

O Senhor Ministro **Cristiano Zanin** (Voto-vogal): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 144 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil (CPC).

Em síntese, a autora alega que a regra de impedimento, inserida no inciso VIII do art. 144, não tem como ser aplicada na prática, uma vez que depende da atitude e de informações de terceiros.

Transcrevo:

“Como demonstrará a AMB nessa ação, a referida regra de impedimento NÃO tem como ser aplicada por ato unilateral dos magistrados, a partir do exame do processo no qual haveria de se declarar impedido (de acordo com a regra aqui impugnada), e, por isso, deve estar sendo descumprida pela maioria quase absoluta dos magistrados, sem que saibam que estão incorrendo nesse descumprimento.

[...]

Com efeito, o referido inciso VIII, do art. 144, do CPC, passou a prever a existência de impedimento do juiz no processo em que figure CLIENTE do Escritório de seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o 3º grau inclusive, mesmo que patrocinado por ADVOGADO DE OUTRO ESCRITÓRIO. A vedação peca por uma falta de razoabilidade ou de proporcionalidade manifesta, porque exige do juiz uma CONDUTA IMPOSSÍVEL de ser observada.” (doc. eletrônico 1, pp. 2 e 4)

O Presidente da Câmara dos Deputados informou que o projeto de lei que culminou na aprovação do CPC/2015 foi regular (doc. eletrônico 17).

Por sua vez, o Presidente do Senado Federal apresentou suas informações, no sentido de que a hipótese de impedimento estabelecida no inciso VIII do art. 144 do CPC/2015 visa combater o tráfico de influência no âmbito processual:

“[...] A hipótese de impedimento estabelecida no inciso VIII do art. 144 do CPC, aliada àquela descrita no inciso III do mesmo dispositivo, visa combater o tráfico de influência no âmbito processual, impedimento que se fará presente mesmo que a pessoa que carrega o motivo do impedimento não atue diretamente no feito, não existindo nada de errado nisso. A norma é digna de louvor.” (doc. eletrônico 19, p. 5.)

A Presidência da República prestou informações e sustentou a validade da norma impugnada, sob o fundamento de que representa um avanço na busca ao princípio do juiz imparcial:

“22) Contudo, tal como asseverado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça, a norma impugnada representa, em verdade, um avanço na busca de conferir efetividade ao princípio do juiz imparcial, e, tão logo, aos postulados do juiz natural e do devido processo legal:

‘24. A norma impugnada representa, em caminho inverso ao adotado pela exordial, um avanço na busca da efetividade ao princípio do juiz imparcial. Representa, sim, a concretização de décadas de experiência e vivência forense, culminando em um mecanismo ainda mais avançado de proteção à efetiva prestação jurisdicional e qualquer medida tendenciosa a limitá-la ou mesmo reprimi-la representa grave ofensa ao texto constitucional.’” (doc. eletrônico 21, pp. 11 e 12)

A Advocacia-Geral da União (AGU) também sustentou a validade da norma. Em síntese, alega que inexistente questão constitucional a ser apreciada. No mais, o inciso VIII do art. 144 do CPC/2015 é regra que contribui para a imparcialidade do magistrado:

“Especificamente quanto ao artigo 144, inciso VIII, do Código de Processo Civil, objeto da presente ação direta, trata-se de regra que contribui para a proteção da imparcialidade do magistrado, evitando sua fragilização por eventual relação profissional mantida entre seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau e pessoas que sejam partes nos processos submetidos à sua jurisdição.

De fato, a ocorrência dessa situação poderia comprometer a imparcialidade do juiz e, por conseguinte, a garantia do devido processo legal. Assim, nota-se que a hipótese de impedimento estabelecida pela disposição questionada encontra amparo no Texto Constitucional, não havendo que se falar em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.” (doc. eletrônico 23, p. 13).

A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifestou-se pela improcedência do feito, no sentido da constitucionalidade da norma, em abstrato. Transcrevo:

“Desse modo, verifica-se que o sistema processual civil, alinhado à Constituição, possui mecanismos de controle tanto da conduta do magistrado quanto da postura dos demais integrantes da relação jurídica de direito processual e material. Será a construção doutrinária e pretoriana a responsável por delinear e verificar, caso a caso, a hipótese de impedimento que obsta o desenvolvimento válido do processo em razão da incapacidade subjetiva do magistrado, sem que se possa falar em inconstitucionalidade abstrata do art. 144-VIII do novo CPC por ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.” (documento eletrônico 25, p. 12).

Após o voto do Ministro Edson Fachin, que julgava o pedido improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes, que julgava procedente o pedido.

Os autos encontram-se em discussão no Plenário Virtual.

É o relatório. Decido.

A imparcialidade do juiz é regra maior do Estado Democrático de Direito. Para assegurar tal imparcialidade, a Constituição Federal confere garantias e vedações aos magistrados. As garantias da magistratura são impostas com o objetivo de manter o magistrado seguro de pressões externas. As vedações lhe impõem a adoção de padrão de comportamento ético e equidistante, com vistas ao bom exercício da função jurisdicional.

No mesmo contexto, a legislação infraconstitucional impõe regras de suspeição e impedimento de magistrados. Apesar das críticas doutrinárias, a legislação diferencia as hipóteses de suspeição e impedimento:

“Tradicionalmente, se diz que as causas de impedimento são mais graves do que as de suspeição, sobretudo porque aquelas são objetivas, enquanto estas seriam subjetivas. Não parece haver muita lógica nessa distinção. Porém, fato é que a lei brasileira considera mais graves as hipóteses de impedimento, tanto que atribui consequências diferentes a elas, que podem ser alegadas em qualquer tempo (não se sujeitando a preclusão), sendo até mesmo causa de rescisão de eventual sentença transitada em julgado (art. 966, inc. II, do CPC)”. (MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C., MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2, 9. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo, RT, 2023, pp. 74 e 75).

Pois bem.

Confira-se a norma impugnada:

“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;”

Trata-se de norma de impedimento. Portanto, norma que impõe dever objetivo do magistrado de afastar-se do processo. As consequências ao magistrado são graves.

O reconhecimento do impedimento acarreta condenação do magistrado em custas (art. 146, § 5º, CPC/2015), além de possibilidade de responsabilização cível e administrativa.

As consequências ao processo também são relevantes, pois os atos judiciais são anulados (art. 146, § 7º, CPC/2015) e existe previsão do impedimento como fundamento para a ação rescisória (art. 966, II, CPC /2015).

Por oportuno, noto que, nos autos, o Senado Federal, a AGU e a PGR reconhecem que a aplicação literal e absoluta do dispositivo do inciso VIII do art. 144 podem conduzir a graves distorções. Para evitá-las, reconhecem que seria necessário verificar aspectos subjetivos do juiz, em especial se tinha conhecimento da causa de impedimento. Trago à colação alguns exemplos:

“Se o juiz não souber que uma das partes do processo é cliente do advogado que venha a ser seu “cônjuge...” e julgar a ação, não será possível lhe imputar impedimento por fato dele desconhecido, e que, justamente por ser dele desconhecido, não teve o condão de abalar sua imparcialidade, sem prejuízo nenhum para qualquer das partes, aplicando-se aqui, *mutatis mutandis*, o princípio segundo o qual “**Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade**” (CPC, art. 277). (grifos no original. Manifestação do Senado Federal. Doc. eletrônico 19, p.4)

“A constitucionalidade da norma não pode, entretanto, ser infirmada pela suposição de situações extremas, em desconsideração a tantas outras ocasiões concretas nas quais a observância do disposto no artigo 144, inciso VIII, do Código de Processo Civil serviria para garantir um julgamento justo.” (manifestação da AGU, Doc. eletrônico 23. pp. 13 e 14)

“Portanto, se há incompatibilidade com o texto constitucional, não seria do texto abstrato do art. 144-VIII do CPC, mas de eventual aplicação desatenta aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, cuja análise refoge ao âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e deve ser aferida caso a caso, no plano concreto. Por si só, a nova causa de impedimento positivou anseios sociais e concretiza os princípios estruturantes da República, especialmente a igualdade (CF, art. 5.º, *caput*) e a democracia (CF, art. 1.º).” (manifestação da PGR, Doc. eletrônico 25, p. 10).

O primeiro questionamento, então, é como exigir que o magistrado efetivamente conheça a carteira de clientes do escritório no qual atua seu parente.

A relação entre o advogado e o seu cliente é sigilosa. É inclusive infração disciplinar a violação do sigilo profissional (art. 34, VII, da Lei nº 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia). Não há nenhuma obrigação de o advogado informar o seu parente magistrado sobre a sua carteira de clientes.

Além disso, os escritórios de advocacia algumas vezes atuam com estrutura semelhante à empresarial. Não são poucos os escritórios que contam com mais de uma centena de advogados e não raro advogam para grande parte das grandes empresas. Também não é incomum, em grandes e médios escritórios, que haja sigilo entre os próprios advogados que patrocinam clientes concorrentes, em determinadas operações ou em um setor específico, o que se costuma chamar de *chinese wall*. Em resumo, muitas vezes o advogado não saberá com detalhes a carteira de clientes do escritório.

Tanto os clientes quanto os advogados não são obrigados a permanecer no mesmo escritório. É a regra da iniciativa privada. Os vínculos se alteram tanto entre os advogados e os escritórios como entre os escritórios e os seus clientes. **O controle, então, por parte do magistrado é praticamente impossível.**

As regras de impedimento são objetivas. A indagação sobre o móvel ou sobre o conhecimento do magistrado, em especial após o trânsito em julgado, como fundamento de rescisória causaria grande insegurança jurídica.

Lembro que, tradicionalmente, segundo Moacyr Amaral Santos, “o *impedimento* corresponde à situação do juiz que, por força de lei, o qualifica de parcial; essa situação que atribui a ‘*presunção absoluta de parcialidade*’ (Celso Agricola Barbi)” (*in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237) :

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, esclareceu com profundidade as dificuldades da aplicação da regra de impedimento em um Tribunal Superior:

“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 são veiculadas as petições.

Esse procedimento aplica-se não apenas aos casos de relatoria do Ministro, mas a todos os processos nos quais o julgador toma parte.

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.

Considerados os cerca de 10.000 julgamentos em que um Ministro da Corte atua durante 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 de seu familiar, o que demonstra a ofensa ao princípio da proporcionalidade."

O dispositivo impugnado também causa severos entraves nas instâncias ordinárias, em especial nos casos que envolvem direito do consumidor.

É sabido que uma parte considerável dos serviços judiciários é destinada a resolver questões em que as pessoas jurídicas de direito público estão envolvidas. Outra parte bastante relevante refere-se a concessionárias de serviço público, como empresas de telefonia e transporte, e setor bancário.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem monitorando os grandes litigantes. Em estudo de 2018, da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), contratada pelo CNJ, chegou-se à conclusão que uma única instituição financeira (Itaú) era responsável por 9,28% de todos os litígios envolvendo relação de consumo na Justiça estadual de São Paulo. Somente os cinco maiores grandes litigantes (Itaú, Bradesco, Vivo, Banco Votorantim e Santander) respondem por mais de 27,5% de todas as demandas de consumo. Os 30 maiores litigantes respondem por mais de 60% das demandas desse mesmo seguimento (Relatório analítico propositivo. Justiça pesquisa. Políticas Públicas do Poder Judiciário. Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições. p. 73. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/wp-.content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf> > acesso em: agosto 2023)

Na prática forense, muitos desses grandes litigantes são patrocinados por escritórios de porte e estruturas variados. Há escritórios com advogados especializados em consultivo, em contencioso de massa ou contencioso estratégico. Os advogados desses escritórios maiores costumam substabelecer outros advogados, para atuar em demandas de menor valor, como no caso dos Juizados Especiais, ou mesmo apenas para participarem de algumas audiências.

Nesse contexto, não é razoável que um juiz fique impedido de julgar, por exemplo, um processo de Juizado Especial de um grande litigante apenas porque um parente trabalha em um escritório de advocacia que tem tal litigante em sua carteira de clientes.

Na prática, se aplicada a norma, por exemplo, o magistrado do Juizado Especial se dará como impedido em quase 30% de seus processos (apenas considerando os cinco maiores litigantes). Caso contrário, se sujeitará automaticamente à condenação em custas, conforme previsão do art. 144, § 5º, do CPC/2015, e eventual responsabilização cível e administrativa.

Por outro lado, haverá pressão contrária ao advogado privado parente de magistrado. Caso queira evitar constrangimento ao parente magistrado, o advogado ficará impossibilitado de trabalhar em um escritório de médio ou grande porte, que seja especializado em demandas de massa ou, mesmo em escritório pequeno, receba muitos substabelecimentos, para participação em audiências.

Na prática, a solução de reconhecer o impedimento do magistrado inviabiliza os serviços judiciários. Por outro lado, impedir o parente do magistrado de atuar como advogado, além de ser juridicamente impossível, restringe as oportunidades de terceiro, em afronta à liberdade de iniciativa e ao direito ao trabalho e à subsistência.

A regra de impedimento insculpida no inciso VIII do art. 144 do CPC /2015 também ofende o princípio da isonomia. Há óbvio tratamento desigual em desfavor dos advogados privados. A regra não prevê o impedimento de magistrados para julgar ações contra o Poder Público representados, em outros processos, por parentes advogados públicos, vinculados à AGU ou às procuradorias estaduais ou municipais.

Noto que, não raro, tais advogados públicos recebem verbas de sucumbência rateadas pela AGU e procuradorias, consoante art. 85, § 19, do CPC/2015. Portanto, em tese, se beneficiam indiretamente das decisões proferidas por seus parentes magistrados, sem qualquer questionamento.

Em resumo, a norma questionada ofende a Constituição, pois (i) impõe regra objetiva de impedimento de magistrado de forma desproporcional, em grave prejuízo ao serviço público e à segurança jurídica; (ii) afeta inclusive interesse de terceiros, parentes de magistrados, em ofensa aos postulados da livre iniciativa e do direito ao trabalho; e (iii) cria injustificada distinção entre advogados públicos e privados.

Posto isso, com acréscimo de fundamentos, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes e julgo procedente a presente ação direta para reconhecer a inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 144 da Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil (CPC).

É como voto.