

Exmo. Sr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal

A **Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 34.102.228/0001-04, representativa dos interesses dos magistrados brasileiros, com sede no SCN, Quadra 2, Bloco D, Torre B, Sala 1302, Shopping Liberty Mall, Brasília-DF, CEP: 70712-903, por seus advogados, respeitosamente, à presença de V.Exa, propor a presente

ação direta de inconstitucionalidade

(CF, art. 102, I, a)

com

pedido de medida cautelar

(Lei n. 9.868/99, art. 10)

em face dos incisos II e III, e do § 1º, do art. 12-C, introduzido na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), pela Lei n.13.827/2019 (DOU de 14/5/2019, Seção 1, pg. 3), que criou uma hipótese legal para que as autoridades policiais pratiquem atos da competência do Poder Judiciário, com clara ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, nos termos e pelos fundamentos a seguir deduzidos.

I – Inconstitucionalidade flagrante e chapada de dispositivo de lei - por ofensa ao princípio da reserva de jurisdição - que atribui à autoridade policial competência para ingressar no lar ou domicílio do cidadão, retirá-lo e mantê-lo afastado.

Os dispositivos ora impugnados possuem o seguinte texto (incisos II e III e § 1º do art. 12-C):

Art. 2º O Capítulo III do Título III da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 12-C:

"Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

***II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou
III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.***

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso."

Como se pode ver, a norma contida no caput do art. 12-C estabelece que "verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, **o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida**".

Se a lei tivesse restringido esse afastamento cautelar do agressor "do lar, domicílio ou local de convivência" à hipótese do inciso I (pela autoridade judicial), não padeceria de qualquer nulidade.

Conferir, porém, ao delegado de polícia ou ao policial tal competência, implica clara ofensa ao inciso XI ("a casa é asilo inviolável do indivíduo, **ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em flagrante delito ou desastre, ..., ou, durante o dia, por determinação judicial**") e LIV ("**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**"), do art. 5º, da CF.

Com efeito, não se pode cogitar da possibilidade de um policial ou delegado vir a "penetrar" no "lar, domicílio ou local de convivência", sem ordem judicial, para retirar alguém do ambiente e ainda mantê-lo afastado, privando-o da sua liberdade, antes do devido processo legal.

A lei não pode conter tal autorização, porque a Constituição somente estabeleceu as exceções nela previstas (flagrante delito, desastre ou autorização judicial).

Não é demais lembrar que essa Suprema Corte tem uma compreensão expansiva do conceito de “domicílio” para a garantia constitucional, chegando a estendê-la até mesmo às instalações de empresas:

*EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em conseqüência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade. 1.2. **Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia.** 1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstância do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.*
(STF, Pleno, HC n. 79.512, Min. Sepúlveda Pertence)

Convém a leitura do voto que prevaleceu:

“De igual modo, não bastaria por si só a emprestar licitude à alegada invasão do escritório das empresas pelos agentes do Fisco a legislação invocada pelo acórdão regional, fundamento endossado pela decisão questionada do Tribunal superior.

Cuida-se de leis pré-constitucionais – como redargüi com sua eloquência renomada o primeiro dos impetrantes.

Se a circunstância não basta para repelir sem mais a sua subsistência, é certo, no entanto, que a sua invocação, pelo menos, há de ser recebida cum grano salis, dado o substancial reforço trazido pela Constituição à garantia do domicílio.

Na Carta decaída (CF 69, art. 153, § 10), recorda-se, a garantia era excepcionável pelo direito ordinário, a permitir a entrada em casa alheia – além das hipóteses previstas no texto fundamental – nos “casos e na forma que a lei estabelecer”.

Na vigente Constituição (art. 5º, XI), como visto – afora as exceções constitucionais da garantia, isto é, a entrada “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro” – só a “determinação judicial” autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém – autoridade ou não – no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador.

Certo, daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis ...

Essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas.

O ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização prévia.

Em outras palavras: o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional, a prerrogativa da auto-executoriedade.

Em conseqüência, falece à autoridade fiscal o poder de avaliar da juridicidade da resistência do morador ao seu ingresso no recinto visado, independente dos motivos ou de forma dele.

Para a autoridade, como para o particular, calha a lição do grande Hungria (Comentários ao C. Penal, 1955, VI/205), de que “É irrelevante o motivo do dissenso à entrada ou permanência. Sobre os casos legais restritivos do direito domiciliar” – hoje, note-se, reduzidos às hipóteses constitucionais – “fica ao inteiro arbítrio do dominus a exclusão ou admissão de outrem em sua casa”.

A única ressalva adicional, como visto, é a decisão judicial que determine ou autorize a entrada.

*O caso – como apresentado com maestria pelos impetrantes -, teria, assim, ingredientes de sobra para o aprofundamento – que já tarda no Tribunal – da definição dos **novos contornos da garantia constitucional do domicílio, além de propiciar a rediscussão do alcance do veto à admissão da prova ilícita, em particular, da contaminação das provas derivadas, que tem dividido a Casa.***

Falta-lhe, porém, um pressuposto essencial de fato à pertinência de aspectos tão fascinantes da temática envolvida.

Com efeito, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro.

*Por isso, malgrado a ausência da autorização judicial, **só a entrada invito domini a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca** (Hungria, ob. Cit., p. 202)*

Sucedem que dos autos não consta prova alguma, sequer começo de prova, da falta de autorização dos pacientes ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa. (...).”

Como resta evidenciado, o ingresso no domicílio haverá de ser, sempre, precedido de autorização judicial ou de autorização do próprio cidadão, não podendo a lei permitir o que a Constituição vetou.

Manifesta, assim, a inconstitucionalidade dos incisos II e III, do § 1º, do art. 12-C da Lei Maria da Penha, recém introduzido pela Lei n. 13.827/2019.

Não se pode, ainda, admitir a validade da norma contida no caput do art. 12-C, pertinente à conduta do agente público de promover o “afastamento” do agressor -- após o seu ingresso no domicílio -- do local onde ele se encontra.

Afinal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, no caso, o dispositivo legal está admitindo que um delegado de polícia ou um policial, restrinjam essa liberdade do agressor, sem que tenha sido instaurado um processo e proferida uma decisão judicial.

Essas duas hipóteses -- ingressar no domicílio de alguém (CF, art. 5º, XI) e restringir a liberdade de alguém (CF, art. 5º, LIV) -- são típicas da reserva constitucional absoluta de jurisdição, tal como a de quebrar sigilo telefônico (CF, art. 5º, XII), ou dissolver associações e suspender atividades destas (CF, art. 5º, XIX), ou ainda prender alguém fora das hipóteses de flagrante delito (CF, art. 5º, LXI)

E exatamente por se tratar de hipóteses de reserva de jurisdição absoluta e não relativa, pouco importa que a lei tenha previsto a submissão do ato praticado pelo delegado ou pelo policial no prazo de 24 horas, à autoridade judicial para manutenção, revogação ou alteração, porque tal exigência, se de um lado atende ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), de outro revela a clara violação do princípio da reserva de jurisdição, porque absoluta.

Como assinalou o Min. Celso de Mello no julgamento do MS n. 23.452RJ, “o postulado de **reserva constitucional de jurisdição** importa em **submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais**”.

II – A AMB tentou o veto perante a Presidência da República, mas, ao contrário do que ocorreu no passado recente, em face de lei de texto assemelhado, desta feita não houve o veto

Parece relevante informar a essa Corte que houve, no ano de 2018, a tentativa por parte do Congresso Nacional de conferir às autoridades policiais competência assemelhada à que foi concedida agora.

Naquela oportunidade a Presidência da República vetou o dispositivo legal, como se pode ver da Mensagem n. 435, de 8/11/2017, invocando, para tanto, a contrariedade aos artigos 2º e 144, da Constituição, ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis. Veja-se o texto do veto:

MENSAGEM Nº 436, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2017.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 7, de 2016 (nº 36/15 na Câmara dos Deputados), que “Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino”.

Ouidos, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e a Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres, da Secretaria de Governo da Presidência da República, manifestaram-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

Caput e §§ 1º e 2º do art. 12-B, da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), acrescidos pelo art. 2º do projeto de lei

“Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o agressor.

§ 1º O juiz deverá ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo.

§ 2º Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no caput, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do agressor.”

