contra ministro do STJ e a remanescente, Almp nº 8, foi rejeitada por ilegitimidade do excipiente, que não era parte do processo principal.

O segundo grupo, que concentra as arguições prejudicadas, conta com 21 (vinte e um) casos. Em quinze deles, os ministros recusados reconheceram o próprio impedimento e afastaram-se do julgamento. Os outros 6 (seis) casos tiveram a prejudicialidade declarada por perda superveniente de objeto, pois o julgamento da ação principal deu-se antes da decisão sobre a arguição.

O terceiro grupo tem 16 decisões que indeferem os incidentes de impedimento por manifesta improcedência. O tema está disciplinado em previsão regimental. O art. 280 do Regimento Interno autoriza o arquivamento pela Presidência, em decisão monocrática e sem ouvir o ministro excepto, mesmo que a arguição preencha os requisitos processuais exigidos. Contudo, em algumas das decisões há a contradição entre o uso da expressão “negativa de seguimento” e o juízo de mérito a que corresponde ao acolhimento da “manifesta improcedência”.

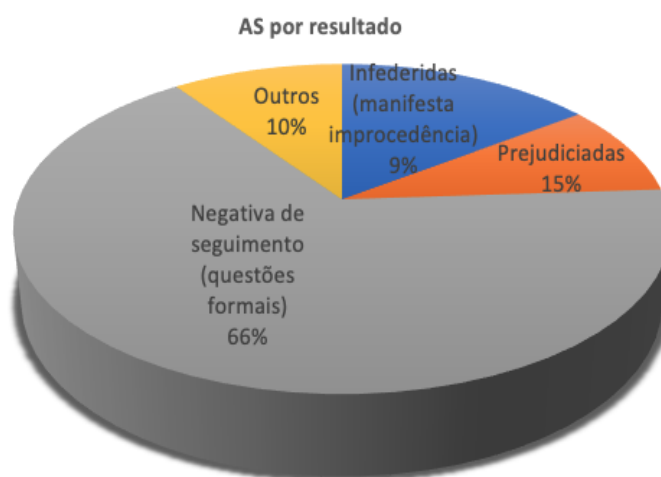
É certo que há a possibilidade de interposição de agravo regimental ou embargos de declaração contra a decisão, mas importa notar que a atribuição dessa competência dá à Presidência da Corte um grande poder sobre as arguições, constituindo-se num quase monopólio do controle sobre o questionamento da imparcialidade dos ministros, dada a baixa probabilidade de alteração do seu juízo em eventual recurso manejado pelo excipiente.

O quadro geral das arguições de impedimento decididas mostra que, em geral, elas não demoram a ser julgadas. Além disso, apesar de serem fundadas numa variedade de causas, não conseguem ultrapassar a barreira da negativa de seguimento – seja pela rejeição formal em virtude de alguma questão processual ou pelo acolhimento de plano da improcedência, sendo função da

Presidência da Corte realizar esse filtro, que de tão rigoroso impede a apreciação de qualquer arguição pelos demais ministros na forma prevista pelo Regimento.

2.2 Arguições de Suspeição

Das 107 arguições de suspeição, 66 tiveram seguimento negado pela Presidência da Corte. Entre as demais, 15 foram julgadas prejudicadas; 9 foram indeferidas; 3 aguardam julgamento (entre elas, uma que tramita sob segredo de justiça); 3 foram extintas por desistência da parte excipiente e 4 não tiveram seus dados divulgados pelo Tribunal. Outros casos identificados não dispõem de informações suficientes que permitam conhecer qual o seu resultado. Observe-se a divisão das decisões:



Fonte: elaboração própria a partir das decisões extraídas do site do STF

Do total de 66 arguições que tiveram seguimento negado, 23 o foram sob o fundamento de intempestividade, de acordo com o art. 279 do Regimento Interno. A ausência do pressuposto formal de capacidade postulatória fundamentou a negativa de seguimento de 11 arguições, enquanto a condição de ilegitimidade da parte foi invocada em 4 decisões.

