

20/12/2019

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 412 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
AGTE.(S) : **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL**
ADV.(A/S) : **ARI MARCELO SOLON E OUTRO(A/S)**
AGDO.(A/S) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA VINCULATIVA DE PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS CONCRETOS. OBJETO NÃO SUSCETÍVEL DE CONTROLE VIA ADPF.

1. O parecer jurídico de caráter meramente opinativo, editado por órgão da Advocacia Pública no exercício de seu mister constitucional de consultoria e assessoramento jurídico aos Entes públicos (art. 132 da CF), não se qualifica como ato do poder público suscetível de impugnação via arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que não produz, por si só, nenhum efeito concreto que atente contra preceito fundamental da Constituição Federal.

2. Agravo regimental conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento, por unanimidade, acordam em conhecer do agravo regimental e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de dezembro de 2019.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

ADPF 412 AGR / DF

Relator

20/12/2019

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 412 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
AGTE.(S) : **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL**
ADV.(A/S) : **ARI MARCELO SOLON E OUTRO(A/S)**
AGDO.(A/S) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática que extinguiu arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face de parecer jurídico exarado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, em que esse órgão opinou a respeito da possibilidade de adoção de medidas para a desocupação de escolas públicas, ou, mais especificamente, sobre a aplicação do art. 1.210, § 1º, do Código Civil a essas situações. A decisão ora agravada foi fundamentada nos seguintes termos:

A Constituição Federal determina que a arguição de descumprimento de preceito fundamental constante da Constituição seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (AgReg em Petição 1140-7, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 31/5/1996; Pet 1369-8, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 8/10/1997), que, editada em 3 de dezembro de 1999 (Lei 9.882), regulamentou o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, consagrando a ADPF como integrante de nosso controle concentrado de constitucionalidade (ADPF 43-2/SP, AgReg, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Pleno, DJ de 13/4/2004), com cabimento em três hipóteses: (a) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (b) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do

ADPF 412 AGR / DF

Poder Público; e (c) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Com a edição da referida lei, esta Corte ampliou o exercício da jurisdição constitucional abstrata, passando a admitir o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, não somente em relação a ato do Poder Público com potencialidade lesiva a direitos fundamentais, mas também em virtude de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (ADPF 130/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Pleno, decisão: 30/4/2009; ADPF 291/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Pleno, decisão: 28/10/2015), ainda que, excepcionalmente, revogados (ADPF 84/DF, AgR, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJ de 27/10/2006) ou cuja eficácia já tenha se exaurido (ADPF 77-7/DF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJ de 24/6/2006), inclusive com a possibilidade de concessão de medida liminar (ADPF 77 MC, rel. Min. MENEZES DIREITO, Pleno, DJe de 11/2/2015), desde que presentes todos os demais requisitos constitucionais.

Não é o caso da presente hipótese, em que o objeto impugnado não corresponde a qualquer dos permissivos legais para ajuizamento da ADPF, pois inexistem efeitos concretos decorrentes do ato impugnado, como bem salientado na manifestação do Advogado-Geral da União, por se tratar de manifestação meramente opinativa (Parecer AJG 193/16), expedida pela Procuradoria do Estado de São Paulo, no exercício de suas atribuições constitucionais típicas de assessoria jurídica (CF, art. 132), sem caráter vinculante aos órgãos do Poder Executivo estadual.

Dessa maneira, NEGO SEGUIMENTO à presente ADPF, com base no artigo 4º da Lei nº 9.882/1999, determinando o arquivamento do processo.

O agravante sustenta, em suas razões recursais, que o parecer da PGE de São Paulo constituiria ato do poder público lesivo a preceitos

ADPF 412 AGR / DF

fundamentais. Afirma que *“o ato do Poder Público arguido, independentemente de sua natureza jurídica – se vinculante ou opinativa – de fato e efetivamente – que é o que realmente importa à presente ADPF –, orientou a Administração Pública que, a partir do Parecer, passou a se valer da autotutela, deixando de se utilizar da via judicial para reintegrar a posse de bens públicos turbados ou esbulhados”*. Relata a ocorrência de desocupações executadas pela Polícia de São Paulo, sem ordem judicial e embasadas unicamente no referido Parecer da PGE, o que, segundo entende, demonstraria a produção de efeitos jurídicos concretos pelo ato atacado na presente arguição.

O agravante também sustenta o pleno atendimento ao requisito da subsidiariedade, em vista do entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de que a arguição deve ser admitida quando a lesão ao preceito fundamental alegada pelo autor não puder ser sanada por outras ações de controle concentrado de constitucionalidade, mesmo quando o possa ser por mecanismos subjetivos de jurisdição ordinária. Com base nessa compreensão, afirma que, *“considerando que não há, no ordenamento jurídico pátrio, outro mecanismo jurídico capaz de produzir efeitos objetivos tendentes a sanar a lesividade de maneira geral e definitiva, é imperioso reconhecer que não há óbice à propositura da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental”*.

Por fim, o agravante destaca que o ato atacado é integrado por ofício da lavra deste Relator, no exercício do cargo de Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, o que motivou a propositura de arguição de impedimento perante a Presidência da CORTE – AImp 44. Alega que, em vista do questionamento quanto à imparcialidade deste magistrado, seria necessário aguardar o julgamento da arguição de impedimento para dar prosseguimento ao trâmite processual, o que teria sido frustrado pela decisão agravada.

Requeru, ao final, a reforma da decisão agravada e o prosseguimento do trâmite da presente arguição, com seu julgamento pelo Plenário da CORTE.

O Estado de São Paulo requereu a sua inclusão no processo e

ADPF 412 AGR / DF

apresentou contrarrazões ao agravo. Destacou que o parecer questionado possui caráter meramente opinativo, não obrigando os órgãos da Administração Estadual a necessariamente seguirem as orientações da PGE a respeito do tema, sempre assegurada a possibilidade de socorro ao Poder Judiciário para reintegração de bens públicos. Não poderia, dessa forma, ser caracterizado como ato de poder público suscetível de controle em sede de ADPF. Afirma que *“os enunciados propostos pelos advogados públicos em seus pareceres facultativos poderão, ou não, ser adotados, consubstanciando-se opiniões técnicas sobre determinadas questões, que não devem ser confundidas com as próprias – e futuras – decisões administrativas que serão tomadas.”*

Indicou a existência de mecanismos jurídicos à disposição de quaisquer interessados para discussão judicial sobre a situação tratada no parecer objeto da presente arguição, como os remédios constitucionais do mandado de segurança e do *habeas corpus*.

É o relatório.

20/12/2019

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 412 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Em caráter preliminar, conheço do recurso interposto, uma vez que se encontram presentes todos os requisitos de admissibilidade recursal.

Os argumentos alinhavados pelo agravante não são capazes de conduzir à reforma da decisão em questão.

Em primeiro lugar, anoto que os questionamentos do agravante a respeito da imparcialidade deste magistrado foram apreciados na sede adequada. A eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, no exercício da Presidência da CORTE, rejeitou a arguição de impedimento apresentada pelo ora agravante, em decisão monocrática vazada nos seguintes termos:

7. O fato apontado como argumento para o impedimento do Ministro Alexandre de Moraes não se enquadra nas situações previstas no art. 144 do Código de Processo Civil e a simples atuação de Sua Excelência no governo de São Paulo em momento pretérito não configura situação a justificar, por si só, questionamentos quanto à independência do Ministro Arguido como julgador, notadamente por ter-se limitado a solicitar à Procuradoria-Geral de São Paulo, como Secretário de Segurança Pública estadual, parecer sobre reintegração de posse de imóveis da Administração Pública.

Irrefutável a manifestação do Ministro Arguido, nos seguintes termos:

“A própria narrativa do arguente demonstra a inexistência de qualquer hipótese de impedimento, pois, simplesmente, na condição de Secretário de Estado solicitei orientação à Procuradoria Geral do Estado, instituição incumbida de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo (art. 98 da Constituição do Estado de São Paulo c/c o art. 131 da Constituição

ADPF 412 AGR / DF

Federal), que analisou a questão jurídica dentro dos limites de sua competência legal, especialmente, conforme repita-se, em virtude da existência de decisões em diferentes sentidos por parte dos Juízes das Varas de Fazenda Pública. Importante destacar, nesse sentido, que no julgamento da ADI 4, esta Suprema Corte definiu que 'Ministro que participou, como membro do Poder Executivo, da discussão de questões, que levaram à elaboração do ato impugnado na ADIn, não está, só por isso, impedido de participar do julgamento' (Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ 25-06-1993). Entendo, portanto, incabível a alegação de impedimento, pois em relação ao que se coloca na presente arguição, afirmou de maneira definitiva o Decano de nossa Corte, Min. CELSO DE MELLO, que 'os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, ordinariamente, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento não de uma situação concreta, mas da constitucionalidade (ou não), 'in abstracto', de determinado ato normativo editado pelo Poder Público (ADI 3345, Tribunal Pleno, DJe 20-08-2010)" (e-doc. 11)

8. Pelo exposto, rejeito a presente arguição de impedimento, por manifesta improcedência, nos termos dos arts. 21, § 1º, e 280 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Não merece acolhida a argumentação do agravante a respeito de ser processualmente "desejável" a paralisação do tramite processual em razão da arguição de impedimento por ele intentada perante a Presidência da CORTE. O art. 283 do Regimento Interno do SUPREMO

ADPF 412 AGR / DF

TRIBUNAL FEDERAL expressamente dispõe que o “*Ministro que não reconhecer a suspeição funcionará até o julgamento da arguição*”, ou seja, não há óbice ao prosseguimento do processo até que sobrevenha eventual decisão da Presidência da CORTE que determine a suspensão do trâmite processual, o que não ocorreu no caso.

No tocante aos argumentos pelos quais sustenta estarem caracterizados os requisitos legais que admitem o processamento da arguição, entendo que os mesmos não se mostram capazes de infirmar a decisão agravada, no que se refere ao fato de que o parecer jurídico impugnado não produz efeitos concretos por si próprio e, por esse motivo, não se qualifica como “*ato de poder público*” de que resulte lesão a preceito fundamental (art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999), passível de controle concentrado de constitucionalidade.

Repise-se que o óbice ao conhecimento da arguição foi levantado nos autos pela manifestação do Advogado-Geral da União, para quem o ato atacado “*não se reveste de conteúdo decisório, sendo incapaz de gerar, por si só, ofensa a direito de terceiros*”. A consultoria jurídica prestada pelos órgãos da Advocacia Pública (art. 132, CF) – Procuradorias-Gerais dos Estados e Municípios – não tem caráter vinculativo e os pareceres editados com base nessa atribuição não compelem a Administração à produção de atos administrativos com conteúdo convergente ao da orientação expedida pelo órgão de consultoria.

O Parecer AJG 193/16 não fornece fundamento jurídico adicional ou autônomo à conduta tida pelo agravante como atentatória a preceito fundamental – no caso, a desocupação de bens públicos por desforço da própria Administração Pública. Ao contrário, o referido parecer sustenta a tese jurídica de que a possibilidade de retomada dos bens em questão já teria respaldo suficiente no art. 1.210, § 1º, do Código Civil. A suposição de que a existência dessa orientação jurídica teria efeito persuasivo sobre a atuação de outros órgãos públicos não tem a aptidão de caracterizar o mencionado parecer como o *ato do Poder Público* suscetível de controle perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Há, portanto, clara impropriedade no objeto indicado pelo agravante

ADPF 412 AGR / DF

como sujeito a controle judicial em qualquer sede processual, em especial na presente via de controle concentrado.

Cite-se o julgado proferido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL na ADI 1.805-MC (Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, DJ de 14/11/2003), em que não conhecida impugnação à validade de resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral em resposta a consultas formuladas com base no art. 23, XII, do Código Eleitoral. Embora se tratasse de ação direta, para a qual se exige o caráter normativo do objeto da ação (diferentemente da ADPF), a CORTE entendeu que manifestações editadas em caráter consultivo, sem eficácia vinculante, não são sujeitas a controle de constitucionalidade. Assim se manifestou o eminente Relator:

Não se reveste a deliberação da Corte, em respondendo a consultas, de caráter vinculativo ou obrigatório. Nada impede que, em decisão de natureza jurisdicional, sobre a mesma matéria, em caso concreto, a própria Corte, em tese, possa decidir diversamente. Porque a resposta a consulta não obriga sequer o consulente, quer terceiros, nem dela coisa julgada resulta, força é entender não caracterizar-se dita Resolução como ato normativo, suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. Decerto, a resposta a consulta em torno da exegese de determinada norma, traduz a compreensão da Corte, em abstrato, sobre a matéria eleitoral em exame, mas não se erige em deliberação ou disposição de caráter imperativo, como é o da natureza da norma jurídica ou do ato normativo, *stricto sensu*.

(...)

Não sendo, desse modo, as respostas a consultas atos normativos, estando despidas de eficácia vinculativa, não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Embora a jurisprudência da CORTE admita o cabimento de ADPF em face de atos desprovidos de eficácia normativa, o que se tem, na espécie, é ato administrativo desprovido de eficácia concreta que possa, por si só, acarretar a violação a preceito fundamental alegada pelo

ADPF 412 AGR / DF

agravante. Em sentido convergente, mencione-se a decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro EDSON FACHIN na ADPF 265 (DJe de 8/9/2016), na qual, citando precedente da lavra do Ministro JOAQUIM BARBOSA, demonstrou a inaptidão de pareceres jurídicos opinativos para a produção de efeitos autônomos que se contraponham a preceito constitucional. Da mencionada decisão, colho o excerto transcrito a seguir (grifos aditados):

Por conseguinte, o ato normativo revogado (MP 446/2008) ou a nota técnica elaborada pela Consultoria-Geral da União **não possuem aptidão jurídica para produzir os resultados supostamente inconstitucionais apresentados na exordial**, haja vista que aqueles decorrem do não exercício de faculdade constitucional do Congresso Nacional, isto é, a edição de decreto legislativo que regulasse as relações jurídicas constituídas, à luz da legislação vigente.

Acerca das possibilidades jurídicas de parecer jurídico na seara da função consultiva à Administração Pública, cita-se a ementa do MS 24.631, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 1º.02.2008:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo

ADPF 412 AGR / DF

parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

Mandado de segurança deferido.”

Por fim, as alegações recursais a respeito da presença do requisito da subsidiariedade não guardam dialeticidade com a decisão recorrida, que não utilizou esse fundamento.

Em vista do exposto, CONHEÇO do Agravo e NEGO-LHE PROVIMENTO.

É o voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 412

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S) : ARI MARCELO SOLON (148962/RJ, 74402/SP) E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 13.12.2019 a 19.12.2019.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário