

PARECER

CONSULENTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO:

Ementa: Constitucional, processual e responsabilidade civil - ação indenizatória em face da Fazenda Pública Estadual e do Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de Araraquara/SP em decorrência de prisão ilegal - admissão do Tribunal de Justiça de São Paulo como *amicus curiae* - competência - impedimento.

1. CONSULTA

Honrosamente nos procura a prestigiosa Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por meio de seu ilustre Defensor, Dr. Matheus Bortoletto Raddi, apresentando a seguinte situação.

1.1 Síntese dos fatos

O Consulente informa que, em 20 de junho de 2017, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou ação de indenização por erro judiciário em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e do juiz José Roberto Bernardi Liberal, distribuída na 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Araraquara, autuada sob o n. 1008488-20.2017.8.26.0037, objetivando indenização por danos morais por força da prisão injusta de Horácio Batista dos Santos Junior.

Ao cumprir pena em regime aberto pelos crimes de roubo e estelionato, o Requerente na mencionada ação teria ameaçado verbalmente sua irmã, o que resultou na sua prisão em decorrência do novo fato, tendo sido determinada pelo Requerido José Roberto Bernardi Liberal, de ofício, a regressão do apenado para o regime fechado.

Contudo, a decisão não foi cumprida tendo em vista que, um dia antes da decisão, o Requerente já havia sido colocado em liberdade provisória por outro magistrado. Ao saber da soltura do Requerente o Juiz Requerido determinou a expedição de um mandado de prisão.

De acordo com a Consulente, antes da aludida expedição, o inquérito do crime de ameaça já havia sido arquivado a pedido do Ministério Público, o qual entendeu que meros desabafos momentâneos em razão de exaltação ou nervosismo não configuram o delito de ameaça ou qualquer outro.

O Requerente compareceu todos os meses ao fórum para cumprir sua pena em regime aberto, nunca tendo sido informado da regressão para o regime fechado e recebendo, em fevereiro de 2015, ofício comunicando o cumprimento da totalidade da pena.

Contudo, tempos depois, o Requerente foi novamente preso devido ao mandado de prisão em aberto expedido pelo juiz Requerido, diante da determinação de regressão de regime de uma pena (naquele momento) já cumprida, por um fato que não foi considerado crime pelo próprio *titular da ação penal* (o Ministério Público).

A Consulente informa que, até ser novamente colocado em liberdade, o Requerido passou 10 meses na prisão, aduzindo também que o juiz requerido teria agido com “culpa grave” e “dolo”, tendo sido responsável pela “permanência indevida do cidadão no cárcere por longos meses, motivos mais que suficientes a conduzir à compensação por danos morais ora pleiteada, em razão do erro judiciário”. Para além da responsabilidade do Estado, o Requerente imputa ao ao juiz Requerido, condutor do processo, a prática de ato ilícito que lhe causou enormes danos, desejando, pois, inclui-lo no polo passivo.

Tendo a ação sido distribuída em 20 de junho de 2017 (às 16:19) foi no mesmo dia (às 17:58) indeferida, com a determinação de que o Requerente apresentasse outra petição, excluindo o juiz de direito do polo passivo.

A Solicitante apresentou embargos de declaração (fls. 444/447 e decisão de fls. 448), aduzindo que o autor insistia no processamento da ação em desfavor do juiz e que, havendo dois réus, deveria o julgador indeferir parcialmente a inicial, na forma dos artigos 330, 654 e 485 do Código de Processo Civil. O juízo, contudo, manteve a decisão embargada, deixando claro que o fez porque “o autor 'mantém o interesse de ver processada a pessoa física”.

A solicitante interpôs recurso de Apelação em face da sentença de indeferimento da petição inicial (fls. 451/499). Encerrada a jurisdição em 1ª instância, esperava-se que o feito fosse seguir o seu trâmite regular, com a apresentação de contrarrazões e remessa ao Tribunal de Justiça.

Contudo, após a citação do juiz de Direito para responder à ação, a Associação Paulista dos Magistrados (Apamagis) requereu o seu ingresso no feito como assistente simples do réu (fls. 529/530). Embora já houvesse indeferido a inicial e encerrado a sua jurisdição, o juízo de 1ª instância **deferiu, sem a oitiva do Requerente, a intervenção da Apamagis no feito**, em que pese a associação de classe não ostentar interesse jurídico na causa (conforme exige o artigo 119 do Código de Processo Civil), mas, sim, e tão somente, interesse corporativo.

Na mesma oportunidade em que deferiu o ingresso da Apamagis, o juízo de 1ª instância determinou a suspensão do processo individual, uma vez mais sem a oitiva do Requerente, até o julgamento do Recurso Extraordinário 1.027.633, Tema 940, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, em que se discutirá a possibilidade de propositura de ação diretamente em desfavor do agente público, inobstante não exista decisão de suspensão proferida pelo relator do recurso no Supremo Tribunal Federal, conforme exige o parágrafo 5º do artigo 1.035.

A Solicitante interpôs embargos de declaração (fls. 553/566) e, posteriormente, agravo de instrumento (autos 2155617-26.2017.8.26.0000). O recurso foi improvido, mediante decisão sucinta do TJSP, com Recurso Especial interposto ao STJ, ainda pendente de remessa.

Objetivando preservar a competência da suprema corte deste país, o Solicitante apresentou reclamação ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, o ministro relator, Ricardo Lewandowski, negou seguimento à reclamação, sob o fundamento de que “somente o Supremo Tribunal Federal pode determinar nacionalmente o sobrestamento dos processos que versem sobre o mesmo tema cuja repercussão geral foi reconhecida” e de que “a suspensão foi determinada apenas em relação a um único feito, o que não usurpa a competência desta Suprema Corte”.

A Apamagis apresentou embargos de declaração contra a decisão de fls. 551 (que admitiu o seu ingresso e suspendeu o curso do processo), questionando a exclusão do juiz do polo passivo, conforme sentença objeto de apelação; seguiu-se a decisão de fls. 664/666 e o recurso de agravo de instrumento da Apamagis (fls. 693/703 - autos 2187808-27.2017.8.26.0000), o qual contou com efeito ativo para excluir (o já excluído) juiz do polo passivo.

Pela peculiaridade da concessão do efeito ativo no caso em análise, houve agravo interno interposto pela própria Fazenda do Estado de São Paulo contra tal decisão, a qual, todavia, foi mantida. O recurso ainda não foi julgado no mérito.

O juízo de primeira instância determina o prosseguimento do feito apenas com relação à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, sem que tenha havido pedido nesse sentido, ao que se seguiram os embargos de fls. 783/784 e a decisão de fls. 785, mantendo a suspensão do processo.

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo contestou a ação, mesmo com o indeferimento da inicial, a interposição de um recurso de apelação e o sobrestamento do feito.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de petição datada de 10 de julho, requereu a sua habilitação no feito como *amicus curiae* (fls. 1220/1234 e 1240) e a extinção da ação sem julgamento do mérito com relação ao juiz demandado, por ilegitimidade passiva (o que já foi feito e os órgãos jurisdicionais, sem qualquer pudor, negam-se a conferir o regular andamento ao processo, com a oportuna remessa do recurso de apelação ao tribunal para julgamento) ou, subsidiariamente, a improcedência da ação em relação ao juiz de Direito.

Quesitos

Diante da situação de fato narrada, fomos instados a responder as seguintes perguntas:

- 1) Na eventualidade de um Tribunal de Justiça Estadual se habilitar como *amicus curiae* no próprio Tribunal de Justiça Estadual, e de este pedido ser deferido, deveria o processo ser deslocado para processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “n” da Constituição Federal?
- 2) Na mesma situação descrita, o pedido de habilitação deste mesmo Tribunal Estadual como *amicus curiae*, por si só, já seria causa de impedimento ou suspeição para o julgamento pelo mesmo Tribunal?
- 3) Na mesma situação descrita, o fato de haver no polo passivo um magistrado da mesma Corte Estadual, teria alguma relevância para as conclusões acerca do tema?

Passamos, então, adiante, a respondê-las.

2. Fundamentação

2.1. Primeiro quesito.

O cerne dos questionamentos que nos são formulados consistem em saber se, na hipótese de um Tribunal de Justiça Estadual se habilitar como *amicus curiae* no próprio Tribunal de Justiça Estadual e o pedido ser deferido, o processo deveria ser deslocado para processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “n” da Constituição Federal.

Antes de adentrar na análise do deslocamento de competência para processamento e julgamento do processo perante o Supremo Tribunal Federal, imperioso tecer alguns esclarecimentos quanto à intervenção do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro e seu tratamento pela literatura jurídica especializada.

O *amicus curiae* é recorrentemente conceituado como um terceiro, supostamente neutro, que intervém em processo alheio para contribuir com o julgamento apresentando uma nova perspectiva hermenêutica ao magistrado, pela apresentação de conhecimentos técnicos ou com um alto grau de especialização, ou ainda para apresentação de uma interpretação diferente acerca dos fatos e dos fundamentos a serem utilizados para o julgamento¹.

Instituto jurídico pertencente, sobretudo, à tradição dos países de tradição anglo-saxônica, pela importância do papel que lhe é atribuído e pelo desenvolvimento de suas funções, o *amicus curiae* foi amplamente recepcionado pela tradição romano-germânica e tem, gradativamente, encontrado terreno fértil no direito brasileiro, seja pelo seu desenvolvimento dogmático e jurisprudencial, seja pela investigação da literatura jurídica especializada.

O *amicus curiae* (também chamado de *friend of court*, nos EUA, *amigo del tribunal* ou *assistente oficioso*, na Argentina, *Freund des Gerichts*, na Alemanha)² apresenta-se ao operador do direito como uma figura jurídica controversa e desafiadora que, apesar da larga experiência de outros países, ao longo dos anos vem sendo gradativamente conhecida e caracterizada pelos esforços da literatura jurídica especializada, da legislação e da jurisprudência dos tribunais.

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. O *amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69; DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25-31. MENEZES, Rafael Filipe Fonseca. O *amicus curiae* no processualismo constitucional democrático. 2015. 252p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

² CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos tribunais: 2004, ano 29, set/out. p. 8/41.

A figura do *amicus curiae* tem duas hipóteses de explicação de suas origens. A primeira, no direito inglês, mais precisamente no direito penal inglês medieval³, na qual este exercia a função de um colaborador neutro dos magistrados, nos casos em que sua resolução envolvia questões não estritamente jurídicas, além de atuar no sentido de os juízes não cometerem erros de julgamento, tendo como única obrigação o dever de lealdade para com os juízes. Competia ao *amicus* a função de levantamento de precedentes judiciais (*cases*) e leis (*statutes*), por quaisquer motivos desconhecidos pelos magistrados⁴.

A segunda teoria aponta outra origem da figura do *amicus curiae*, qual seja, no direito romano, mais precisamente na figura do *consilliarus*, membro técnico do *consillium*, órgão responsável por funções consultivas em geral: política, financeira, religiosa, administrativa, militar, legislativa e judiciária, sendo que esta última tinha o condão de proporcionar o equilíbrio e ponderação necessária ao julgador para uma decisão acertada. A atuação do *consillium* foi bastante comum durante o período romano, da era arcaica à republicana e ao longo de todo império. Sua semelhança com o *amicus curiae* é justificada pela natureza de sua intervenção, a qual dependia de convocação do magistrado e seu auxílio era prestado de acordo com o seu próprio e livre convencimento, observando os princípios do direito⁵.

No direito norte-americano, ao contrário do ocorrido no direito inglês, onde o *amicus curiae* em um primeiro momento tutelava interesses eminentemente privados, nos EUA a intervenção do *friend of court* se prestava à

³ Idem.

⁴ BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90. LOWMAN, Michael. The litigant amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41, p. 1243-1299, 1992, p. 1243.

⁵ CRISCUOLI, Giovanni. “Amicus curiae”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano XXVII, n. 1. Milano: Giuffrè, 1973, PP. 197-198.

tutela de um interesse eminentemente público, defendendo os interesses da Administração Federal e dos entes federados⁶.

Um dos casos paradigmáticos que engendrou uma gradual mudança nos moldes do *amicus curiae* como representante de interesses governamentais ocorreu no ano de 1908, pelo parecer do advogado Louis Brandeis que, mais tarde, viria a ser integrante da Suprema Corte Americana⁷. Nesta oportunidade, em pleno período de liberalismo econômico e consequente liberalismo contratual, o referido parecer “trouxe aos julgadores uma série de elementos que permitiam uma análise das implicações referentes à manifestação de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Oregon” que instituíu um limite máximo à jornada de trabalho diária para as mulheres⁸.

O referido caso acabou também por modificar as conformações dos argumentos até então apresentados pelos *amici*. Se em um primeiro momento esses argumentos eram estritamente jurídicos, passou-se a admitir a intervenção para a apresentação de argumentos outros, não necessariamente de ordem legal. Nesse sentido, Lowman chama a atenção para a flexibilidade que caracteriza a atuação dos *amici curiae*, pelo fato de que, através dos séculos, as

6 Elisabetta Silvestri observa que [...] a evolução súbita nos Estados Unidos do *amicus curiae* é devida em larga medida ao particular assento institucional daquele ordenamento. Inicialmente, de fato, a participação em juízo é reservada a quem representa o governo federal ou a administração de estados singulares, e objetiva a fazer valer o interesse de um ou de outros em uma controvérsia entre privados, na qual surjam questões atinentes ao complexo entrelace de relações derivantes da doutrina do federalismo ou, mais frequentemente, questões relativas à escolha das normas (federais ou estaduais) a aplicar ao caso concreto (tradução livre). SILVESTRI, Elisabetta. L’*amicus curiae*: uno strumento per La tutela degli interessi non rappresentati. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. LI, n. 3, 1997, p. 681.

⁷ Louis D. Brandeis foi nomeado para a Suprema Corte Americana pelo então presidente Wilson, no ano de 1916. Seu período de atuação vai até o ano de 1939.

⁸ “Em solo norte-americano, o mais famoso *amicus*, responsável pela guinada dos moldes de formulação do parecer e da sua função diante das Cortes de Justiça, foi o *Brandeis Brief*, introduzido no caso *Muller v. Oregon* pelo então advogado Louis D. Brandeis. Esse *brief*, diversamente dos antecessores, não levava à Corte precedentes e questões unicamente jurídicas. Tratava-se de pouco mais de uma centena de páginas criativamente dedicadas à exposição de opiniões médicas, estatísticas econômicas e sociais, estudos de impacto, e, ainda, de um minudente exame de legislação alienígena. É imperioso perceber que os argumentos nucleares do parecer repousam em elementos externos ao ordenamento jurídico e à jurisprudência estadunidenses”. MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 99, p. 161-179, set. 2005, p. 163.

cortes tem evitado lhe conferir uma definição rígida, sendo que seus contornos nevoentos tem se mostrado úteis para as cortes, que se valem do instituto para superar as limitações do sistema adversarial⁹.

O largo desenvolvimento do *amicus curiae*, sobretudo nos EUA, mostra que sua intervenção se revela realmente enigmática. De informante do juízo, se afastou gradativamente da ideia de imparcialidade que caracterizava sua intervenção, aproximando-se, desta forma, de uma feição litigante, passando de amigo da corte a amigo da parte¹⁰, sendo utilizado como instrumento de estratégia judicial em defesa de um dos lados da disputa, um lobista¹¹ e, mais recentemente, um suposto “vindicador dos politicamente impotentes, que fazem do Poder Judiciário a sua última, senão única, fronteira”¹².

Diversos estudos mostram o crescimento do número de intervenções, em escala exponencial, bem como a correlação destas com o resultado do julgamento e a efetiva influência que tiveram em algumas decisões da Suprema Corte americana¹³.

No ordenamento jurídico brasileiro, muitas são as intervenções de terceiro apontadas pela doutrina como típica de um *amicus curiae*¹⁴. Dentre elas,

⁹ LOWMAN, Michael. The litigant amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41, p. 1243-1299, 1992.

¹⁰ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37. Sorenson destaca que, na atualidade, ao invés de atuar como um conselheiro imparcial a orientar a corte, **a intervenção do amicus curiae tem sido manejada para o exercício do papel de lobista e também de amigo da parte, nos casos em que estaria subvertendo o sistema judicial, quando utilizado por estas para influenciar o julgamento ao invés de servir ao interesse público.** SORENSON, Nancy Bage. The Ethical Implications of amicus briefs: a proposal for reforming rule 11 of the Texas rules of appellate procedure. *St. Mary's Law Journal*, v. 30, p. 1219-1277, 1999, p. 1221.

¹¹ Na década de 1950, conforme o excelente texto de Harper e Etherington, o *lobby* realizado pelos inúmeros memoriais dos *amici* se tornou um sério problema para a Suprema Corte americana. HARPER V. Fowler, ETHERINGTON Edwing D. Lobbyists before the Court. *Univertisty of Pennsylvania Law Review*, Jun. 1953, p. 1172-1177.

¹² MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* p. 38.

¹³ Cf. KEARNEY, Joseph D, MERRIL. The influence of amicus curiae briefs on the supreme court. *University of Pennsylvania Law Review*. Jan. 2000, p. 743-855.

¹⁴ Curioso destacar que, não obstante o uso indiscriminado da expressão latina para se referir a essas intervenções, a expressão *amicus curiae* foi pela primeira vez utilizada em um diploma normativo na Resolução 390/2004, do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Consoante seu art. 23, §

pode-se citar a atuação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, nos processos de sua competência (art. 31 da Lei n. 6385/76, posteriormente modificada pela Lei n. 6616/78), a intervenção da procuradoria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (art. 89 da Lei. n. 8884/94), a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, na ação de nulidade de patente (Lei n.º 9.279/1996). Justificadas em um suposto interesse público, referidas intervenções em muito se assemelham com o *Attorney General* americano e inglês.

A intervenção do *amicus curiae* também é identificada no art. 49 da Lei n.º 8.906/94, casos em que a OAB, por meio dos Presidentes dos Conselhos e das Subsessões, tem legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições da lei em questão, também no art. 31 da Lei n.º 9.784/99, hipótese na qual, no processo administrativo federal, o órgão competente poderá, “mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros”, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral.

Ademais, consoante o art. 5º da Lei n.º 9.469/97, “a União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais”, sendo que, “nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica”, as pessoas jurídicas de direito público poderão intervir, independente de interesse jurídico, “podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria”, bem como recorrer¹⁵.

1º, permite-se que eventuais interessados, entidades de classe, associações, organizações não governamentais “na função de *amicus curiae*” apresentem memoriais e façam sustentação oral nos julgamentos perante aquele órgão.

¹⁵ Interessante ressaltar que, consoante o mesmo dispositivo legal, em caso de recurso, “para fins de deslocamento de competência, as pessoas jurídicas de direito público serão consideradas partes”.

Com efeito, a Lei n.º 10.259, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, disciplina o pedido de uniformização de interpretação da lei federal e prevê a manifestação de terceiros interessados.

A Lei 11.417/06, que regulamenta o art. 103-A da Constituição e disciplina a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, também prevê, em seu art. 3º, § 2º, a manifestação de terceiros. No mesmo ano, a Lei n.º 11.418/06, acresceu o art. 543-A ao Código de Processo Civil ao Código Buzaid, permitindo a manifestação de terceiros quando da análise de existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário. No mesmo sentido, o art. 543-C, permitia que, no procedimento de julgamento dos recursos repetitivos (multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito) no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o relator possa admitir a manifestação de terceiros em geral.

Nesse sentido, em que pese as diversas hipóteses de possibilidade de intervenção dos *amici*, percebe-se que sua previsão busca acrescer novas informações e argumentos à comunidade argumentativa de trabalho entre os sujeitos processuais, bem como amainar o déficit de legitimidade decorrente da gradativa limitação do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que, com a idealização dos julgamentos em bloco e dos filtros recursais, o acesso aos Tribunais superiores por meio dos recursos de fundamentação vinculada é dificultado cada vez mais¹⁶.

Em que pese a previsão normativa das mencionadas modalidades de intervenção, percebe-se que o instituto ganhou maior importância no ordenamento jurídico brasileiro a partir das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que

¹⁶ Nesse sentido, conforme defendido em outra sede com Theodoro Júnior e Bahia, as pessoas físicas ou jurídicas que tiveram seu julgamento sobrestado na origem, nos Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida, podem intervir na qualidade de *amicus curiae* para trazer à Corte outras teses além daquelas veiculadas nos recursos selecionados. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, v. 34, nº 177, p. 9-46, nov. 2009.

disciplinaram as ações de controle concentrado de constitucionalidade – ADIn, ADInO, ADC e ADPF.

A Lei n. 13.105/16, instituindo o novo Código de Processo Civil, busca a implementação de uma teoria normativa da participação entre os sujeitos processuais, consagrando a aproximação entre constituição e processo através da adoção do processualismo jurisdicional democrático como premissa estruturante do novo procedimento normativo¹⁷.