Outro grande contingente de incidentes de suspeição foi indeferido por manifesta improcedência. Nessa categoria se inserem 19 arguições, que foram sumariamente negadas por diversos motivos. Como já esclarecido, o Regimento Interno do STF não detalha hipóteses de suspeição dos ministros, remetendo-as às causas da legislação processual civil e penal. Logo, foi possível encontrar

arguições fundadas pela suposta inimizade pessoal evidenciada por declarações proferidas em outros processos; na atuação anterior dos ministros em cargos ou funções públicas; na prévia atuação como advogado de uma das partes; e ainda no fato de ministros arguidos terem atuado em fase anterior do mesmo processo.

A exemplo da constatação em relação às arguições de impedimento, nenhuma das arguições de suspeição foi deferida ou mesmo levada à deliberação do Plenário da Corte, na sessão de que fala o art. 282 do Regimento.

Além disso, muitos dos argumentos utilizados para rejeitar o processamento das arguições sugerem a adoção de um viés pragmático, senão consequencialista, na apreciação das suspeições arguidas. Há falhas na condução dos procedimentos das arguições, com efeitos claros sobre a transparência e confiabilidade das decisões dos ministros. O que se observa, então, é a precarização da consistência argumentativa das decisões nas arguições, em casos nos quais a manifestação de imparcialidade foi demandada enquanto garantia de equidade de tratamento das partes, e que em tese poderiam ter resultado distinto caso o Presidente da Corte tivesse submetido a arguição aos demais ministros, como inclusive prevê o regimento.

3. A lei do silêncio? O déficit de visibilidade da imparcialidade no STF

A análise dos dados levantados, por si só, não denota ou sugere eventual favorecimento pessoal, falta de zelo ou intransparência dos ministros. Porém, a falta de um critério deliberativo incorporado à prática discursiva do STF nas questões envolvendo a (im)parcialidade de seus membros potencializa o surgimento de dúvidas sobre o grau de isenção do Tribunal em diversos casos. Além disso, a negativa de competência²⁸ da Corte para apreciar questões infraconstitucionais em sede recursal, na qual se insere o tema das causas de suspeição e impedimento dos demais juízes e tribunais²⁹, impede a construção de uma distinção entre o regime da imparcialidade dos ministros do STF em relação ao restante da magistratura.

Sob o fundamento de que a violação reflexa à Constituição não autoriza o conhecimento do recurso no Supremo, justifica-se a rejeição do exame de questões de fato pelo Tribunal, e com elas a apreciação dos motivos pelos quais as exceções de impedimento ou suspeição nas demais instâncias tenham sido rejeitadas³⁰. A negativa de análise fática e das diversas variantes que compõem a complexidade dos casos³¹, por sua vez, acaba por atingir a solidez do entendimento adotado pelo STF ao referir-se à imparcialidade dos seus próprios ministros.

²⁸ Súmula n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Além da Súmula n. 399: “Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada fôr a regimento de tribunal”.

²⁹ Nesse sentido: STF. 1ª Turma. AgReg no RE 577.297/SP, rel. min. Ayres Britto, *DJ* 26.5.2009; AgReg no RE 629.080/DF, rel. min. Rosa Weber, *DJ* 04.2.2014, que versou sobre aplicação de regras sobre impedimento e suspeição do regimento interno do TJDFT, e 2ª Turma, AgReg no AI 599.452, rel. min. Joaquim Barbosa, 6.5.2008; AgReg no AI 383.510/DF, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* 27.8.2002, que analisando pretensão de suspeição de ministro do STJ levada em recurso ao STF afirmou que “compete ao Judiciário, no conflito de interesses, interpretando a lei, fazer valer a vontade concreta desta. Se, em tal operação, o Judiciário interpreta bem ou mal a lei, a questão continua no campo da legalidade comum, incorrendo o contencioso constitucional”.

³⁰ STF. 1ª Turma. AgReg no AI n. 828.647/MG, rel. min. Dias Toffoli, *DJ* 20.9.2011.

³¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013 e BITENCOURT, Caroline Müller & PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. “Decisão judicial no constitucionalismo contemporâneo: um olhar crítico sobre o modelo do juiz Hércules” In: **Revista Justiça do Direito**, v. 1, n. 2, jul./dez. Edição especial, 2014, pp. 78-95. Situação que inclusive impõe limites à capacidade explicativa dos modelos teóricos formais que tradicionalmente descrevem o comportamento judicial, cf. GOMES, José Mário Wanderley. “Como decidem os juízes? Comparando modelos formais explicativos do comportamento judicial” In: **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, jan./abr., 2020, pp. 228-255.

O fato de nenhuma das arguições ter sido levada ao plenário revela que o STF não parece disposto a discutir a parcialidade de seus ministros e que o questionamento da imparcialidade na Corte não tem encontrado espaço adequado nos instrumentos processuais postos à disposição dos jurisdicionados. Os dados sugerem que a avaliação dos ministros sobre a própria imparcialidade e de seus colegas assume uma condição naturalizada, sequer discutida na forma juridicamente estabelecida, o que fragiliza a condição imparcial do Tribunal. Outra hipótese é a de que esse padrão decisório, que mantém o silêncio sobre as arguições, constitui uma espécie de autoproteção dos ministros em relação à desconfiança externa. Pode-se cogitar que, de forma deliberada ou não, os ministros teriam criado um ambiente de cumplicidade entre si como mecanismo de preservação das suas próprias biografias e da imagem do Tribunal contra tentativas de desvelar alguma motivação pessoal para as decisões.

Essa relação pode ser bem compreendida entre os pares ao contribuir com a percepção de que a Corte julga com fundamento no direito e não por motivação política ou interesse pessoal dos seus membros. Contudo, essa postura de autoproteção que bloqueia a discussão da imparcialidade dos ministros assume uma feição problemática para o funcionamento do Tribunal em determinados casos, aumentando a desconfiança do público externo e dos jurisdicionados. Isso porque o silêncio ou a negação da presença de conflitos de interesse na Corte está sujeita à apropriação estratégica pelas partes e advogados, com o objetivo de afastar ministros dos julgamentos, valendo-se do cálculo em relação a voto cuja posição do julgador é previamente conhecida – ou ao menos esperada –, e cuja exclusão pode ser decisiva para o resultado.

As distintas atribuições dos ministros, justificadas pela função política desempenhada pela Corte, indicam que a avaliação da imparcialidade no STF está sujeita a um grau de responsabilidade distinto dos demais integrantes do Poder Judiciário. Porém, também sob essa perspectiva há dificuldades de enquadramento dogmático claro, pois os ministros não dispõem de estatuto funcional próprio, vinculando-se à Lei Orgânica da Magistratura. A resistência à aplicação dos padrões legais de recusa dos juízes a magistrados dos tribunais

de cúpula e responsáveis pela chamada guarda da Constituição não é exclusividade brasileira. Exemplos do modo reativo com que a interpretação das cláusulas de recusa têm sido acolhidas na jurisprudência podem ser vistos também na Suprema Corte norte-americana³², além dos Tribunais Constitucionais do Chile³³ e da Espanha³⁴.

Além disso, diferentemente da experiência de outras Cortes Supremas, ainda é baixo o grau de pressão a que o STF se submete no que toca o dever de prestar contas à sociedade. Isso contribui para que se mantenham ocultos os espaços de algumas relações pessoais, que podem sugerir trocas de favores ou vínculos indesejáveis, não expressamente proibidos pelo direito, mas que reduzem muito a expectativa de atuação imparcial dos ministros e colocam em xeque a confiança na instituição. Embora no plano do discurso se mantenha a ideia de neutralidade e impessoalidade das relações institucionais, os efeitos desses problemas incidem de modo muito negativo sobre a imagem do Tribunal, promovendo o descrédito de suas decisões. O que, por sua vez, contribui para uma visão de um direito mais sacralizado do que efetivamente respeitado.