Razão dos vetos

“Os dispositivos, como redigidos, impedem o veto parcial do trecho que incide em inconstitucionalidade material, por violação aos artigos 2º e 144, § 4º, da Constituição, ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis.”

Essa, Senhor Presidente, a razão que me levou a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Agora, diante do PLC n. 94/2018, voltou a AMB a apresentar uma Nota Técnica, cujo teor pede licença para reproduzir nessa ação:

O Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – FONAVID e a Associação dos Magistrados do Brasileiros – AMB se manifestam a favor do veto pelo Poder Executivo do PLC nº 94 de 2018, uma vez que viola frontalmente a Constituição Federal.

O projeto altera a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de agosto de 2006, para autorizar a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar ou a seus dependentes e dá outras providências.

O referido projeto ao atribuir ao delegado de polícia ou ao policial poder de conceder medidas protetivas de urgência e, por consequência, restringir direitos vinculados à liberdade de locomoção e à liberdade, subverte o Estado de Direito e a ordem constitucional e viola, em especial, os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da tripartição dos Poderes (arts. 2º e 5º, XXXV, da CF).

A Lei Maria da Penha, em seu art. 3º, garante às mulheres o direito de acesso à justiça, cabendo ao Poder Público desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A referida Lei é fruto de duas Convenções Internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher da OEA (1994).

A violência doméstica contra a mulher é uma grave violação de direitos humanos e merece a atenção imediata do Estado. Todavia, não podemos, com esse fundamento, violar outros direitos fundamentais como o direito de locomoção e o direito à liberdade, o que ocorrerá se autoridade não investida na função jurisdicional for autorizada a aplicar medidas protetivas de urgência, desprezando os poderes constitucionais conferidos ao Poder Judiciário.

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, LIV da Constituição Federal cujo objetivo é oferecer segurança jurídica ao criar procedimentos para as relações jurídicas quanto aos seus direitos. Desta forma, qualquer privação de direitos e garantias individuais e fundamentais deve se dar por ordem judicial escrita e fundamentada, na forma do artigo 93, IX da CF.

Inclusive, importante salientar, que parte de projeto semelhante, o PLC 7, de 2016 (Lei n. 13.505/07), foi vetado, por essas mesmas razões, pelo Exmo. Presidente da República (Mensagem n. 436), ouvidos o Ministério da Justiça e Segurança Pública e a Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres, da Secretaria de Governo da Presidência da República, em decorrência de manifesta inconstitucionalidade material, por violação aos arts. 2º e 144, § 4º, da CF, em razão de invadir competência afeta ao Poder Judiciário e buscar estabelecer competência não prevista para a polícia.

Relevante destacar, ainda, que a Lei Maria da Penha já confere atribuições importantes à autoridade policial - algumas incluídas pela Lei 13.505/17- para garantir proteção imediata, atendimento policial e pericial especializado e ininterrupto, por profissional capacitado, e diretrizes e cuidados para salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional das mulheres em situação de violência doméstica e familiar e aos seus dependentes. Além disso, não podemos esquecer que cabe à autoridade policial efetuar a lavratura de prisões em flagrante e representar ao juiz de direito, sempre que necessário, pela prisão preventiva do agressor. É necessário, todavia, que essas atribuições, fundamentais para a segurança da ofendida e de seus dependentes, sejam efetivamente cumpridas pela polícia.

O Poder Judiciário funciona em todo o país em regime de plantão permanente nos horários em que não há expediente forense, sempre existindo um juiz plantonista disponível para apreciar os pedidos de medidas protetivas de urgência, 24 (vinte e quatro) horas por dia, 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias por ano.

Dessa forma, Juiz de Direito e autoridade policial, dentro de sua respectiva esfera constitucional de atuação, estarão cumprindo e dando efetividade à Lei Maria da Penha.

Por estas considerações, a AMB e o FONAVID apresentam a referida manifestação pública em defesa do veto pelo Poder Executivo do PLC nº 94, de 2018, mantendo-se exclusivamente com o Juiz de Direito a prerrogativa constitucional já estampada no Título IV, Capítulo II, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), de conhecer e aplicar as medidas protetivas de urgência.

Brasília-DF, 15 de abril de 2019.

No entanto, a despeito do veto antecedente e da nova Nota Técnica apresentada pela AMB à Presidência da República, o PL foi sancionado e a lei publicada.

III – A legitimidade ativa *ad causam* da AMB para defender os direitos dos magistrados e o regular funcionamento do Poder Judiciário

A legitimidade ativa *ad causam* da autora decorre do art. 103, IX, da Constituição Federal, e do art. 2º, IX, da Lei 9.868/99, que autorizam a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por “entidade de classe de âmbito nacional”.

Nesse sentido, a autora representa, em âmbito nacional, a classe dos magistrados brasileiros, e apresenta, dentre os seus objetivos institucionais, tanto a defesa dos direitos da classe dos magistrados, como a defesa dos interesses difusos relacionados ao regular funcionamento do Poder Judiciário.

Quanto a esse último, a possibilidade de poder ajuizar ação de controle concentrado de constitucionalidade contra lei ou ato normativo que alcança diretamente o Poder Judiciário, é antiga da jurisprudência desse eg. STF:

*“EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA: § 2º DO ART. 45: REDAÇÃO ALTERADA PELA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 062/95-TRT/SC: PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE: JUIZ MAIS ANTIGO; VOTO SECRETO. PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB; LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR, PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V do RISTF). 1. Preliminar: **esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo ADI nº 1.127-8).** (...)” (STF, Pleno, ADI 1303, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 01.09.00)*

Como adiantado no primeiro capítulo, os dispositivos legais impugnados estão tratando de condutas de agentes públicos que Constituição Federal exigiu fossem praticados exclusivamente pelos membros da magistratura.

Então, eles afetam diretamente o direito-função da classe dos magistrados, ao subtrair dos mesmos, parcela do exercício da jurisdição, com repercussão no regular funcionamento do Poder Judiciário.

Ainda quanto a esse ponto, registra a AMB que essa Corte já considerou presente o interesse de agir e a legitimação para a ação de membros do Ministério Público quanto a MS para a defesa das “competências e prerrogativas da função pública pelo titular que a detenha”, sob o fundamento de que se trata da hipótese do “direito-função”. Tal entendimento se deu em precedente desse Plenário assim ementado, na parte que interessa:

LEGITIMAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO-FUNÇÃO. A preservação de prerrogativa, do chamado direito-função, direciona ao reconhecimento da legitimidade, para a impetração, daqueles que devam atuar - precedentes: Mandado de Segurança nº 21.239-0/DF e Ação Originária nº 232-0/PE, ambos relatados pelo ministro Sepúlveda Pertence, com acórdãos publicados, respectivamente, no Diário da Justiça de 23 de abril de 1993 e 20 de abril de 2001. MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. A presidência do Conselho Nacional do Ministério Público pelo Procurador-Geral da República implica a habilitação deste para prestar informações em nome do Conselho..
(MS 26264, Relatora: Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 05-10-2007)

Ao tratar da legitimidade ativa dos então impetrantes assinalou o relator:

*“São eles membros titulares do Conselho Superior do Ministério Público e visam a preservar a atuação sem interferência externa, no caso, a do Conselho Nacional do Ministério Público. O quando é de molde a reafirmarem-se precedentes desta Corte no sentido de admitir-se a participação. Não é razoável entender-se que, nessa hipótese, o Conselho Superior do Ministério Público devesse vir a Juízo em nome próprio, quando, então, haveria a personificação, considerada a figura do Presidente do órgão, que também o é do Conselho que praticou o ato atacado mediante este mandado de segurança. Vale ter presente o que decidido no Mandado de Segurança n. 21.239-0/DF e na Ação Originária n. 232-0/PE, ambos relatados pelo ministro Sepúlveda Pertence. Nos julgamentos a eles relativos **o Tribunal proclamou que, entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se, conforme melhor doutrina, os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício, em toda a extensão, das competências e prerrogativas da função pública pelo titular que a detenha.** Por isso, rejeito a preliminar arguida.”*

Extraí a AMB desse voto a expressão no sentido de que **“o Tribunal proclamou que, entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se, ..., os chamados direitos-função, que têm por objeto ... o exercício, em toda a extensão, das competências ... da função pública pelo titular que a detenha”**., porque ela tem aplicação no caso sob exame.

Afinal, o que procura a AMB, quanto a essa ação, é demonstrar a inconstitucionalidade de lei que subtrai da competência dos juízes matéria que a Constituição e a lei lhes atribuiu com exclusividade.

