

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.693 BAHIA**

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DA BAHIA**

DECISÃO: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, promovida pelo Procurador-Geral da República, em face do parágrafo único do art. 378 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Eis, em destaque, o teor do dispositivo regimental impugnado:

Art. 378 - Quando no curso de qualquer investigação, houver indício da prática de crime por parte de Magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Presidente do Tribunal, para o prosseguimento da apuração do fato, sob a direção de Relator, intimando-se o Procurador-Geral de Justiça.

Parágrafo único - Encerrada a investigação e feito o relatório, os autos serão postos em mesa para julgamento. Se o Tribunal Pleno, em votação pública, concluir pela existência de crime em tese, remeterá o feito ao Ministério Público para o procedimento cabível. Se concluir pela inconsistência da imputação, determinará com relação ao Magistrado, o arquivamento dos autos, dando ciência ao Procurador-Geral de Justiça e à autoridade que iniciou as investigações, para que esta, se for o caso, prossiga contra os demais indiciados.

Alega o requerente que o procedimento previsto no referido dispositivo usurpa a atribuição do Ministério Público de promover, privativamente, a ação penal pública, violando o art. 129, I, da Constituição Federal. Aduz que o preceito regimental hostilizado restaura processo judicialiforme, sendo que, por força do princípio da oficialidade, o órgão oficial titular da persecução penal é o Ministério Público, que atuará independentemente de autorização de outrem, tendo seu

ADI 4693 MC / BA

convencimento lastreado em elementos informativos sobre o fato e a autoria. Cita jurisprudência desta CORTE que entende embasar suas alegações.

Formula pedido cautelar, diante dos argumentos apresentados, que caracterizariam o *fumus boni juris*, salientando haver *periculum in mora* pelo fato de a disposição impugnada fulminar o devido processo legal, causando inegável instabilidade institucional.

A ação foi processada sob o rito estabelecido no art. 12 da Lei 9.868/1999.

Foram prestadas informações pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sustentando ser a ação improcedente. A Advocacia-Geral da União também se pronunciou pela improcedência da ação. A Procuradoria-Geral da República reportou-se às razões aduzidas na petição inicial, manifestando-se pelo conhecimento da ação e procedência do pedido.

É o relatório.

Observo, preliminarmente, que a presente ação direta atende aos requisitos legais de admissibilidade, porque foi promovida por ente constitucionalmente legitimado, tendo por objeto ato normativo de Tribunal de Justiça Estadual dotado dos atributos de generalidade e abstração, impugnado em face da Constituição Federal. A petição inicial indica claramente o pedido, está fundamentada e foi acompanhada de cópia do ato normativo impugnado, como exigido pela legislação de regência.

O objeto das ações concentradas na jurisdição constitucional brasileira, além das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo e autônomo (CASTANHEIRA A. NEVES, A. Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra, 1994). Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, autonomamente, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos

ADI 4693 MC / BA

destinatários (HANS KELSEN, *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 2-6), deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo impugnável, tais como decretos presidenciais autônomos, (por exemplo: CF, art. 84, incisos VI e XII) e decretos que tenham extravasado o poder regulamentar do chefe do Executivo, invadindo matéria reservada à lei (ADI 1.352-1-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 4/10/1995; ADI 1.553, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 17/9/2004); atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (ADI 3367, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno DJ de 17/3/2006; ADC 12 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 1/9/2006) e do Conselho Nacional do Ministério Público (ADPF 482 MC, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, decisão monocrática, DJe de 4/10/2017); ou ainda, *de previsões regimentais de tribunais que, claramente, ostentem caráter normativo e autônomo* (ADI 3.544, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 7/8/2017; ADI 4.108 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 6/3/2009).

Passo ao exame da medida cautelar postulada liminarmente.

A concessão de medida cautelar nas ações de jurisdição constitucional concentrada necessita de comprovação de perigo de lesão irreparável (IVES GANDRA MARTINS, Repertório IOB de jurisprudência, n 8/95, p. 150/154, abr. 1995), uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais (ADI 1.155-3/DF, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 18/5/2001), conforme ensinamento de PAULO BROSSARD, segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário (A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992. p. 139).

A análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão de medida liminar em sede de controle abstrato de constitucionalidade admite maior discricionariedade por parte do

ADI 4693 MC / BA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3401 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, decisão: 3/2/2005), pelo qual deverá ser analisada a conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada (ADI 425 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Pleno, decisão: 4/4/1991; ADI 467 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 3/4/1991), permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão (ADI 490 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 16/4/1991), bem como da plausibilidade inequívoca e dos evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente (ADI 474 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão: 4/4/1991), ou, ainda, das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 3/8/1992), da relevância da questão constitucional (ADI 804 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão: 27/11/1992) e da relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica (ADI 173 MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, decisão: 9/3/1990) ou social.

Na presente hipótese, estão presentes os requisitos necessários para a concessão da medida liminar.

O dispositivo regimental impugnado inova em matéria processual penal, normatizando em sentido contrário ao previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal, ao determinar que, havendo indício da prática de crime por parte de magistrado, uma vez encerrada a investigação ocorrida sob a direção de membro do Poder Judiciário e elaborado o relatório, o julgamento dos autos será realizado pelo Tribunal Pleno, sem qualquer prévia participação do titular da ação penal, ocasião em que poderão ocorrer duas hipóteses: (i) concluindo o Tribunal Pleno pela existência de crime em tese, dar-se-á a remessa dos autos ao Ministério Público para o procedimento cabível; (ii) concluindo o Tribunal Pleno

ADI 4693 MC / BA

pela inconsistência da imputação, determinará com relação ao magistrado o arquivamento dos autos, dando ciência ao Procurador-Geral de Justiça e à autoridade que iniciou as investigações, para que esta, se for o caso, prossiga contra os demais indiciados.

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento. A norma impugnada, como visto, estatui que, havendo indício de prática de crime por magistrado, concluídas as investigações, os autos sejam postos em julgamento no âmbito do Poder Judiciário, que poderá, se concluir pela inconsistência da imputação, determinar, desde logo, o arquivamento dos autos em relação ao Magistrado, independentemente de qualquer ciência, análise ou manifestação prévia do titular da ação penal pública – Ministério Público – nesse sentido.

Em juízo de cognição sumária, tenho que o preceito em questão não condiz com o sistema acusatório, ao atribuir ao Tribunal de Justiça a formação da *opinio delicti*, afrontando a regra constitucional do art. 129, I, da Constituição Federal. Este é, inclusive, o pacífico entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao reconhecer que, em regra, em virtude da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público, expressamente prevista no citado art. 129, I, da Constituição Federal, o ordenamento jurídico não possibilita o arquivamento *ex officio* de investigações criminais pela autoridade judicial (Inq 4.045 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19/6/2017; HC 93.921 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1/2/2017; RHC 120.379 ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/9/2016), como está previsto no regimento interno ora impugnado.

O exercício da titularidade privativa da ação penal pública pelo Ministério Público, obviamente, não impede ao Poder Judiciário o exercício de sua “*atividade de supervisão judicial*”, que “*deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo ‘dominus litis’*” (STF, Pet. 3.825, Rel. Min.

ADI 4693 MC / BA

SEPÚLVEDA PERTENCE, Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2008), inclusive autorizando, excepcionalmente, e uma vez configurado o injusto constrangimento e ausência de justa causa, a possibilidade de “*exercendo o dever-poder que lhe confere o ordenamento positivo (CPP, art. 654, §2º), conceder, ‘ex officio’, ordem de ‘habeas corpus’ em favor daquele que sofre ilegal coação por parte do Estado*” (STF, HC 106.124, rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 11/9/2013).

Porém, tal excepcionalidade deve ser analisada perante o caso concreto e não prevista abstratamente como “*regra*” em regimentos internos de Tribunais, de maneira a afastar ou relativizar a norma prevista no artigo 129, I da Constituição Federal, como salientado por essa CORTE:

INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOUTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um magistrado de garantias, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público. 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, *verbis* : Um processo penal justo (ou seja, um due process of law processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microssistema (contraditório, isonomia, imparcialidade,

ADI 4693 MC / BA

inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais. (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009). 3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas. 4. In casu: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do Código Penal). 5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 103725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC 106314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC 100961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010). 6. Agravo Regimental conhecido e provido. (Inq 2.913 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 21/6/2012, grifo nosso).

Com base nesses fundamentos, vislumbro haver o *fumus boni juris* necessário para a concessão de medida liminar.

O perigo da demora consiste no fato de que, enquanto não suspensa a eficácia do dispositivo atacado, o procedimento previsto no regimento

ADI 4693 MC / BA

seguirá sendo aplicado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, podendo gerar arquivamentos *ex officio* que podem, eventualmente, conduzir a futuras prescrições, bem como mantendo indesejável instabilidade institucional que merece ser obstada.

Diante de todo o exposto, nos termos dos artigos 10, §3º, da Lei nº 9.868/99 e 21, V, do RISTF, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA, *ad referendum* do Plenário, DETERMINANDO A IMEDIATA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA do parágrafo único do art. 378 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia.

Destaco que o processo, submetido ao rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, já se encontra em condições de ser apresentado ao Colegiado, razão pela qual, desde logo, peço data para julgamento de mérito, nos termos do inciso X do artigo 21 do RISTF.

Comunique-se ao Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia para ciência e cumprimento desta decisão; bem como ao Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 30 de outubro de 2017.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

Documento assinado digitalmente