Entre discursos de domínios diversos, a comunicação produzida pelo STF agrega argumentos da política e do direito, muitas vezes postos sob forte tensão. Ocorre que, não raro, essa tensão passa despercebida pelos próprios julgadores e pelos jurisdicionados, pois uma das funções da linguagem do direito é ocultar as contradições envolvidas na argumentação sobre o caso, condição para que o conflito possa receber uma solução. A operação se materializa pela invisibilização da contingência presente no paradoxo da decisão³⁵. Ocorre que essa operação precisa ser feita por meio da adoção de mecanismos

³² VIRELLI, Louis J. "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards". In: **Wisconsin Law Review**, 2011, pp. 1.181-1.234.

³³ SALAMANCA, Andrés. "El Derecho Fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno". In: **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. XXXIII. Valparaíso. 2do Semestre, 2009, pp. 263/302.

³⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. ATC 18/2006, de 24.01.2006; ATC 26/2007, de 05.02.2007 e Rincón, 2008, p. 347-393, e RINCÓN, Luis E. Delgado Del. "La Recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional". In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 82, ene./abr., 2008, pp. 347-393.

³⁵ LUHMANN, Niklas. "The Third Question: the creative use of paradoxes in Law and Legal History". **Journal of Law and Society**, vol. 15, n. 2, 1988, pp. 153-165 e LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. 2. ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2005.

deliberativos vistos como confiáveis pelas partes e terceiros. A rejeição absoluta da discussão sobre a parcialidade dos ministros, constatada pelo fato de que nenhuma das 133 arguições examinadas foi levada ao colegiado, indica a existência de um sério problema no modo como a Corte se autocompreende enquanto órgão imparcial. A opção institucional de colocar-se acima de qualquer suspeita quando deparada com questionamentos parece apostar na manutenção da ingênua crença de que a confiança pode se estabelecer independentemente das contingências que a cercam.

Por outro lado, como mostram os dados, ocultar a parcialidade dos magistrados mostra-se relevante na organização interna do Supremo e seus quóruns de deliberação. No funcionamento dos tribunais que tem por função apreciar casos com grande repercussão política, paradoxalmente, a transparência dos discursos decisórios parece conspirar contra a confiança no trabalho dos seus magistrados. Isso porque o fato de serem eles responsáveis por decidir temas políticos (orientados por programas finalísticos) com base no sistema jurídico (condicionado pelos programas do direito), demanda o silêncio acerca de suas posições e relações pessoais. Sem o recato do silêncio, a decisão não será vista como resposta juridicamente legítima, mas como manifestação da vontade ou preferência política pessoal. Contudo, essa alternativa tampouco é suficiente porque o comportamento dos ministros muitas vezes viola as previsões do regimento, além de permanecer disponível à apropriação estratégica dos litigantes.

Se por um lado não é possível apontar uma causa única para o déficit dos critérios de aferição da imparcialidade no STF, de longe pode-se afirmar que o STF seja um Tribunal cuja transparência esteja acima de qualquer suspeita. Apesar da maior exposição que a Corte e os ministros passaram a experimentar nos últimos anos, diversos conflitos de interesse envolvendo direta ou indiretamente os ministros têm sido noticiados pela imprensa, o que é bastante revelador de uma incongruência entre o discurso normativo pronunciado nas decisões e o comportamento dos integrantes da Corte. A negativa de auto-observação bloqueia uma autocompreensão adequadamente complexa do problema da imparcialidade no Tribunal.

