

MANIFESTAÇÃO

“Ninguém se livra de pedrada de doido nem de coice de burro”

(Provérbio português)

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, em resposta ao Ofício 10145/2017, venho, na forma dos arts. 99 e 100 do CPP, oferecer manifestação.

Trata-se de arguição de impedimento oposta pelo Procurador-Geral da República, recusando o signatário como relator do HC 143.247.

O arguente afirma que o paciente Eike Fuhrken Batista é cliente do escritório de advocacia da esposa do relator. Sustenta que se aplicam ao caso as hipóteses de impedimento dos arts. 144, VIII, e 145, III, do CPC.

Pede o reconhecimento do impedimento do signatário, a anulação das decisões proferidas e a redistribuição da ação.

1. Não aceitação da recusa

O juiz recusado poderá reconhecer a suspeição ou o impedimento, conforme arts. 99 e 112 do CPP.

Não aceito a recusa.

Os Ministros não escolhem suas causas. É o aleatório, o *andar do bêbado*, representado pela distribuição processual, que define os relatores dos processos nesta Suprema Corte.¹

Por isso mesmo, foi o acaso – e não minha vontade – que trouxe o *habeas corpus* em questão à minha relatoria. O Min. Luiz Fux deu-se por

¹ A expressão *andar do bêbado* “vem de uma analogia que descreve o movimento aleatório, como os trajetos seguidos por moléculas ao flutuarem pelo espaço, chocando-se incessantemente com suas moléculas irmãs”, e é empregada para descrever a força do acaso na vida das pessoas. MLODVINOW, Leonard. **O Andar do Bêbado:** Como o acaso determina nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

impedido no HC 141.478, cujo paciente é Flávio Godinho. Por uma interpretação da Presidência, os demais *habeas corpus* referentes à mesma operação foram a mim distribuídos.

É excepcional a recusa de magistrados. O trabalho do juiz é julgar. Aceitar que as partes usem a recusa como meio para manchar a reputação do julgador é diminuir não só a pessoa do juiz, mas a imagem do Supremo Tribunal Federal e o ofício judicante como um todo.

Passo a demonstrar que a presente arguição de impedimento não deve ser conhecida ou, na pior das hipóteses, deve ser rejeitada.

2. Não conhecimento da arguição

A presente arguição de impedimento não deve ser conhecida, porquanto intempestiva e porque operada a preclusão lógica.

2.1. Intempestividade

O prazo regimental para a recusa do relator é de cinco dias, **contados da distribuição** da ação, na forma do art. 279 do RISTF:

“**Art. 279.** A suspeição do Relator poderá ser suscitada até cinco dias após a distribuição; a do Revisor, em igual prazo, após a conclusão dos autos; e a dos demais Ministros, até o início do julgamento”.

O *Habeas Corpus* 143.247 foi impetrado em 26.4.2017. Teve liminar deferida em 28.4.2017.

O arguente recusou o signatário apenas em 8.5.2017, ou seja, após o prazo regimental e a constatação de que a decisão proferida lhe foi desfavorável.

2.2. Preclusão lógica

A recusa de magistrado é sujeita à preclusão lógica. Se a parte pratica ato que importe a aceitação do julgador, não poderá, em seguida, recusá-lo. Nesse sentido, dispõe o art. 281 do RISTF:

“Art. 281. Será ilegítima a arguição de suspeição, quando provocada pelo excipiente, ou quando houver ele praticado ato que importe na aceitação do Ministro”.

As hipóteses de recusa de magistrado previstas no CPC não se aplicam aos feitos penais, como será demonstrado. Caso fossem aplicáveis, o art. 144, VIII, do CPC impediria o magistrado de atuar em todas as causas nas quais o paciente figurasse.

Assim, se o interessado não recusa o magistrado em uma causa, não poderá mais fazê-lo pelo mesmo fundamento, ainda que em outros autos. Ter-se-á a preclusão lógica.

No caso concreto, Eike Fuhrken Batista interveio como terceiro interessado no HC 141.478, postulando a extensão dos efeitos de medida liminar deferida pelo signatário em favor do corréu Flávio Godinho.

Em 10.4.2017, indeferi o pedido de extensão.

Na mesma data, o Procurador-Geral da República foi intimado.

Em 24.4.2017, Eike Fuhrken Batista ainda interpôs agravo regimental, juntado aos autos eletrônicos que estavam com vista ao Ministério Público Federal.

Ao ser intimado da decisão favorável ao Ministério Público, o Procurador-Geral da República não recusou o signatário. Apenas depois de uma nova decisão, contrária à acusação, resolveu agir e, ainda assim, a destempe, como já demonstrado.

Trata-se da velha estratégia, tantas vezes combatida pelo Ministério Público, de recusar juízes que decidem desfavoravelmente à parte.

Como destacado em outra oportunidade pelo Procurador-Geral da República, não compete à parte *“escolher o juízo’ que lhe convém, diverso unicamente daquele que, constitucionalmente, está investido de jurisdição e que”*, em sua atuação, não desborde *“dos limites legais no exercício do seu mister”*, ainda que suas decisões tenham *“efetivamente resultado em contrariedade aos interesses”* – RHC 131.544, parecer do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, 23.11.2015.

Registro que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a parte deve veicular a recusa na primeira oportunidade:

“SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO – ARTICULAÇÃO – FATOR TEMPORAL. Sob pena de preclusão, há de ser arguida a impossibilidade de participação do magistrado na primeira oportunidade que a parte tiver para falar no processo. PRISÃO PREVENTIVA – EXCEÇÃO – FUNDAMENTOS. A prisão preventiva há de guardar sintonia com o figurino legal, porque, revelando excepcionalidade, inverte a sequência natural das coisas – apurar para, selada a culpa, prender –, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade. PRISÃO PREVENTIVA – INSTRUÇÃO CRIMINAL – EMBARALHAMENTO. Mostra-se extravagante presumir que, solto, o acusado poderá embaralhar a instrução, exigindo-se, para chegar-se à custódia preventiva, ato concreto sob tal ângulo”. (HC 126.104, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 31.5.2016)

Dessa forma, tendo em vista a preclusão lógica, a arguição não deve ser conhecida.

3. Improcedência da recusa

A recusa é improcedente, porque fundada em normas não aplicáveis – CPC. Além disso, são normas que não se aplicariam ao caso concreto. Por fim, são normas inconstitucionais.

3.1. Inaplicabilidade do CPC ao Processo Penal

O Código de Processo Penal afirma que o juiz está impedido nos processos em que parentes seus atuarem como advogado (art. 252, I). Na mesma linha ia o CPC anterior – art. 134, IV.

O atual CPC ampliou as hipóteses em que a atuação de advogado é fundamento para a recusa.

As normas de impedimento ou suspeição do CPC não são aplicáveis aos processos penais. Em nenhum momento, o CPC dispõe-se a reger a matéria processual penal. Pelo contrário, as menções do Código de Processo Civil a procedimentos criminais voltam-se para excluir expressamente sua aplicação – art. 12, § 2º, VIII – ou para reger a relação entre as duas jurisdições.

O CPC se diz aplicável supletiva e subsidiariamente apenas aos procedimentos cíveis com rito próprio – eleitoral, trabalhista –, na forma do art. 15 do CPC:

“Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A colmatação de lacunas na legislação processual penal é disciplinada no art. 3º do Código de Processo Penal:

“Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

No caso do impedimento e da suspeição, a legislação processual penal esgota a matéria em seu âmbito, pelo que não há espaço para aplicação analógica de regras processuais civis.

Esse ponto foi avaliado com precisão pelo Min. Edson Fachin, nos autos da Rcl 23.457, despacho de 23.2.2017. Transcrevo:

“Na ocasião em que me foi distribuído o *Habeas Corpus* 133.605, em 21 de março de 2016, tomei como fundamento a regra do art. 145, I, segunda parte, do Código de Processo Civil a qual, na oportunidade, entendi aplicável aos feitos de índole criminal pela via do art. 3º do Código de Processo Penal. Do novo Código de Processo Civil, então em vigor há poucos dias, numa primeira análise, pareciam advir aplicáveis ao processo penal as novas regras de suspeição ali introduzidas.

Sem embargo, em análise ulterior, firmou-se a percepção de que a aplicação subsidiária da regulamentação de uma dada matéria pelo Código de Processo Civil só é cabível quando o próprio Código de Processo Penal não dispõe a respeito dela.

No caso em apreço, tem-se que as causas de impedimento e suspeição do julgador estão reguladas expressamente nos artigos 252 e 254, respectivamente, do Código de Processo Penal, razão pela qual não há espaço para integração, pela via da analogia permitida no art. 3º do CPP,

das regras do CPC.

Como se sabe, a analogia é técnica de colmatação de lacunas. Só tem sentido quando a lei de regência, no caso CPP, silencia a respeito do tema. Aí, diante da ausência de regra legal, utiliza-se das regras do CPC como regulamentação da matéria.

