

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

PARECER JURÍDICO

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Reclamação.

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. Violação dos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Muito me honra a Defensoria Pública do Estado de São Paulo com a presente Consulta, para a qual apresento o seguinte Parecer Jurídico, com base na documentação consignada, qual seja, cópia integral dos autos do processo judicial sob o número **1008488-20.2017.8.26.0037** e dos autos dos agravos de instrumento números **2187808-27.2017.8.26.0000** e **2155617-26.2017.0000**, todos em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nas quais me pauto para a emissão do presente Parecer.

Síntese do caso apresentado para Parecer

A Defensoria Pública do Estado ajuizou ação em favor de pessoa carente contra o magistrado José Roberto Bernardi Liberal e contra a Fazenda Pública, buscando a reparação de danos pela prática, em tese, de ato ilícito descrito na petição inicial do processo número 1008488-20.2017.8.26.0037. Seguiu-se decisão do magistrado de 1ª Instância para indeferir “a deflagração de instância por inépcia da inicial” e determinar a emenda da peça, com a exclusão do magistrado demandado.

A Defensoria Pública paulista interpôs apelação. Houve determinação judicial de citação dos requeridos para contrarrazões de apelação. Na sequência, a Apamagis peticionou nos autos, requerendo sua habilitação como assistente simples, o que foi deferido pelo Juízo. Interpostos Embargos de Declaração pela Entidade de Classe para pleitear a imediata exclusão do magistrado. Adveio decisão judicial indeferindo o pedido e, então,

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

foi interposto agravo de instrumento pela Apamagis, ao qual foi dado efeito ativo pelo Órgão de Segunda Instância (2187808-27.2017.8.26.0000). O Autor apresentou Agravo de Instrumento questionando a habilitação da Apamagis como assistente simples e a suspensão do processo, determinada em 1ª Instância (autos n. 2155617-26.2017.0000).

De destaque, neste histórico, o advento de pedido do Tribunal de Justiça para se habilitar como *amicus curiae*, tanto no feito em 1ª Instância como no Agravo de Instrumento 2187808-27.2017.8.26.0000, o que foi deferido pelos órgãos jurisdicionais. Em seus pedidos de habilitação, o TJSP sustenta ser o caso de extinção do feito contra o magistrado ou a improcedência da pretensão. Por fim, o IBCCRIM requereu sua habilitação como *amicus curiae*, o que restou indeferido pelo magistrado de 1ª Instância e pelo órgão de 2ª Instância.

Eis a síntese do essencial do caso concreto para a Consulta solicitada.

DO OBJETO DA CONSULTA

O objeto da consulta cinge-se a averiguar, à luz da Constituição Federal e do ordenamento jurídico pátrio e internacional, a possibilidade de habilitação de um Tribunal de Justiça como *amicus curiae* em ação que tramita sob a sua jurisdição, bem assim as consequências de tal proceder para fins

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

de delimitação da competência para o processo e julgamento da causa.

DOS FUNDAMENTOS DO PARECER

Como já vimos defendendo há algum tempo, a definição de uma ordem jurídica como a instituída em nossa atual Constituição Federal, em termos de um “Estado Democrático de Direito”, traz em si, como fórmula política,¹ a representação do quanto uma Constituição expressa a ideologia com base em que se pretende organizar a convivência política em um dado país.² Tal representação coloca a Constituição como um vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico. Vale também lembrar, com Peter Häberle, que a Constituição num Estado Democrático de Direito não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim, a sociedade como entidade maior.³

Para resolver o grande dilema que aflige os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo,

¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Ed., 1999, p. 23 ss.

² VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1977, vol. 2, p. 532.

³ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, § 2.º p. 84; § 54, p. 272.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

representado pela atualidade de conflitos entre princípios e direitos dotados de fundamentalidade, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, já desde o estudo pioneiro entre nós,⁴ consideramos incontornável o recurso a um “princípio dos princípios”, que em paráfrase a Edmund Husserl qualificamos assim, por representar algo assim como “a principialidade dos princípios”, enquanto decorrente de sua relatividade mútua. Trata-se do princípio da proporcionalidade, tal como concebido no campo jurídico na tradição germânica, como um princípio, também, de “relatividade” (*verhältnismäßig*), o qual determina a busca de uma “solução de compromisso”, respeitando-se mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, e procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), sem jamais lhe(s) faltar minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhes o “núcleo essencial”, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, princípio fundamental e “axial” do contemporâneo Estado Democrático. O princípio da proporcionalidade, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, assim como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º., inc. III, CR), é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos. Em sendo assim, tem-se que o compromisso básico do Estado Democrático de Direito repousaria na

⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, pp. 69 ss.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a **esfera pública**, ocupada pelo Estado, a **esfera privada**, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a **esfera coletiva**, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

É cediço que o Estado de Direito tem como viga-mestre o princípio da legalidade. O princípio da legalidade o entendemos, na perspectiva aqui exposta, como condicionado por aquele da proporcionalidade, a fim de que não viole o princípio da dignidade humana, pondo-se a serviço do Estado de Direito e, ao mesmo tempo, tanto da isonomia como da segurança jurídica, em seu aspecto formal, e também, em seu aspecto substancial, servindo ao Princípio Democrático, à moralidade pública e à liberdade, ao determinar que se equacione, de maneira ponderada, a gravidade dos fatos a serem apenados e a severidade das penas ou consequências, para que subtraíam ou restrinjam direitos fundamentais, sem fulminar a dignidade humana do prejudicado, mas sempre em defesa de bens dignos de uma proteção com tal magnitude, como são aqueles de interesse público e da coletividade.⁵

Já o princípio da razoabilidade, tal como o entendemos, há de ser invocado para evitarem-se fins que se mostram como verdadeiro

⁵ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito”, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.), *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 269.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

absurdo, embora consagrados, aparentemente, de modo jurídico. Não obstante também tal princípio, que melhor se qualificaria, negativamente, como da irrazoabilidade, a exemplo daquele da proporcionalidade, com o qual costuma ser confundido, estar implícito em nossa ordem constitucional, faz-se imperioso ressaltar que a sua violação pode ser considerada até mais danosa que a violação dos princípios explicitados e, assim, facilmente reconhecíveis como positivados, em nosso ordenamento jurídico, tanto é que Nelson Nery Junior pondera que: “é mais grave violar-se um princípio não positivado, que decorre do sistema, isto é, que está acima dos preceitos normativos porque não precisa ser mencionado pela lei, do que desrespeitar-se uma norma escrita”.⁶ Entendemos, portanto, que o princípio da (i)razoabilidade é uma proibição do absurdo em direito, do que é despropositado, sem finalidade juridicamente justificável, enquanto o da proporcionalidade se traduz em uma proibição de excessos e se presta a determinar o meio mais adequado, exigível e respeitoso à dignidade humana, para que se atinja certa finalidade, considerada merecedora de ser atingida, por razoável.

A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, inclui entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública o da razoabilidade.

⁶ NERY JR., Nelson. “O juiz natural no direito processual comunitário europeu”, in: *Revista de Processo*, n. 101, p. 106.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

A razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica (RMS 24.339/TO, j. 30.10.2008). A técnica de interpretação conforme reflete a manifestação do princípio da razoabilidade, que preconiza ser a interpretação jurídica uma atividade que ultrapassa a mera lógica formal, devendo valer-se do raciocínio, o que abrange não apenas as soluções rigorosamente lógicas, mas as que se configuram como razoáveis.

Os princípios que norteiam os atos da Administração Pública, quando em confronto, indicam deva prevalecer aquele que mais se coaduna com o da razoabilidade. Neste sentido: RESP 950.489/DF, j. 03.02.2011.

Segundo Agustín Gordillo,⁷ "a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar".

Oportuna também a lição de Lúcia Valle Figueiredo, ao dispor sobre a razoabilidade:⁸

⁷ Princípios de Direito Público, São Paulo, RT, 1977, p. 183 – 184.

⁸ *Extinção dos Contratos Administrativos*, São Paulo: RT, 1986, p. 128 – 129.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

"discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios standards ou ideologias, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma"

Nesse sentido, ressaltando a necessidade de se interpretar corretamente um texto de lei, é a lição de Humberto Ávila, ao asseverar que:

“(...) a matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”. (...) “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está estruturada, em seu corpo permanente, em nove Títulos, na seguinte ordem (“Dos princípios fundamentais”; “Dos direitos e garantias fundamentais”, “Da organização do Estado”, “Da organização dos Poderes”, “Da Defesa do Estado e das Instituições

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16, 22.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Democráticas”, “Da tributação e do orçamento”, “Da Ordem Econômica e Financeira”, “Da ordem social”, “Das disposições constitucionais finais”).

Ao contrário das constituições anteriores, a Constituição de 1988 enunciou, logo no início, previamente ao Título referente à “organização do Estado” e à “organização dos Poderes”, princípios fundamentais amparando garantias basilares à pessoa humana e à sociedade.

Dentre os **princípios fundamentais**, destaca-se, para os fins do presente parecer, o **princípio republicano** (artigo 1º, *caput*), o qual, para além de expressar a forma de governo no Brasil, consagra a ideia de que os entes federados e os Poderes Constituídos devem praticar os seus atos em nome do povo e em busca dos objetivos almejados por este. Afinal, está-se diante de uma *res (coisa) publicae* (povo).

Quanto aos **direitos e garantias fundamentais**, cumpre enfocar, dentro do objeto proposto, o **direito de ação** (também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça – artigo 5º, inciso XXXV) e a garantia ao **devido processo legal** (artigo 5º, inciso LIV).

Pelo primeiro, o Constituinte Originário assegurou que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

O surgimento deste princípio no Brasil nos remete à Constituição de 1946 e seu objetivo é assegurar que toda pessoa, independentemente de sua posição social, de sua raça ou de sua condição socioeconômica, poderá ser ouvida por um Tribunal imparcial e independente, nas situações em que seus direitos forem ameaçados ou violados. Busca-se, dessa forma, impedir que a pessoa humana fique desamparada de proteção judicial, notadamente quando submetida a condutas arbitrárias perpetradas pelo próprio Estado.

No âmbito internacional, o princípio da inafastabilidade da jurisdição é enunciado de forma direta, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 10 – *“Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”*) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8, 1 – *“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”* e artigo 25, 1 – *“Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela*

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”).

No que concerne ao **devido processo legal**, Uadi Lammêgo Bulos,¹⁰ destacando a face *formal* do princípio, registra que o devido processo legal “*é a expressão máxima de o cidadão reivindicar, no Poder Judiciário, seus direitos, de ter aquilo que os americanos chamam de his day in Court. Nesse sentido, a cláusula compreende: (i) o direito de ingressar em juízo e tomar conhecimento do teor de uma acusação; (ii) o exame imparcial de litígios pelo Judiciário; (iii) o direito de sustentação oral nos tribunais; (iv) a certeza da aplicação do contraditório e da igualdade das partes; (v) o direito de notificação prévia nos procedimentos administrativos e judiciais; (vi) a proibição de medidas abusivas e ilegais, contrárias às liberdades públicas; (vii) o privilégio contra a auto-incriminação; e (viii) a preservação de todas as garantias que instrumentalizam direitos, a exemplo do mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública, habeas data, mandado de injunção e ações coletivas.*”.

Pela detida análise do caso concreto levado ao crivo do Poder Judiciário nos autos nº. 1008488-20.2017.8.26.0037 (ação indenizatória em trâmite na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araraquara) e nos agravos de instrumento nº. 2155617-26.2017.8.26.0000 e nº. 2187808-27.2017.8.26.0000 (da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), pode-se afirmar que o

¹⁰ Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

princípio, direitos e garantias fundamentais retro enunciados não foram observados.

Com efeito, afrontam o direito fundamental de ação os pronunciamentos judiciais que obrigam a parte a apresentar a petição inicial nos moldes determinados pelo Estado-juiz e que impossibilitam que o cidadão recorra de tal entendimento, especialmente se considerarmos que há controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da exata compreensão do assunto à luz da Constituição Federal e de Tratados Internacionais.

Uma vez reconhecida a ilegitimidade de parte e indeferida a petição inicial, tal qual ocorreu no caso, afigurar-se-ia cabível, à luz do diploma processual civil atualmente em vigor, a interposição de recurso de apelação, nos exatos termos do artigo 331 do Código de Processo Civil (CPC).

No caso sob exame, embora interposto recurso de apelação pelo autor, o recurso teve o seu trâmite obstado, eis que o magistrado de 1ª Instância, após sentenciar o feito e encerrar a sua jurisdição (artigo 494 do CPC), decidiu suspender a tramitação do processo.

Mesmo suspenso, o feito seguiu sendo despachado pelo juiz monocrático, por impulso da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis), a qual, valendo-se de um recurso de agravo de instrumento, logrou êxito em obter a concessão de efeito ativo para

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

a exclusão do juiz de direito do polo passivo, o que já havia sido determinado por sentença.

Em decorrência, o juiz da Vara da Fazenda Pública de Araraquara determinou que a ação prosseguisse apenas contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e, após a apresentação da resistência fazendária, exigiu que o autor se manifestasse em réplica, o que, a rigor, terá o efeito prático de inviabilizar, por completo, o processamento do recurso de apelação interposto contra o indeferimento da petição inicial, em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, enunciado implicitamente na Constituição Federal e expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 25).

Conclui-se, pois, neste parecer, à luz do exposto, que o devido processo legal não tem sido observado no caso concreto.

Ademais, não se observa a igualdade entre as partes nos autos analisados, vislumbrando-se, nos instrumentos da jurisdição enfocados, diversas “decisões surpresa”, proferidas sem que tenha tido o autor a possibilidade de sobre elas se manifestar previamente, nos termos do artigo 9º do CPC, inviabilizando o exercício do contraditório.

Com isso, novamente resta comprometido o devido processo legal, por violada garantia fundamental especificada no art. 5º., inc. LV, da CF, expressão direta da dignidade da pessoa humana, que é aviltada quando não se garante a possibilidade de sujeito se

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

manifestar em processo cujo resultado poderá lhe atingir a esfera jurídica, o que degrada tal sujeito à condição de mero objeto do processo, o que é vedado pelo princípio constitucional da proporcionalidade.¹¹

As normas de direito processual civil, previamente estabelecidas em lei, foram mitigadas, criando-se rito procedimental próprio para o processamento do pedido do cidadão, circunstância esta que decorreu, a toda evidência, do fato de a pretensão ter sido deduzida em desfavor de um juiz de direito, o que afasta qualquer ideia de imparcialidade no exame do litígio levado ao crivo do Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

A ausência de imparcialidade, verificada após a análise técnica e isenta dos acontecimentos processuais e pronunciamentos judiciais, ganhou contornos ainda mais explícitos com o pedido de habilitação do Tribunal de Justiça como *amicus curiae*, de modo a postular a extinção do processo, sem exame do mérito, ou a improcedência da ação, em relação a um dos réus.

Tal postura, inequivocamente, afronta o princípio republicano, na medida em que ao Poder Judiciário - enquanto Poder Constituído - foi atribuído, pela Constituição Federal, o exercício de função pública. Em outros termos, o Poder Judiciário pratica os seus atos não em nome próprio, mas em nome de outrem (do povo), devendo, ao fazê-lo, perseguir o interesse público primário, qual seja, o julgamento dos casos levados a seu crivo com

¹¹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 7 ed., São Paulo, SRS, 2017, p. 44 ss., 89 ss.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

independência e imparcialidade, visando a pacificação social e a primazia da dignidade da pessoa humana.

Há, portanto, elementos aptos a sustentar a ocorrência de desvio de finalidade na conduta adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Isso porquê, via intervenção como *amicus curiae*, o Tribunal em questão exerceu, a rigor, a defesa de interesse secundário, consistente na apresentação de peça processual de defesa em prol de um particular (o juiz demandado).

Mencionada habilitação, realizada sob o pretexto de assegurar a independência funcional dos membros do Tribunal de Justiça, encerra verdadeira *contradictio in terminis*, em violação ao princípio constitucional da razoabilidade, pois, ao indicar o resultado final que espera do processo, o Tribunal tolhe a independência funcional de seus membros, assim considerada a liberdade para se conferir máxima efetividade às normas constitucionais que garantem o acesso à Justiça e o respeito ao devido processo legal, mediante o julgamento do pedido de maneira imparcial e em consonância às normas processuais em vigor.

Acerca da parcialidade da intervenção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aferível pela simples leitura de sua petição de habilitação nos autos), oportuno recordar, com Alexandre Freitas Câmara:¹²

¹² O novo processo civil brasileiro. 3 ed., São Paulo, Atlas, 2017.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

O amicus curiae é um sujeito parcial, que tem por objetivo ver um interesse (que sustenta) tutelado. Dito de outro modo, ao amicus curiae interessa que uma das partes saia vencedora na causa, e fornecerá ao órgão jurisdicional elementos que evidentemente se destinam a ver essa parte obter resultado favorável.

(...)

O que legitima a intervenção do amicus curiae é um interesse que se pode qualificar como institucional, Explique-se: há pessoas e entidades que defendem institucionalmente certos interesses. É o caso, por exemplo, da Ordem dos Advogados do Brasil (que defende os interesses institucionais da Advocacia), da Associação dos Magistrados Brasileiros (que defende os interesses institucionais da Magistratura), das Igrejas, de entidades científicas (como a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, SBPC, que defende o avanço científico e tecnológico e o desenvolvimento social e cultural, ou o Instituto Brasileiro de Direito Processual, IBDP, que tem entre suas finalidades promover o aprimoramento do direito processual em todo o país). Pode-se pensar ainda em cientistas, professores, pesquisadores, sacerdotes, entre outras pessoas naturais que se dedicam à defesa de certos interesses institucionais.

Ao se colocar na posição de “Instituição” que se habilita no processo para a defesa “Institucional” de interesses secundários, como se “Instituição” de classe fosse, afigura-se de clareza hialina o impedimento do Tribunal de Justiça e o interesse, direta ou indireto de seus membros, no resultado da demanda.

Tem-se, pois, como de rigor, a conclusão de que, no caso em apreço, deve ser deslocada a competência ao Supremo Tribunal Federal, na esteira do quanto normatiza o artigo 102, I, “n” da Constituição Federal.

Registra-se, por oportuno, que não há óbice ao reconhecimento superveniente da competência originária do

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Supremo Tribunal Federal, conforme precedentes desta própria Corte.

Com efeito, por ocasião do julgamento da Reclamação n.º. 961-1, o Supremo Tribunal, em sessão plenária, vencido o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, julgou procedente o pedido formulado na Reclamação, cassando o ato praticado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e avocando o respectivo processo para tramitação naquela Corte.

Inexiste empecilho, portanto, ao reconhecimento da competência originária do Supremo Tribunal Federal após o ajuizamento da ação em 1ª Instância, restando a avocação do processo para tramitação na Corte.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

CONCLUSÃO

Em conclusão e em resposta à Consulta formulada, pode-se afirmar que:

1. Subverte a estrutura da Constituição Federal e as bases do Estado Democrático de Direito, violando o princípio axial de respeito à dignidade da pessoa humana, bem como aquele que lhe é correlato, o princípio constitucional da proporcionalidade, o impedimento oposto ao exercício do direito fundamental de ação, mediante a análise da pretensão deduzida pelo cidadão por um juiz ou Tribunal imparcial, assegurada a garantia ao duplo grau de jurisdição e ao devido processo legal, com a garantia de respeito ao contraditório que lhe é inerente;

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo está absolutamente impedido para o processamento e julgamento da causa em análise, ante o seu pedido de habilitação como *amicus curiae* e a sua manifestação parcial em prol de um dos réus, postura que, de mais a mais, ratifica a subversão mencionada no item anterior e levada a efeito pelos órgãos jurisdicionais de 1^a e de 2^a Instâncias que decidiram no feito, com violação agora do princípio constitucional da razoabilidade;

3. Há interesse, direto ou indireto, de todos os membros do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e da magistratura em

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular de Direito Processual Constitucional lotado no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito e Professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

geral, em se definir a possibilidade, à luz da Constituição Federal, de responsabilização pessoal e direta do juiz de direito por atos praticados no exercício da função jurisdicional, com a delimitação de todas as questões jurídicas que circundam o tema, ainda pendente de análise definitiva pela Suprema Corte do País.

4. Deve a ação ser processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo 102, I, “n” da Constituição Federal, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico pátrio e internacional, com a nulidade absoluta dos pronunciamentos judiciais emanados de órgãos incompetentes.

É o parecer.

São Paulo, 02 de outubro de 2018.

