

HERMENÊUTICA

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Registro sindical - Insubsistência - Confederação sindical - Perda superveniente de legitimidade ativa. ADI 4.380-MC/AM. RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. CONFEDERAÇÃO SINDICAL. REGISTRO SINDICAL E LIBERDADE SINDICAL. PRECEDENTES. DOUTRINA. PERDA SUPERVENIENTE DA LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” POR EFEITO DE INVALIDAÇÃO JUDICIAL DO REGISTRO SINDICAL. A QUESTÃO DO PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COGNOSCIBILIDADE DE OFÍCIO. NECESSIDADE DE ACHAREM-SE PRESENTES, NO MOMENTO DA RESOLUÇÃO DO LITÍGIO (CPC, ART. 485, § 3º), TODAS AS CONDIÇÕES DA AÇÃO. RELAÇÃO DE CONTEMPORANEIDADE NÃO MAIS EXISTENTE. EXTINÇÃO ANÔMALA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE. DOUTRINA. PROCESSO DECLARADO EXTINTO.

DECISÃO: A Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU, invocando a condição de “entidade sindical de grau superior”, ajuíza a presente ação direta, com pedido de medida liminar.

Ocorre, no entanto, que, em consulta ao Cadastro Nacional de Entidades Sindicais (CNES) que o Ministério do Trabalho mantém em sua página oficial na “Internet”, constata-se que sobreveio ao ajuizamento da presente ação direta a cassação do registro sindical da autora.

Cabe observar, por relevante, que a declaração de nulidade do registro sindical da autora, pronunciada pelo E. TRT/10ª Região, foi mantida tanto pelo E. Tribunal Superior do Trabalho quanto por este Supremo Tribunal Federal (ARE 919.995-AgR/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), em decisão transitada em julgado.

Torna-se inevitável concluir, desse modo, que a invalidação do registro sindical impede que se atribua, no caso, à autora a condição de entidade sindical de grau superior.

É importante salientar, neste ponto, que apenas o registro dos atos constitutivos no Ofício do Registro Civil das Pessoas Jurídicas não basta, só por si, para conferir personalidade de direito sindical à entidade para tal fim constituída, pois prevalece, nessa matéria, a exigência do duplo registro, consoante tem sido acentuado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 147/868-869, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 152/782, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 153/273-274, Rel. Min. PAULO BROSSARD – RTJ 159/661, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – MI 388/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 146.822-EDv-AgR/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.

“REGISTRO SINDICAL E LIBERDADE SINDICAL

– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma inscrita no art. 8º, I, da Carta Política – e tendo presentes as várias posições assumidas pelo magistério doutrinário (uma que sustenta a suficiência do registro da entidade sindical no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; outra que se satisfaz com o registro personificador no Ministério do Trabalho; e a última, que exige o duplo registro: no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para efeito de aquisição da personalidade meramente civil, e no Ministério do Trabalho, para obtenção da personalidade sindical) –, firmou orientação no sentido de que não ofende o texto da Constituição a exigência de registro sindical no Ministério do Trabalho, órgão este que, sem prejuízo de regime diverso passível de instituição pelo legislador comum, ainda continua a ser o órgão estatal incumbido de atribuição normativa para proceder à efetivação do ato registral. Precedente (...).

– O registro sindical qualifica-se como ato administrativo essencialmente vinculado, devendo ser praticado pelo Ministro do Trabalho, mediante resolução fundamentada, sempre que, respeitado o postulado da unicidade sindical e observada a exigência de regularidade, autenticidade e representação, a entidade sindical interessada preencher, integralmente, os requisitos fixados pelo ordenamento positivo e por este considerados como necessários à formação dos organismos sindicais.”

(RTJ 159/413-414, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Essa orientação jurisprudencial, vale ressaltar, hoje consagrada no enunciado constante da Súmula 677/STF, nada mais reflete senão o reconhecimento de que, embora a entidade sindical possa constituir-se independentemente de prévia autorização governamental – eis que é plena a sua autonomia jurídico-institucional em face do Estado (CF, art. 8º, I) –, a Constituição não vedou, de todo, a participação estatal no procedimento administrativo referente ao registro sindical, a efetivar-se, no entanto, mediante ato do Poder Público necessariamente vinculado. O eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, em magnífico estudo sobre essa especial questão jurídica (LTr, vol. 53/11, p. 1.273-1.285), após resenhar as várias posições assumidas pela doutrina – uma sustentando a suficiência do registro da entidade sindical no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; outra satisfazendo-se apenas com o registro personificador no Ministério do Trabalho; e a última, exigindo duplo registro: no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para efeito de aquisição da personalidade meramente civil, e no Ministério do Trabalho, para obtenção da personalidade sindical –, expendeu magistério definitivo a propósito do tema, enfatizando, com absoluta correção, com apoio nas lições de AMAURI MASCARO NASCIMENTO (“Organização Sindical na Perspectiva da Constituição”, “in” LTr, vol. 52/1, p. 5-15), de OCTAVIO BUENO MAGANO (“A Organização Sindical na Nova Constituição”, “in” LTr, vol. 53/1, p. 38-43) e de EDUARDO GABRIEL SAAD (“Constituição e Direito do Trabalho”, p. 178-179 e 226, 1989), que a imprescindibilidade do registro sindical (que se revela plenamente legítimo) não ofende a cláusula constitucional que proíbe a exigência de autorização estatal para a criação de organismos sindicais.

O aspecto que venho de referir assume indiscutível relevo processual, pois, como se sabe, a jurisprudência desta Corte, atenta ao que dispõe o art. 103, IX, da Constituição, firmou-se no sentido de reconhecer às Confederações sindicais – e a estas apenas (RTJ 195/752-754, v.g.) –, entre as entidades e organizações que compõem a estrutura sindical brasileira, o poder de ativar a jurisdição constitucional de controle “in abstracto” do Supremo Tribunal Federal (RTJ 135/495 – RTJ 135/853 – RTJ 138/421 – RTJ 143/831 – RTJ 144/434 – RTJ 145/101-102 – RTJ 151/3 – RTJ 151/743 – RTJ 172/52 – RTJ 177/641 – ADI 151-QO/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – ADI 299/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – ADI 398/DF, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – ADI 1.177/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 1.795/PA, Rel. Min. MOREIRA ALVES – ADI 1.953/ES, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.): “No campo da organização sindical, só a Confederação, não a Federação (mesmo de âmbito nacional), é parte legítima para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, IX, da Constituição.”

(RTJ 146/421, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – grifei)

“Ação direta de inconstitucionalidade: ilegitimidade ativa ‘ad causam’ da Federação Nacional dos Administradores – FENAD (...).

É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, no âmbito das entidades sindicais, a questionada legitimação é privativa das confederações (v.g., ADIn 398, 01.02.91, Sanches, RTJ 135/495; ADIn 17, 11.03.91, Sanches, RTJ 135/853; ADIn 360, 21.09.90, Moreira, RTJ 144/703; ADIn 488, 26.04.91, Gallotti, RTJ 146/42; ADIn 526, 16.10.91, RTJ 145/101; ADIn 689, 29.03.92, Néri, RTJ 143/831; ADIn 599, 24.10.91, Néri, RTJ 144/434; ADIn 772, 11.09.92, Moreira, RTJ 147/79; ADIn 164, 08.09.93, Moreira, RTJ 139/396; ADIn 935, 15.09.93, Sanches, RTJ 149/439; ADIn 166, 05.09.96, Galvão, DJ 18.10.96; ADIn 1795, 19.03.98, Moreira, DJ 30.4.98; AgADIn 1785, 08.06.98, Jobim, 7.8.98).”

(ADI 3.762-Agr/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

“CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA.

ILEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL DE PRIMEIRO GRAU, AINDA QUE DE ÂMBITO NACIONAL. AÇÃO DIRETA DE QUE NÃO SE CONHECE.

– Os Sindicatos, mesmo aqueles de âmbito nacional, não dispõem de legitimidade ativa para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.
– No âmbito da estrutura sindical brasileira, somente a Confederação Sindical – que constitui entidade de grau superior – possui qualidade para agir, em sede de controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte (CF, art. 103, IX). Precedentes.”

(ADI 4.064-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, daí, não dispor a Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU de legitimidade ativa “ad causam” para fazer instaurar este processo objetivo de controle normativo abstrato ou para nele legitimamente prosseguir.
Cumpra ter presente, no ponto, em face do que dispõe o art. 485, § 3º, do CPC, que a questão pertinente às condições da ação, por constituir matéria de ordem pública, revela-se suscetível de apreciação “ex officio”, a qualquer tempo, por parte dos órgãos judiciais em geral, eis que o fenômeno processual da preclusão não incide sobre o controle jurisdicional dos requisitos mínimos de admissibilidade do “jus actionis”, como tem assinalado a jurisprudência dos Tribunais, inclusive a desta Suprema Corte (RTJ 101/907 – RTJ 112/1404 – RT 706/193, v.g.). Impende referir, por oportuno, a lição de NELSON NERY JÚNIOR (“Revista de Processo”, vol. 42/201), para quem “As condições da ação, vale dizer, as condições para que seja proferida sentença sobre a questão de fundo (mérito), devem vir preenchidas quando da propositura da ação e devem subsistir até o momento da prolação da sentença. Presentes quando da propositura, mas eventualmente ausentes no momento da prolação da sentença, é vedado ao juiz pronunciar-se sobre o mérito, já que o autor não tem mais direito de ver a lide decidida” (grifei). Observa-se, assim, que os requisitos de admissibilidade do “jus actionis”, entre os quais – enfatize-se – situa-se a legitimação ativa “ad causam”, devem estar presentes não só na ocasião em que proposta a demanda, mas, por igual, também no instante em que vier a ser proferido o julgamento da lide, pois o ordenamento processual impõe que o Poder Judiciário, no momento de proferir a decisão, tome em consideração, mesmo “ex officio”, fatos supervenientes à instauração do processo, tais como aqueles que se refiram, p. ex., à ausência, ainda que ulterior, de qualquer das condições da ação.

Isso significa, portanto, consoante assinala prestigioso magistério doutrinário (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I/1.046, item n. 754.6, 58ª ed., 2017, Forense; LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO, “Novo Código de Processo Civil Comentado”, p. 569, item n. 3, 2ª ed., 2016, RT; ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, “Código de Processo Civil Interpretado”, p. 547, 2ª ed., 2008, Manole; JOÃO ROBERTO PARIZATTO, “Código de Processo Civil Comentado”, vol. 1/4, 2008, Edipa; JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, “Novo Código de Processo Civil Comentado”, p. 762, item IX, 4ª ed., 2016, RT; GUILHERME RIZZO AMARAL, “Comentários às Alterações do Novo CPC”, p. 581-582, item n. 2.7, 2015, RT, v.g.), que as condições da ação devem estar igualmente presentes no momento em que a causa for julgada, em ordem a que se declare extinto o processo na hipótese de perda superveniente da legitimidade ativa “ad causam” da parte demandante, precisamente como sucede na espécie. Assinalo, a título de ilustração, que esse mesmo entendimento reflete-se em expressivo precedente emanado do Plenário desta Suprema Corte:

“Voto de liderança. Legitimidade ‘ad causam’.

Se, embora, ao ser iniciado o julgamento do ‘mandamus’, possuía o impetrante legitimidade ‘ad causam’ para a impetração, mas veio a seguir a perdê-la, antes de que fosse aquele concluído, é de ver considerado prejudicado o ‘writ’, por deixar de existir o pressuposto essencial de legítimo interesse.”

(RTJ 123/31, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO – grifei)

Vale referir, por extremamente oportuno, o douto magistério de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (“Instituições de Direito Processual Civil”, vol. II/325-326, item n. 554, 6ª ed., 2009, Malheiros), que, a propósito do tema concernente à relação de contemporaneidade entre a prolação da sentença, de um lado, e a existência de interesse e de legitimidade, de outro, assim se pronuncia:

“As partes só poderão ter o direito ao julgamento do mérito quando, no momento em que este está para ser pronunciado, estiverem presentes as três condições da ação. Se alguma delas não

existia no início mas ainda assim o processo não veio a ser extinto, o juiz a terá por satisfeita e julgará a demanda pelo mérito sempre que a condição antes faltante houver sobrevindo no curso do processo. Inversamente, se a condição existia de início e já não existe agora, o autor carece de ação e o mérito não será julgado. Na experiência processual do dia-a-dia são muito mais frequentes os casos de condições que ficam excluídas (pedido prejudicado).

.....
Essa posição, generalizada na doutrina e acatada pelos tribunais, tem assento jurídico-positivo no art. 462 do Código de Processo Civil, segundo o qual ‘se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença’. Cumpre-lhe, pois, segundo esse dispositivo, levar em conta os fatos novos que implementem uma condição antes ausente ou que excluam uma que existia.” (grifei)
Desse modo, e se a legitimação “ad causam” compreende uma relação de pertinência entre os sujeitos processuais e a relação de direito material deduzida em juízo, torna-se claro que, não mais subsistindo a situação legitimadora da qualidade para agir (a condição de entidade sindical de grau superior, na espécie), cessa, por completo, o próprio interesse processual na solução do litígio.

Registro, finalmente, que a inviabilidade da presente ação direta de inconstitucionalidade, em decorrência das razões ora expostas, justifica a seguinte observação: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste ao Ministro Relator competência plena para exercer, monocraticamente, o controle de ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175, v.g.).

Nem se alegue que o exercício monocrático de tal competência implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 302.839-AgR/GO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

“PODERES PROCESSUAIS DO MINISTRO-RELATOR E PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE

– Assiste ao Ministro-Relator competência plena para exercer, monocraticamente, com fundamento nos poderes processuais de que dispõe, o controle de admissibilidade de ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal. Pode, em consequência, negar trânsito, em decisão monocrática, a ações, pedidos ou recursos, quando incabíveis, intempestivos, sem objeto ou, ainda, quando veicularem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante na Suprema Corte. Precedentes.

– O reconhecimento dessa competência monocrática deferida ao Relator da causa não transgredir o postulado da colegialidade, pois sempre caberá, para os órgãos colegiados do Supremo Tribunal Federal (Plenário e Turmas), recurso contra as decisões singulares que venham a ser proferidas por seus Juízes.”

(MS 28.097-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe acentuar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade (ADC 21/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD – ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADO 3/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – ADPF 6-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADPF 40/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADPF 82/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADPF 95/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – ADPF 104-MC/SE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – ADPF 125/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – ADPF 239/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – ADPF 240/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – ADPF 287/TO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ADPF 288-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADPF 308/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – ADPF 319/PB, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ADPF 327/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ADPF 329-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADPF 333/RS,

Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – ADPF 340/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – ADPF 352/MT, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – ADPF 363-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai ao Relator da causa o poder de efetuar – enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) – o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata, o que inclui, entre outras atribuições, o exame dos pressupostos processuais e das condições da própria ação direta” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, e em face das razões expostas (perda superveniente de legitimidade ativa “ad causam” da autora), julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade.

ADPF - Norma já revogada - Não conhecimento. ADPF 211-MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello

EMENTA: ADPF. IMPUGNAÇÃO A NORMAS JURÍDICAS PÓS-CONSTITUCIONAIS JÁ REVOGADAS. PRETENSÃO INSUSCETÍVEL DE CONHECIMENTO. INADMISSIBILIDADE DO EXAME DOS EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS RESULTANTES DOS ATOS REVOGADOS. DESCABIMENTO DA ANÁLISE DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E/OU DE RELAÇÕES JURÍDICAS CONCRETAS EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. PRECEDENTES. ADPF DE QUE NÃO SE CONHECE.

(...)

Observo, desde logo, que as normas ora questionadas foram expressamente revogadas pela Lei 11.890/2008 (art. 169, IV), a significar que os dispositivos legais em questão sequer existiam no ordenamento positivo brasileiro na data do ajuizamento desta arguição de descumprimento.

(...)

Com efeito, revela-se aplicável à espécie o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, cujas reiteradas decisões, no tema, têm reconhecido a inviabilidade do emprego da arguição de descumprimento, quando ajuizada, como no caso, com o objetivo de questionar diploma normativo pós-constitucional já revogado, independentemente de tal revogação haver ocorrido em momento anterior ou posterior ao ajuizamento de referida demanda constitucional (ADPF 4-MC/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE – ADPF 14/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – ADPF 50/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – ADPF 99/PE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – ADPF 139/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADPF 252/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN – ADPF 255/AP, Rel. Min. LUIZ FUX – ADPF 382-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

(...)

– O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. O exame de relações jurídicas concretas e de situações individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Precedentes.”
(ADPF 363-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

Responsabilidade subsidiária da Administração e encargos trabalhistas não adimplidos

O Plenário retomou o julgamento de recurso extraordinário em que se discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.

Na origem, o TST manteve a responsabilidade subsidiária de entidade da Administração Pública — tomadora de serviços terceirizados — pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa contratante. Isso ocorreu em razão da existência de culpa “in vigilando” do órgão público, caracterizada pela falta de acompanhamento e fiscalização da execução de contrato de prestação de serviços, em conformidade com a nova redação dos itens IV e V da Súmula 331 do TST (“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; e V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”).

A recorrente alega que o acórdão recorrido, ao condenar subsidiariamente o ente público, com base no art. 37, § 6º, da CF, teria desobedecido ao conteúdo da decisão proferida no julgamento da ADC 16 (DJE de 9.9.2011) e, consequentemente, ao disposto no art. 102, § 2º, da CF.

Afirma que o acórdão recorrido teria declarado a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, embora a norma tenha sido declarada constitucional no julgamento da ADC 16. Sustenta violação dos arts. 5º, II, e 37, “caput”, da CF, por ter o TST inserido no item IV da sua Súmula 331 obrigação frontalmente contrária ao previsto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. Defende, por fim, que a culpa “in vigilando” deveria ser provada pela parte interessada, e não ser presumida — v. Informativo 852.

Na assentada, o ministro Edson Fachin acompanhou na íntegra o voto da ministra Rosa Weber (relatora), no sentido do não provimento do recurso extraordinário, na parte em que conhecida — apenas quanto ao tema da responsabilidade subsidiária —, no que foi seguido pelos ministros Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

A par das conclusões defendidas pela ministra relatora — a) impossibilidade de transferência automática para a Administração Pública da responsabilidade subsidiária pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada; b) viabilidade de responsabilização do ente público em caso de culpa comprovada em fiscalizar o cumprimento dessas obrigações; e c) que cabe à Administração Pública comprovar que fiscalizou adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado —, o ministro Roberto Barroso acrescentou que compete à Administração o ônus de provar que houve fiscalização. O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado por amostragem, estruturada pelo próprio ente público com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção “juris tantum” de razoabilidade.

O ministro ainda asseverou que, constatada pelo Poder Público a ocorrência de inadimplência trabalhista pela contratada, a empresa deve ser notificada — com a definição de prazo para sanar a irregularidade — e, em caso de não atendimento, deve o Poder Público promover ação de depósito, com a liquidação e o pagamento, em juízo, das importâncias devidas, abatendo-se tais importâncias do valor devido à empresa contratada.

Consignou, por fim, não ser válida a responsabilização subsidiária do ente público, com base em afirmação genérica de culpa “in vigilando”, sem a indicação, com rigor e precisão, dos fatos e das circunstâncias que configuram essa culpa, bem como se comprovada pela Administração a realização da fiscalização por amostragem e a adoção de medidas mitigadoras.

O ministro Luiz Fux deu provimento ao recurso extraordinário — na parte em que conhecido. Para o ministro, uma interpretação conforme do art. 71 da Lei 8.666/1993, com o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, infirma a decisão tomada no julgamento da ADC 16 (DJE de 9.9.2011), nulificando, por conseguinte, a coisa

julgada formada sobre a declaração de constitucionalidade do dispositivo legal. Ademais, observou que, com o advento da Lei 9.032/1995, o legislador buscou excluir a responsabilidade subsidiária da Administração, exatamente para evitar o descumprimento do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993, declarado constitucional por esta Suprema Corte. Os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Gilmar Mendes acompanharam a divergência. A ministra Cármen Lúcia (Presidente), ao acompanhar a divergência inaugurada pelo ministro Luiz Fux, deu provimento ao recurso extraordinário, na parte em que conhecido. Para ela, a imputação da culpa “in vigilando” ou “in elegendo” à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Rememorou que, na espécie, o tribunal de origem concluiu pela existência de culpa “in elegendo”, prévia à celebração do contrato, e, principalmente, de culpa “in vigilando”, posterior à contratação, por não ter demonstrado, a União, em juízo, sua atuação no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento do contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do reclamante. Asseverou, nesse ponto, que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato, não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido. Nesses termos, não tendo sido demonstrado, no caso, a comprovação cabal da responsabilidade do poder público pelo descumprimento da legislação trabalhista, entendeu que o acórdão recorrido contrariou o decidido no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011). Pontuou, por fim, que a Lei 9.032/1995 (art. 4º), que alterou o disposto no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/1993, restringiu a solidariedade entre contratante e contratado apenas quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1991. Diante do empate na votação, o Tribunal deliberou suspender o julgamento para colher voto de desempate do novo ministro a integrar a Corte.

RE 760931/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 8.2.2017. (RE-760931)

Precatórios e sociedade de economia mista

É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial.

Com essa orientação, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental para cassar decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. As deliberações resultaram em bloqueio, penhora e liberação de valores oriundos da conta única do Estado do Piauí para pagamento de verbas trabalhistas de empregados da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI), estatal que compõe a administração indireta do ente federativo estadual.

Inicialmente, o Tribunal, também por maioria, converteu a apreciação do referendo da cautelar em julgamento de mérito, em respeito à economia processual e por estar a ação devidamente instruída. Considerou, ainda, ser cabível a ADPF, por estarem preenchidos os requisitos do art. 102, § 1º, da CF e da Lei 9.882/1999. Vencido, no ponto, o ministro Marco Aurélio, que entendia inadequada a arguição, não referendava a liminar nem convertia o referendo da cautelar em julgamento de mérito.

Em seguida, o Plenário asseverou que não se sujeitam ao regime de precatório apenas as entidades jurídicas que atuam em mercado sujeito à concorrência, permitem a acumulação ou a distribuição de lucros. Essas se submetem ao regime de execução comum das empresas controladas pelo setor privado.

(...)

Contratação temporária e autorização legislativa genérica

São inconstitucionais, por violarem o artigo 37, IX (*), da CF, a autorização legislativa genérica para contratação temporária e a permissão de prorrogação indefinida do prazo de contratações temporárias.

Com base nesse entendimento, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade do inciso VI do art. 264 (**) e da expressão "prazos estes somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público", constante da parte final do § 1º (***) do mesmo artigo, todos da LC 4/1990 do Estado de Mato Grosso.

Em seguida, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para autorizar a manutenção dos atuais contratos de trabalho pelo prazo máximo de um ano, a contar da data da publicação da ata deste julgamento. Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Cármen Lúcia (Presidente), que não modulavam os efeitos da decisão. O ministro Marco Aurélio frisava que, toda vez que o STF agasalhasse situações inconstitucionais, ele não só estimularia os legislativos a disporem de forma contrária à Constituição, como também acabaria tornando-a um documento simplesmente flexível. A ministra Cármen Lúcia pontuava que a norma estaria em vigor há mais de 25 anos e não seria possível existir situação de urgência que durasse por todo esse período.

Competência legislativa dos Municípios e Direito Ambiental

Os Municípios podem legislar sobre Direito Ambiental, desde que o façam fundamentadamente. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma negou provimento a agravo regimental. A Turma afirmou que os Municípios podem adotar legislação ambiental mais restritiva em relação aos Estados-Membros e à União. No entanto, é necessário que a norma tenha a devida motivação.

ARE 748206 AgR/SC, rel Min. Celso de Mello, julgamento em 14.3.2017. (ARE-748206)

Direito Administrativo - Concurso Público - Exame Psicológico. Rcl 25.209-MC/SP.

RELATOR: Ministro Edson Fachin

DECISÃO: Trata-se de reclamação ajuizada por Yuri Dimitre Sanchez em face de sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública do Foro central da Comarca de São Paulo, que considerou válida a eliminação do reclamante do concurso público para ingresso na graduação de soldado da Polícia Militar de 2ª classe, em virtude de sua inabilitação na fase de exame psicológico. A decisão foi assim fundamentada (eDOC 12):

...

A reclamação destina-se a preservar a competência e a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal quando ocorrer a usurpação de sua competência ou, nos termos do art. 102, § 2º, da CR, quando decisões judiciais ou atos administrativos contrariarem decisão proferida por esta Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou que, nos termos do art. 102, § 3º, também da CR, o enunciado de súmula vinculante.

Em casos de relevância e fundado receio de dano irreparável, é possível ao Relator, nos termos do art. 989 do Código de Processo Civil, deferir medida liminar a fim de suspender o ato impugnado.

Estão presentes os pressupostos processuais para o deferimento da medida. Com efeito, no que tange à relevância dos argumentos apresentados, esta Corte há muito consolidou o entendimento segundo o qual apenas por lei pode a Administração submeter os candidatos em concurso público ao exame psicotécnico como requisito para o ingresso no cargo. De fato, a Súmula 686 da Corte assentou que “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

Posteriormente, quando do julgamento do AI 758.533 QO-RG, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 13.08.2010, o Tribunal confirmou o entendimento em sede de repercussão geral. Confira-se:

“Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Exame psicotécnico. Previsão em lei em sentido material. Indispensabilidade. Critérios objetivos. Obrigatoriedade. 3. Jurisprudência pacificada na Corte. Repercussão Geral. Aplicabilidade. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.”

(AI 758533 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-04 PP-00779)

A confirmação do precedente em sede de repercussão geral levou a Corte a, posteriormente, aprovar o enunciado da Súmula Vinculante 44, cuja redação é idêntica à Súmula 686.

Registre-se que diversos são os precedentes que aplicam esse entendimento aos concursos públicos para a Polícia Militar, não se vislumbrando, por ora, qualquer distinção que pudesse eximir o acórdão reclamado da observância da orientação do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, nos termos do art. 927, II, do Código de Processo Civil, os tribunais devem observar os enunciados da súmula vinculante, somente podendo afastá-los se, nos termos do art. 489, VI, do CPC, demonstrarem a distinção do caso em julgamento relativamente ao precedente desta Corte. No caso em exame, a inobservância da Súmula foi justificada ao fundamento de que “A realização de exames psicológicos para ingresso na carreira policial militar está prevista no Decreto nº 54.911/09, sendo certo que a legislação aplicável à espécie está expressamente indicada no edital. A avaliação psicológica realizada como etapa do concurso de ingresso nos quadros da Polícia Militar do Estado de São Paulo observou o princípio da legalidade.” (eDOC 12, p. 2).

O embasamento em decreto não atende a necessidade indicada pelo precedente desta Corte, como já puderam assentar os seguintes precedentes:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXAME PSICOTÉCNICO. NECESSIDADE DE LEI. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 1. A exigência do exame psicotécnico, prevista somente por Decreto, não serve como condição para negar o ingresso do servidor na carreira da Polícia Militar, 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada quanto à necessidade de lei em sentido formal para exigência de exame psicotécnico. 3. Para divergir da conclusão a que chegou o Tribunal a quo, necessário se faria o exame da legislação infraconstitucional 4. Agravo regimental improvido.”

(AI 676675 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-08 PP-02126)

...

Ante o exposto, com fulcro nos arts. 989, II, do Código de Processo Civil, determino a suspensão do ato reclamado até o julgamento final da presente reclamação, com a imediata inscrição do Reclamante no curso previsto pelo Edital DP-1/321/2015, ou equivalente, fornecido pela Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Solicitem-se informações da autoridade reclamada, nos termos do art. 989, I, do Código de Processo Civil.

Após, cite-se o Estado de São Paulo, nos termos do art. 989, III, do Código de Processo Civil. Publique-se.

Brasília, 06 de março de 2017.

SEPARAÇÃO DE PODERES

Processamento de governador: autorização prévia da assembleia legislativa e suspensão de funções

O Plenário retomou julgamento de ação direta proposta contra o art. 92, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que dispõe que o governador será submetido a processo e julgamento perante o STJ nos crimes comuns e será suspenso de suas funções, na hipótese desses crimes, se recebida a denúncia ou a queixa pelo STJ — v. Informativo 851.

Inicialmente, a ministra Rosa Weber e o ministro Luiz Fux acompanharam o ministro Edson Fachin (relator), para reconhecer a presença dos requisitos de cognoscibilidade da ação. Quanto ao mérito, deram parcial procedência ao pedido para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 92, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais para consignar que não há necessidade de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento do governador por crime comum perante o STJ. O relator ainda julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da expressão “ou queixa”, contida no mencionado dispositivo.

Em seguida, o ministro Dias Toffoli proferiu voto no sentido do não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Diante disso, o Tribunal deliberou colher os votos dos ministros em relação ao conhecimento da ação.

O ministro Dias Toffoli considerou que o pedido veiculado visaria, na verdade, à declaratória de constitucionalidade do dispositivo atacado, sem previsão na Constituição. Asseverou que a ação direta de inconstitucionalidade não é veículo processual a ser acionado para declarar a constitucionalidade ou dar interpretação conforme à Constituição ao preceito no sentido de afirmar a constitucionalidade do que nele está disposto.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio não conheceu da ação ao fundamento de que o preceito não permite dupla interpretação, que é silente quanto à necessidade ou não de licença da assembleia para o STJ poder atuar.

Após os votos dos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que votavam pelo conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, e dos votos dos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Melo, que votavam pelo não conhecimento da ação, o Tribunal suspendeu o julgamento para colher os votos dos ministros ausentes.