Tem-se, no caso, hipótese regulada no próprio Código de Processo Penal, que taxativamente expõe as hipóteses de suspeição, não contemplando a hipótese então aventada". (Grifei)

De resto, é da jurisprudência desta Corte que as hipóteses legais de impedimento são um "rol taxativo", o qual não comporta "analogia pura e simples" nem "interpretação extensiva", visto que "não é possível ao Judiciário legislar para incluir causa não prevista pelo legislador".

Esse entendimento foi por mim consignado quando do julgamento do HC 97.544, Rel. Min. Eros Grau, no qual fui designado redator para o acórdão, Segunda Turma, julgado em 21.9.2010. Na oportunidade, o relator admitia uma interpretação extensiva do art. 252, III, do CPP. Daquela feita, abri e liderei a divergência que levou o Colegiado a refutar peremptoriamente a abertura judicial do rol legal de afastamentos.

Retomo o trecho relevante, transcrito na arguição, livre das ênfases ausentes no original, para que nenhuma dúvida paire:

"Quando esta Corte Suprema assenta que não se pode estender, pela via da interpretação, o rol do artigo 252 do Código de Processo Penal, quer ela dizer que não é possível ao Judiciário legislar para incluir causa não prevista pelo legislador. Essa inclusão pode se dar por analogia pura e simples, como também pela dita interpretação extensiva, que nada mais é do que a inclusão, a partir de um referencial legal, de um item não previsto em um rol taxativo".

Ainda assim, o Procurador-Geral da República, em uma leitura no mínimo descuidada do precedente, afirmou exatamente o contrário do que consta do voto vencedor.

Para tentar induzir a Corte a seguir seu raciocínio, pinçou, de forma marota, a explicação do que vem a ser analogia e interpretação, deturpando o significado das orações.

Dessa forma, a interpretação a ser fixada é no sentido de que as regras do atual CPC não se aplicam, ainda que subsidiariamente, ao processo penal.

A presente arguição de impedimento tem por base a atuação do signatário em causa criminal, o HC 143.247, impetrado contra prisão preventiva decretada em investigação criminal.

Logo, a arguição é improcedente, porque não embasada nas disposições legais aplicáveis ao processo penal.

3.2. Inaplicabilidade do art. 144, VIII, do CPC, por impossibilidade material

O atual CPC ampliou as hipóteses em que a atuação de advogado é fundamento para a recusa. O art. 144, VIII, do CPC impôs ao magistrado o dever de recusar-se, sem sequer fornecer os meios para que o julgador avalie a incidência da norma. Por isso, a causa de impedimento é de inviável observância.

Início demonstrando como uma regra de aplicação mais direta vem impactando os trabalhos desta Corte.

Conforme o art. 144, § 3º, do CPC há impedimento quando patrocina a causa qualquer membro do escritório de advocacia em que atua o parente do juiz.

Essa regra tem causado transtorno enorme à Corte.

A atuação do advogado é pessoal. As procurações são outorgadas aos advogados individualmente – art. 15, § 3º, do Estatuto da OAB; e art. 105, § 2º, do CPC.

É certo que as procurações devem indicar a sociedade de advogados da qual o patrono faz parte – art. 15, § 3º, do Estatuto da OAB; e art. 105, § 3º, do CPC. Também é certo que o atual CPC introduziu a intimação em nome das sociedades de advogado, a qual pode ser requerida pelos patronos, como uma faculdade – art. 272, § 2º, do CPC.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não se adaptou a essa disposição. O Regimento Interno segue prevendo a publicação dos expedientes apenas em nome dos advogados – art. 82 do RISTF.

Escritórios de advocacia não são compartimentos estanques. Sociedades de advogados são formadas, desmembradas e dissolvidas.

Advogados empregados são contratados e demitidos. Tudo sem grande alarde ou publicidade.

Por tudo, para observar a regra de impedimento, não basta verificar o nome do advogado constante da atuação.

É indispensável verificar as peças do processo, checando o papel timbrado no qual veiculadas as petições.

Esse procedimento aplica-se não apenas aos casos de relatoria do Ministro, mas a todos os julgamentos nos quais tomam parte.

O volume de trabalho dos Ministros nesta Corte é considerável. Em 2014, foram proferidas uma média de 9.324 decisões monocráticas por Ministro. A essas devem ser somadas as decisões em colegiados. O Pleno proferiu 3.374 decisões. A Segunda Turma, 4.787. Um Ministro da Segunda Turma que não tenha faltado a sessões ou se recusado em julgamentos colegiados, teria tomado parte em 17.485 julgamentos. Como ausências e recusas são eventuais, é possível afirmar que esse número está muito próximo do número total de julgamentos em que um juiz desta Corte atua.

Acrescento que o Supremo é um Tribunal de jurisdição nacional, que recebe não apenas causas originárias, mas também causas de todo o País, em grau de último recurso. Os processos chegam à Corte após anos de tramitação, eventualmente com o patrocínio das partes trocado entre vários escritórios.

