

Fernanda Carvalho Góes

**A TUTELA DA
APARÊNCIA DE
IMPARCIALIDADE NO
DIREITO BRASILEIRO**

Prefácio: Fredie Didier Jr.

2022



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

3. O CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A TUTELA DA APARÊNCIA DE IMPARCIALIDADE

3.1. INTRODUÇÃO

Viu-se na Parte I do livro que há uma *norma fundamental*, principiológica e de matriz constitucional, que impõe a imparcialidade do órgão julgador na tutela jurisdicional. De um lado, ela cria o *direito fundamental das partes processuais a um juiz imparcial* e o *direito fundamental da coletividade a uma justiça imparcial* e, de outro, o *dever fundamental do Estado de garantir a imparcialidade judicial* e o *dever ético-disciplinar do próprio juiz* de atuar com imparcialidade.

Esse complexo de posições jurídicas originadas da norma fundamental da imparcialidade judicial está relacionado às três

dimensões da imparcialidade, tese criada por Charles Gardner Geyh e adotada no presente estudo: a *dimensão processual*, em que a imparcialidade atua para garantir às partes um julgamento justo e devido; a *dimensão política* da imparcialidade, na qual essa norma promove a confiança pública nas instituições de justiça; e, por fim, a *dimensão ética*, em que a imparcialidade estabelece um padrão de conduta que integra a própria definição de juiz e de jurisdição¹.

Para a realização da imparcialidade judicial nas suas três dimensões, um elemento importante é a aparência de imparcialidade: a legitimidade do Poder Judiciário e a eficiência do Direito como elemento de coesão social amparam-se na imagem de justiça que é transmitida aos jurisdicionados, de forma que, para além de ser imparciais, os órgãos julgadores devem transparecer imparcialidade².

1. GEYH, Charles Gardner. “The Dimensions of Judicial Impartiality”. 65 Fla. L. Rev. 493 (2014). Disponível em: <http://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol65/iss2/4>, consultado em 28/01/2020.
2. GEYH, Charles Gardner. “The Dimensions of Judicial Impartiality”. 65 Fla. L. Rev. 493 (2014). Disponível em: <http://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol65/iss2/4>, consultado em 28/01/2020; IFILL, Sherrilyn A. “Do Appearances Matter?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in Bush v. Gore”. 61 Md. L. Rev. 606 (2002). Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol61/iss3/6>, consultado em 22/01/2020; BADARÓ, Gustavo. “Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias”. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343-36; SOUZA, Arthur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018, p., 48-49; GALDINO, Flavio. “Princípio da Imparcialidade Judicial”. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 550.

Assim, no estado *ideal* de coisas estabelecido pelo princípio da imparcialidade judicial, *as partes* de um processo jurisdicional são (e acreditam ser) julgadas por um terceiro imparcial, desinteressado, isento e equidistante e a *coletividade* é (e acredita ser) servida por uma justiça imparcial. O Estado, de sua vez, tem de oferecer as ferramentas necessárias para a garantia de um julgamento imparcial, o que inclui um mecanismo eficaz de afastamento de juízes tidos como parciais, e para salvaguardar a imagem de justiça que transparece aos jurisdicionados.

O estado *real* de coisas, no entanto, parece estar longe disso. Inúmeras situações que são capazes de gerar dúvidas, em maior ou menor grau de contundência, a respeito da atuação isenta de magistrados sujeitos àquelas circunstâncias são percebidas e, inclusive, *naturalizadas* na rotina forense.

Conforme já referido na introdução do presente livro, fala-se em encontros de ministros de tribunais superiores fora da agenda institucional e de forma privada com o réu que irão julgar; eventos de confraternização de magistrados em que empresas privadas patrocinam prêmios, como automóveis, hospedagens em *resorts* e viagens internacionais; patrocínio, por empresas privadas, de palestras realizadas por membros do Poder Judiciário; o fenômeno dos juízes-celebridades; comunicação extraoficial entre juízes e procuradores das partes; manifestações inapropriadas de membros do Poder Judiciário nas redes sociais; procuradores de fazenda que atuam como assessores de ministros de Tribunais Superiores em causas tributárias, em razão de pedidos formulados institucionalmente; juízes que emitem opinião em veículos de larga circulação sobre casos notórios de sua condução, para citar algumas.

Esse cenário, por óbvio, reflete na *imagem* do Poder Judiciário. Um estudo recente encomendado pela Associação

dos Magistrados Brasileiros (AMB) apontou que a confiança do povo nas instituições de justiça e a percepção a respeito da imparcialidade dos magistrados não caminham bem. Em um dos indicadores, numa escala de 0 a 10, a imparcialidade dos juízes, desembargadores e ministros recebeu, em média, a nota 3,2 pela população³.