Segundo Luhmann, contudo, é da contingência presente nas condições do procedimento que o direito pode afirmar sua autonomia, independentemente das projeções dos participantes envolvidos num discurso racional. Sob essa perspectiva, a atenção de uma teoria preocupada com a reprodução do direito numa sociedade hipercomplexa se dirige às formas de diferenciação e acoplamento das distintas esferas de comunicação, e não à homogeneização de perspectivas diversas sob um critério ético universalizante – e, muitas vezes, distante da prática institucional. Compreender o procedimento de tal maneira torna-se adequado quando se abandona a ideia de que a sua adoção nos levará à verdade ou à correção das respostas do direito, mas possibilitará “investigar a função dela para a legitimação da decisão imparcialmente considerada numa forma sociológica moderna”³⁶. O procedimento cumpre a função de selecionar o sentido de uma orientação em detrimento de inúmeras outras possibilidades, para que o sentido seja transmitido como tal. A função do procedimento estaria em absorver o risco e reduzir a complexidade a um nível de significação capaz de produzir a aceitabilidade do resultado de suas operações – criando espaço para a legitimação da decisão.

Desse modo, reconhecer a contingência da categoria da imparcialidade judicial no discurso constitucional não significaria vulnerá-la ao ponto de excluir a sua relevância, mas considerá-la a condição de possibilidade para desparadoxizar a contradição entre direito e política. A imparcialidade é uma categoria criada e reproduzida pelo próprio sistema jurídico como resposta à complexidade das questões constitucionais sem o recurso à uma razão transcendental tida como essencial ao direito. É essa a articulação do argumento da imparcialidade como categoria contingente do sistema jurídico que se expressa pela capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) ao tempo em que proporciona também o fechamento operativo (dimensão normativamente fechada) do sistema.

Funcionalmente, o problema apresenta-se em termos de observar sob quais condições estruturais a semântica da imparcialidade dos juízes produz

³⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 25.

sentido no sistema jurídico. Em analogia à descrição de Neves sobre a função simbólica da Constituição³⁷, importa visualizar que a imparcialidade ocupa uma função representativa da autonomia do sistema jurídico. Esta função demanda a capacidade de fornecer respostas a partir de seus próprios critérios, mediante uma estrutura de comunicação generalizável e livre da submissão a fatores que bloqueiam a sua operatividade. Sob esse ponto de vista, a pergunta ontológica sobre se uma decisão judicial é, em si, imparcial, perde o sentido.

O principal problema das compreensões sobre a imparcialidade judicial assumidas pela dogmática jurídica é que, manifestamente ou não, elas acabam por fazer da ideia de imparcialidade um conceito transcendental apartado. Ao isolar a concepção de juiz imparcial como condição *sine qua non* para um julgamento justo, a dogmática despreza o fato de que a imparcialidade é parte da mesma rede de significações sobre a qual o direito opera ordinariamente. Ocultar essa relação, entretanto, funciona enquanto justificativa da posição do órgão ou do juiz em condições de decidir. Assim, o sistema jurídico autodescreve o manejo de suas operações como a aplicação de uma técnica por agentes imparciais³⁸. Ocorre que manter a noção de imparcialidade a partir do corte entre essas duas dimensões da aplicação justa do direito (um juízo imparcial e um conflito subsumível às hipóteses do ordenamento), encontra muitas dificuldades no regime constitucional de uma sociedade hipercomplexa, cuja dinâmica institucional de produção das decisões foge à racionalidade da avaliação das decisões programadas³⁹. Ou seja, antecipar o sentido de um juízo imparcial ou manter a segurança de decisões previsíveis precisa lidar com o fato de sujeitar-se cada vez mais a suposições e riscos, já que a tradição não é mais capaz de eliminar a sensação de insegurança e impermanência⁴⁰.

³⁷ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

³⁸ No nível das instituições judiciais essa noção ganha importância diante do risco de afastamento do discurso jurídico da realidade. Como lembra Luhmann: “No se trata solo del problema de que la organización se aleje de la realidad; el peligro más grande es que ella se tenga a sí misma por la realidad.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Barcelona: Anthropos, 1997, p. 85 v. tb **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 76.

³⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. 2. ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2005, p. 257.

⁴⁰ A referência aqui é a da impossibilidade semântica do “ontologicamente último”, que o estado da ciência impôs aos mais diversos tipos de conhecimento. Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización**

É nesse sentido que a diferenciação do procedimento judicial em sociedades hipercomplexas caracteriza-se pela adoção de papéis distintos entre os agentes que movimentam o Judiciário. A assunção de papéis pelas partes, advogados, defensores, representantes do Ministério Público e pelo juiz, regula juridicamente a autonomia e seus limites, fazendo-os comprometer-se com os efeitos de suas declarações no procedimento. É essa vinculação que reduz a complexidade a nível de tornar possível as operações do sistema e pôr em marcha o processo judicial. Se o procedimento se legitima pela interação comunicativa produzida por cada um desses agentes, estabelecer o papel que cada um deles deve desempenhar é condição da auto-organização do discurso jurídico contra a interferência direta da comunicação estranha ao sistema.

A produção de critérios da imparcialidade dos juízes no sistema jurídico assume uma prestação relevante no direito, pois mantém a incerteza da decisão no processo judicial⁴¹. Se a especialização do direito foi uma conquista evolutiva importante para a diferenciação funcional, isto se deveu à capacidade de proteção da autonomia das esferas de comunicação via direitos fundamentais. O cumprimento da prestação específica da imparcialidade da resposta judicial pode ser visto, então, como equivalente funcional sem o que resta prejudicada a própria autonomia do direito e sua capacidade de promover inclusão.

É da confiança proporcionada pela imparcialidade que o direito aumenta a potencial absorção dos riscos da tomada de decisões contrafáticas e, logo, da promoção contínua da estabilização de expectativas normativas. Ou seja, o incremento da confiança torna possível que conflitos antes vistos como não adjudicáveis possam sujeitar-se à leitura do direito. Demandando, por outro lado, o refinamento da institucionalização de controles mútuos no interior do sistema,

y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo. Barcelona: Anthropos, 1997, p. 104.

⁴¹ Processo aqui compreendido como procedimento juridicamente autorregulado no tempo e sujeito à contingência das alegações e provas. Sobre a incerteza quanto ao resultado como fundamento do procedimento: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 46 e 98, afirmando que ela deve ser “tratada e mantida com todos os cuidados e através dos meios de protocolo - por exemplo, através da declaração enfática da independência e imparcialidade do juiz, evitando promessas de decisão e dissimulando opções já tomadas”.

como consequência do aumento do grau de especificação do sistema jurídico em sociedades hipercomplexas.

Na jurisdição constitucional, o paradoxo está no fato de que essa perspectiva sistêmica da imparcialidade judicial se sujeita às distinções de um observador que, ao decidir, manifesta-se ele mesmo como um terceiro excluído, já que toda auto-observação é condicionada por um ponto cego⁴². A opacidade da auto-observação do juiz constitucional tem potencial impacto destrutivo para a diferenciação entre política e direito nas cortes. Este é um problema com especial relevância quando se considera que fechamento operativo do direito passa a ser determinado por fatores externos⁴³. O que implica na sobreposição de outros códigos de comunicação às expectativas sobre o funcionamento autônomo do sistema e, por sua vez, no comprometimento generalizado da autonomia do direito.

⁴² Cf. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Mexico: Herder, 2007, p. 62, 135, 336, 700 e 879. Na lógica e no direito, o ponto cego manifesta-se na inegabilidade dos pontos de partida. Esse é o paradoxo que permite a observação enquanto invisibiliza a sua própria origem, autorizando o caráter dogmático de toda a fundamentação das decisões jurídicas. Cf.: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 122 e LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. 2. ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2005, p. 234.

⁴³ O que, segundo Luhmann esteve presente nas sociedades tradicionais e segue sendo um problema nos países em desenvolvimento, cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. 2. ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2005, p. 253 e que para Neves prevalece na maior parte da sociedade mundial, cf. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 140.

