



**Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
28ª Vara Federal do Rio de Janeiro**

AV RIO BRANCO, 243, ANEXO II - 13º ANDAR - Bairro: CENTRO (ATENDIMENTO REMOTO: 28vf@jfrj.jus.br / whatsapp_21998863684) - CEP: 20040-009 - Fone: (21)3218-8284 - www.jfrj.jus.br - Email: 28vf@jfrj.jus.br

AÇÃO POPULAR Nº 5028551-32.2020.4.02.5101/RJ

AUTOR: MARCELO CALERO FARIA GARCIA (REPRESENTADO AÇÃO COLETIVA)

RÉU: WALTER SOUSA BRAGA NETTO

RÉU: LARISSA RODRIGUES PEIXOTO DUTRA

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

RÉU: IPHAN-INSTITUTO DO PATRIMONIO HISTORICO E ARTISTICO NACIONAL

DESPACHO/DECISÃO

Converto o julgamento em diligência.

MARCELO CALERO FARIA GARCIA, cidadão brasileiro qualificado e representado nos autos, move ação popular em face da MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, LARISSA RODRIGUES PEIXOTO DUTRA e UNIÃO, objetivando, em caráter liminar, suspender os efeitos da Portaria de Nomeação de Larissa Rodrigues Peixoto Dutra, para exercer o cargo de Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, código DAS 101.6, ocorrida em 11 de maio de 2020.

Decisão proferida no Evento 32 deferiu o pedido de tutela de urgência e determinou "a suspensão dos efeitos da nomeação de LARISSA RODRIGUES PEIXOTO DUTRA, para exercer o cargo de Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, código DAS 101.6, ocorrida em 11 de maio de 2020, até final julgamento deste feito".

Evento 41. O IPHAN apresentou defesa representado pela AGU.

Evento 51. A ré LARISSA RODRIGUES apresentou defesa, também representada pela AGU.

Evento 54. O Exmo. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, WALTER SOUSA BRAGA NETTO, também vem aos autos com peça de resistência patrocinada pela AGU.

Evento 58. A União vem aos autos e aduz não ter sido citada. Entretanto, entende que a sua manifestação do evento 12 esgota por completo toda a sua defesa, a qual, segundo o ente público, pode ser tomada como contestação.

Réplica acostada no Evento 69.

Sem provas por qualquer das partes (Eventos 64 a 69).

O MPF manifestou-se pela procedência dos pedidos autorais (Evento 74).

Em nova manifestação juntada em 16/12/2021, o MPF requer a concessão de tutela de evidência para que seja determinado o afastamento da atual Presidente do IPHAN, a Ré LARISSA RODRIGUES PEIXOTO (Evento 79).

É o relatório. Decido.

O deferimento do pedido de tutela provisória de evidência reclama a presença dos requisitos estabelecidos no art. 311 do CPC, independentemente da demonstração do *periculum in mora*, sendo que somente as hipóteses previstas nos incisos II e III do referido artigo podem ser decididas liminarmente.

Para o deferimento de tutela de evidência com base no art. 311, II, do CPC há necessidade de existência de prova documental que comprove as alegações de fato e de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, requisitos não preenchidos na hipótese.

Por outro lado, na I Jornada de Direito Processual Civil, foi firmado o entendimento de que se aplica o princípio da fungibilidade às tutelas provisórias, conforme enunciado nº 45:

ENUNCIADO 45 – Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.

Nesse contexto, passo à análise do cabimento de deferimento de tutela de urgência, que reclama o preenchimento das condições do art. 300, *caput*, do CPC, nos seguintes termos:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

De início, no tocante aos princípios aplicáveis à Administração Pública e a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo ora impugnado, adoto as razões da bem lançada decisão proferida no Evento 32, a seguir transcritas:

"A Constituição da República de 1988 dispõe sobre normas jurídicas aplicáveis à Administração Pública e que, portanto, são impostas aos poderes constituídos sob sua égide, incluindo assim a respeitabilidade das referidas normas pelos agentes públicos em geral. Assim dispõe o art. 37 *caput* da CRFB/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Disso decorre que os atos da administração, perpetrados pelos administradores, também devem subserviência à Lei Maior, assim como, por determinação constitucional, *ex vi* os artigos 92 a 125 da Constituição de 88, cabe ao Poder Judiciário para exercer o controle dos atos administrativos praticados pelo Poder Público em geral.

Apesar da discussão sobre a possibilidade ou não de controle de atos políticos realizados pelos chefes de governo, mormente na lógica da Constituição de 1988 que assegura a inafastabilidade do acesso à jurisdição, sempre que houver lesão ou ameaça a direitos por atos do poder público (art. 5º XXXV da lei maior), fato é que o ato vergastado corresponde a ato administrativo, simplesmente, de nomeação para cargo em comissão e este, pacificamente, submete-se às normas legais e ao crivo do Judiciário. Por todos, cabe transcrever o escólio de José dos Santos Carvalho Filho:

'Nomeação é ato administrativo que materializa o provimento originário de um cargo.'

(...)

A escolha do administrador alvitmando a nomeação de servidor para ocupar cargo ou emprego em comissão (ou de confiança, em geral) não é inteiramente livre; ao contrário, deve amparar-se em critérios técnicos e administrativos, com análise do nível e da eficiência do nomeado. Lamentavelmente, tal possibilidade tem gerado favorecimentos ilegais a certos apaniguados e verdadeira troca de favores. Ultimamente, porém, o sistema, como já se viu, tem oferecido mecanismos de impedimento para esse estado de coisas (inclusive nepotismo), o que é correto, porquanto a função pública não pode ficar à mercê de violação do princípio da moralidade diante da

falta de ética de alguns administradores públicos (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 588 e 601).'

Ressalte-se, ainda, que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não é nenhuma novidade no plano jurídico e está dentro da lógica de divisão de poderes da República brasileira, mediante a qual cabe ao Legislativo precípuamente legislar; ao Executivo, precípuamente administrar e propor leis; e ao Judiciário, julgar as demandas que lhe são formuladas, inclusive a validade dos atos do Poder Público. Todos no exercício da soberania interna. Logo, a função jurisdicional decorre da divisão e especialização de funções do poder e é consentânea com a harmonia e independência entre os poderes prevista no art. 2º da Constituição de 88. Sobre o tema na doutrina e na jurisprudência nacionais:

'A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica=, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o eu postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações de poder (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 109).'

'Nesse segundo sistema, entrega-se, por cláusula feral de competência a juízes e tribunais ordinários, que são os mesmos encarregados da jurisdição comum, civil e penal, o controle judicial externo sobre o Estado-administrador, se lhes incumbindo do julgamento do contencioso administrativo material, expressão agora empregada em seu sentido objetivo, que é o mais próprio , para designar apenas a natureza administrativa da controvérsia, ou seja: do objeto do controle.

Este sistema de controle de juridicidade originou-se na Inglaterra, fruto da evolução da função jurisdicional naquele País, vindo a ser o adotado e aprimorado pelos Estados Unidos da América em sua Constituição, dai passando à Constituição brasileira de 1891 e, desde

*então, se incorporando à nossa tradição constitucional republicana (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.* Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 249).'*

*'O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De na da adiantaria sujeitar-se a Administração pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar invalidar os atos ilícitos por ela praticados (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 708).*

Podem ser sujeitos ativos da invalidação tanto a Administração quanto o Poder Judiciário. A primeira, atuando seja por provação do interessado, seja em razão de denuncia de terceiro, seja espontaneamente. O segundo, apenas quando da apreciação de alguma lide.

*Portanto, diferentemente da revogação, que é privativa de autoridade no exercício de função administrativa, a invalidação tanto pode resultar de um ato administrativo quanto de um ato jurisdicional (Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 443/444).'*

'Inquinado o ato de vício de legalidade pode ele ser invalidado pelo Judiciário ou pela própria Administração.

Distinguindo-se a função jurisdicional das demais funções pelo fato de defrontar-se com situação de dúvida ou conflito e de enfrentar tais situações mediante a aplicação da lei in concreto, claro que é ela adequada para dirimir eventual conflito entre o ato administrativo e a lei, e é por isso, aliás, que , como bem observa GABINO FRAGA, configura-se como forma de garantia aos indivíduos. Desse modo, discutida numa ação judicial a validade de um ato administrativo e verificando o juiz a ausência de um dos requisitos de validade, profere decisão invalidando o ato. Ao fazê-lo, procede à retirada do ato de dentro do mundo jurídico.

O ordenamento jurídico constitucional indica hipóteses em que se pode encontrar o suporte da garantia de ser levado ao Judiciário questionamento sobre atos administrativos

ilegais: o mandado de segurança (art. 5º LXIX); a ação popular (art. 5ºLXIII); a ação civil pública (art. 129, III), e, sobretudo, o princípio que assegura o recurso ao Judiciário quando haja lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, consagrado no art. 5º, XXXV

(Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2009 p. 151).'

Com efeito, o parâmetro de controle dos atos administrativos é a juridicidade, que inclui não só o cotejo da conformidade à lei, como também à Constituição e aos valores assegurados por esta. Nesse sentido, é vasta a produção científica de renomados autores e professores do Direito Administrativo:

O princípio da juridicidade exprime a dupla submissão jurídica do Estado: à lei e ao Direito, a clássica submissão à lei, expressa no princípio da legalidade, foi ampliada e superada com a inclusão tanto da submissão à legitimidade, politicamente conotada quanto da submissão à licitude, moralmente conotada, valores constitucionalmente afirmados do Direito pós-moderno, sintetizados no conceito de juridicidade. Assim, consoante esta mais atualizada nomenclatura, o emprego da expressão legalidade se reserva quando a referência é feita à lei no sentido estrito, de norma estatal positivada.

O princípio da juridicidade, assim integrado pela legalidade, pela legitimidade e pela licitude, se dirige a atender à mais importante finalidade do Direito Administrativo, que por si só o justificaria: a proteção das liberdade e dos direitos dos administrados, seguindo-se em importância, a ordenação das atividades juridicamente relevantes da Administração (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 246).

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (art. 5º LXXIII, e 37) (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 709).

Esse controle, ainda, não é afastado nos casos de atos administrativos discricionários, cujo juízo de conveniência e oportunidade (mérito administrativo) é prerrogativa da Administração Pública e insindicável pelo Poder Judiciário. Neste caso, apenas o mérito, entendido como o uso correto do juízo de oportunidade e conveniência, é insindicável, pois a vontade do administrador não pode ser substituída pela vontade do órgão jurisdicional. Mesmo que o mérito do ato administrativo se subordine a critérios mais fluídos de controle judicial, por força da incidência das teorias do desvio de finalidade, dos motivos determinantes e pela própria juridicidade, o ato administrativo discricionário não pode em seus demais elementos violar os limites da legais e constitucionais."

Na ocasião do deferimento da tutela de urgência, esclareceu o Magistrado que as provas acostadas aos autos até aquele momento não se mostravam suficientes a comprovar o desvio de finalidade suscitado. O fundamento para a concessão da liminar, portanto, foi outro, pautado na formação incompatível com o cargo e a incapacidade técnica de Larissa Rodrigues Peixoto Dutra.

Esse foi, inclusive, o fundamento enfrentado no julgamento dos Agravos de Instrumento 50067088520204020000 e 5006698-41.2020.4.02.0000, aos quais foi dado provimento, por entender a Egrégia 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que a ré Larissa Rodrigues Peixoto Dutra preenchia, de fato, os requisitos necessários para ocupação do cargo de Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, previstos no Decreto nº 9.727/19.

As razões do pedido formulado pelo MPF no Evento 79 são diversas das já debatidas e se baseiam em fato novo, qual seja, a declaração emitida pelo Exmo. Sr. Presidente da República em evento realizado na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, nos seguintes termos:

"Também, há pouco tempo, tomei conhecimento que, uma obra, uma pessoa conhecida, o Luciano Hang, estava fazendo mais uma loja e apareceu um pedaço de azulejo durante as escavações. Chegou o IPHAN e interditou a obra. Liguei para o ministro da pasta: 'que trem é esse?', porque eu não sou tão inteligente como meus ministros. 'O que é IPHAN?', com PH. Explicaram para mim, tomei conhecimento, ripei todo mundo do IPHAN. BOTEI OUTRO CARA LÁ. O IPHAN NÃO DÁ MAIS DOR DE CABEÇA PARA A GENTE [risos]".

Dispõe a Lei nº 4.717/65:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) *incompetência*;
- b) *vício de forma*;
- c) *ilegalidade do objeto*;
- d) *inexistência dos motivos*;
- e) *desvio de finalidade*.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a *incompetência* fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o *vício de forma* consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a *ilegalidade do objeto* ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a *inexistência dos motivos* se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o *desvio de finalidade* se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Fala-se, portanto, em desvio de finalidade quando o agente público pratica um ato em benefício próprio ou alheio, sem observância aos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público e da impessoalidade. Em que pese a indiscutível necessidade de autocontenção do Judiciário e a consequente deferência às decisões exaradas pelos demais poderes, este não pode atuar como mero espectador de atos cujo fundamento subjacente se encontra flagrantemente dissociado das finalidades que lhes deveriam inspirar.

É essa a situação exposta nos autos.

Com efeito, no exercício de suas funções, o atual Exmo. Presidente da República admitiu que, após ter tomado conhecimento de que uma obra realizada por Luciano Hang, empresário e notório apoiador do governo, teria sido paralisada por ordem do IPHAN, procedeu à substituição da direção da referida autarquia, de modo a viabilizar a continuidade da obra. As falas supratranscritas sugerem, ao menos em um juízo de cognição sumária, uma relação de causa e efeito entre as exigências que vinham sendo impostas pelo IPHAN à continuidade das obras do empresário e a destituição da então dirigente da entidade.

Tal declaração vai ao encontro das transcrições apresentadas pelo Ministério Público Federal no Evento 11, ANEXO3, as quais sinalizavam, desde a reunião interministerial realizada em 22 de abril de 2020, a intenção de substituir a presidência da autarquia com o propósito não de acautelar o patrimônio cultural brasileiro, mas de promover o favorecimento pessoal de interesses específicos de pessoas e instituições alinhadas à agenda governamental.

A nomeação da nova presidente do IPHAN, com efeito, operou-se em 11 de maio de 2020, poucos dias após a reunião. As declarações supervenientes do Exmo. Sr. Presidente da República, as quais sugerem a efetiva motivação do ato, foram veiculadas na data de ontem, 16/12/2021.

Ante o exposto, diante do fato novo apresentado pelo MPF, DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA para determinar a suspensão do Ato de Nomeação de Larissa Rodrigues Peixoto Dutra (Evento 1, PORT4) e o afastamento de suas funções, até final julgamento de mérito da presente ação.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **MARIANA TOMAZ DA CUNHA, Juíza Federal Substituta**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **510006786690v22** e do código CRC **924bfad0**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIANA TOMAZ DA CUNHA

Data e Hora: 17/12/2021, às 20:47:59

5028551-32.2020.4.02.5101

510006786690 .V22