Enquanto isso, o sistema não parece oferecer um mecanismo eficaz de afastamento de juízes por parcialidade. Pesquisas realizadas nos tribunais do país revelam a enorme dificuldade de se obter êxito em um incidente de arguição de parcialidade. Como se verá no tópico seguinte, a maioria esmagadora das arguições, quando admitidas, são rejeitadas, ora em razão da taxatividade do rol – entendimento ainda predominante na jurisprudência -, ora por conta da imposição de um ônus probatório insuperável.

Ao mesmo tempo em que, no Brasil, a forma de exame da imparcialidade do juiz é marcada pela *presunção de imparcialidade* - na prática, quase que absoluta -, e pelo emprego de um rol taxativo de hipóteses de impedimento e suspeição dos magistrados, o avanço dos estudos no campo da heurística e dos vieses cognitivos revela a imensa quantidade de enviesamentos aos quais os juízes, em situações ordinárias, estão sujeitos no processo decisório⁴. Esses estudos servem para concluir que essa “imparcialidade presumida” quase sempre é *falha*, e, pois, para

3. LAVAREDA, Antonio. *Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro*. Disponível em https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em 04.11.2020.

4. Duas obras atuais que se debruçam sobre o tema: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a Imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando*

reafirmar a necessidade de se impor um *controle mais rígido* da imparcialidade judicial.

Nesse contexto, é de se concluir que o estado ideal de coisas estabelecido pela norma fundamental de imparcialidade judicial não condiz com o estado real, ou seja, o atual cenário vivido no Brasil. Partindo dessa premissa, a Parte II deste livro cuidará do *conteúdo* do princípio da imparcialidade e, pois, das condutas necessárias à sua realização. Mais especificamente buscará conformar a interpretação das normas infraconstitucionais a respeito da imparcialidade judicial com a norma fundamental da imparcialidade judicial, a fim de extrair, do ordenamento jurídico brasileiro, a tutela da *aparência* de imparcialidade.

A tutela da aparência da imparcialidade foi desenvolvida no *common law*, ganhou ampla relevância no Direito internacional e foi adotada, também, por sistemas arbitrais. Impõe ao juiz ou ao Tribunal o *dever de aparentar ser imparcial* e estabelece o *exame objetivo da imparcialidade judicial, baseado na existência de dúvidas razoáveis* a respeito da capacidade do órgão julgador de proferir um julgamento imparcial. Nesse sistema, busca-se aferir se o fato afirmado pela parte que se diz prejudicada é capaz de gerar dúvidas justificáveis a respeito da imparcialidade do juiz, o que pode ser suficiente para o afastamento do magistrado da causa.

O reconhecimento da tutela da aparência de imparcialidade como algo necessário à concretização da imparcialidade judicial foi o caminho encontrado pelos anglo-saxões, há mais de um século, para o problema do rol inacabado de hipóteses

da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação dos seus efeitos e o debiasing. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

de parcialidade do magistrado e para a ineficácia do controle da imparcialidade judicial. Nada obstante parte da doutrina reconhecer a aproximação existente entre as jurisdições do *civil law* e *common law* na contemporaneidade⁵ e, ainda, o caráter híbrido do ordenamento jurídico brasileiro⁶, há certa resistência a institutos característicos do *common law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso Direito⁷. Da mesma forma como o instituto dos precedentes judiciais, no Brasil, muito se beneficiou da superação desse entrave, acredita-se que assim também pode acontecer com o tema da imparcialidade judicial.

Em princípio, serão investigadas as origens e as principais fontes da tutela da aparência de imparcialidade: como surgiu, o que inspirou sua criação, de que forma é aplicada, sua expressão no Direito internacional e como é adotada na arbitragem. Só então procede-se à análise das normas internas a respeito da imparcialidade judicial.

-
5. MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. In: DIDIER JR., Fredie (coord). *Teoria Geral do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 586-587.
 6. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 65-68.
 7. MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. In: DIDIER JR., Fredie (coord). *Teoria Geral do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 534.

3.2. ESTUDOS A RESPEITO DA ARGUIÇÃO DE PARCIALIDADE NO BRASIL E DA IMAGEM DO PODER JUDICIÁRIO

Antes de se iniciar o estudo da tutela da aparência de imparcialidade, o presente tópico cuidará com mais detalhes dos estudos acima referidos. São três: um estudo a respeito das arguições de parcialidade de ministros do Supremo Tribunal Federal, realizado em 2016, uma análise quantitativa de arguições de parcialidade formuladas nos tribunais estaduais ao redor do país, realizada em outubro de 2020, e um estudo sobre a imagem do Poder Judiciário, encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), divulgada em dezembro de 2019.

O primeiro deles é o estudo realizado por Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, em 2016, que rendeu sua tese de doutorado. A pesquisa revelou que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as tentativas de afastamento dos ministros por parcialidade, em geral, *são frustradas*⁸. A partir da análise das 82 arguições de suspeição e 26 arguições de impedimento ajuizadas no STF no biênio 2013/2014, concluiu-se que, em regra, as arguições de parcialidade não conseguem ultrapassar a barreira da negativa de seguimento, seja em razão da rejeição formal, seja por conta do acolhimento de plano da improcedência pela Presidência do Tribunal. Das 108 arguições analisadas, *nenhuma* foi levada à deliberação dos demais

8. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial*. Brasília, 2016. (311). Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2016, p. 187.

ministros no plenário, como manda o Regimento Interno do STF (art. 282)⁹.