Pela aplicação dinâmica das normas fundamentais, que consagram os princípios integrantes do contraditório dinâmico e da fundamentação analítica das decisões, o novo Código de Processo Civil busca alcançar a legitimidade decisória pelo reforço da atuação de todos os sujeitos processuais, com o conseqüente abandono da centralidade do exercício do poder e mediante a possibilidade de participação ativa de todos os interessados na construção do provimento.

O Código de Processo Civil de 2015 acolheu, de maneira acertada, o que há muito vinha repercutindo em sede doutrinária e, em menor medida, em sede jurisprudencial: a necessidade de potencialização da participação do *amicus curiae* no Direito Processual brasileiro, inovação que, se bem tematizada, propiciará relevantes avanços no tratamento conferido à intervenção, bem como um ganho qualitativo no exercício da função jurisdicional.

A intervenção do *amicus curiae* está prevista, de maneira inédita e inovadora, no Livro III – Dos Sujeitos do Processo, Título III – Da Intervenção de Terceiros, Capítulo V, no art. 138 do novo código:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* Novo CPC: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração.

§ 2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A previsão inicial demonstra que a intervenção, antes característica do controle concentrado de normas, nas ações de constitucionalidade, no controle difuso, como no caso da repercussão geral no recurso extraordinário e demais normas já mencionadas, concernentes à atuação de alguns órgãos ou entidades fiscalizatórias, será significativamente ampliada, podendo ter lugar em qualquer processo, mesmo nos de primeiro grau. Afinal, se determinada causa apresenta relevância e transcendência, de modo a influir em um sem número de casos supostamente análogos, a exemplo do reconhecimento da repercussão geral, essa relevância e transcendência caracteriza, em regra, o caso desde o seu nascedouro, motivo pelo qual a intervenção dos *amici* em primeira instância potencializará um maior espectro argumentativo desde o início da fase cognitiva.

No que diz respeito aos requisitos, observa-se que estes ficaram mais claros, disciplinando, em maior ou menor medida, o que já vinha sendo posto em sede jurisprudencial, a saber: a relevância da matéria¹⁸, a especificidade do

¹⁸ Sobre os mencionados requisitos, Cabral realiza percuente análise, analisando que, ao se referir à “matéria relevante” e à “repercussão social”, o novo CPC e, em especial, o art. 138, não exige que a discussão deva versar sobre questão repetitiva para que o *amicus curiae* possa intervir. A intervenção nesses moldes pode ser manejada em qualquer caso “em que se discutam matérias polêmicas, com grande divulgação na mídia ou que envolvam debates sensíveis numa comunidade”, bem como em “questões sociais como sistema de ensino e hospitalar, controle da aplicação e gestão de verbas públicas, orçamento participativo, dentre outras”. A intervenção, desta forma, é cabível em quaisquer casos em que a matéria discutida envolver casos relevantes para a sociedade, notadamente quando pensada em conjunto com o art. 15 do NCPC, que trata da aplicação subsidiária do novo Código nos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas. CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138 NCPC. In: NUNES, Dierle; Cunha, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 212. Nesse sentido, os seguintes Enunciados Interpretativos consolidados nas reuniões do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: Enunciado 249. (art. 138) “A intervenção do *amicus*

tema objeto da demanda¹⁹ ou a repercussão social da controvérsia e, por fim, a representatividade adequada.

O juiz ou relator, em decisão interlocutória irrecorrível, de ofício, a requerimento daquele que pretende intervir no feito na condição de *amicus*, ou ainda nos casos de requerimento das partes, decidirá acerca da intervenção.

O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que não admite sua intervenção ou que, admitindo-a, tenha incorrido em omissão, obscuridade ou contradição quanto à definição de seus poderes. Entretanto, o *amicus curiae* não teria legitimidade para interpor embargos de declaração “em face de decisões outras, que não aquelas referentes à sua admissão no processo, ou referentes ao exercício de seus poderes”, uma vez que sua atuação estaria limitada à função que lhe cabe exercer dentro do processo. Assim, ao participar do processo, apresentando elementos fáticos e jurídicos que possam auxiliar na tomada de

curiae é cabível no mandado de segurança. (Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante)”. Enunciado 250. (art. 138; art. 15). “Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática”. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho). Disponível em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Proc_essualistas_Civis. Acesso em: 25.08.2018.

¹⁹ “O novo CPC estabelece como pressuposto para a intervenção do *amicus curiae* que o tema objeto da demanda tenha uma “especificidade”, isto é, idiosincrasia que faça com que o contraditório se instale sobre um temário que exija conhecimentos peculiares, a recomendar uma cognição qualificada por informações cuja especificidade pode escapar até mesmo às partes e ao juízo. Estas informações não necessariamente são técnicas, a serem apresentadas por peritos; mesmo sendo elementos técnicos, podem ser trazidos aos autos independentemente de laudo pericial. É que, por vezes, a manifestação do *amicus curiae* dá-se sobre questões jurídicas (não fáticas), e portanto nem mesmo incluídas no objeto da prova. De qualquer modo, a expressão legal ‘especificidade do tema objeto da demanda’ mostra algo sobre o pressuposto de admissão da intervenção do *amicus curiae*: exige-se um exame sobre a potencial possibilidade que o *amicus* tenha de incrementar o debate com sua manifestação. Assim, conquanto não haja necessidade de demonstração de um interesse jurídico, e mesmo que em nossa opinião tampouco deva ser exigida “representatividade adequada”, aqui não há como fugir: o conteúdo da manifestação do amigo da corte deve ser apto a prestar uma relevante contribuição para a discussão. Trata-se de uma prognose sobre o potencial de influência que a manifestação do *amicus* pode emprestar ao debate. Nesse contexto, a expertise e conhecimento técnico do *amicus* são fatores a serem analisados, que podem demonstrar ou indicar que suas manifestações tem potencial de influenciar o debate, incrementando e emprestando mais qualidade ao contraditório”. CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138 NCPC. In: NUNES, Dierle; Cunha, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio. Comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 214.

decisão, “a sua dupla função (de instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional) tem-se como já exercida”²⁰.

Uma alternativa adequada em face da ausência de legitimidade recursal, nos casos de requerimento do interessado para intervir, é encontrada no art. 10 do CPC, uma vez que, não sendo mais permitida a prolação de decisões com fundamento jurídico diverso daqueles invocados pelas partes (decisões de surpresa), o juiz ou relator deverá, obrigatoriamente, ouvir o que as partes teriam a dizer sobre o pedido de intervenção do interessado, bem como acerca da definição de seus poderes. Com efeito, como será explicado adiante em maiores detalhes, essa decisão deverá ser proferida nos moldes previstos no art. 489, § 1º, também do novo CPC, sob pena de nulidade.

A previsão da intervenção do *amicus curiae* também aparece no Capítulo III - “Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”, cujo art. 948, § 1, Seção II, Subseção I - Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, na Subseção II - Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (art. 1.036), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 983), assim como a legitimidade para ajuizamento de ação rescisória, (art.967, IV) nos casos em que a intimação para sua intervenção for obrigatória e porventura não ter sido realizada.

Para além da conceituação e previsão normativa do *amicus curiae*, a literatura jurídica especializada se dividia, quando da vigência do CPC de 1973, quanto ao enquadramento legal desta modalidade de intervenção, seja por ser aproximar de outros sujeitos processuais, a exemplo do perito e do auxiliar, seja por apresentar diferenças sensíveis quando de seu confronto a outras modalidades interventivas, havendo, àquela época, digressão doutrinária acerca da classificação do instituto e se este configuraria hipótese de

²⁰ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do máximo rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. *Revista de Processo* v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2013, p. 84-85.

intervenção de terceiro ou não. Com a previsão da intervenção no art. 138 do CPC/15, tem-se que o *amicus curiae* é uma modalidade de intervenção de terceiros e sua admissão ocorrerá quando da verificação dos requisitos já mencionados.

Por todo o exposto até agora, percebe-se que a legitimidade a ser comprovada pelo *amicus curiae* quando da intervenção se difere daquela a ser demonstrada pelos demais terceiros, na medida em que, em princípio, não tem o mesmo interesse que caracteriza a atuação das partes. Em outras palavras, costuma-se afirmar que o *amicus curiae*, nas hipóteses em que intervém, não faz pedidos em nome próprio, sendo sua atuação motivada por um interesse diverso, qual seja, possibilitar um maior espectro informacional a partir da apresentação de novas informações, bem como diferentes interpretações do caso discutido. Esse interesse em questão é tratado por Cássio Scarpinella Bueno como sendo um interesse institucional²¹.

Quando admitido, o *amicus curiae* passa a integrar o procedimento em contraditório, contribuindo para o aumento do espectro informacional a ser utilizado pelas partes e pelo magistrado para a implementação do diálogo indispensável para o alcance de uma decisão legítima.

O art. 138 do Código de Processo Civil traz três requisitos para a habilitação como *amicus curiae*: (i) relevância da matéria; (ii) a especificidade do tema objeto da demanda; (iii) a repercussão social da controvérsia. Seguindo a tendência de reforço da manifestação de terceiros nesta qualidade, entende-se que tais requisitos são alternativos, uma vez que entender o contrário seria restringir de forma indevida a possibilidade de intervenção como *amicus curiae*.

²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. O *amicus curiae* no processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 346.

O suposto interesse institucional que justifica a intervenção do TJSP como *amicus curiae* seria, de acordo com o próprio órgão, a discussão acerca da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais e eventual direito de regresso contra magistrados. Argumenta também que não raramente juízes paulistas procuram a defesa de prerrogativas dos magistrados por estarem sendo processados civilmente em ações similares, que se acumulam no Poder Judiciário ações de reparação civil ajuizadas indevida e diretamente contra magistrados e que tais feitos revelariam uma tentativa de intimidação do Poder Judiciário do Estado de São Paulo e da Magistratura, configurando, assim, abuso de direito.

No que diz respeito ao primeiro quesito apresentado pela Solicitante, com a admissão da intervenção do TJSP como *amicus curiae*, entende-se que a ação passa a ser caracterizada pelo interesse do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da própria Magistratura no feito, o que provoca a aplicação da regra de competência prevista no art. 102, inciso I, alínea “n” da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; (destacamos)

Uma das mais significativas inovações da Constituição de 1988 foi a previsão de uma modalidade de ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de interesse de todos os membros da magistratura, ou ainda quando da impossibilidade de julgamento por qualquer tribunal em decorrência de a maioria de seus membros estiver impedida ou suspeita, por estarem direta ou indiretamente interessados no desfecho da demanda.

A regra de competência em questão foi idealizada para se evitar qualquer possibilidade de que a Magistratura pudesse julgar ações em que fosse diretamente interessada, de modo a preservar a neutralidade judicial e afastar qualquer risco de decisões judiciais enviesadas ou para atendimento de seus próprios interesses, seja de forma declarada, seja por conta de pretensões inconfessáveis.

Em comentários dedicados ao dispositivo em comento, Antônio Vital Ramos de Vasconcelos, analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observa que as ações caracterizadas por interesse direto ou indiretos da Magistratura são relativas às suas garantias, a exemplo dos requisitos para alcance da vitaliciedade ou questões atinentes a pretensão específicas, como remuneração e licenças, não podendo estas serem extensíveis a outros servidores que não sejam integrantes da Magistratura²².

O interesse institucional invocado pelo TJSP para deferimento de sua intervenção, qual seja, inúmeras ações de reparação civil ajuizadas indevida e diretamente contra magistrados, além do argumento de que tais feitos revelariam uma tentativa de intimidação do Poder Judiciário do Estado de São Paulo e da Magistratura, configurando abuso de direito, constituem, nas palavras do próprio tribunal interveniente, interesse de toda a Magistratura enquanto órgão integrante do Poder Judiciário, o que justifica o deslocado para processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

²² VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos de. Notas sobre a exegese do art. 102, I, n, da Constituição Federal. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 7, n. 3, jul.-set, 1995, pg. 63-81.

2.2 Segundo Quesito.

A Consulente questiona se o pedido de habilitação deste mesmo Tribunal Estadual como *amicus curiae*, por si só, já seria causa de impedimento ou suspeição para o julgamento pelo mesmo Tribunal.

A resposta a este quesito não exige maiores digressões teóricas. Como cediço, a garantia de imparcialidade consiste no alicerce do princípio constitucional do juiz natural. Além da existência prévia do órgão jurisdicional e o respeito às regras de competência prevista no ordenamento jurídico, a imparcialidade, como pressuposto processual subjetivo de validade do processo, impõe que a figura do julgador não seja, de algum modo, parcial, comprometido ou interessado no julgamento da causa²³.

A imparcialidade pressupõe a existência de três condições basilares, independência, autoridade e responsabilidade. No que concerne à independência, o art. 95, I a III da CF consagra as garantias funcionais dos magistrados, quais sejam, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, às quais visam a imparcialidade pela salvaguarda da independência do magistrado, de modo que este possa atuar sem qualquer pressão interna ou externas. A autoridade diz respeito ao regular cumprimento dos atos jurisdicionais e a responsabilidade é consagrada pela previsão legal de responsabilização dos juízes²⁴, tema de que trata a ação intentada pela Solicitante.

Com base nesses esclarecimentos, recorda-se que o art. 8º do Código de Ética da Magistratura define o juiz imparcial como “aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o

²³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Jurisdição e competência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.

²⁴ Idem.

tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”.

As hipóteses de impedimento previstas no art. 144 do Código de Processo Civil configuram situações de automática quebra da imparcialidade, com a conseqüente decretação de nulidade dos atos processuais desde o momento de ocorrência do impedimento deveria ter sido reconhecida. As situações de impedimento configuram causas de rescindibilidade do julgado (art. 966, II)²⁵.

As hipóteses de suspeição previstas no art. 145 do Código de Processo Civil também infirmam a idoneidade moral do magistrado para julgamento. Enquanto no impedimento há uma presunção absoluta de parcialidade, nas hipóteses de suspeição há uma presunção relativa. Em ambas as situações, o magistrado tem o dever de se abster do julgamento da causa. Conforme a orientação de Pontes de Miranda: “quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para sua função”²⁶.

]

No que diz respeito à indagação feita pela Consulente, insta ressaltar que, em que pese a previsão da intervenção no art. 138 do Código de Processo Civil e a constatação da maior utilização desta modalidade interventiva nos últimos anos, a participação do TJSP como *amicus curiae* em ação de competência do próprio Tribunal, que inclusive já foi objeto de recursos à segunda instância, configura uma situação de desassossego e grande perplexidade, sem precedentes no direito brasileiro, com manifesto risco de comprometimento da imparcialidade do órgão julgador.

²⁵ CÂMARA, Helder Moroni *et alli*. Código de processo civil comentado. São Paulo: Almedina, 2016, p. 236-237.

²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, t. II, 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 541.

Acerca da imparcialidade, ao sintetizar o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos o juiz romeno Cristi Danilet pontua²⁷:

A análise mais completa da imparcialidade foi feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Nos termos do artigo 6, parágrafo 1, da Convenção Europeia, o Tribunal de Estrasburgo considerou que a imparcialidade de um tribunal deve ser determinada abordando um aspecto subjetivo e objetivo, analisado para cada juiz particular no órgão judicial. a) A abordagem subjetiva: A imparcialidade (subjetiva) pessoal parte do pressuposto de que nenhum membro do órgão judicante deve ter qualquer preconceito ou predileção. O juiz não deve ter motivos para favorecer ou desfazer qualquer das partes. A abordagem subjetiva para determinar a imparcialidade de

²⁷ No original: "The most thorough analysis on impartiality has been done by the European Court of Human Rights. Pursuant to article 6, paragraph 1 of the European Convention, the Court of Strasbourg held that the impartiality of a court is to be determined by tackling a subjective as well as an objective aspect, analysed for every particular judge on the panel. a) The subjective approach: *Personal (subjective) impartiality starts from the assumption that no member of the panel should have any prejudice or predilection. The judge must have no reason to favour or disfavour either party.* The subjective approach to determining a judge's impartiality would therefore mean determining the judge's private conviction during trial and in the adjudication of a particular case. The conduct favouring or disfavouring one of the parties may, for example, consist of making remarks suggesting that the judge is convinced of the guilt of the accused or of the judge's kinship with one of the parties. The Court in Strasbourg ruled that a member of a jury in a court that had been overheard saying that he was a racist did not fulfil the condition of impartiality. Likewise, neither did a criminal chamber judge who had made a public statement suggesting the accused was guilty. Recognising that subjective impartiality brings up the "interior forum" of the judge, the European Court of Human Rights recalled that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary. This applies to professional judges, members of a jury, and specialised professionals who participate alongside the judges in the adjudication of the matter. b) The objective approach: The European Court finds the notion of impartiality contains not only a subjective, but also an objective element. Not only must the court be mentally impartial, by that "none of its members should have personal prejudice or predilections," but it also "*has to be impartial from an objective point of view*", meaning that "*it must of fer guarantees to rule out all justified doubt in that regard.*" For this aspect, the criterion introduces the need to analyse whether or not, independently from the personal conduct of the judge, there are any *determinant and verifiable facts that may justify doubts on his impartiality*²⁷. Under scrutiny is the judge's functional competence. The purpose of this analysis is to determine if the judge has offered sufficient guarantees to rule out any legitimate doubt in the case he is hearing. From that point of view, the concepts of independence and objective impartiality seem to be intimately related. DANILET, Cristi. *Independence and Impartiality of Justice*. 2000. Disponível em =<http://www.medelnet.eu/images/stories/docs/Independence%20and%20Impartiality%20of%20Justice-1.pdf>

um juiz seria, portanto, determinar a condenação privada do juiz durante o julgamento e no julgamento de um caso particular. A conduta favorável ou desfavorável a uma das partes pode, por exemplo, consistir em fazer observações sugerindo que o juiz esteja convencido da culpa do acusado ou do parentesco do juiz com uma das partes. O tribunal de Estrasburgo decidiu que um membro de um tribunal que tenha sido ouvido dizendo que era um racista não cumpria a condição de imparcialidade (ECHR, *Remlivos. France*, 1996). Da mesma forma, tampouco um juiz da câmara criminal que fez uma declaração pública sugerindo que o acusado fosse culpado (ECHR, *Laventsos. Latvia*, 2002). Reconhecendo que a imparcialidade subjetiva diz respeito ao "foro interior" do juiz, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem recordou que a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida até que haja prova em contrário (ECHR, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere vs. Belgium*, 1981). Isso se aplica aos juízes profissionais, membros de um júri e profissionais especializados que participam junto com os juízes no julgamento dos casos (ECHR, *Ettl and others vs. Austria*, 1987, paragraph 40). b) A abordagem objetiva: O Tribunal Europeu considera que a noção de imparcialidade contém não só um elemento subjetivo, mas também um elemento objetivo. Não só o tribunal deve ser mentalmente imparcial, pois "nenhum dos seus membros deve ter um preconceito pessoal e predileções", mas também "tem que ser imparcial de um ponto de vista objetivo", o que significa que "deve ter garantias para excluir todas as dúvidas justificadas a esse respeito" (ECHR, *Daktarasos. Lithuania*, 2000, paragraph 30). Para este aspecto, o critério introduz a necessidade de analisar se, independentemente da conduta pessoal do juiz, há fatos determinantes e verificáveis que possam justificar dúvidas quanto à sua imparcialidade. O escrutínio é a competência funcional do juiz. O objetivo desta análise é determinar se o juiz ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima. A partir desse ponto de vista, os conceitos de independência e imparcialidade objetiva parecem estar intimamente relacionados. (*Tradução livre*)

E completa:

O princípio n.º 3 da Carta dos juízes na Europa estabelece a expressamente que não só o juiz deve ser imparcial, mas deve ser visto **por todos** como imparcial. O Tribunal

Europeu, por seu turno, eleva a **exigência da aparência de imparcialidade** ao nível de princípio. Isso é necessário para não prejudicar a confiança do público (e, em matéria penal, a confiança do acusado acima de qualquer outra coisa) que um tribunal de justiça deve inspirar em qualquer sociedade democrática (ECHR, *Thorgeirson vs. Ireland*, 1992). O Tribunal atribuiu grande importância ao adágio inglês, "a justiça não só deve ser feita, deve ser vista como sendo feita". O resultado é que a maneira, a atitude e as manifestações de um juiz que julga um caso devem ser de natureza a mostrar para as partes que ele/ela não pretende favorecê-las ou prejudicá-las. Por conseguinte, é explicitamente sustentado que "o tribunal deve ser e deve parecer independente e imparcial". A consequência é que o sistema de "tribunais sem rosto" (juízes que usam máscaras faciais para permanecer anônimo por razões antiterroristas) não garante a aparência necessária de independência e imparcialidade. Destacamos. (*Tradução livre*)²⁸

Em sentido análogo, a Corte Interamericana vem se posicionando, como explicam Salmón e Blanco²⁹:

²⁸ (No original) "Principle number 3 of the Judges Charter in Europe expressly states that not only must the judge be impartial, he must be seen by all to be impartial. The European Court, in its turn, elevates the requirement of the *appearance of impartiality* to the rank of principle. This is necessary in order to not undermine the trust of the public (and, in criminal matters, the trust of the accused above anything else) that a court of law is supposed to inspire in any democratic society²⁸. The Court attached great importance to the English adagio, "*justice must not only be done, it must be seen to be done.*" The result is that the manner, attitude, and manifestations of a judge hearing a case must be of a nature to show the parties that he/she does not intend to favour or disfavour either. It is therefore explicitly maintained that "the court must be and must appear to be independent and impartial." The consequence is that the system of "faceless tribunals" (judges wearing face masks to remain anonymous for anti-terrorist rationales) fails to guarantee the needed appearance of independence and impartiality." DANILET, Cristi. ***Independence and Impartiality of Justice***. cit.

²⁹ No original: "La Corte Interamericana ha empleado los aspectos objetivo y subjetivo que el Tribunal Europeo desarrolló en los casos Puller vs. The United Kingdom y Fey vs. Austria, para definir el contenido del criterio de imparcialidad del juez. Así, a modo de precisión de ambos aspectos, la Corte indicó que: 56. [...] La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho". SALMÓN, Elizabeth; BLANCO, Cristina. ***El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la corte Interamericana de derechos humanos***. cit. p. 138-139. O descumprimento do devido processo e da imparcialidade induziria, segundo os critérios da Corte, uma coisa julgada fraudulenta. Como explicam as autoras: "la Corte señaló en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile que una sentencia produce cosa juzgada fraudulenta cuando: '1) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una

A Corte Interamericana tem empregado os aspectos objetivos e subjetivos que o Tribunal Europeu desenvolveu nos casos Puller v. Reino Unido e Fey vs. Áustria, para definir o conteúdo do critério de imparcialidade do juiz. Assim, como o fim de oferecer precisão a ambos aspectos, o Tribunal indicou que: 56. [...] A corte Européia dos Direitos do Homem explicou que a imparcialidade pessoal ou subjetiva se presume a menos que haja prova em contrário. Por sua vez, a denominada prova objetiva consiste em determinar se o juiz desafiado forneceu elementos convincentes que permitem eliminar os temores legítimos ou fundadas suspeitas de parcialidade sobre sua pessoa. Isso ocorre porque o juiz deve aparentar atuar sem estar sujeito a influência, indução, pressão, ameaça ou interferência, direta ou indireta, mas somente e exclusivamente de acordo com - e movido pelo - Direito.

Nesses termos, o pedido de habilitação do Tribunal Estadual como *amicus curiae* configura hipótese de impedimento para o julgamento da causa pelo mesmo Tribunal, seja pela situação prevista no art. 144, I, por ter atuado não como testemunha ou, perito, mas pela semelhança que caracterizam essas figuras com os objetivos que orientam a manifestação na qualidade de *amicus curiae* **ponto claramente em xeque a imparcialidade objetiva do tribunal.**

Com efeito, para muito além da digressão doutrinária acerca da conceituação de partes e terceiros, o art. 144, IV incide no presente caso, uma vez que, tendo sido admitido para se manifestar, o TJSP assumiu a condição de

violación de los derechos humanos o el derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; 2) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o 3) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. En el citado caso, los tribunales no cumplieron con las garantías de competencia, independencia e imparcialidad, y la aplicación de una norma tuvo la finalidad de sustraer a los responsables de la justicia y dejarel crimen en la impunidad. Por tal motivo, la Corte consideró que la cosa juzgada fraudulenta que se produjo no podría ser alegada por el Estado para auxiliarse en el principio de ne bis in idem y así no cumplir con lo ordenado por la Corte'-Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2004, párrafo 155". p. 145.

sujeito parcial no processo, inclusive pleiteando em sua manifestação a extinção do processo sem resolução do mérito (por ilegitimidade passiva - art. 485, VI, CPC) em relação ao magistrado José Roberto Bernardi Liberal, réu na ação proposta pela Consulente.

Insta ressaltar que o Tribunal não poder ser amigo de si mesmo. Uma vez que o art. 138 do Código de Processo Civil foi desvirtuado em sua aplicação, pela flagrante ausência de neutralidade do Tribunal de Justiça de São Paulo para se manifestar como *amicus curiae*, a decisão de admissão criou uma situação ainda mais grave, que é a perda da imparcialidade do Tribunal quando este atuar no processo em grau recursal.

Tal preocupação se mostra ainda mais premente quando se verifica que, nos mesmo autos em que se admitiu a intervenção do Tribunal de Justiça como *amicus curiae*, **o direito de participação das organizações da sociedade civil foi negado**, pelo indeferimento da intervenção solicitada pelas seguintes instituições: Conectas Direitos Humanos, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Instituto Pro Bono, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC e a Pastoral Carcerária Nacional.

Se deferimento do órgão julgador como *amicus curiae* insere dúvidas substanciais no que tange à imparcialidade e à independência do juízo e do Tribunal de Justiça local, tal preocupação é radicalizada quando se constata que o caráter supostamente plural e democrático que justificou a admissão do Tribunal como interveniente não é o mesmo conferido às organizações da sociedade civil que atendem, de forma muito mais visível e coerente, os requisitos do art. 138 do Código de Processo Civil.

Dameres Medina, em recente pesquisa sobre a influência do *amicus curiae* no processo decisório do STF, chega à conclusão sobre as qualidades da intervenção, que teria o condão de “fornecer à corte um dimensionamento

político-social da questão constitucional controvertida”³⁰, bem como alerta para o caráter parcial da intervenção e de como esta pode influenciar a decisão a favor de uma ou de outra parte. Para a autora, contudo, esta influência, baseada no caráter informacional da manifestação poderia, se realizada de forma polarizada, aumentar as chances de êxito da parte apoiada pelo *amicus*, causando um desequilíbrio informacional e uma consequente desvantagem para a parte que não estivesse amparada por semelhante manifestação de terceiros a seu favor³¹. Assim, como possível alternativa para superação do negativo desequilíbrio informacional que o *amicus curiae* poderia causar, a autora aponta que, se o ingresso do *amicus* ocorrer em apoio a ambos os lados da controvérsia, “pode não haver desvantagem informacional nenhuma das partes, uma vez que o acréscimo informacional em um dos polos do processo pode ser compensado pelo aumento informacional do lado oposto”³².

Para se evitar essa assimetria informacional caracterizada pela questionável admissão do Tribunal de Justiça de São Paulo como *amicus curiae*, o caráter democrático do instituto deveria também provocar a admissão de outros órgãos e entidades associativas para permitir o aumento do espectro informacional a subsidiar a instrução processual e a decisão.