Considerações finais

Uma aproximação complexamente adequada à compreensão da imparcialidade no STF aponta que, mais além do mapeamento de vieses cognitivos influentes sobre o comportamento judicial, a avaliação de tendências de julgamento pode contribuir para a definição de estratégias institucionais apropriadas à tomada de decisão em contextos de incerteza, limitação informativa, escassez de tempo e aumento de riscos. Em sentido contrário do que defende a postura de resistência à análise do panorama de pesquisas focados nos vieses das decisões judiciais, essa abertura cognitiva não despreza ou reduz a função dos juízes enquanto agentes comprometidos com o direito. Antes procura pelas evidências empíricas desse comportamento. O propósito de utilizar levantamentos sobre tendências no processo decisório dialoga com questões institucionais relevantes para o aperfeiçoamento deliberativo.

Promover a abertura da categoria da imparcialidade para a contingência em que ela mesma se inscreve exige levar em conta o peso de cada seleção feita pelas instituições na hora de decidir. Nesse sentido, aumento e redução de complexidade são constitutivos do momento da decisão. Ou seja, de um lado a tomada de decisão é dependente de um complexo universo das possibilidades de escolha, sem o que o próprio sistema não teria condições operativas e, por outro, a inevitável redução dessas possibilidades com a escolha de uma delas não pode negar a própria contingência da qual ela deriva, sob o risco de simplificação. Fator prejudicial à consistência da própria decisão.

A ampliação da concepção de imparcialidade que leve em conta os elementos constitutivos de seu próprio entendimento estaria, então, mais propícia a adequar-se às exigências da interpretação do direito numa sociedade hipercomplexa. Isto porque reconhece na importância dos programas do sistema jurídico os parâmetros da atividade do jurista, porém não os absorve de modo cristalizado sob a premissa de que a natureza das respostas constitucionais exige uma instituição imparcial acima de qualquer suspeita. A própria imparcialidade da instituição passa a fazer parte da contingência que marca a relação entre o sistema e o ambiente, de modo que a atuação dos juízes e tribunais pode se submeter à observação de quais elementos ganham maior ou

menor peso na hora de decidir. No plano operativo, confrontada com a especificidade dos casos que progressivamente pressionam a autonomia interna do direito ao tempo em que demandam o cumprimento de sua função, a decisão judicial tem se sujeitado com especial ênfase pela observação dos vieses dos julgadores. Esse é um fator que não pode ser reduzido à simplificação de sua alegada irrelevância para a coerência interna do direito. Antes, contribui para aperfeiçoar a capacidade de aprendizado cognitivo do sistema, cuja abertura é condição do seu fechamento.

A impossibilidade de uma imparcialidade judicial politicamente asséptica como característica da função judicial pós-burocrática nas democracias contemporâneas não significa, de modo consequente, o abandono dos critérios de transparência decisória e accountability compreendidos como instrumentos de legitimação das respostas do direito. Como apontaram Nonet e Selznick, é da sujeição da jurisdição a uma supervisão dual entre participação e qualificação do compromisso profissional dos juízes que a imparcialidade dos julgamentos pode aflorar⁴⁴. No Brasil, contudo, a desproporcionalidade entre a gravidade da situação institucional e a pouca atenção que ela tem merecido do Supremo Tribunal Federal é sintomática da reduzida dimensão da consideração que a Corte tem conferido à sua imagem imparcial.

⁴⁴ NONET, Philippe & SELZNICK, Philip. **Law & Society in Transition: toward responsive law**. New Brunswick; London: Transaction Publishers, 2001, p. 100.

Referências

BITENCOURT, Caroline Müller & PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. “Decisão judicial no constitucionalismo contemporâneo: um olhar crítico sobre o modelo do juiz Hércules” In: **Revista Justiça do Direito**, v. 1, n. 2, jul./dez. Edição especial, 2014, pp. 78-95.

CARVALHO, Alexandre. **Efeito Vinculante e Concentração da Jurisdição Constitucional no Brasil**. Brasília: Consulex, 2012.