Pede licença, ainda, a AMB para lembrar antigo precedente dessa Corte, no qual, salvo melhor juízo, deu-se início à fixação da sua legitimação para a propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade em face de leis que afetavam o regular funcionamento do Poder Judiciário. Refere-se a AMB à ADI 1127 – MC, assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Lei 8.906/94. Suspensão da eficácia de dispositivos que especifica. LIMINAR. AÇÃO DIRETA. Distribuição por prevenção de competência e ilegitimidade ativa da autora. QUESTÕES DE ORDEM. Rejeição. MEDIDA LIMINAR. Interpretação conforme e suspensão da eficácia até final decisão dos dispositivos impugnados, nos termos seguintes: Art. 1º, inciso I - postulações judiciais privativa de advogado perante os juizados especiais. Inaplicabilidade aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. Art. 7º, §§ 2º e 3º - suspensão da eficácia da expressão "ou desacato" e interpretação de conformidade a não abranger a hipótese de crime de desacato à autoridade judiciária. Art. 7º, § 4º - salas especiais para advogados perante os órgãos judiciários, delegacias de polícia e presídios. Suspensão da expressão "controle" assegurado à OAB. Art. 7º, inciso II - inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado. Suspensão da expressão "e acompanhada de

representante da OAB" no que diz respeito à busca e apreensão determinada por magistrado. Art. 7º, inciso IV - suspensão da expressão "ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade". Art. 7º, inciso v - suspensão da expressão "assim reconhecida pela OAB", no que diz respeito às instalações e comodidades condignas da sala de Estado Maior, em que deve ser recolhido preso o advogado, antes de sentença transitada em julgado. Art. 20, inciso II - incompatibilidade da advocacia com membros de órgãos do Poder Judiciário. Interpretação de conformidade a afastar da sua abrangência os membros da Justiça Eleitoral e os juizes suplentes não remunerados. Art. 50 - requisição de cópias de peças e documentos pelo Presidente do Conselho da OAB e das Subseções. Suspensão da expressão "Tribunal, Magistrado, Cartório e". Art. 1º, § 2º - contratos constitutivos de pessoas jurídicas. Obrigatoriedade de serem visados por advogado. Falta de pertinência temática. Arguição, nessa parte, não conhecida. Art. 2º, § 3º - inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestação, no exercício da profissão. Liminar indeferida. Art. 7º, inciso IX - sustentação oral, pelo advogado da parte, após o voto do relator. Pedido prejudicado tendo em vista a sua suspensão na ADIn 1.105. Razoabilidade na concessão da liminar.

(ADI 1127 MC, Relator Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, j. 06/10/1994, DJ 29-06-2001)

Indexação:

(...)

Decisão: Resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator, o Tribunal reconheceu a prevenção da competência do Ministro Paulo Brossard, como Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que negava a existência dessa prevenção. Por maioria de votos, **o Tribunal rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB (autora)**, e também a preliminar de falta de legitimidade ativa por impertinência objetiva, vencido o Ministro Marco Aurélio, suscitante. (...). Em seguida, foi o julgamento adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 28.9.94.

Como se pode ver da “decisão”, houve debate a respeito da preliminar de ilegitimidade ativada da AMB para questionar a constitucionalidade de normas contidas no Estatuto da Advocacia. E o debate havido entre os eminentes Ministros de então é esclarecedor sobre a matéria:

Paulo Brossard:

Sr. Presidente (...). A autora questão diz respeito à Autora. Contra meu voto, o Tribunal tem admitido, repetidamente, ao ajuizamento de ações diretas pela Associação dos Magistrados Brasileiros; e a razão porque curvando-me ao entendimento da maioria, afasto a objeção da OAB relativa à ilegitimidade ativa da autora, bem como da falta de legitimidade por impertinência objetiva, suscitada pelo Ministro Marco Aurélio.

Francisco Rezek:

Não considero impertinente o gesto da Associação dos Magistrados Brasileiros quando vem discutir, ante a Suprema Corte, a constitucionalidade de norma que tem a ver com o ofício do magistrado e com o funcionamento do aparato judiciário. Seria deplorável se o espoco de uma entidade desse gênero fosse concentrar-se em interesse meramente classistas, em tema salariais ou relacionados com prerrogativas, e se ela não pudesse manifestar interesse legítimo no que concerne à função judiciária, ao funcionamento da Justiça no seu conjunto.

Sepúlveda Pertence:

Senhor Presidente, quando aderi à construção pretoriana do requisito da pertinência temática, em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, desde a primeira vez, marquei sempre que não o confundia com a da *legitimatío ad causam* da autora, por exemplo, para o mandado de segurança coletivo em defesa de interesses funcionais, corporativos de seus filiados. Isso, seja qual for a classe congregada pela entidade legitimada à ação direta. No caso da magistratura.

Salvo engano, **uma as ações diretas de que conhecimentos, em sede de cautelar, relativas às medidas provisórias do início do Governo Collor, que impôs restrições à concessão de medidas liminares e cautelares, foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, porque em jogo, em tese, a garantia da tutela jurisdicional.** Também aqui, no caso, em que me adiantar quanto ao mérito, o que se alega como fundamento da ação direta é que **a norma impugnada reduz, dificulta cria obstáculo ao acesso do cidadão à jurisdição. Parece-me clara a pertinência temática com a Magistratura.**

Celso de Mello:

Sr. Presidente, no voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade 913, acentuei que **não é somente aquilo que diz respeito diretamente ao interesse dos magistrados**, como, por exemplo, o atinente a salários ou vencimentos, **que pode ser discutido por sua instituição de classe, em ação direta. Há outros interesses mediatos, maiores, cuja discussão, inclusive, deve ser estimulada.**

Ora, o tema em debate diz respeito a uma questão que é da atenção dos melhores estudiosos de Direito Constitucional Processual: **a questão do acesso à Justiça. Diz respeito, por outro lado, ao funcionamento de órgão do Poder Judiciário. Essas questões interessam, sobremaneira, ao magistrado**, ao magistrado consciente e que pensa em sua instituição com visão maior.

Sidney Sanches:

Sr. Presidente, entendo que o magistrado não é membro apenas de uma associação de classe, é membro de um Poder. E mais do que membro, **é órgão do Poder e tem interesse até institucional em saber como atuar no juizado de pequenas causas**, isto é, se pode, ou não exigir a presença do advogado; se deve, ou não, prescindir de sua presença, e nisso é que se manifesta o interesse objetivo, institucional, da entidade autora.

Neri da Silveira:

Sr. Presidente, (...). Tenho que, no caso concreto, a administração da Justiça no País, cabendo aos juízes, que são órgãos do Poder Judiciário, e incumbindo aos advogados, assim como aos agentes do Ministério Público, procuradores, advogados de Estado, defensores públicos, funções essenciais nessa administração, **não há dúvida de que os juízes, enquanto presidem efetivamente à administração da Justiça no País, por intermédio de sua Associação, estão legitimados a discutir a abrangência de determinado preceito de lei ordinária que venha a afetar, mediata ou imediatamente, o princípio fundamental do acesso de todos à jurisdição.**

Moreira Alves:

Sr. Presidente, sou rigoroso em matéria de pertinência, mas **aqui o problema diz respeito ao exercício da jurisdição, estando, pois, intimamente ligado ao interesse da Magistratura**, que é criticada por ser lenta, e este é um dos meios mais eficazes que há para a rápida administração da Justiça, e conseqüentemente, para o seu bom conceito. Assim, no caso, considero que há pertinência.

Como se pode ver, é antigo o entendimento desse eg. STF a respeito da possibilidade jurídica, vinculada à verificação da pertinência temática e da legitimação ativa da AMB, para a propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade de norma que não seja pertinente apenas o interesse corporativo da classe.

Então, está demonstrada não apenas a legitimidade da AMB, como também a pertinência temática, necessária ao conhecimento da ação.

IV – Institucionalização do Estado Policialesco. Se se admitir agora a ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, outras hipóteses serão criadas, d.v

Os defensores da alteração legislativa havida têm sustentado que sua aplicação se dará apenas nas cidades onde não há juiz, vale dizer, naquelas que não são sede de Comarca.

Ocorre que a maioria dos casos de violência à mulher -- pelo que se pode ver das informações jornalísticas e que poderão ser objeto, para verificação, de diligência desse STF ou até de audiência pública -- têm se verificado nas grandes cidades, onde o Poder Judiciário está presente, e não decorrem de ausência ou insuficiência da prestação jurisdicional.

O grande problema está na execução da lei e das decisões judiciais exatamente pelas autoridades policiais, em razão da deficiência da estrutura das Polícias Estaduais, onde falta servidor e material.

Não é só. Os dados disponíveis do CNJ indicam que o número de cidades que não são sede de Comarca é relevante. As 10.035 Varas e Juizados Especiais estão presentes em 2.697 Comarcas, alcançando apenas 48,4% dos municípios brasileiros.

Em Minas Gerais, por exemplo, existem 853 municípios, porém, apenas 296 são sede de Comarca, ou seja, em 557 municípios não se tem a presença física do Juiz. Em Tocantins há 139 municípios, porém, apenas 42 são sede de Comarca.

O mesmo se repete em outros estados, razão pela qual, nessas cidades caberá ao Delegado de Polícia determinar o afastamento de cidadão do domicílio, da residência ou do local de convivência, diante da mera alegação de uma suposta vítima de que estaria na situação identificada no *caput* do art. 12-C.

A atividade jurisdicional que pressupõe a capacidade técnica de interpretar a lei para julgar, terá sido atribuída ao Delegado de Polícia ou, na sua ausência, ao Policial.

Trata-se da institucionalização do Estado Policialesco, d.v. Estará justificada a edição de outras leis para, onde não houver juiz, Delegados ou Policiais decretarem prisão temporária, preventiva, conceder liberdade etc.

Será o desvirtuamento do Estado Democrático de Direito, pois ao invés de fazer com que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário, mediante o incremento de um maior número de magistrados, passa-se a atribuir atividades do Poder Judiciário a agentes públicos do Poder Executivo desprovidos do dever funcional de imparcialidade inerente, com ofensa ao princípio da separação de poderes (CF, art. 2º.)

V – Medida cautelar necessária. Não se pode admitir a validade constitucional de qualquer lei que confira a agente público o ingresso no domicílio do cidadão sem autorização judicial

O *periculum in mora* que justifica a concessão da liminar no caso concreto, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/99, decorre do fato de que não se pode admitir a vigência de lei que permita a validação de um estado policialesco, no qual agentes da polícia estarão substituindo a magistrados, ainda que por tempo exíguo, para realizar o ingresso no domicílio, a retirada do cidadão do seu domicílio e a manutenção deste fora do domicílio, sem que tenha havido uma ordem judicial.

Caso não sejam suspensos os dispositivos legais ora impugnados, poderão os agentes de polícia praticar atos típicos de um estado policialesco, inadmissível no Estado Democrático de Direito.

A hipótese é clara até mesmo de aplicação subsidiária ao processo de controle concentrado de constitucionalidade, da regra do CPC pertinente às tutelas de evidência e de urgência.

Tutela de evidência porque a violação da constituição é flagrante, literal e manifesta. Tutela de urgência porque não se pode permitir a manutenção da sua vigência, sob pena de aceitar uma situação inadmissível no Estado Democrático de Direito.

O caso sob exame é **típico de atuação dessa Corte em sede de medida cautelar**, como previsto no art. 10, não se podendo cogitar sequer da aplicação do rito do art. 12 da Lei n. 9.869/98, porque tal rito não permitirá o exame da questão com a urgência exigível.

Daí o presente pedido para que o eminente relator designado, examine e **defira o pedido de cautelar** para suspender a eficácia, dos incisos II e III, e do § 1º, do art. 12-C, introduzido na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), pela Lei n.13.827/2019, *ad referendum* do Plenário.

VI – Pedido final de procedência da ação

Deferida a medida cautelar e ouvidos (a) o Congresso Nacional, (b) o Presidente da República, (c) a Advocacia Geral da União e o (d) Procurador Geral da República, requer a AMB que esse eg. Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III, e do § 1º, do art. 12-C, introduzido na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), pela Lei n.13.827/2019 com efeito *ex tunc*.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100,00.

Brasília, 14 de maio de 2019.


Alberto Pavie Ribeiro
(OAB-DF, nº 7.077)

(AMB-STF-ADI-MaPenha-Inicial)