ADI 5540/MG, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 2.3.2017. (ADI-5540)

Improbidade administrativa - Ex-Governador de Estado - Sujeição a duplo regime de responsabilização. RE 803.297/RS. RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO.

COMPORTAMENTO ALEGADAMENTE OCORRIDO NO EXERCÍCIO DE MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO. POSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO A DUPLO REGIME JURÍDICO: (1) RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA, MEDIANTE “IMPEACHMENT” (LEI Nº 1.079/50), DESDE QUE AINDA TITULAR DE REFERIDO MANDATO ELETIVO E (2) RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92). EXTINÇÃO SUBSEQUENTE DO MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO. EXCLUSÃO DO REGIME FUNDADO NA LEI Nº 1.079/50 (ART.76, PARÁGRAFO ÚNICO). PLEITO RECURSAL QUE OBJETIVA EXTINGUIR PROCESSO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DE, À ÉPOCA DOS FATOS, A RECORRENTE (Yeda Crusius) OSTENTAR A QUALIDADE DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL. APLICABILIDADE, CONTUDO, A EX-GOVERNADOR DE ESTADO, DO REGIME JURÍDICO FUNDADO NA LEI Nº 8.429/92. DOUTRINA. PRECEDENTES. REGIME DE PLENA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ESTATAIS, INCLUSIVE DOS AGENTES POLÍTICOS, COMO EXPRESSÃO NECESSÁRIA DO PRIMADO DA IDEIA REPUBLICANA. O RESPEITO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRESSUPOSTO LEGITIMADOR DOS ATOS GOVERNAMENTAIS. PRETENSÃO QUE, SE ACOLHIDA, TRANSGREDIRIA O DOGMA REPUBLICANO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEDUZIDO POR YEDA RORATO CRUSIUS. DECISÃO QUE NEGA PROVIMENTO A ESSE APELO EXTREMO, PREJUDICADO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Tramitação em tribunal superior e intimação de defensoria pública estadual

A Primeira Turma, por maioria, não admitiu a impetração de “habeas corpus” em que discutida a possibilidade de atuação de Defensoria Pública estadual perante o STJ.

No caso, Defensoria Pública estadual interpôs, em favor do paciente, agravo em face da não admissão de recurso especial perante o STJ. Ocorre que a Defensoria Pública da União, e não a estadual, foi intimada da decisão proferida no agravo, o que, segundo a defesa, implicou o trânsito em julgado do pronunciamento e a subsequente expedição de mandado de prisão contra o paciente.

O Colegiado entendeu ser inadequada a via eleita por se tratar de “habeas corpus” substitutivo de agravo regimental, uma vez que foi impetrado contra decisão monocrática de ministro do STJ.

Asseverou que, consoante a jurisprudência desta Corte, a intimação há de ser feita à DPU, já organizada e no desempenho regular de suas atividades perante os tribunais superiores.

Ademais, salientou que a DPU foi estruturada sob o pálio dos princípios da unidade e da indivisibilidade para dar suporte às Defensorias Públicas estaduais e fazer as vezes daquelas de Estados-Membros longínquos, que não podem exercer o múnus a cada recurso endereçado aos tribunais superiores.

Vencido o Ministro Marco Aurélio, que deferia a ordem. Para ele, haveria de presumir-se que, tendo a Defensoria Pública estadual interposto o recurso especial, ela estaria acompanhando-o e que a falta de representação em Brasília não poderia motivar o direcionamento da intimação à DPU.

HC 118294/AP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 7.3.2017. (HC-118294)

PROCESSO LEGISLATIVO

Medida provisória: emenda parlamentar e “contrabando legislativo”

O Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face dos arts. 113 a 126 da Lei 12.249/2010, incluídos por emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei.

Os dispositivos impugnados: a) alteram os limites das unidades de conservação federais Floresta Nacional do Bom Futuro, Parque Nacional Mapinguari e Estação Ecológica de Cuniã; b) autorizam a União a doar ao Estado de Rondônia imóveis rurais de sua propriedade inseridos na área desafetada da Floresta Nacional do Bom Futuro, sob condição de que em parte dela sejam criadas uma área de proteção ambiental e uma floresta estadual; c) determinam sejam doadas ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), pelos órgãos e pelas entidades federais que as detenham, as terras da União contidas nos novos limites do Parque Nacional Mapinguari e da Estação Ecológica de Cuniã; e d) declaram de utilidade pública, para fins de desapropriação pelo ICMBio, os imóveis rurais privados existentes nas áreas de ampliação do Parque Nacional Mapinguari e da Estação Ecológica de Cuniã.

Porém, a medida provisória que originou a lei em questão contemplava, originalmente, matérias distintas das tratadas nos citados artigos.

O Colegiado reportou-se ao decidido na ADI 5.127/DF (DJE de 11.5.2016), no sentido de ser incompatível com a Constituição CF apresentar emendas sem relação de pertinência temática com a medida provisória submetida à apreciação.

Asseverou que a prática de inserção, mediante emenda parlamentar, no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória viola a Constituição, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (CF, arts. 1º, “caput” e parágrafo único, 2º, “caput”, e 5º, “caput” e LIV).

Entretanto, nos termos do citado precedente, deliberou pela manutenção dos atos normativos atacados, por conta do princípio da segurança jurídica. Naquele caso, o Plenário manteve

hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do julgamento, ocorrido em 15.10.2015.

A ministra Rosa Weber (relatora), com ressalva de seu entendimento pessoal, endossou a orientação quanto aos efeitos prospectivos daquela decisão.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que julgava a ação procedente.

ADI 5012/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 16.3.2017. (ADI-5012)

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Individuais

DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Reclamação: direito à informação e sessões secretas do STM

O Tribunal julgou procedente reclamação ajuizada contra ato do Superior Tribunal Militar (STM), para determinar à autoridade reclamada dê fiel e integral cumprimento à ordem concedida no julgamento do RMS 23.036/RJ (acórdão publicado no DJ de 25.8.2006).

No referido julgado, a concessão da ordem foi para que os impetrantes tivessem acesso a registro documentais de sessões do STM ocorridas na década de 1970. Não obstante, feito um novo requerimento, o STM o deferira somente ao que se refere às sessões públicas.

Inicialmente, o Colegiado observou que a decisão proferida no julgamento do citado RMS 23.036/RJ não limitou o acesso dos então impetrantes a documentos e arquivos fonográficos relacionados apenas às sessões públicas dos julgamentos do STM. Naquela ocasião, pelo contrário, a Corte assentou não haver campo para a discricionariedade da Administração em restringir o amplo acesso que os então recorrentes deveriam ter aos documentos gerados a partir dos julgamentos ocorridos no período em referência. Conferiu, assim, indubitosa amplitude àquela decisão e concluiu que o ato impugnado estava em evidente desconformidade com a ordem constitucional vigente, que erigiu o direito à informação ao “status” de direito fundamental. Por esse motivo, é injustificável a resistência do STM de se opor ao cumprimento da decisão pelo STF, que taxativamente afastou os obstáculos erigidos para impedir fossem trazidos à lume a integralidade dos atos processuais lá praticados, seja na dimensão oral ou escrita, cujo conhecimento cidadãos brasileiros requereram, para fins de pesquisa histórica e resguardo da memória nacional.

Asseverou que o direito à informação, a busca pelo conhecimento da verdade sobre sua história, sobre os fatos ocorridos em período avassalador do sentimento nacional e do espírito democrático que exsurgia, assim como sobre suas razões, integra o patrimônio jurídico de todo e qualquer cidadão e constitui dever do Estado assegurar os meios para o seu exercício.

Dessa forma, o Plenário concluiu que a autoridade reclamada deve permitir o acesso do reclamante aos documentos descritos no requerimento administrativo objeto da impetração em questão, ressalvados apenas aqueles indispensáveis ao resguardo de interesse público legítimo e à defesa da intimidade e aqueles cujo sigilo se imponha para proteção da sociedade e do Estado, o que há de ser motivado de forma explícita e pormenorizada pelo reclamado, a fim de sujeitar esse exame administrativo ao controle judicial.

Rcl 11949/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15.3.2017. (Rcl-11949)

Instauração de investigação criminal e determinação de interceptações telefônicas com base em denúncia anônima

A Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” em que se pretendia o reconhecimento da ilegalidade de ação penal e de interceptações telefônicas iniciadas a partir de denúncias anônimas.

No caso, o Ministério Público estadual, após receber diversas denúncias anônimas de prática de crimes e seus possíveis autores, procedeu a investigações preliminares, com a oitiva informal de testemunhas. Diante da verossimilhança das alegações, instaurou procedimento de investigação

no qual foi requerida quebra do sigilo telefônico dos envolvidos.

Por essa razão, o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de associação criminosa e corrupção ativa (duas vezes), previstos nos arts. 288 e 333 do CP, e de fraude à licitação (cinco vezes), previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993.

Os impetrantes sustentavam que, por terem sido iniciadas a partir de denúncias anônimas — sem a comprovação da realização de diligências preliminares nos autos —, as investigações preliminares (portaria e procedimento investigativo criminal) e o procedimento relativo às interceptações telefônicas deveriam ser declarados nulos. Alegavam, ainda, que as interceptações telefônicas não teriam atendido às regras e condições estabelecidas pela Lei 9.296/1996.

A Turma rememorou entendimento do STF no sentido de que a denúncia anônima é válida, quando as investigações se valem de outras diligências para apurar a “delatio criminis”. Asseverou que a necessidade das interceptações telefônicas foi devidamente demonstrada pelo juiz natural da causa, bem como que havia indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, conforme exigido pelo art. 2º da Lei 9.296/1996. Quanto às prorrogações das interceptações telefônicas, ponderou que a Corte tem admitido a razoável dilação dessas medidas, desde que respeitado o prazo de quinze dias entre cada uma das diligências, o que não caracteriza desrespeito ao art. 5º da Lei 9.296/1996.

Ressaltou, por fim, que o indeferimento de diligências pelo magistrado de primeiro grau não configura cerceamento de defesa. Afinal, o art. 400, § 1º, do CPP (§ 1º “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”) prevê a possibilidade de o juiz indeferir provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso implique nulidade da respectiva ação penal. Sustentou que a discussão sobre o acerto ou desacerto dessa decisão exigiria exame aprofundado dos fatos e provas da causa, o que não se mostra viável em “habeas corpus”, que não admite dilação probatória.

HC 133148/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 21.2.2017. (HC-133148)

Interceptação telefônica - Prorrogação - Decisão não fundamentada - Invalidade - Prova ilícita. HC 129.646-MC-RCON/SP. RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE, PORÉM, DE A DECISÃO QUE AS AUTORIZA POSSUIR FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE IDÔNEA, SOB PENA DE NULIDADE. IMPRESTABILIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE, DESPROVIDO DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA, RESUME-SE A FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS CONSUBSTANCIADAS EM TEXTOS PADRONIZADOS REVESTIDOS DE CONTEÚDO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA PROBANTE DAS INFORMAÇÕES RESULTANTES DE PRORROGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR DECISÃO DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL. PRECEDENTES. A QUESTÃO DA ILICITUDE DA PROVA: TEMA IMPREGNADO DE ALTO RELEVO CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA DE NÃO SER INVESTIGADA, ACUSADA, PROCESSADA OU CONDENADA COM BASE EM PROVAS ILÍCITAS (HC 93.050/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.). INADMISSIBILIDADE DA SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER. DISCUSSÃO EM TORNO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”). DOUTRINA. PRECEDENTES. RELEVO JURÍDICO DA PRETENSÃO CAUTELAR. CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE “PERICULUM IN MORA”. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DEFERIDO. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA.

DECISÃO: Ao denegar a concessão, na espécie, de medida cautelar, apoiei-me em 2 (dois) fundamentos: (1) aparente legitimidade do comportamento da autoridade policial, que teria agido, no caso, de modo compatível com a diretriz jurisprudencial desta Corte em tema de “delação anônima”, procedendo a diligências investigatórias prévias cujo resultado teria justificado, em um primeiro momento, a decretação judicial de interceptação telefônica; e (2) ausência de risco imediato ao “status libertatis” dos pacientes.

Deixei de examinar, contudo, um outro fundamento cuja análise tenho por relevante, pois concerne à alegada inviabilidade das sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, autorizadas em decisões estereotipadas, consubstanciadas em texto claramente padronizado, no qual há equivocada referência ao “tráfico de entorpecentes”, muito embora os delitos motivadores da “persecutio criminis” refiram-se, no caso, à suposta prática de ilícitos tipificados no art. 90 da Lei nº 8.666/1993 e nos arts. 288 e 299, ambos do Código Penal.

Os aspectos enfatizados no pedido de reconsideração foram muito bem destacados nos votos vencidos que proferiram os eminentes Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e ROGERIO SCHIETTI CRUZ no julgamento do pedido de “habeas corpus” de que resultou o acórdão ora impugnado nesta sede processual.

Enfatizou-se, então, em referidos pronunciamentos, que, ressalvada a quebra inicial, todas as demais decisões de prorrogação das interceptações telefônicas “são ilegais, tendo em vista a falta de fundamentação” (Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR), considerada a circunstância de que mencionados atos decisórios, de conteúdo estereotipado, revelam-se incapazes – consoante advertiu o Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ – “de singularizar o caso examinado”, o que torna tais decisões “inválidas, porquanto servem para todos os casos e, assim, não servem para [caso] nenhum”.

Todos sabemos que esta Suprema Corte tem admitido a possibilidade de o procedimento probatório da interceptação de conversações telefônicas sofrer sucessivas prorrogações, desde que demonstrada, no entanto, em cada renovação, mediante fundamentação juridicamente idônea, a indispensabilidade de tal diligência (HC 83.515/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RHC 85.575/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 88.371/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), o que parece não ter ocorrido no caso ora em exame.

Cabe assinalar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tratando-se de medidas restritivas da esfera jurídica de pessoas sob investigação penal do Estado (interceptação telefônica, quebra de sigilo, busca e apreensão, v.g.) ou cuidando-se de decretação de prisão cautelar – mostra-se severa, pois exige que a decisão judicial que ordena quaisquer dessas providências, sempre excepcionais, apoie-se em fundamentação substancial, sob pena de nulidade do próprio ato decisório (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 116.491/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 121.250/SE, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 130.723/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, v.g.).

Nesse contexto, vale relembrar que esta Corte Suprema, em inúmeros precedentes (HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 129.554/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – HC 134.939/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 95.311/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.), não tem admitido decisões que, impregnadas de motivação genérica ou abstrata (destituídas, portanto, de suporte fundado em elementos concretos), traduzam “fórmulas de estilo, genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida” (HC 130.038/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI):

“‘Habeas corpus’. 2. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06). 3. Enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 4. Conversão da prisão em flagrante em preventiva por meio de formulário pré-formatado. Ausência de fundamentação lastreada em elementos concretos a justificar a prisão cautelar. 5. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 6. Ordem concedida, confirmada a liminar para suspender os efeitos da ordem de prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, se por outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. 7. Extensão da decisão ao corréu em razão da identidade da situação processual (art. 580 do CPP).” (HC 128.880/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Os argumentos que venho de expor, todos eles amparados em precedentes do Supremo Tribunal Federal, conferem, a meu juízo, densa plausibilidade jurídica à pretensão cautelar ora deduzida pela parte impetrante, ainda mais se se considerar que medidas de restrição à esfera jurídica das pessoas, como as sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, quando determinadas em decisões desprovidas de fundamentação juridicamente idônea, qualificam-se, quanto à sua eficácia probatória, como provas ilícitas, que, repudiadas pela própria ordem constitucional, reputam-se inadmissíveis em juízo (CF, art. 5º LVI), tal como adverte o magistério

jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal firmado em diversos precedentes (RTJ 163/682 – RTJ 163/709 – HC 72.588/PB, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

– A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

– A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’.

Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (‘FRUITS OF THE POISONOUS TREE’): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

– Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

– A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do ‘due process of law’ e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

– A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

– Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

– Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

– A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (‘AN INDEPENDENT SOURCE’) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS ‘SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920);

SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)', v.g.."

(RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Essa mesma percepção do tema tem sido revelada por doutrinadores eminentes (VÂNIA SICILIANO AIETA, "A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris; LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Viagem Redonda: 'Habeas Data', Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" "in" RDA 213/149-1; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "O Direito à Defesa na Constituição", p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva; GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI, "Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado", "in" Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988", p. 249/266, "in" "Os 10 Anos da Constituição Federal", coordenação de Alexandre de Moraes, 1999, Atlas; FERNANDO CAPEZ, "Curso de Processo Penal", p. 304, item n. 17.2.4.5, 13ª ed., 2006, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 401, item n. 155.4, 7ª ed., 2000, Atlas; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 386, item n. 5.102, 6ª ed., 2006, Atlas; RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, "Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória", p. 78, item n. 3.1, 2ª ed., 2004, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código de Processo Penal Comentado", p. 340/341, item n. 5, 4ª ed., 2005, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "Ordem Judicial de Busca e Apreensão e Ilícitude da Prova dela Extrapolante", "in" RT 848/457-470, 468-469; LENIO LUIZ STRECK, "As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais", p. 92, item n. 13.2, 1997, Livraria do Advogado; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "Código de Processo Penal Comentado", vol. 1/474-476, 9ª ed., 2005, Saraiva, v.g.), valendo destacar, ante o relevo de suas observações, a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER ("Liberdades Públicas e Processo Penal", p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT):

"A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

.....
Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana." (grifei)

Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de reconsideração, para, até final julgamento desta ação de "habeas corpus", suspender, cautelarmente, a realização dos interrogatórios judiciais dos ora pacientes nos autos da Ação Penal nº 0008772-16.2013.8.26.0189 (Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP).

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (RHC 43.037/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 0089768-83.2013.8.26.0000) e ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP (Ação Penal nº 0008772-16.2013.8.26.0189).

Publique-se.

Direitos Sociais

Direitos de Nacionalidade

Direitos Políticos