Entre casos de manifesta improcedência, o autor destacou a arguição formulada na ação penal n. 470 (caso “mensalão”) contra o Ministro Joaquim Barbosa, motivada por afirmações feitas pelo Ministro na fase de recebimento da denúncia. Segundo o autor da arguição, Marcos Valério, o Ministro Joaquim Barbosa havia, em mais de uma situação, se referido a ele de forma pejorativa, afirmando que “este é expert em atividades de lavagem de dinheiro, tem expertise em crime de lavagem de dinheiro e é pessoa notória e conhecida por atividades de lavagem de dinheiro” e, por isso, sua condução do processo violaria a imparcialidade. A arguição foi liminarmente rejeitada pelo relator do incidente sob o fundamento de que a regra de impedimento invocada não se aplicaria ao caso, ressaltando a taxatividade das hipóteses de parcialidade previstas na lei¹⁰.

Destaca ainda uma outra arguição, que diz respeito a possível prejulgamento da questão por opinião divulgada na imprensa. O Ministro Dias Toffoli, em uma entrevista ao jornal Valor Econômico, posicionou-se de forma contrária às demandas de pagamento dos expurgos inflacionários incidentes sobre saldos de caderneta de poupança, demonstrando-se favorável à tese das instituições financeiras, contraposta à dos correntistas.

9. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial*. Brasília, 2016. (311). Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2016, p. 187.

10. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial*. Brasília, 2016. (311). Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2016, p. 187.

Com isso, autores de demandas dessa natureza em curso, que haviam sido propostas contra o Unibanco S.A, relatadas pelo Ministro, arguíram sua parcialidade. No entanto, como narra o autor, a arguição foi liminarmente rejeitada ao fundamento de que o posicionamento do Ministro revelaria apenas opinião sobre assunto jurídico em tese, além de invocar a impossibilidade de interpretação extensiva das hipóteses legais¹¹.

Entre as arguições de suspeição, o autor destacou a Arguição de Suspeição n. 56, ajuizada com o objetivo de afastar o Ministro Dias Toffoli do julgamento do RE n. 636.359/AP. Alegou-se amizade íntima entre o Ministro e o senador João Alberto Rodrigues Capiberibe, de quem teria sido advogado por longos anos. A arguição foi afastada por ausência de provas de relação de amizade afirmada. Chamou a atenção do autor o fato de que o indeferimento da arguição adotou como fundamento apenas e tão somente os esclarecimentos prestados pelo Ministro excepto, o que, na sua opinião, significou a substituição do ônus de fundamentar e delegação da decisão sobre a arguição ao próprio colega cuja conduta estava sendo impugnada¹².

Para Douglas Zaidan de Carvalho, os dados coletados demonstram que a impugnação da parcialidade no STF não tem encontrado tratamento adequado nas vias instituciona-

11. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 191.

12. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 197.

lizadas postas à disposição dos jurisdicionados. Além disso, revelam que o exame da imparcialidade no âmbito daquele Tribunal parte de uma “*autocompreensão dos ministros sobre a própria imparcialidade e de seus colegas*”, como uma espécie de autoproteção dos próprios julgadores¹³.

O problema não se limita ao âmbito do STF. O segundo estudo aqui referido consiste numa pesquisa quantitativa realizada a partir dos dados de consulta disponibilizados pelos *sites* dos Tribunais de Justiça ao redor do país. Essa pesquisa demonstrou que, no Brasil, é praticamente *impossível* afastar um juiz por parcialidade. Foram objeto da pesquisa o Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA), o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), utilizando-se o critério do maior tribunal em volumes de casos de cada uma das cinco regiões do Brasil, segundo o último relatório do Conselho Nacional de Justiça¹⁴.

Em cada um desses tribunais, utilizou-se, no campo de busca do *site* respectivo, as palavras “impedimento” ou “suspeição” e “juiz”; a utilização das partículas “ou” e “e” na ferramenta de busca indica que os resultados deveriam conter qualquer das palavras “impedimento” ou “suspeição” e deveriam, necessariamente,

13. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 197. p. 203.

14. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acessado em: 20/10/2020.

conter a palavra “juiz”. Foram selecionados os vinte primeiros julgados de cada Tribunal, seguindo o critério de “relevância” aplicado pelo próprio *site*, totalizando cem julgados.