_____. “Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte”. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 114, jan./jun., 2017 pp. 31-77.

COSTA, Alexandre & BENVINDO, Juliano. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

COSTA, Alexandre; CARVALHO, Alexandre & FARIAS, Felipe. “Controle de Constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade” In: **Direito GV**. v. 12, n. 1, jan./abr., 2016, pp. 155-187.

FALCÃO, Joaquim & OLIVEIRA, Fabiana. “O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?”. In: **Lua Nova**, n. 88, 2013, pp. 429-469.

FORNARA, Matheus & CARVALHO, Alexandre. Os Juízes na Pauta do Supremo: a atuação da Associação dos Magistrados Brasileiros no Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Revista de Ciências Sociais**. Fortaleza, v. 49, n. 2, jul./out., 2018, p. 245–296.

GOMES, José Mário Wanderley. “Como decidem os juízes? Comparando modelos formais explicativos do comportamento judicial” In: **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, jan./abr., 2020, pp. 228-255.

KOERNER, Andrei. “Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88”. In: **Novos Estudos**. Dossiê: Vinte e cinco anos da Constituição de 1988. n. 96, jul., 2013, pp. 69-85.

KOERNER, Andrei & FREITAS, Lígia. “O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo”. In: **Lua Nova**. São Paulo, n. 88, pp. 141-184.

LIMA, Flávia Santiago. **Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate. Tese de Doutorado**. Recife: Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

LORENCINI, Bruno César. “Assimetria de poder na transição democrática e o desenho da jurisdição constitucional brasileira”. In: **Revista Justiça do Direito**, 34 (3), 2020, pp. 272-301.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. “The Third Question: the creative use of paradoxes in Law and Legal History”. **Journal of Law and Society**. vol. 15, n. 2, 1988, pp. 153-165.

_____. “La costituzione come acquisizione evolutiva” In: Zagrebelsky, G.; Portinaro, P.P.; Luther, J. (orgs.) **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

_____. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Barcelona: Anthropos, 1997.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. 2. ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2005.

_____. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Mexico: Herder, 2007.

MÖLLERS, Christoph. “The Guardian of Distinction: constitutions as an instrument to protect the differences between law and politics.” In: **Jus Politicum**. n. 7, 2012. Disponível em: <http://juspoliticum.com/article/Les-Gardiennes-d-une-separation-Les-constitutions-comme-instruments-de-protection-des-differences-entre-le-droit-et-la-politique-462.html>. Acesso em: 23.04.2015.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NONET, Philippe & SELZNICK, Philip. **Law & Society in Transition: toward responsive law**. New Brunswick; London: Transaction Publishers, 2001.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RINCÓN, Luis E. Delgado Del. “La Recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional”. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 82, ene./abr., 2008, pp. 347-393.

SALAMANCA, Andrés. “El Derecho Fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. In: **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. XXXIII. Valparaíso. 2do Semestre, 2009, pp. 263/302.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERMEULE, Adrian. “Contra Nemo Iudex in Sua Causa: the limits of the impartiality”. In: **Yale Law Journal**. n. 122, 2012, pp. 384-420.

VIANNA, Luiz Werneck; Burgos, Marcelo & Salles, Paula. “Dezessete anos de Judicialização da Política”. In: **Tempo Social: revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 2, 2007, pp. 39-85.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In: **Direito GV**, v. 4, n. 2, jul./dez., 2008, pp. 441-464.

VIRELLI, Louis J. “The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards”. In: **Wisconsin Law Review**, n. 1181, 2011, pp. 1.181-1.234.

_____. “Congress, the Constitution, and Supreme Court Recusal”. In: **Washington & Lee Law Review**, v. 69, issue 3, 2012, pp. 1.535-1.606.

WALDRON, Jeremy. “Legislatures Judging in Their Own Cause”. In: **Legisprudence**. vol. 3, 2009, pp. 125-145.