Grande parte da força de trabalho de meu Gabinete está envolvida na verificação de impedimentos, deixando de auxiliar no julgamento das causas.

Dois dias após o protocolo da presente arguição, o Min. Marco Aurélio encontrou uma saída criativa para o problema. Enviou ofício à Presidência deste Tribunal, postulando a anotação do impedimento em relação a quatro de seus parentes com atuação na área jurídica. Com isso, tentou transferir de seu Gabinete para a Presidência o ônus de verificar as causas de impedimento e de suspeição.

Faço esses registros para demonstrar que o impedimento quanto ao escritório que patrocina a causa, previsto no art. 144, § 3º, do CPC, vem atrasando os trabalhos desta Corte e do Poder Judiciário em geral.

Todos esses problemas são aplicáveis à hipótese de impedimento invocada pelo Procurador-Geral da República, mas com insuperáveis complicações adicionais. Dispõe o art. 144, VIII, do CPC:

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

(...)

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

Pela regra, o juiz não pode atuar em causas envolvendo clientes de escritório de parente seu, ainda que, na causa em julgamento, outro escritório o defenda.

Para saber se a parte é cliente do escritório do parente, o julgador teria que realizar uma *due diligence*, indagando ao escritório de seu parente sobre a existência do impedimento.

Considerados os mais de 17.000 julgamentos em que um Ministro da Corte atua em um ano, o custo administrativo de fazer essa pesquisa, antes de cada um, seria incalculável. Estaria o escritório do parente do juiz obrigado a arcar com as despesas do trâmite sem esperar remuneração?

Há um problema extra, talvez o mais grave. Mesmo que o juiz indagasse ao parente sobre relações de seu escritório com a parte, haveria o dever de o advogado responder? Muitos contratos advocatícios são privados, ou mesmo, secretos. A atividade do advogado não se resume a postular em Juízo.

O fato é que a lei simplesmente previu a causa de impedimento, sem dar ao juiz o poder ou os meios para pesquisar a carteira de clientes do escritório do parente.

Alguns países adotam regras semelhantes de impedimento por relação de envolvidos no processo com parentes do julgador, mas concedem meios para a devida pesquisa. Normalmente, esse tipo de impedimento é verificado em causas de grande complexidade, que exigem dedicação quase integral do magistrado.

No caso em apreço, a invocação tola do art. 144, VIII, do CPC acabou causando indesejável, desnecessária e dolorosa polêmica para o próprio arguente.

Logo em seguida à presente arguição, foi amplamente noticiado que a filha do Procurador-Geral da República é advogada de empresas implicadas na Lava Jato.

Reinaldo Azevedo anunciou: **“Impedimento de Janot: filha de procurador-geral é advogada da OAS”** e **“Filha de Janot advoga também para a Odebrecht. Fim da Lava Jato?”**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/impedimento-de-janot-filha-de-procurador-geral-e-advogada-da-oas/> e <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/filha-de-janot-advoga-tambem-para-a-odebrecht-fim-da-lava-jato/>. Acesso em 20.5.2017.

Mônica Bergamo também noticiou o fato: **“Filha de Janot advoga para OAS; procuradoria nega conflito de interesses”**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/05/1882404-filha-de-janot-advoga-para-oas-procurador-nega-conflito-de-interesses.shtml><http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/05/1882404-filha-de-janot-advoga-para-oas-procurador-nega-conflito-de-interesses.shtml>. Acesso em 20.5.2017.

O sítio eletrônico Conjur noticiou que a *“Filha de Janot advoga para Braskem (controlada pela Odebrecht), OAS e Petrobras, na Justiça Federal e no Cade.”* A publicação teve a alarmante manchete: *“Impedimento criado por Janot anularia toda a atuação do MPF na ‘lava jato’”* (<http://www.conjur.com.br/2017-mai-09/impedimento-criado-janot-anularia-atuacao-mpf-lava-jato>). Acesso em: 20.5.2017).

Ressalte-se que o Código de Processo Penal é claro ao prever que as prescrições relativas à suspeição e impedimento de juízes são aplicáveis aos membros do Ministério Público. Confira-se:

“Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes”.

Ainda assim, o Ministério Público Federal apressou-se em veicular notas, daquela feita, buscando interpretar restritivamente as regras de impedimento. Dentre outras teses, sustentou que o impedimento não se aplica quando o parente atua para uma sociedade integrada pela parte,

ou que o impedimento deve ser verificado no momento da atuação.

Também argumentou que o impedimento é pessoal e que o atual Procurador-Geral da República não atuou nos acordos de colaboração, os quais seriam assinados pelo “Grupo de Trabalho da Lava Jato na PGR, por delegação do Procurador-Geral da República”.

Fato é que os membros do Grupo de Trabalho atuam por delegação do Procurador-Geral da República. Não há notícia de que o Chefe da instituição tenha se dado por impedido nesses casos.

Pelo contrário, Rodrigo Janot Monteiro de Barros atuou pessoalmente nas investigações que serviram de causa ao benefício dos executivos da Odebrecht, pedindo a abertura de investigações com base em seus atos de colaboração, em março/2017 – <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/peticoes/no-stf/peticoes-em-marco-de-2017>.

Mesmo com o desmentido, o estrago à imagem da profissional do direito, cuja boa reputação é reconhecida pela comunidade jurídica, só será remediado pelo tempo e por sua própria competência.

O arguente, ocupante eventual da Procuradoria-Geral da República, também teve a imagem afetada em razão das aleivosias inconsistentes que formulou.

O direito é uma ciência complexa, que exige, dentre outras qualidades, leitura, pesquisa, tirocínio e prudência. O voluntarismo e a ousadia, estimulados por qualquer tipo de embriaguez, cegueira ou puro despreparo, não devem ser a força motriz de atos processuais.

O instituto da arguição de impedimento foi usado como um ataque pessoal ao magistrado e, pior, à sua família.

A ação do Dr. Janot é um tiro que sai pela culatra. Animado em atacar, não olhou para a própria retaguarda.

As verdadeiras vítimas de sua imprudência foram as altas instituições do Supremo Tribunal Federal e da Procuradoria-Geral da República.

O incidente revela que o Ministério Público cobrou do Poder Judiciário a observância de uma regra de impossível aplicação e de imprecisos limites, mas não se preocupou em, previamente, orientar seus membros em como fazê-la cumprir. Não há notícia de normatização interna do Ministério Público Federal ou do Conselho Nacional do Ministério Público sobre o tema.

Todos os juizes e promotores do País estão indefesos contra a acusação de deixar de cumprir uma regra que não tem meios para ser observada.

Por tudo, ao menos que seja devidamente regulamentada por uma nova legislação, o art. 144, VIII, do CPC deve ser considerado uma regra inaplicável.

3.3. Reflexões acerca da aplicação do art. 144, VIII, do CPC nos Tribunais Superiores

Há outras questões que devem ser analisadas no que concerne à aplicação da norma do inciso VIII do art. 144 do Código de Processo Civil no âmbito dos Tribunais Superiores, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular.

Os Tribunais Superiores são destinados à defesa da ordem constitucional e legal. Mesmo quando julgam casos concretos, sua função é estabelecer a interpretação constitucional e legal a ser adotada.

A observância da regra ampla de recusa de magistrados impede a formação de precedentes que traduzam corretamente a opinião da maioria das Cortes. Jogando com as regras, pode-se manipular formação de precedentes que vincularão ou, ao menos, orientarão causas em trâmite em todos os foros do País.

Ao julgar ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e, também, arguições de descumprimento de preceito fundamental, os membros deste Tribunal devem sujeitar-se às mesmas regras de impedimento que se aplicam aos juízes que exercem a jurisdição ordinária?

A mim, não me parece que assim deva ser. Digo isso em virtude de pelo menos duas razões. Um argumento de princípio (justificação) e outro de consequência.

Em primeiro lugar, os fundamentos que justificam essa regra não têm lugar nos casos em que este Tribunal atua no exercício de Jurisdição Constitucional, notadamente em controle abstrato. Isso porque, essencialmente, o que motiva a previsão de regras de impedimento na legislação processual é assegurar que o julgador atue, nos casos que lhe são submetidos, de forma imparcial e desinteressada.

Afinal, como bem destacam Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello, *“As partes têm direito ao julgamento da lide por um juiz imparcial que conduza o processo e decida de forma independente, isenta e impessoal”* – WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por Artigo.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

Certamente, não é razoável esperar um julgamento nesses moldes em situações em que o julgador seja ele mesmo parte no processo ou em que esteja a decidir processo de interesse de seu cônjuge ou ascendente, como na hipótese prevista no art. 144, IV, do Código de Processo Civil.

A situação não se apresenta da mesma forma nos casos de controle abstrato. Neles, não há propriamente um interesse subjetivo a ser tutelado – defende-se a própria ordem constitucional.

Daí a questão que suscito: não merecem esses casos um tratamento jurídico diverso? Não há sequer partes em sentido subjetivo nesses feitos, tampouco interesse subjetivo à tutela.

Mas há ainda outra razão para a questão que levanto.

A **segunda** razão diz respeito às consequências da aplicação dessa regra nesses casos. É que, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião último da Constituição Federal, o reconhecimento de impedimentos tão amplos e desmedidos, como os que constam da norma em questão, acabaria nos levando a um resultado absurdo, que é simplesmente a ausência de quórum para julgamento.

E mais: em certos casos, as amplas hipóteses de impedimento do art. 144 do novo Código de Processo Civil podem permitir que as partes manipulem o quórum e até mesmo o resultado do julgamento. Ou seja, escolham, ao contratarem seus advogados, quais ministros poderão e quais não poderão participar do julgamento de uma controvérsia constitucional vital para o País.

Isso torna-se especialmente grave se aplicarmos a regra do inciso VIII do art. 144 do Código também aos casos em que os patronos representem não as partes no processo, mas apenas os amigos da Corte.

E aqui chegamos à **segunda questão**. Deve a regra de impedimento do inciso VIII do art. 144 do Código ser aplicada também aos casos em que escritório represente não a parte, mas simplesmente um dos amigos da Corte no caso?

Destaco esse ponto porque, ao habilitarem-se num caso três ou quatro entidades, representadas por certos escritórios, pode-se alterar radicalmente o resultado de um julgamento ou mesmo inviabilizá-lo.

A hipótese não é cerebrina. Basta lembrar o rumoroso julgamento dos planos econômicos, em que este Tribunal viu-se diante da dificuldade de quórum para proceder ao julgamento.

É claro que ali não se cuidava da hipótese de que estou a tratar, isto

é, da regra de impedimento do inciso VIII do art. 144 do novo Código de Processo Civil. Em todo caso, o exemplo, ainda assim, parece-me válido e ilustrativo.

A propósito, esse caso alerta-nos a perceber que é preciso ponderar sobre uma mesma solução para os casos submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, tendo em vista a considerável aproximação que se tem operado com o modelo do controle abstrato de normas.

Consigno que esta Corte, ao julgar o Recurso Extraordinário 693.456, Rel. Min. Dias Toffoli, Sessão Plenária do dia 2.9.2015, votou questão de ordem para fixar tese segundo a qual é impossível a desistência de qualquer recurso após o reconhecimento de repercussão geral da questão constitucional. Trata-se de manifesta aproximação entre os modelos difuso e abstrato de controle de constitucionalidade, na medida em que o art. 5º da Lei 9.868/1998 já previa a inadmissibilidade de desistência em ações diretas de inconstitucionalidade.

No julgamento do referido processo, assentei em Plenário que, diante de juízo probabilístico feito pela parte, de que o Tribunal possa manifestar-se em sentido contrário aos seus interesses, desiste-se. Percebi, naquela ocasião, que o objetivo escuso muito provavelmente seria de impedir glosa em relação ao que já se verificou. Aduzi, finalmente, que se trataria não só de manipular a competência da Corte, mas também de usar uma decisão judicial com essa finalidade.

De mais a mais, há de reconhecer-se que a sistemática da repercussão geral faz com que as decisões proferidas nos processos-paradigmas espriem seus efeitos para uma série de demandas sobre igual tema, antes mesmo da conversão do entendimento em eventual súmula vinculante. É mais uma fase do fenômeno de “objetivação” do recurso extraordinário.

Feitas essas considerações, enxergo, tanto nos processos de controle de constitucionalidade abstrato (ADI, ADC, ADO e ADPF) quanto nos processos-paradigmas da repercussão geral, uma feição de ações de proteção da ordem jurídica objetiva, independentemente dos eventuais direitos subjetivos envolvidos.

Mesmo no julgamento de ações e recursos individuais, os Tribunais Superiores fixam interpretação com considerável poder de persuasão sobre os demais Juízos.

A particular importância do impacto da recusa judicial nas Cortes Supremas já foi notada em outras jurisdições. Nos Estados Unidos, as

regras legais sobre a recusa do juiz em atuar em casos envolvendo parentes advogados são muito mais estreitas do que aquelas de nosso novel CPC. Ainda assim, a Suprema Corte americana emitiu, em 1993, "*Statement of Recusal Policy*", assinada pelos sete de seus nove integrantes que, daquela feita, tinham parentes exercendo ou com potencial de exercer a advocacia. Em 2005, o *Chief Justice* Roberts adotou a mesma "*policy*".

A declaração afirma que, na Suprema Corte, "*a ausência de um julgador não pode ser compensada por outro*", pelo que "*mesmo uma recusa desnecessária atrapalha o funcionamento da Corte*". Destaco, por relevante, o seguinte trecho da declaração:

"Even one unnecessary recusal impairs the functioning of the Court. Given the size and number of today's national law firms, and the frequent appearance before us of many of them in a single case, recusal might become a common occurrence, and opportunities would be multiplied for 'strategizing' recusals, that is, selecting law firms with an eye to producing the recusal of particular Justices. In this Court, where the absence of one Justice cannot be made up by another, needless recusal deprives litigants of the nine Justices to which they are entitled, produces the possibility of an even division on the merits of the case, and has a distorting effect upon the certiorari process".

(http://eppc.org/docLib/20110106_RecusalPolicy23.pdf)

As mesmas observações podem ser transportadas para os Tribunais Superiores brasileiros, em particular para o Supremo Tribunal Federal.

Até o grau de apelação, prevalece o interesse no distanciamento dos julgadores da causa. Juízes e Desembargadores podem ser substituídos por outros, que resolverão o caso concreto, com prejuízo dentro da esfera do aceitável.

Já, em Tribunais Superiores, o interesse principal não está na solução do caso concreto, mas na formação de precedente que orientará julgamentos futuros. Prevalece o interesse coletivo de que o precedente formado represente a opinião da Corte, não a opinião de uma maioria eventual.

Isso é particularmente relevante no Supremo Tribunal Federal, o qual, com apenas onze membros, tem a missão de guardar a Constituição.

Por tudo, o que menos importa aos julgamentos dos Tribunais Superiores são as partes envolvidas e seus procuradores.

Dessa forma, o art. 144, VIII, do CPC há de ser interpretado conforme a Constituição Federal, para excluir sua aplicação aos Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal. Assim, a aplicação do dispositivo no âmbito dos Tribunais Superiores seria impraticável.

3.4. Inaplicabilidade do art. 144, VIII, parte final, do CPC

A questão seguinte que suscito diz respeito especificamente à própria aplicabilidade da parte final da disposição em exame.

Na prática, seria necessário verificar se toda e qualquer parte que litigue já esteve, em algum outro momento, representada por patrono incluído na situação do **inciso VIII do art. 144 do novo Código de Processo Civil**.

Mesmo sendo uma regra previamente estabelecida em lei, a norma dá às partes a possibilidade de usar o impedimento como estratégia, definindo quem serão os julgadores da causa.

A escolha dos julgadores, de outra forma definida pela distribuição, passa ao controle das partes, especialmente daquelas com maior poder econômico.

Especialmente quando se trata de grandes empresas e grandes escritórios, com ampla atuação em todo território nacional, como, enfim, assegurar o cumprimento dessa regra sem violar o princípio do juiz natural e a própria competência da Corte?

A consideração não escapou à doutrina do processo civil brasileiro. Cito, a propósito, Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello:

“É justificável a primeira parte do inciso VIII, que estabelece o impedimento para o juiz atuar em processo que envolve cliente do escritório do seu cônjuge, companheiro ou parente, nas situações em que este é sócio do escritório ou o advogado da causa (inciso III). Mas a parte final do inciso VIII merecerá maior atenção e reflexão na sua aplicação. O que se pretendeu com essa regra foi evitar a *terceirização* ou *contratação transversa*, em que o parente do juiz continuaria atuando de forma *oculta*, estabelecendo o legislador uma presunção

absoluta acerca da existência de *conluio entre os escritórios*. O que não foi observado é que **há grandes empresas, partes em litígios de massa e que contratam escritórios que atuam em todo o território nacional, sendo improvável que todos estejam envolvidos nessa tentativa presumida de fraude. Além da subjetividade da situação, que não é própria das causas de impedimento, que derivam de aspectos objetivos, há que se perquirir acerca da própria constitucionalidade da norma, que pode ser posta em dúvida, comprometendo o Princípio do Juiz Natural, por exemplo**". - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por Artigo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 318. (Grifei)

Dessa forma, tenho que, se a Corte entender aplicável, em tese, a disposição ao caso, a própria constitucionalidade da norma deve ser afastada pela Corte.

3.5. Inaplicabilidade do art. 145, III, do CPC

O Procurador-Geral da República invocou a aplicação do art. 145, III, do CPC, segundo o qual há "*suspeição do juiz quando qualquer das partes for [...] devedora, de seu cônjuge*".

A inaplicabilidade do CPC ao caso já foi demonstrada. Acrescento que a hipótese legal não se perfectibiliza no caso concreto.

Conforme nota à imprensa assinada pelo advogado Sérgio Bermudes, só participa da remuneração o advogado que efetivamente presta o serviço (Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/nota-sergio-bermudes.pdf>. Acesso em: 20.5.2017).

Ou seja, de acordo com a informação, a esposa do signatário não é credora do paciente.

Se o argumento do crédito fosse levado à última instância, talvez a atuação do Procurador-Geral da República pudesse ser desafiada, visto que sua filha pode ser credora por honorários advocatícios de pessoas jurídicas envolvidas na Lava Jato.

Com toda a razão, o próprio Procurador-Geral da República defendeu, em nota à imprensa, que a hipótese do art. 144, VIII, do CPC, se aplicável à pessoa jurídica, não contamina a atuação em relação a processos de seus sócios. Argumento de esperto e não de *expert*.

A mesma lógica valeria aqui. Eventual credor do paciente seria a sociedade de advogado, não a esposa do arguido.

Como se vê, por todas as razões, não se aplica o art. 145, III, do CPC.

4. Instrução

Esta manifestação segue instruída com cópias do HC 141.478, das matérias jornalísticas e da nota à imprensa mencionadas.

Não vislumbro controvérsia fática a exigir prova oral.

O arguido é casado com Guiomar Mendes, a qual integra o escritório de advocacia Sérgio Bermudes Advogados. Reitere-se que, em nota à imprensa, Sérgio Bermudes confirmou que o paciente Eike Fuhrken Batista é cliente do escritório em causas cíveis. Também esclareceu que Guiomar Mendes não presta serviços ao paciente, não sendo sua credora.

Ressalte-se, mais uma vez, que o HC foi impetrado por outro escritório de advocacia, de modo que as explicações acima deveriam ser desnecessárias.

Não há, portanto, necessidade de ulteriores diligências probatórias.

5. Conclusão

Assim, a arguição de impedimento revela-se totalmente improcedente, consoante o exposto acima, que pode ser assim resumido:

- i) A distribuição de processos é aleatória, de modo que o juiz não escolhe as causas que deverá julgar;
- ii) A presente arguição não deve ser conhecida, porquanto intempestiva. O art. 279 do RISTF concede prazo de 5 (cinco) dias, contados da distribuição do feito, para que seja suscitado o impedimento do relator. No presente caso, isso só foi feito após a decisão do referido HC;
- iii) A presente arguição não deve ser conhecida em razão de ter ocorrido a preclusão lógica, isso porque o Procurador-Geral da República não arguiu o impedimento deste magistrado na ocasião

em que indeferiu o pedido de Eike Fuhrken Batista de extensão de Habeas Corpus concedido a Flávio Godinho. Assim, o PGR praticou ato que importou a aceitação do julgador;

- iv) A recusa pedida pelo PGR é improcedente porque o CPC não se aplica ao Processo Penal. O art. 15 do CPC é claro ao estabelecer que deve ser aplicado, supletiva e subsidiariamente, aos processos eleitoral, trabalhista e administrativo;
- v) Ademais, a jurisprudência do STF, apesar da tentativa marota do PGR de dar-lhe leitura enviesada, é firme no sentido de que as hipóteses legais de impedimento previstas no CPP são um “rol taxativo”, o qual não comporta “analogia pura e simples” nem “interpretação extensiva”, visto que “não é possível ao Judiciário legislar para incluir causa não prevista pelo legislador”;
- vi) O art. 144, VIII, do CPC é inaplicável. Isso porque impõe ao magistrado o dever de recusar-se, sem sequer fornecer os meios para que o julgador avalie a incidência da norma. Por isso, a causa de impedimento é de inviável observância;
- vii) O art. 144, VIII, parte final, do CPC, é de difícil e temerária aplicação. Por sua dicção, a escolha dos julgadores, de outra forma definida pela distribuição aleatória, passa ao controle das partes, especialmente daquelas com maior poder econômico;
- viii) Também é absolutamente improcedente a alegação do PGR de aplicação do art. 145, III, do CPC. Tal dispositivo afirma haver “suspeição do juiz quando qualquer das partes for [...] devedora, de seu cônjuge”. Ressalte-se, mais uma vez, que o arguido é casado com Guiomar Mendes, a qual integra o escritório de advocacia Sérgio Bermudes Advogados. Reitere-se que, em nota à imprensa, Sérgio Bermudes confirmou que o paciente Eike Fuhrken Batista é cliente do escritório em causas cíveis. Também esclareceu que Guiomar Mendes não presta serviços ao paciente, não sendo sua credora. Por fim, o HC foi impetrado por outro escritório de advocacia, de modo que o art. 145, III, do CPC não se amolda a hipótese em apreço.

Ante o exposto, informo a Vossa Excelência que não aceito a recusa oferecida pelo Procurador-Geral da República e pugno pelo seu não conhecimento ou, caso conhecida, por sua integral rejeição.