Os resultados são instigantes. Das arguições analisadas, 13% (13 de 100) deixaram de ser conhecidas e, entre aquelas que tiveram seu mérito apreciado, 97,7% (85 de 87) foram julgadas improcedentes. Ou seja, *apenas 2,3% (2 de 87) das arguições de parcialidade admitidas resultaram no afastamento do juiz da causa*. Diante disso, duas possibilidades se apresentam: ou os juízes no Brasil são, efetivamente, *imparciais*, ou os mecanismos oferecidos às partes para a garantia da imparcialidade judicial são falhos.

Entre os fundamentos das arguições de parcialidade que, em tese, fugiram ao rol legal, identificaram-se as afirmações de indisposição entre juízes e procuradores das partes, desenvolvimento de predileções pelo julgador no curso do processo, tratamento desigual dispensado aos sujeitos processuais, entre outros comportamentos que sugerem parcialidade do magistrado. Em todos esses casos, houve rejeição do incidente. Dentre a fundamentação utilizada, afirmou-se a taxatividade do rol de hipóteses de impedimento e suspeição e ausência de demonstração de que o fato afirmado é capaz de ensejar parcialidade do julgador.

Além disso, entre as hipóteses de suspeição afirmadas que, mesmo previstas no rol do CPC, comportam um grau de subjetividade, como a existência de amizade íntima do juiz (a causa de maior recorrência) ou de interesse no julgamento da causa, *todas* foram julgadas improcedentes por insuficiência probatória.

Das arguições analisadas, chamou a atenção a arguição de n. 5471898-61.2018.8.09.0002, julgada pelo TJGO em

19.02.2019. Nela, afirmou-se o impedimento da juíza, pelo fato de ser casada com o juiz que anteriormente conduzia o mesmo processo e que se afastou do caso por razões de foro íntimo. O Tribunal considerou taxativas as causas de parcialidade previstas no CPC, afirmando que “o art. 147 do CPC legal não se reporta ao cônjuge (...), se fosse a intenção do legislador incluir a pessoa do cônjuge como hipótese legal para caracterização de impedimento de julgadores, o faria expressamente tal como fez no disposto no art. 144, III, IV e VIII e art. 145, III, todos do CPC.” Vale ressaltar que o art. 147 do CPC prevê impedimento do juiz na hipótese de ter atuado no caso, previamente, algum de seus *parentes*, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, *até o terceiro grau*. Logo, se, ao invés de cônjuge, a juíza fosse tia do magistrado anterior, seguindo a lógica do Tribunal, a arguição seria provida.

Igualmente “curiosa” é a arguição de suspeição de n. 2019.03521096-22, examinada pelo TJPA em agosto de 2019. No caso, afirmou-se parcialidade da magistrada, ao argumento de que teria havido um sério desentendimento entre ela e o advogado de uma das partes durante uma audiência relativa a outro processo, que teria gerado seu afastamento daquela causa por motivo de foro íntimo. Considerando que a razão do afastamento teria sido a desavença com o advogado e, em se tratando das mesmas partes e mesmo procuradores nos dois processos, foi arguida a parcialidade da julgadora. O Tribunal, no entanto, entendeu não haver prova de que aquela circunstância seria capaz de ensejar a parcialidade da magistrada também no segundo processo, rejeitando a arguição formulada.

As pesquisas referidas levam à conclusão de que a dificuldade de se afastar um julgador por parcialidade, no Brasil, decorre de duas circunstâncias principais. Em primeiro lugar,

o fato de que a jurisprudência majoritária ainda entende como taxativas as hipóteses de impedimento e suspeição, *como se fosse possível* à lei antever toda e qualquer circunstância de parcialidade do julgador. Em segundo, ainda que se cogite a abertura do rol, exige-se da parte a demonstração de que a circunstância é capaz de conduzir, efetivamente, à *parcialidade do juiz*. Ou seja, busca-se demonstração de que o fato afirmado é capaz de gerar parcialidade - algo necessariamente subjetivo, eis que diz respeito ao estado anímico do juiz, e, por isso, inacessível.

Assim, mesmo que a parte formule sua arguição de parcialidade com base em uma circunstância fora do rol ou, até mesmo e por exemplo, busque a via ético-disciplinar por violação do dever de imparcialidade do juiz previsto na LOMAN e no Código de Ética da Magistratura Nacional, terá de suportar um ônus probatório insuperável.

No que se refere à *imagem* da justiça, recentemente, realizou-se o “Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro”, o terceiro estudo ora referido. A pesquisa, encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), foi realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), em conjunto com o Instituto de Pesquisas Sociais Políticas e Econômicas (IPESPE), e teve os resultados divulgados em dezembro de 2019.

Segundo o estudo, a população considera que bons juízes, desembargadores e ministros devem ser, por ordem de importância, “confiáveis” (42%), “imparciais” (31%), “justos” (31%) e “transparentes” (23%). Além da atribuição de importância, esses atributos foram avaliados em termos de associação à imagem de juízes, desembargadores e dos ministros do STF. Como resultado, as médias de avaliação, numa escala de notas de 0 a 10, são muito baixas. Em relação aos quatro atributos classificados como mais importantes, as médias de avaliação

são 3,2 (“confiáveis”); 3,2 (“imparciais”); e 3,0 (“justos”). Isso quer dizer que, numa escala de 0 a 10, a imparcialidade dos magistrados e ministros foi avaliada em 3,2 pela população¹⁵.

Em termos de confiança, o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal são os que inspiram menor confiança da sociedade (59% e 57% não confiam nessas Cortes, respectivamente). A pesquisa abordou, ainda, problemas percebidos no Sistema Judicial, solicitando aos entrevistados que apontassem o seu grau de concordância com algumas ideias comumente associadas à Justiça no Brasil. Conforme relatório, algumas delas foram extraídas da Pesquisa Qualitativa prévia, realizada para instruir a elaboração do questionário no que concerne a conteúdo e semântica das perguntas, e de outros estudos nacionais e internacionais. Dentre os resultados, 86% dos entrevistados concordaram com a ideia de que “A Justiça no Brasil só protege os ricos”, 85% concordaram que “No Brasil, a lei protege mais os bandidos que os cidadãos”, 74%, que “A Justiça não é eficaz” e 70% concordaram com a percepção de que “Os juízes não são independentes”¹⁶.

Também se realizou uma análise das referências sobre o Poder Judiciário nas redes sociais e na mídia internacional. No período avaliado (agosto de 2019), no qual foram captu-

15. LAVAREDA, Antonio. *Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro*. Disponível em https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em 04.11.2020.

16. É de se registrar, no entanto, que, curiosamente, quando questionados a respeito dos principais problemas que assolam o Poder Judiciário, 64% dos participantes elencaram a lentidão e a burocracia, enquanto apenas 14% mencionaram a falta de imparcialidade dos julgadores. LAVAREDA, Antonio. *Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro*. Disponível em https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em 04.11.2020.

rados 9 milhões de tweets sobre o Judiciário e 37 milhões de engajamentos em posts no Facebook, o STF concentrou mais da metade (56%) do engajamento das redes sociais. Dessas postagens, depurou-se que o conteúdo foi majoritariamente negativo (73%), apenas 5% foram positivas e 22% foram neutras¹⁷. É certo, portanto, que a imagem do Judiciário brasileiro não caminha bem.

Endereçado o problema, é preciso, então, pensar a imparcialidade.

3.3. A APARÊNCIA DE IMPARCIALIDADE NO *COMMON LAW*

3.3.1. A aparência de imparcialidade do juiz no sistema jurídico norte-americano

3.3.1.1. “*Bias-in-fact test*” vs “*Appearance-of-bias test*”

“In the United States, judicial recusal is largely about *appearances*”¹⁸.

No Direito norte-americano, o juiz, além de ser imparcial (“actual impartiality”), deve *aparentar* ser imparcial (“appearance of impartiality”); a aparência de parcialidade daquele que julga o processo é suficiente para violar o devido processo legal e,

17. LAVAREDA, Antonio. *Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro*. Disponível em https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em 04.11.2020.

18. “Nos Estados Unidos, a recusa judicial é em grande parte sobre as aparências.” (Tradução livre). BAM, Dmitry. “Understanding Caperton: Judicial Disqualification Under the Due Process Clause”, *42 McGeorge Law Review* 65, 2010, p. 68-83. Acessível em: <https://digitalcommons.maine.gov/faculty-publications/95>. Acesso em 30/07/2020, p. 67.

pois, para afastar o juiz da causa¹⁹. Nas palavras da Suprema Corte, “Justice must satisfy the appearance of justice” (Caso *Offut v. Estados Unidos*, 1954)²⁰.

No Código dos Estados Unidos (o “U.S. Code” ou “U.S.C.”), a imparcialidade é regulada de duas principais maneiras²¹. Há o § 144, que surgiu originalmente como § 21 da lei federal, em 1911²², segundo o qual as partes poderão buscar o afastamento do juiz da causa quando puderem comprovar que o magistrado é, de fato, parcial para decidir o caso, observando alguns requisitos procedimentais²³.

De outro lado, há o § 455, reestruturado em 1974²⁴. O § 455 tem duas seções principais, “seção (a)” e “seção (b)”. Da

-
19. IFILL, A. Sherrilyn. “Do Appearances Matter?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in *Bush v. Gore*”. *61 Maryland Law Review*. Volume 61. Issue 3. Article 6. 2002, p. 606-651. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol61/iss3/6>. Acessado em: 10/01/2020, p. 610; GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 01.
 20. “A justiça deve satisfazer a aparência de justiça.” (Tradução livre). IFILL, A. Sherrilyn. “Do Appearances Matter?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in *Bush v. Gore*”. *61 Maryland Law Review*. Volume 61/Issue 3/Article 6. 2002, p. 606-651. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol61/iss3/6>. Acessado em: 10/01/2020, p. 610.
 21. GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 03.
 22. GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.” *Maurer School of Law: Indiana University*, 2011, p. 672-732. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 683.
 23. GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.”. *Articles by Maurer Faculty*, 826. 2011. p. Acessível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 683.
 24. STEMPEL, 1987, p. 589 apud GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.”. *Articles by Maurer Faculty*, 826. 2011.

primeira, extrai-se uma norma mais geral, aberta, que permite o afastamento do juiz da causa sempre que sua imparcialidade “might reasonably be questioned”, numa tradução livre, “puder ser razoavelmente questionada”, o que leva em consideração não a parcialidade de fato, mas a aparência de parcialidade, baseada na percepção (plausível, razoável) de um terceiro observador²⁵. Já a segunda apresenta um rol com situações específicas que, se implementadas, o juiz deve ser automaticamente afastado da causa²⁶.

Tanto o § 144 quanto o § 455 são remédios à parcialidade do juiz, mas que atuam em diferentes frentes²⁷. O primeiro envolve a *dimensão subjetiva* da imparcialidade, ou seja, uma avaliação acerca do estado anímico do juiz (“bias-in-fact test”), enquanto o segundo diz respeito a uma *dimensão objetiva* da imparcialidade, baseada naquilo que é meramente aparente, não necessariamente real (“appearance-of-bias test”)²⁸.

Com isso, surge também uma diferença quanto à questão probatória, pois afirmar a parcialidade de fato demanda um

Acessível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 689.

25. GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2 ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 10-11.
26. GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2 ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 10-11.
27. GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2 ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 03.
28. LITTENEKER, Randall J. “Disqualification of Federal Judges for Bias or Prejudice,” *University of Chicago Law Review*: Volume 46. Issue 1. Article 8. 1978. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/8>. Acessado em 29/07/2020, p. 242-243; GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 03.

esforço probatório muito maior, em comparação a afirmar a aparência de parcialidade, que se baseia em circunstâncias objetivas²⁹. Essa nítida distinção entre os dois modelos é explicada pelo professor Randall J. Litteneker:

“The two principal competing standards of proof are the appearance-of-bias test - the allegations need only be sufficient to support a reasonable apprehension of bias-and the bias-in-fact test - the allegations must be sufficient to support a conclusion that bias actually exists. The obvious distinction between the two tests lies in their differing evidentiary burdens, with the bias-in-fact test requiring the more substantial show”.³⁰

Há ainda diferenciação quanto ao procedimento. Com base no § 144, a parte que pretende buscar o afastamento do juiz da causa deverá observar um procedimento com forma e prazo específicos³¹. Já com base no § 455, sendo a norma que decorre desse dispositivo auto aplicável, não se exige uma

29. LITTENEKER, Randall J. “Disqualification of Federal Judges for Bias or Prejudice,” *University of Chicago Law Review*: Volume 46. Issue 1. Article 8. 1978. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/8>. Acessado em 29/07/2020, p. 242-243.

30. “Os dois principais *standards* concorrentes de prova são o teste de aparência de parcialidade – as alegações só precisam ser suficientes para sustentar uma apreensão razoável de parcialidade e o teste de parcialidade de fato – as alegações devem ser suficientes para **sustentar uma conclusão de que a** parcialidade realmente existe. A distinção óbvia entre os dois testes reside em seus encargos probatórios diferentes, com o teste de parcialidade exigindo uma demonstração mais substancial” (Tradução livre). LITTENEKER, Randall J. “Disqualification of Federal Judges for Bias or Prejudice,” *University of Chicago Law Review*: Volume 46. Issue 1. Article 8. 1978. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/8>. Acessado em 29/07/2020, p. 242-243. Nesse mesmo sentido: GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 84.

31. GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.” *Maurer School of Law: Indiana University*, 2011, p. 672-732-. Disponível em:

petição específica, tampouco há delimitação de prazo para a parte arguir a imparcialidade do julgador e, além disso, pode o juiz afastar-se da causa independentemente de qualquer provocação³².

Como será mais bem desenvolvido no próximo tópico, hoje em dia, o § 144 foi praticamente esquecido no ordenamento jurídico norte-americano³³, sendo aplicado apenas de forma subsidiária ao § 455, conforme entendimento da Suprema Corte³⁴. É o que explica Charles G. Geyh:

“Section 144 remains on the books to this day but has been so eclipsed by subsequent amendments to § 455 that the Supreme Court remarked that § 144 “seems to be properly invocable only when § 455(a) can be invoked anyway...”³⁵

<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 683.

32. HIRSCH, Alan. *Recusal: Analysis of Case Law Under 28 U.S.C. 455 & 144*. Federal Judicial Center, 2002, p. 45.
33. HIRSCH, Alan. *Recusal: Analysis of Case Law Under 28 U.S.C. 455 & 144*. Federal Judicial Center, 2002, p. 45; GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.”. Articles by Maurer Faculty, 826. 2011. p. Acessível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 685.
34. GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.”. Articles by Maurer Faculty, 826. 2011. p. Acessível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 685.
35. “A seção 144 permanece nos livros até hoje, mas foi tão eclipsada pelas emendas subsequentes ao § 455 que a Suprema Corte entendeu que o § 144 ‘parece ser apropriadamente invocável apenas quando o § 455 (a) pode ser invocado de qualquer maneira ...’ (Tradução livre). GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.”. Articles by Maurer Faculty, 826. 2011. p. Acessível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 685.

Para Alan Hirsch, o principal motivo para o seu desuso reside na excessiva dificuldade de se comprovar a parcialidade de fato. São as palavras do autor:

“This is largely because section 144 requires the more difficult showing of “actual” bias, whereas section 455 requires a mere “appearance” of bias.”³⁶

Além da dimensão processual, o regime de afastamento dos juízes tem uma dimensão ética³⁷. O “Model Code of Judicial Conduct” (Código Modelo de Conduta Judicial), elaborado pela “American Bar Association”, em diversas passagens, cuida da aparência de imparcialidade. Apesar de ter sido criado como um instrumento de *soft law*, com força normativa limitada, suas regras foram adotadas pela maioria dos estados norte-americanos, que conferiram força vinculante ao instrumento³⁸.

O cânone 1 prevê que o juiz deve promover a independência, integridade e imparcialidade do Poder Judiciário e evitar “impropriety and the appearance of impropriety”³⁹. A regra 1.2, que concretiza esse cânone, estabelece que o juiz deve promover a confiança do público no Judiciário, evitando

36. “Isso ocorre principalmente porque a seção 144 exige uma demonstração mais difícil da parcialidade “real”, enquanto a seção 455 exige uma mera “aparência” de parcialidade” (Tradução livre). HIRSCH, Alan. *Recusal: Analysis of Case Law Under 28 U.S.C. 455 & 144*. Federal Judicial Center, 2002, p. 48.

37. GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 02.

38. ABRAMSON, Leslie W. “Appearance of Impropriety: Deciding When A Judge’s Impartiality “Might Reasonably Be Questioned”. *Georgetown Journal of Legal Ethics*. Vol. 14:55, 2000, p. 55-56.

39. Código Modelo de Conduta Judicial, Cânone 1. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_code_of_judicial_conduct/mcjc_canon_1/.

a parcialidade e a aparência de parcialidade, tanto na sua vida pessoal, quanto na sua vida profissional⁴⁰.

O cânone 2 é onde se encontram as regras de afastamento dos juízes, que inspiraram a reforma do § 455 do Código dos Estados Unidos. Ele prevê que o juiz deve ser afastado de um procedimento sempre que sua imparcialidade puder ser razoavelmente questionada. Esse cânone, por meio da regra 2.11(A), traz um rol de hipóteses em que se considera haver aparência de parcialidade do juiz e que, portanto, ensejam seu afastamento, de forma meramente exemplificativa (“including but not limited to the following circumstances”⁴¹). Cuida-se de uma lista não exaustiva de situações em que a imparcialidade do juiz pode ser razoavelmente questionada; ou seja, situações que violam a aparência de imparcialidade⁴².

Como se verá no próximo subtópico, uma das principais razões que levou o Direito estadunidense a proteger a aparência da imparcialidade foi a forte crença de que a opinião pública é essencial para a legitimidade do Poder Judiciário⁴³. Como explica Sherrilyn A. Ifill:

40. Código Modelo de Conduta Judicial, Cânone 1, Regra 1.2. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_code_of_judicial_conduct/mcjc_canon_1/rule1_2promotingconfidenceinthecourts/.

41. “Incluindo mas não limitada às circunstâncias seguintes” (tradução livre). Código Modelo de Conduta Judicial, Cânone 2, Regra 2.11 (A). Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_code_of_judicial_conduct/model_code_of_judicial_conduct_canon_2/rule2_11disqualification/.

42. GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 11.

43. IFILL, A. Sherrilyn. “Do Appearances Matter?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in Bush v. Gore”. *61 Maryland Law Review*: Volume 61, Issue

“That judicial decision-making must appear to be free of bias is premised on the widely held belief that public confidence is essential to upholding the legitimacy of the judiciary. [...] Because public confidence is so essential to maintaining the integrity of the bench, even the appearance of bias, parochialism, or favoritism can threaten the judicial function”.⁴⁴

A lógica é a de que, numa democracia, a legitimidade do governo depende de consentimento e aprovação dos governados, o que envolve a confiança do povo na administração da justiça - para isso, não basta que os juízes sejam imparciais, *o povo deve vê-los dessa maneira*⁴⁵. Mais uma vez, Geyh:

“Moreover, in a democratic republic in which the legitimacy of government depends on the consent and approval of the governed, public confidence in the administration of justice is

3, Article 6, 2002, p. 606-651. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol61/iss3/6>. Acessado em: 10/01/2020, p. 610-611; Também nesse sentido: “It is now uncontroverted that this standard was intended to promote not only the impartiality of the judiciary but also the public perception of the impartiality of the judicial process.”, BAM, Dmitry. “Understanding Caperton: Judicial Disqualification Under the Due Process Clause”, *42 McGeorge Law Review* 65. 2010, p. 68-83. Acessível em: <https://digitalcommons.maine.edu/faculty-publications/95>. Acesso em 30/07/2020, p. 68.

44. “A ideia de que a tomada de decisão judicial deve parecer livre de preconceitos tem como premissa a crença amplamente difundida de que a confiança pública é essencial para defender a legitimidade do judiciário. (...) Como a confiança pública é tão essencial para manter a integridade do tribunal, até mesmo a aparência de preconceito, paroquialismo ou favoritismo pode ameaçar a função judicial.” (Tradução livre). IFILL, A. Sherrilyn. “Do Appearances Matter?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in *Bush v. Gore*”. *61 Maryland Law Review*, Volume 61, Issue 3, Article 6, 2002, p. 606-651. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol61/iss3/6>. Acessado em: 10/01/2020, p. 610-611.
45. GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 01.

indispensable. *It is not enough that judges be impartial; the public must perceive them to be so.*⁴⁶

Essa concepção, alinhada à constatação de que a busca pela “actual partiality”, a parcialidade real, revelava-se ineficaz à tarefa de evitar a imparcialidade do juiz⁴⁷, fez prevalecer o critério da aparência de imparcialidade no Direito estadunidense. Esse regime, como também será visto mais adiante, tem como objetivos principais i) *promover a confiança do povo nas cortes de justiça*, utilizando como parâmetro a *percepção de um terceiro observador* para se decidir sobre o afastamento do juiz da causa; e ii) combater a “under-recusal” (a sub-recusa/afastamento, ou recusa insuficiente dos julgadores), de duas maneiras: desfazendo o estigma por trás do afastamento dos juízes em razão da parcialidade e excluindo a necessidade do exame subjetivo da parcialidade de fato⁴⁸.

46. “Além disso, em uma república democrática em que a legitimidade do governo depende do consentimento e aprovação dos governados, a confiança pública na administração da justiça é indispensável. Não é suficiente que os juízes sejam imparciais; o público deve ter a percepção de que eles o são”. (tradução livre). GEYH, Charles Gardner. *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2010, p. 01.

47. STEMPEL, Jeffrey W., “In Praise of Procedurally Centered Judicial Disqualification - and a Stronger Conception of the Appearance Standard: Better Acknowledging and Adjusting to Cognitive Bias, Spoliation and Perceptual Realities”. *Scholarly Works*, 748. Vol. 30:44. 2011. Disponível em: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/748>. Acessado em: 10/01/2020, p. 754.

48. “The goals of an appearance based disqualification regime have been to promote public confidence in the courts by linking the need for disqualification to public perception and to end under-recusal by destigmatizing disqualification and obviating the need for subjective assessments of actual bias.” GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.”. *Articles by Maurer Faculty*, 826. 2011. p. Acessível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 719.

3.3.1.2. *Os diferentes regimes de afastamento dos juízes até se chegar ao regime baseado na aparência de parcialidade*

Na tradição jurídica norte-americana, como visto, o principal sistema por meio do qual os juízes se afastam ou são afastados da causa por lhes faltar imparcialidade, o “judicial disqualification regime”, baseia-se na *aparência de parcialidade*, “appearance of partiality” ou “appearance of bias”.

Apesar de existir, no Direito inglês, um precedente datado de 1924 (o caso da *Sussex Justices*), afirma-se que a aparência de parcialidade como critério para afastamento do órgão julgador foi institucionalizada, pela primeira vez, no Direito norte-americano⁴⁹. Mas nem sempre foi assim. Essa construção foi o resultado de longos anos de experiência e aprimoramento do sistema, marcado por quatro regimes diferentes⁵⁰.

O *primeiro* deles foi o regime de presunção absoluta da imparcialidade dos juízes (“ironclad presumption of impartiality”)⁵¹. A lei não cogitava a possibilidade de os juízes julgarem com parcialidade, para não comprometer a autoridade

49. “Undoubtedly the need for judicial impartiality was recognized in early Jewish, Roman, and English law, but there is virtually no evidence suggesting that mere appearance of partiality prevented judges from participating in cases before the adoption of an appearance-based recusal standard in the United States.” BAM, Dmitry. “Understanding Caperton: Judicial Disqualification Under the Due Process Clause”, *42 McGeorge Law Review* 65. 2010, p. 68-83. Acessível em: <https://digitalcommons.maine.edu/faculty-publications/95>. Acesso em 30/07/2020, p. 67.

50. GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.”. *Articles by Maurer Faculty*, 826. 2011. p. Acessível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 678-679.

51. GEYH, Charles Gardner. “Why Judicial Disqualification Matters. Again.”. *Articles by Maurer Faculty*, 826. 2011. p. Acessível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/826>. Acessado em 24/07/2020, p. 678.