Assim, o modo como se opera a escolha pela admissão ou não da intervenção deve ser devidamente problematizada e sempre atendendo ao caráter participativo e policêntrico do direito processual brasileiro encampado pelo novo Código de Processo Civil. Isso implica que as partes

³⁰ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

³¹ “Ao surgir como porta adicional de entrada das informações no processo, o amigo da corte pode atuar como mecanismo mitigador ou potencializador da vantagem informacional das partes (ou de apenas uma delas, o lado apoiado). A potencialização da vantagem informacional da parte apoiada pelo *amicus curiae* pode aumentar a assimetria de informações entre as partes e o juízo (corte), comprometendo o equilíbrio processual fundamental para o processo de tomada de decisão judicial. Por essa razão, o papel do *amicus curiae* no aumento da informação (aqui tida como algo ainda não sabido, não revelado) não pode ser analisado fora do contexto jurídico-processual no qual ele está inserido”. MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

³² MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163-164.

tenham a oportunidade de se manifestar sobre o pedido de intervenção de todo e qualquer solicitante, para verificação do cumprimento dos requisitos do art. 138 e o controle do interesse institucional que justifica sua intervenção, em atendimento ao contraditório dinâmico e à vedação das decisões surpresa (arts. 9º e 10, CPC), além do dever de fundamentação analítica do magistrado sobre o deferimento ou não da intervenção, enfrentando todas as questões levantadas pelas partes (art. 489, §1º, CPC). Tais premissas são indispensáveis para que o *amicus curiae* possa efetivamente contribuir para a legitimidade das decisões e não somente referendar a existência de um interesse público não demarcado de forma argumentativa, ou ainda uma decisão baseada em uma suposta legitimação pela abertura cognitiva do procedimento, na qual a simples intervenção, por si só, alardeada como virtuosa, benéfica e democrática, teria o suposto condão de viabilizar a legitimidade participativa e decisória que orientou seu desenvolvimento e previsão legislativa.

Com tais argumentos, é de verificar-se que o pedido de habilitação do Tribunal Estadual como *amicus curiae* configura uma flagrante hipótese de impedimento para o julgamento da causa pelo mesmo Tribunal, inviabilizando por completo o dever de imparcialidade do Poder Judiciário.

3.3 Terceiro Quesito.

Por fim, a Consulente nos indaga se o fato de haver no polo passivo um magistrado da mesma Corte Estadual teria alguma relevância para as conclusões acerca do tema. Após todas as assertivas delineadas, resta patente a inconsistência jurídica da decisão que admitiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como *amicus curiae*, tendo em vista a impossibilidade de sua intervenção pelo não atendimento dos requisitos previstos no art. 138 e configuração da hipótese de impedimento dos arts. 144, I e IV, por conta do deferimento da intervenção.

O magistrado estadual incluído no polo passivo da ação proposta pela Consulente poderia ter as suas razões de defesa reforçadas ou esclarecimento dos fatos e apresentação de informações relevantes para a controvérsia com a atuação da respectiva Associação de Magistrados a que está vinculado, a exemplo da Associação Paulista dos Magistrados como assistente simples, como de fato foi deferido nos autos, ou outra instituição de classe a manejar uma das intervenções de terceiro previstas no Código de Processo Civil.

O caso em análise mostra que a intervenção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como *amicus curie*, justificada pela virtuosidade de seu caráter supostamente neutro e informacional, ao invés de um suposto ganho qualitativo na construção das decisões, omite e ou esconde os reais motivos desta intervenção, de caráter flagrantemente corporativista.

Não poderia o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assumir a incumbência de defesa de um de seus agentes em uma ação individual, utilizando de forma estratégica, corrompida e desvirtuada a intervenção na qualidade de *amicus curie*.

4. Conclusão.

Eis, em síntese, as respostas dadas a cada um dos quesitos que nos foram formulados:

1) Na eventualidade de um Tribunal de Justiça Estadual se habilitar como *amicus curiae* no próprio Tribunal de Justiça Estadual, e de este pedido ser deferido, deveria o processo ser deslocado para processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “n” da Constituição Federal?

O interesse institucional invocado pelo TJSP para deferimento de sua intervenção, qual seja, inúmeras ações de reparação civil ajuizadas indevida e diretamente contra magistrados, além do argumento de tais feitos revelariam uma tentativa de intimidação do Poder Judiciário do Estado de São Paulo e da Magistratura, configurando abuso de direito, constituem, nas palavras do próprio tribunal interveniente, interesse de toda a Magistratura enquanto órgão integrante do Poder Judiciário, o que justifica o deslocamento para processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

2) Na mesma situação descrita, o pedido de habilitação deste mesmo Tribunal Estadual como *amicus curiae*, por si só, já seria causa de impedimento ou suspeição para o julgamento pelo mesmo Tribunal?

O pedido de habilitação deste mesmo Tribunal Estadual como *amicus curiae* configura hipótese de impedimento para o julgamento da causa pelo mesmo Tribunal, seja pela situação prevista no art. 144, I, por ter atuado não como testemunha ou, perito, mas pela semelhança que caracterizam essas figuras com os objetivos que orientam a manifestação na qualidade de *amicus curiae*.

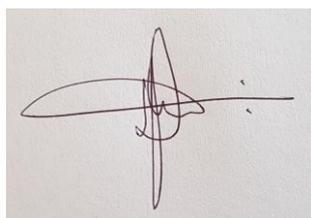
Com efeito, para muito além da digressão doutrinária acerca da conceituação de partes e terceiros, o art. 144, IV incide no presente caso, uma vez que, tendo sido admitido para se manifestar, o TJSP assumiu a condição de sujeito parcial no processo, inclusive pleiteando em sua manifestação a extinção do processo sem resolução do mérito (por ilegitimidade passiva – art. 485, VI, CPC) em relação ao magistrado José Roberto Bernardi Liberal, réu na ação proposta pela Consulente.

3) Na mesma situação descrita, o fato de haver no polo passivo um magistrado da mesma Corte Estadual, teria alguma relevância para as conclusões acerca do tema?

O magistrado estadual incluído no polo passivo da ação proposta pela Consulente poderia ter as suas razões de defesa reforçada ou esclarecimento dos fatos e apresentação de informações relevantes para a controvérsia com a atuação da respectiva Associação de Magistrados a que está vinculado, a exemplo da Associação Paulista dos Magistrados como assistente simples, como de fato foi deferido nos autos, ou outra instituição de classe a manejar uma das intervenções de terceiro previstas no Código de Processo Civil.

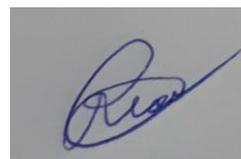
É o parecer submetido à elevada apreciação Superior.

Cidade de Belo Horizonte/MG, em 21 de setembro de 2018.



Dierle Nunes
Advogado.

Membro da Comissão de Juristas que assessorou na elaboração do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Doutor em direito processual (PUC-MG/Università degli Studi di Roma "La Sapienza"). Mestre em direito processual (PUC-MG). Professor da Escola Judicial Edésio Fernandes do TJMG. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) na PUC-MINAS e colaborador na UFMG. Professor adjunto na PUC-MINAS e na UFMG. Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro da *International Association of Procedural Law* e *Instituto Panamericano de Derecho Procesal*. Diretor do Departamento de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Diretor acadêmico do Instituto de Direito e Inteligência Artificial



Rafael Menezes
Advogado

Mestre (PUC-Minas). Membro da Academia de Direito Processual (ACADEPRO) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO).