



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, representada pelo Advogado-Geral da União nos termos do art. 4º da LC 73/93, vem, com fundamento no art. 1º da Lei 12.016/2009, propor o presente

MANDADO DE SEGURANÇA

COM PEDIDO LIMINAR

em face das decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes nos Mandados de Segurança nº 34.070 e nº 34.071, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos:

I – DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de mandados de segurança, com pedido de liminar, impetrados pelo PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA (PSDB) e pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA (PPS), em face de ato da Presidenta da República, consubstanciado no decreto de nomeação para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, publicado na edição extraordinária do Diário Oficial da União, Seção 02, p. 1, do dia 16 de março de 2016.

Os partidos políticos impetrantes partem do pressuposto de que seriam parte legítima para defender direitos difusos, mediante a via do mandado de segurança. Argumentam possuir direito líquido e certo à moralidade administrativa, que estaria sendo malferida por suposto desvio de finalidade na nomeação do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

Requerem o deferimento da medida liminar para suspender os efeitos do decreto de nomeação e manter a competência originária do juízo responsável pela condução dos processos criminais referentes à “Operação Lava Jato” e que envolvam a pessoa do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Ao final, pleiteiam a concessão da ordem para declarar nulo o referido decreto de nomeação e reafirmar a competência do juízo da 13ª Vara Criminal de Curitiba.

A medida liminar foi deferida, *"para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor"*.

Para tanto, considerou o Ministro nas decisões ora impetradas, com grifos nossos:

[...]

Há dois pontos nada triviais, intimamente conectados, a serem apreciados quanto à adequação da via eleita. Primeiro, se o mandado de segurança coletivo pode ser usado para a tutela de direitos difusos. Segundo, se os partidos políticos são legitimados para usar a ação com tal finalidade.

O emprego do mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses difusos não é aceito de forma tranquila.

[...]

Aqui pode ser construída solução paralela. É bem verdade que não se está cuidando de processo legislativo, mas de ato administrativo de efeitos concretos do Poder Executivo.

Mas, pela **inexistência de lesão imediata a direitos individuais, a oposição não dispõe de ação que possa atacar imediatamente o ato alegadamente contrário ao direito.**

Logo, **trata-se de uma via de defesa da ordem institucional que pode ser validamente desenvolvida e aceita.**

E em relação ao mérito

[...]

A partir do caso Natan Donadon, o STF consolidou jurisprudência no sentido de que a renúncia a cargos públicos que conferem prerrogativa de foro, com o velado objetivo de escapar ao julgamento em iminência, configura desvio de finalidade, inapto a afastar a competência para o julgamento da causa – AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 28.10.2010.

A situação aqui envolve o contrário. A alegação é de que pessoa foi nomeada para o cargo de Ministro de Estado para deslocar o foro para o STF e salvaguardar-se contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

[...]

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público “lato

sensu”.

II- expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III- apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV- praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República”.

[...]

Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

[...]

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

[...]

Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável **para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado.**

No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

[...]

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição.

[...]

Antes de progredir, é indispensável avaliar a possibilidade de o diálogo entre a Presidente da República e Luiz Inácio Lula da Silva travado na tarde do dia 16.3, 13h32, poder ser invocado para demonstração dos fatos. A validade da interceptação é

publicamente contestada, por ter sido realizada após ordem judicial para a suspensão dos procedimentos.

De fato, houve decisão determinando a interrupção das interceptações em 16.3.2016, às 11h13. A ordem não foi imediatamente cumprida, o que levou ao desvio e gravação do áudio mencionado.

No momento, não é necessário emitir juízo sobre a licitude da gravação em tela. Há confissão sobre a existência e conteúdo da conversa, suficiente para comprovar o fato.

Em pelo menos duas oportunidades, a Presidente da República admitiu a conversa, fazendo referências ao seu conteúdo. Uma delas, uma nota oficial, datada de **quarta-feira, 16 de março de 2016, às 23h58**, com o seguinte teor:

[...]

Outra, discurso proferido pela Presidente da República por ocasião da posse do mencionado ministro, na manhã de 17.3.

Ou seja, há uma admissão pessoal da existência da conversa e da autenticidade do conteúdo da gravação.

Estamos diante de um caso de **confissão extrajudicial**, com força para provar a conversa e seu conteúdo, de forma independente da interceptação telefônica. Aplicam-se, aqui, o art. 212, I, do Código Civil combinado com o art. 353 do Código de Processo Civil, vigente por ocasião das declarações:

[...]

A confissão não mereceria invalidação pelo nexos com a prova ilícita – gravação sem autorização. A admissão foi espontânea, na medida em que sobre ela não houve indagação por autoridade. A iniciativa de comentar a conversa, admitindo seu conteúdo, mas contestando sua interpretação, foi da própria autoridade impetrada. Ela não estava sob interrogatório. Tomou a iniciativa de se pronunciar.

Assim, salvo hipótese de anulação da confissão – erro de fato ou coação – houve uma admissão irrevogável dos fatos, que torna irrelevante qualquer debate acerca da validade das gravações, na forma do art. 214 do CC:

[...]

Ultrapassado esse ponto, passo a avaliar a prova.

[...]

Ou seja, pairava cenário que indicava que, nos próximos desdobramentos, o ex-Presidente poderia ser implicado em ulteriores investigações, preso preventivamente e processado criminalmente.

A assunção de cargo de Ministro de Estado seria uma forma concreta de obstar essas consequências.

As conversas interceptadas com autorização da 13ª Vara Federal de Curitiba apontam no sentido de que foi esse o propósito da nomeação.

[...]

A decisão, contudo, é flagrantemente ilegal e enseja a propositura do presente mandado de segurança para que sejam revertidas, desde logo por efeito suspensivo, as diversas ilegalidades existentes, como se passa a demonstrar.

II – DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. DA JURISPRUDÊNCIA DESSE STF

Esse Supremo Tribunal Federal reconhece expressamente a possibilidade excepcional de impetração de Mandado de Segurança contra decisão prolatada pelos **próprios ministros da Suprema Corte**.

Com efeito, veja-se, por exemplo, a ementa da Questão de Ordem no Mandado de Segurança nº 24.159, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, apreciada pelo Plenário desse STF em 26 de junho de 2002:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL. EXCEPCIONALIDADE. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA DENEGADA. EVIDÊNCIAS DE RISCO DE LESÃO À ECONOMIA E À SAÚDE PÚBLICAS. PIS E COFINS. LEI Nº 9.718/98 E MP 1.991/00. 1. Hipótese excepcional em que se conhece de mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional da Presidência que, revogando despacho concessivo anterior, recusou a suspensão de segurança pleiteada. 2. Índícios claros de litigância de má fé, ante a sementeira de pedidos semelhantes em diversas Varas Federais e obtenção de resultado favorável em juízo aparentemente incompetente. Sentença que garantiu à empresa distribuidora de combustíveis salvo conduto contra a atuação das autoridades fazendárias, em todo o território

nacional. 3. Ausência de plausibilidade jurídica da pretensão acolhida pela sentença. Suspensividade do recurso cabível recusada pela 2ª instância. Suspensão de segurança denegada pela Presidência do Tribunal Regional Federal. 4. **Evidências de risco de lesão aos cofres da Seguridade Social**, dadas as características de fragilidade patrimonial e societária da empresa beneficiada com a liberação (ao menos parcial) de recolhimento das contribuições. 5. **Liminar deferida**.

E esse não foi um entendimento isolado. Em 24 de fevereiro de 2006, o Ministro Cezar Peluso, tendo em vista a inexistência de “*outra via expedita para remediar a situação, que envolve risco manifesto de dano jurídico à impetrante*”, **deferiu liminar no MS 25.853, impetrado pela União**.

Caso semelhante foi o do **MS 28.525**, em que o Ministro Gilmar Mendes, entendendo presentes “*condições excepcionais*”, deferiu liminar para suspender os efeitos de anterior decisão exarada por Ministro da Corte em *habeas corpus*. E o mesmo se deu no **MS 25.024**, quando o Ministro Nelson Jobim tornou sem efeito decisão liminar proferida por Ministro do Colegiado em ação direta de inconstitucionalidade.

Em igual sentido, no acórdão da Segunda Turma dessa Suprema Corte no **RMS 30.550**, julgado em 24/06/2014, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, ressaltou em seu voto que “*a jurisprudência desta Corte tem entendido que, excepcionalmente, ato judicial pode ser atacado por meio de mandado de segurança, desde que haja flagrante ilegalidade, teratologia, ou abuso de poder*”.

Ou seja, tratando-se de caso excepcional, havendo “*teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante*” (MS 31.831-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/10/2013) na decisão judicial,

ou dela resultando dano irreparável, o mandado de segurança é medida judicial cabível.

Importante citar ainda lição de TEORI ZAVASCKI (“A função cautelar do mandado de segurança contra ato judicial”, *in* Revista de Processo, vol. 64, p. 181-185, Out/1991) para quem **a impugnação de decisões judiciais por mandado de segurança tem por objetivo assegurar a eficácia da tutela jurisdicional**:

(...)

Do dever de submissão à jurisdição do Estado decorre, portanto, o direito à utilidade do resultado da prestação jurisdicional, o direito de não sofrer, no curso do processo, prejuízo que, pela sua irreparabilidade, acarrete, antecipadamente, uma situação de vitória irreversível da parte contrária.

(...)

À luz de tais considerações, **pode-se sustentar que o mandado de segurança contra ato judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo é ação constitucional com função cautelar, cujo objeto é a proteção do direito à utilidade do processo, do direito de não sofrer prejuízos irreparáveis enquanto não entregue, de modo definitivo, a prestação jurisdicional assegurada constitucionalmente**. O mandado de segurança, nestes casos, outro objeto não tem se não o de assegurar a efetivação da garantia outorgada pelo art. 5º, inc. LV da Constituição, a que ambas as partes, aliás, têm direito, de modo a que se chegue a uma sentença potencialmente efetiva.

Tal posicionamento, vale ressaltar, também tem sido acolhido pela jurisprudência desse Supremo Tribunal. É de se destacar, nessa direção, trecho do voto do Ministro Carlos Velloso na já mencionada Questão de Ordem no MS nº 24.159, ao tratar da possibilidade de impetração de mandado de segurança **em face de decisão judicial de que caiba recurso sem efeito suspensivo**:

(...)

Tratando-se, entretanto, de decisão judicial de que caiba recurso sem efeito suspensivo, a questão muda de figura. É que, se do

ato judicial resulta a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação, ou, ainda, se a decisão é de evidente ilegalidade, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as consequências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso. (grifou-se)

No caso em tela, em que se tem notícia do **ajuizamento de duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs 390 e 391) que também questionam a nomeação presidencial para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil**, vislumbra-se que a prestação jurisdicional somente será entregue de forma definitiva com o julgamento, pelo Plenário dessa Suprema Corte, das referidas ações, em relação às quais o mandado de segurança nos quais proferida as decisões ora impugnadas (MS 34.070 e MS 34.071) têm o mesmo objeto.

E isso, como será adiante novamente tratado, refuta o argumento das decisões proferidas pelo Ministro Gilmar no sentido de que **“os presentes mandados de segurança coletivos impetrados no Supremo Tribunal Federal não têm o condão de suspender o trâmite de ações populares já em curso em outras instâncias ou mesmo de obstar a propositura de nova demanda. Tratando-se de feitos de competência de instâncias distintas, impossível sua reunião.”**

É de se frisar que a decisão exarada pela Ministra Rosa Weber no MS 33.245, ao analisar várias hipóteses em que essa Suprema Corte admitiu a impetração de mandado de segurança em face de ato jurisdicional exarado por Ministro do STF, destacou o seguinte:

Os casos são díspares, mas ao menos um balizamento é possível. **Todas as hipóteses têm como substrato a ocorrência de situação fática de extraordinária urgência mesmo para os padrões das medidas de natureza liminar – muitas vezes,**

premência de poucas horas entre a impetração e a concretização da alegada violação de direito, como nos MS 25024/DF e 25853 MC/DF *supra* citados. **Portanto, a envolverem a impossibilidade de utilização de outra via processual hábil, diante da exiguidade de tempo, ao afastamento da lesão que se insinua. São situações exasperantes, presente o risco extremo de descaracterização da garantia prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.**

O presente caso amolda-se perfeitamente ao balizamento acima citado, porquanto **encontra-se muito bem configurada não só a flagrante ilegalidade da decisão impugnada, como se demonstrará no tópico seguinte, mas também a situação de extraordinária urgência.**

Destaque-se que essa flagrante ilegalidade já está ocasionando dano irreparável à União e à República Federativa do Brasil. Isso porque a suspensão dos efeitos do decreto de nomeação fere frontalmente o art. 84, I e II da Constituição Federal, tolhendo a Presidenta da República do exercício da sua atribuição de “*nomear e exonerar os Ministros de Estado*” e de “*exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal*”.

Consequentemente, há inegável prejuízo ao exercício da administração do Poder Executivo Federal, restando comprometidas imprescindíveis funções, por exemplo, de coordenação e integração das ações executadas pelo governo federal, avaliação e monitoramento da ação governamental e do próprio assessoramento direto e imediato à Presidência da República no desempenho de suas atribuições, causando lesões, diretas e indiretas, à ordem, segurança e economias públicas, além de violar o princípio da separação de poderes.

Tais fatos são suficientes para caracterizar a excepcionalidade da situação ensejadora do mandado de segurança.

Como se vê, não resta outro caminho, a fim de ver resguardados os interesses do Estado brasileiro contra decisão absolutamente peculiar, ilegal e de caráter satisfativo, senão ingressar com o presente mandado de segurança, diante das peculiaridades do caso.

Ademais, **inexistindo efeito suspensivo no agravo interno que se pode interpor contra a decisão monocrática concessiva da liminar, e considerando a peculiar situação da semana que se incia na segunda-feria dia 21 de março de 2016, quando não haverá expediente na Secretaria do Tribunal nos dias 23, 24 e 25 de março (Portaria nº 47, de 29/02/2016 (DJE nº 39, p. 273, 2/3/2016), sem a realização de Sessões Plenárias na Corte,** cabe à impetrante no presente momento, como único meio de buscar a preservação do pleno exercício das competências constitucionalmente asseguradas à Presidência da República, valer-se do presente *writ* a fim suspender a eficácia da decisão atacada. Em assim sendo, resta imperioso reconhecer que, o caso em tela não se subsume ao enunciado da Súmula nº 267 desse Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação é afastada diante de casos excepcionais.

Nesse contexto, a impetrante demonstrará as diversas ilegalidades que permeiam a decisão impugnada.

III – DA ILEGALIDADE DA DECISÃO DIANTE DA NÃO OITIVA PRÉVIA DO REPRESENTANTE JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO (LEI 12.016/2009, ART. 22, § 2º)

Não obstante tratar-se de decisões proferidas em sede de mandado de segurança coletivo, o Ministro Gilmar Mendes deixou de observar a previsão contida no § 2º do artigo 22 da Lei nº 12.016/2009, que determina que, “no mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

E isso, claramente, diante dos graves impactos que liminares com efeitos amplos podem gerar, de modo que se mostra necessário garantir um mínimo de contraditório às partes envolvidas. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado dessa Corte:

(...) 11. Não resultou demonstrado, portanto, direito líquido e certo dos associados representados pela impetrante a correção monetária deferida pela decisão ora combatida. Ademais, no caso em tela, a liminar tem nítido caráter satisfativo, antecipando os efeitos da decisão final. Ademais, cumpre notar que a liminar foi concedida sem a audiência prévia do representante judicial da União, contrariando, assim, o disposto no art. 2º, da Lei nº 8.437/92. Há neste contexto, pois, grave lesão à ordem pública administrativa.' (SS nº 1783, Rel. Min. Presidente Carlos Velloso, DJ de 23.10.2000, p. 7).

IV – DA NULIDADE DA DECISÃO EM RAZÃO DA PREVENÇÃO DO MINISTRO TEORI ZAVASKI, RELATOR NA ADPF Nº 390, E DA SUSPEIÇÃO DO MINISTRO GILMAR MENDES – OFENSA AO JUÍZ NATURAL

De início, cumpre registrar que as decisões judiciais objeto deste *writ* revertem-se de ilegalidade por ofensa ao Princípio do Juiz Natural, uma vez que (i) desrespeitada a regra de prevenção, em razão da

qual o Ministro Teori Zavascki estava prevento para apreciar a causa, e (ii) proferidas por Ministro suspeito para atuar no presente caso.

Quanto à **prevenção**, ocorre que os Mandados de Segurança n°s 34.070 e 34.071 foram distribuídos, em 17/03/16, ao Ministro Gilmar Mendes por prevenção ao MS n° 34.069.

Na mesma data, a ADPF n° 390, que tem por objeto o mesmo ato impugnado nas ações mandamentais (o ato de nomeação do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, consubstanciado no Decreto de 16 de março de 2016 - D.O.U. de 16/03/16, Edição Extraordinária, Seção 2, p. 1), foi distribuída ao Ministro Teori Zavascki, que nela proferiu despacho para determinar que *“sejam solicitadas as informações e manifestações prévias a serem prestadas pela Presidência da República, pelo Advogado-Geral da União e pelo Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 (cinco) dias. Decorrido o prazo, com ou sem as informações, venham os autos conclusos para exame da medida liminar requerida”*, tornando-se, assim, prevento para as demais ações que versarem sobre a mesma matéria.

O instituto da prevenção no âmbito desse Supremo Tribunal Federal está disciplinado em seu regimento interno, especificamente em seu art. 69, que assim dispõe:

Art. 69. A distribuição da ação ou do recurso gera prevenção para todos os processos a eles vinculados por conexão ou continência.

§ 1º O conhecimento excepcional de processo por outro Ministro que não o prevento prorroga-lhe a competência nos termos do § 6º do art. 67.

§ 2º Não se caracterizará prevenção, se o Relator, sem ter apreciado liminar, nem o mérito da causa, não conhecer do pedido, declinar da competência, ou homologar pedido de desistência por decisão transitada em julgado. (Grifou-se)

Veja-se, que, inicialmente, a prevenção é definida utilizando-se como fato determinante a **distribuição** da ação. Entretanto, no caso em análise, ambas as ações foram **distribuídas** no dia **17 de março de 2016**, conforme andamento processual anexo.

Diante desse contexto, há que se valer da norma prevista no art. 106 do Código de Processo Civil de 73, transcrito a seguir:

Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, **considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.**

No caso, não há dúvida de que a prevenção deve ser reconhecida em favor do relator da ADPF nº 390, tendo em vista que esta ADPF foi despachada no mesmo dia da distribuição.

De se considerar, por fim, que a União, na referida ADPF nº 390, já apresentou petição requerendo a suspensão de todos os outros feitos que tratam sobre o mesmo tema.

Isto porque nem mesmo os presentes mandados de segurança afastam a possibilidade de outras decisões judiciais contraditórias, como bem assinalado na decisão acima transcrita.

No que tange à **suspeição**, é fato público e notório que o Ministro Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 16 de março de 2016, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração na ADPF 378, antecipou seu juízo de valor, pré julgando o mérito dos mandados de segurança que, no dia seguinte, foram-lhe distribuídos.

Assim se pronunciou o Ministro ora impetrado:

Estamos diante de um dos quadros mais caricatos que a nacionalidade já tenha enfrentado. Como o último lance, buscase o ex-presidente em sua casa em São Bernardo do Campo. É

quase com uma acusação que essa casa será complacente com os contrafeitos.

E, para além disso, a Advogada que subscreve a petição inicial do MS nº 34.070, impetrado pelo PPS, é Marilda de Paula Silveira, Coordenadora Acadêmica do Corpo Dirigente do IDP, subordinada, portanto, ao Ministro Gilmar Mendes naquela Instituição de Ensino. O fato foi inclusive amplamente divulgado pela imprensa¹.

Ora, dispõe o Novo Código de Processo Civil que há suspeição do juiz que seja “*amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados*” (art. 145, I), bem como quando “*tiver interesse no julgamento do processo em favor de qualquer das partes*” (art. 145, IV). A mesma previsão já constava do artigo 135 da lei processual civil anterior.

No caso, ao manifestar previamente seu juízo sobre o mérito da causa, o Ministro Gilmar Mendes demonstra nítida posição em favor da parte impetrante nos MSs nºs 34.070 e 34.071, de modo que qualquer manifestação jurisdicional sua nos feitos estará claramente viciada.

Desse modo, diante da incompetência e suspeição do Ministro para apreciar os MSs nºs 34.070 e 34.071, impõe-se a anulação das decisões judiciais.

V – DA ILEGALIDADE DA DECISÃO DIANTE DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAIS NOS MSs nºs 34.070 34.071: ILEGITIMIDADE ATIVA DOS

¹ Nesse sentido, confira-se:

<<http://www.conversaafiada.com.br/brasil/acao-contralula-e-de-diretora-do-gilmar>>;

<<http://www.revistaforum.com.br/2016/03/20/advogada-pps-lula-instituto-de-gilmar-mendes/>>;

<<https://www.brasil247.com/pt/247/rs247/221926/PT-questiona-Gilmar-por-dar-liminar-contralula-pedida-por-advogada-do-seu-instituto.htm>>;

PARTIDOS POLÍTICOS IMPETRANTES E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

Nas decisões impetradas, afirma-se que os partidos políticos são legitimados para impetrar mandado de segurança na defesa de direitos difusos. Entende-se que, no caso, a utilização do *writ* seria um mecanismo de defesa institucional. Na decisão, constrói-se um paralelo com a impetração de MS que objetiva resguardar direito líquido e certo de parlamentar ao devido processo legislativo, afirmando, *in verbis*:

Esse tipo de ação é um mecanismo de defesa institucional, uma salvaguarda das prerrogativas das minorias parlamentares contra abusos cometidos pela maioria.

Aqui pode ser construída uma solução paralela. É bem verdade que não se está cuidando de processo legislativo, mas de ato administrativo de efeitos concretos do Poder Executivo.

Mas, pela inexistência de lesão imediata a direitos individuais, a oposição não dispõe de ação que possa atacar imediatamente o ato alegadamente contrário ao direito.

Todavia, tal interpretação é totalmente despida de fundamento legal, uma vez que vai de encontro à expressa dicção da Lei nº 12.016/2009, do que decorre o inevitável reconhecimento da ilegitimidade do PSDB e do PPS para a impetração de mandado de segurança na hipótese.

Com efeito, o art. 21 da Lei nº 12.016/2009 estabelece as balizas normativas para a impetração do mandado de segurança coletivo, elencando, em seu parágrafo, apenas interesses coletivos e individuais homogêneos. Confira-se:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus

membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Ora, a Lei 12.016 foi promulgada no ano de 2009, época em que já estavam consolidadas as discussões a respeito das diferenças entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, **o legislador, ao deixar de incluir os direitos difusos nos incisos que elencam os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo, o fez por opção política. Ou seja, expressamente optou-se por excluir do âmbito de proteção do writ coletivo, os direitos difusos.**

E não poderia ser diferente, devido à incompatibilidade ontológica entre direitos difusos, que possuem espectro amplo e não exercitáveis individualmente, e o direito líquido e certo, amparado por mandado de segurança.

Nesse sentido, é a doutrina de Uadi Lamêgo Bulos²:

A índole sumária do *writ* coletivo compatibiliza-se com a prova documental, a fim de adequar-se à liquidez e certeza do direito, suscetível de reconhecimento por parte do julgador com algo existente, inconcluso, alheio a qualquer investigação probatória que não seja a produzida, liminarmente, por via de documentos. Creemos que os interesses difusos, por serem espalhados “desorganizados”, muito amplos, fluidos e amorfos,

² BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de Segurança Coletivo, em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe*. São Paulo: RT, 1996.

não podem ser comprovados, documentalmente, na petição inicial.

E o direito defensável pela via estreita do mandado de segurança é apenas o direito líquido e certo, que é assim conceituado por Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Mendes³:

Direito líquido e certo é o que se apresenta **manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.** Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, **se sua extensão ainda não estiver delimitada,** se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, **não rende ensejo à segurança, embora possa ser deferido por outros meios judiciais.**

Ou seja, o direito amparado por mandado de segurança é aquele que, comprovado documentalmente, **pode ser imediatamente usufruído pelo impetrante, o que não ocorre com os direitos difusos, que por sua natureza não são individualmente exercitáveis, já que não possuem a delimitação individual de sua extensão.**

Segundo os mesmos autores, Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Mendes⁴, não basta que o impetrante possua interesse no direito, e sim que seja capaz de usufruir individualmente o direito pleiteado:

(...) O essencial é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio (e não simples interesse) a defender em juízo. Não há confundir “interesse” com “direito subjetivo” e, principalmente, com “direito subjetivo líquido e certo”, que é o único protegível por mandado de segurança e ao qual não se pode negar a proteção do remédio processual. É verdade que a legislação

³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴ Op. cit, p. 68.

anterior era mais genérica ao se referir, no art. 1º, a “alguém”, e não às pessoas físicas e jurídicas.

O direito subjetivo do impetrante pode ser privado ou público, exclusivo ou pertencente a vários titulares ou, mesmo, a toda uma categoria de pessoas. **O que se exige é que o impetrante possa exercê-lo individual ou coletivamente.** (...)

De se considerar que a capacidade de fruição individual não se vislumbra no caso em tela em que nem o partido político impetrante nem seus integrantes conseguiriam exercer individualmente o direito difuso à moralidade administrativa, embora possam ter interesse na efetivação do referido princípio da moralidade administrativa.

Nesse sentido já entendeu esse Excelso Tribunal ao considerar que “descabe mandado de segurança quando o impetrante não tem em vista a defesa de direito subjetivo, mas mero interesse reflexo de normas objetivas” (RTJ 120/380).

Em igual sentido, foi o julgamento do Plenário dessa Magna Corte no MS 21.291 e no MS 22.800:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LIBERAÇÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS (CF, ART. 168) - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE (ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS) - INADMISSIBILIDADE - PRERROGATIVA DE PODER - GARANTIA INSTRUMENTAL DA AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO - "WRIT" COLETIVO - DEFESA DE DIREITOS E NÃO DE SIMPLES INTERESSES - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. - O autogoverno da Magistratura tem, na autonomia do Poder Judiciário, o seu fundamento essencial, que se revela verdadeira pedra angular, suporte imprescindível à assecuração da independência político-institucional dos Juízos e dos Tribunais. O legislador constituinte, dando consequência a sua clara opção política - verdadeira decisão fundamental concernente à independência da Magistratura - instituiu, no art. 168 de nossa

Carta Política, uma típica garantia instrumental, assecuratória da autonomia financeira do Poder Judiciário. A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitrária do orçamento - ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados -, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições. Essa prerrogativa de ordem jurídico-institucional, criada, de modo inovador, pela Constituição de 1988, pertence, exclusivamente, aos órgãos estatais para os quais foi deferida. O legislador constituinte, na realidade, não a partilhou e nem a estendeu aos membros e servidores integrantes dessas instituições. O exercício desse direito é, portanto, intransferível. Só podera exercê-lo - dispondo, inclusive, de pretensão e de ação - aquele a quem se outorgou, no plano jurídico-material, a titularidade exclusiva do seu exercício. De absoluta intransmissibilidade, portanto, essa posição jurídica, que também não podera ser invocada por terceiros, especialmente por entidades de direito privado - ainda que qualificadas como entidades de classe -, cujo âmbito de atuação não transcende a esfera dos direitos de seus próprios associados. A qualidade para agir, no caso, só pertine a tais órgãos estatais, os quais, por seus Presidentes ou Procuradores-Gerais, estarão legitimados para postular, em juízo, a defesa daquela especial prerrogativa de índole constitucional, não sendo lícito a uma simples entidade de classe, atuando substitutivamente, deduzir, em nome próprio, pretensão jurídica que nem a ela e nem a seus associados pertence. - **O mandado de segurança coletivo - que constitui, ao lado do "writ" individual, mera espécie da ação mandamental instituída pela Constituição de 1934 - destina-se, em sua precípua função jurídico-processual, a viabilizar a tutela jurisdicional de direito líquido e certo não amparável pelos remédios constitucionais do "habeas corpus" e do "habeas data". Simples interesses, que não configurem direitos, não legitimam a válida utilização do mandado de segurança coletivo** (MS 21.291; Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 20/10/1995; grifos inexistentes no original)

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTAR FEDERAL. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA QUE EDITOU DECRETO. I. - Mandado de segurança impetrado por parlamentares federais contra ato do Presidente da República que editou o Decreto de 06.03.97, que autorizou a concessão de

direito de uso resolúvel, de uma gleba de terras do domínio da União, a uma entidade de direito privado. Alegação de que teriam direito subjetivo à apreciação do ato administrativo na medida em que sua validade estaria condicionada à prévia aprovação do Congresso Nacional, na forma do disposto no art. 188, § 1º, da C.F. II. - **Inocorrência de direito subjetivo individual a ser amparado, certo que a segurança individual visa a garantir direito subjetivo e não mero interesse legítimo. Ilegitimidade ativa para a causa.** III. - Precedentes do S.T.F. IV. - Mandado de Segurança não conhecido. (MS 22800, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 11/10/2002; grifos inexistentes no original)

Não obstante o Ministro Gilmar Mendes tenha destacado, nas decisões ora atacadas, que quando da decisão tomada por essa Corte Suprema no RE 196.284 havia feito análise da questão "*excessivamente restritiva*", na ocasião, ainda em 2004, proferiu naquele feito voto que se alinha ao atual regramento legal. Com feito, à época, assim registrou o Ministro:

Sr. Presidente, só à guisa de ressalva. Tenho dificuldade, com todas as vênias, para aceitar a tese esposada na primeira parte do voto da Ministra Ellen quanto a essa legitimação universal do partido político para defesa também de interesses aparentemente universais. tenho a impressão de que a dogmática que assentamos em relação ao mandado de segurança e à estreita observância do direito líquido e certo também aqui se impões, é claro, e com as adaptações de estilo. tenho até a impressão de que tem sido este, pelo menos, o entendimento básico até aqui sinalizado. Não imagino que o partido político possa fazer a defesa de interesses outros que não os de seus eventuais filiados.

Aliás, por esses mesmos motivos mostra-se insubsistente o argumento das decisões impetradas no sentido de possível paralelo em relação a mandado de segurança impetrado por particular no devido processo legislativo, pois, nesta hipótese, o Parlamentar impetrante poderá efetivamente usufruir do direito líquido e certo que obtiver, que consistirá justamente na participação do processo legislativo despido de vícios.

De se destacar que também se revela inaceitável o entendimento das decisões impetradas na medida em que partem da premissa, para conferir aos partidos políticos a possibilidade de impetração, de suposta inexistência de outra ação que possa atacar o ato imediatamente.

Ora, como é de conhecimento público, e já nesta peça relatado, há nesse STF, além dos mandados de segurança envolvendo o ato de nomeação do Ministro Chefe da Casa Civil (MS 34069, MS 34070, MS 34071, MS 34073 e MS 34074), também as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 390 e 391 (Rel. Ministro Teori Zavascki).

Em verdade, considerando a natureza e os objetivos que se busca alcançar na ADPF, na qual a questão referente à existência ou não de desvio de finalidade será amplamente discutida, e cuja decisão será naturalmente dotada de efeitos *erga omnes* (inclusive para o partidos impetrantes), observa-se que o juízo de controle de constitucionalidade abstrato mostra-se meio processual muito mais adequado à resolução da controvérsia em jogo. Tal fato se reforça diante da constatação de que nem partido político (diante da inexistência de previsão legal de legitimidade para defesa de interesse difuso) nem particular (diante da impossibilidade de fruição individual do interesse invocado) terão legitimidade para impugnar o ato pela via do mandado de segurança. E disso resulta, inevitavelmente, a ausência de interesse de agir que acolhesse o PSDB e o PPS.

Sobre a segurança jurídica que poderá se obter a partir de decisão proferida em sede de ADPF, relembre-se o magistério do Ministro GILMAR MENDES⁵, ao comentar os dispositivos da Lei 9.882/99, quando

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo : Saraiva. 2007, p. 124.

acrescenta que “*Confere-se, assim, ao Tribunal, um poder cautelar expressivo, destinado a impedir a consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a ser tomada.*” Sob outro ângulo, somente tal providência será “*apta a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata*”. (ADPF nº 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 07.12.2005).

Ainda sobre interesse de agir, cumpre trazer à discussão, ademais, o entendimento exarado pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Porto Alegre, que não conheceu da Ação Popular nº 5016627-26.2016.4.04.7100/RS, pela ausência de interesse de agir do demandante naquele feito, nos seguintes termos:

Nessas circunstâncias, seria viável, em tese, a ação popular para proteger a moralidade administrativa, evitando-se o desvio de finalidade do ato de nomeação do requerido que visaria, ao final, que lhe fosse conferido foro privilegiado perante o Supremo Tribunal Federal, afastando-o da jurisdição criminal de primeiro grau. Pretende o autor com a presente demanda, portanto, a despeito da nomeação atacada, ver preservada a jurisdição criminal de primeiro grau do juízo da 13ª Vara Criminal de Curitiba, ou mesmo do juízo criminal da Justiça Estadual de São Paulo.

Há que se concluir, no entanto, pela ausência de interesse de agir do autor em ver preservada a jurisdição criminal de primeiro grau, tanto da Justiça Federal como da Justiça Estadual, pois tal matéria deverá ser objeto de decisão no âmbito da própria jurisdição criminal, não se justificando que, por via transversa, por meio de ação popular, estabeleça-se a competência para o processamento das ações criminais a que esteja submetido o requerido. As mencionadas investigações já contam com a titularidade do Ministério Público e sob jurisdição criminal, sendo que qualquer matéria sobre competência deverá ser travada no âmbito daquela jurisdição.

Nos termos do art. 3º do Código de Processo Civil, *'para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade'*. O autor deve afirmar-se titular do direito material a ser discutido em juízo e demonstrar ter necessidade de pleitear a tutela jurisdicional. O interesse processual se consubstancia na necessidade de o autor vir a juízo e na utilidade que o

provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar (Nelson Nery Jr, CPC Comentado, RT, p. 316-7).

No caso em apreço, há que se concluir pela ausência de interesse de agir diante da existência da jurisdição criminal a tratar das investigações descritas na inicial, devendo igualmente a matéria atinente à competência de foro em razão da prerrogativa de função (art. 69, VII, do CPP) ser tratada no âmbito daquela jurisdição.

Vê-se, pois, que na ocasião reputou-se inexistente interesse de agir autoral, diante da impossibilidade de, pela via transversa da ação popular, decidir-se a questão da competência para a ação criminal, sendo que no feito criminal a questão referente à prerrogativa de função será devidamente abordada.

Dessa forma, mostram-se igualmente ilegais as decisões ora combatidas, diante da clara ausência de legitimidade ativa e interesse processual ao PSDB e ao PPS na impetração dos MSs nºs 34.070 34.071.

VI – DA ILEGALIDADE DA DECISÃO QUANTO À QUESTÃO DE FUNDO: AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO PSDB DO PPS NOS MSs Nºs 34.070 e 34.071. LEGALIDADE DO ATO DA PRESIDENTA DA REPÚBLICA

VI.1 – Inocorrência de desvio de finalidade. Compatibilidade das atribuições da pasta com os atributos do nomeado. Respeito à prerrogativa presidencial. Reserva da Administração. Separação de Poderes.

Cumpre desde já demonstrar que não há vício no ato apontado.

De início, é de se consignar que o ato impugnado decorre do pleno exercício de **prerrogativa própria do Chefe do Poder Executivo** de nomeação de Ministros de Estado (*appointment powers*), nos moldes autorizados pelo art. 84, inciso I, da Constituição da República. Isto é, na escolha de quadros para **formação, composição e recomposição de sua equipe de governo**. Notadamente, em período de notória crise política e turbulência institucional, não se pode manietar a Presidenta da República no seu típico espaço de **discricionariedade** na direção política.

Não se pretende afirmar, com isso, que o ato administrativo em exame estaria revestido de insindicabilidade pelo Poder Judiciário, sob todos os aspectos, na antiga linha das questões políticas estadunidenses (*political questions*) ou dos atos de governo da experiência francesa (*actes de gouvernement*)⁶. Trata-se, ao contrário, de demonstrar que o mérito da nomeação observa todos os preceitos constitucionais e legais aplicáveis, prestigiando-se, ao final, o princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, confira-se, inclusive, o teor da Nota SAJ 618/CC – MCM, de 21 de março de 2016, em anexo.

VI. 2 – Do preenchimento de todos os requisitos para a ocupação do cargo. Inexistência de suspensão de direitos políticos. Presunção de inocência. Precedentes

Restam igualmente presentes os requisitos constitucionais gerais para o preenchimento do posto de Ministro de Estado. Dito de outro modo, o indicado é brasileiro, maior de vinte um anos e está no exercício

⁶ QUEIROZ, Cristina M .M. *Os actos políticos no Estado de Direito*. Coimbra : Almedina. 1990, p. 126-127.

de seus direitos políticos, nos termos do art. 87 da Constituição da República⁷.

Também não está impedido de exercer cargos públicos, na medida em que não se encontra condenado em qualquer instância, muito menos despedido de seus direitos políticos (art. 15 da Lei Maior).

Vale lembrar que, para o provimento de cargos efetivos, mediante concurso público, a jurisprudência dessa Suprema Corte *até aqui* vem sendo alicerçada no sentido que a mera existência de investigação ou ação penal em curso **não configura causa a obstar o ingresso**. Isto, firme no princípio constitucional da **presunção de inocência** (art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior). Confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ADVOGADO NOMEADO AO CARGO DE DESEMBARGADOR PELO QUINTO CONSTITUCIONAL. IDONEIDADE MORAL. INQUÉRITO POLICIAL EM CURSO INSTAURADO CONTRA O NOMEADO. SUSPENSÃO DA POSSE. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

[...].

I – **A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a mera existência de inquérito policial instaurado contra uma pessoa não é, por si só, suficiente para justificar qualquer restrição a direito em face do princípio constitucional da presunção de inocência** [...] VI – Ordem concedida, confirmando-se a liminar deferida.

(MS nº 32.491, Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 2ª Turma, DJ de 10.10.2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. **PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

⁷ Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos

1. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que **responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória**. 2. Agravo regimental não provido.

(AI-AgR 829.186/CE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ de 27.06.2013)

No mesmo sentido, entre outros: **ARE-AgR nº 753.331/RJ** (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ de 20.11.2013); **ARE-AgR nº 754.528/RJ** (Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª Turma, DJ de 03.09.2013); **AI nº 769.433/CE** (Rel. Min. EROS GRAU, 2ª Turma, DJ de 11.02.2010) e **RE-AgR nº 559.135/DF** (Rel. Min. RICARDO LEWANDOSWKI, 1ª Turma, DJ de 12.06.2008).

A mesma premissa pode ser aplicada no presente caso, em que se discute nomeação de Ministro de Estado.

Destarte, também sob este prisma, não há que se falar em violação a quaisquer princípios constitucionais.

VI.3 – Da premissa equivocada quanto à prerrogativa constitucional de foro especial. Perfil desse Supremo Tribunal Federal nas recentes ações penais originárias. Marco temporal para deslocamento da competência. Devido Processo e Juiz Natural. Inexistência de abuso ou fraude.

Por fim, é imperioso consignar ser totalmente ilegítimo partir-se da **premissa, porquanto inteiramente equivocada**, no sentido de que o Decreto de nomeação do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República configurar-se-ia um mero modo de favorecimento

do interessado, diante da *vis attractiva* decorrente do que previsto no art. 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição da República⁸.

Em outras palavras, tal ilação, quanto a um **efeito secundário e incerto** do ato impugnado – **a ser dirimido por ocasião dos processos específicos** (art. 69, VII, do Código de Processo Penal) –, adota pressuposto de que essa Suprema Corte seria leniente, menos capaz ou eficaz do que qualquer juízo inferior no processamento e julgamento das ações penais originárias, como que um *locus* para proteção e impunidade.

Referida tese, **além de demonstrar despreço à missão constitucional atribuída ao STF e a seus integrantes, revela-se em descompasso com a realidade**, na medida em que essa Corte tem se mostrado **rigorosa, célere, prudente e independente** na apreciação de condutas imputadas a ocupantes de cargos com foro especial por prerrogativa de função.

Não por outra razão, a consolidação desse novo perfil produziu um movimento inverso. Isto é, a casuística demonstra que alguns réus passaram a abdicar de seus cargos, com o intuito de evitar o efetivo julgamento por esse colegiado⁹. No mais das vezes, a renúncia foi o meio utilizado; algumas em momento bem próximo à inclusão do feito em pauta, a configurar, inclusive, burla processual¹⁰. Fatos que ensejaram a necessidade de **fixação de um marco temporal** que funcionasse como parâmetro para a declinação – evitando-se, aí sim, abusos:

⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...] c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

⁹ AP nº 333/PB, Plenário, Rel. Min. Joaquim, Barbosa, DJ de 05.01.2007 (Caso Cunha Lima).

¹⁰ AP nº 396/RO, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 27.04.2011 (Caso Donadon).

(...) 3. Por maioria absoluta, o Plenário endossou a **proposta de que se estabeleça um critério objetivo para servir de parâmetro no exame de eventual abuso processual**. Não se verificou maioria, porém, quanto ao marco temporal sugerido pelo relator: uma vez recebida a denúncia, o fato de o parlamentar renunciar não produziria o efeito de deslocar a competência do STF para qualquer outro órgão. Tampouco houve maioria absoluta em relação a outros marcos temporais que foram objeto de debate. Diante do impasse, a Corte deliberou por deixar a definição do critério para outra oportunidade (...) ¹¹

Assim é que, em julgamentos mais recentes, o critério adotado como limite para a modificação da competência, em caso tais, tem sido o **do término da instrução processual, com a apresentação das alegações finais**, a saber:

AÇÃO PENAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL.
QUESTÃO DE ORDEM. RENÚNCIA AO MANDATO.
PRERROGATIVA DE FORO.

1. A renúncia de parlamentar, **após o final da instrução**, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Superação da jurisprudência anterior.
2. Havendo a renúncia ocorrido **anteriormente ao final da instrução**, declina-se da competência para o juízo de primeiro grau.

(AP-QO nº 606, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJ de 18-09-2014, Caso Clésio de Andrade; No mesmo sentido; AP nº 568, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJ de 18.05.2015)

Percebe-se, pois, que tal critério que tem sido adotado para a modificação da competência, em caso tais, é o **do término da instrução processual, com a apresentação das alegações finais**. Vale recordar, não prevaleceram outros marcos como a tradicional liberação da pauta, superada por muito tardia; o encaminhamento ao revisor, então sugerido pelo Min. DIAS TOFFOLI; nem o recebimento da denúncia, proposta hoje

¹¹ AP-QO nº 536/MG, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJ de 12.08.2014 (Caso Eduardo Azeredo).

descartada pelo Min. ROBERTO BARROSO, que inicialmente a havia ventilado¹².

Aliás, por qualquer desses parâmetros, a aplicação da lógica inversa, para atração da competência dessa Suprema Corte, não restaria violada pela nomeação *in casu*, de modo que não há falar-se em abuso ou ofensa ao juiz natural¹³.

VI.4 – Da inexistência de confissão extrajudicial.

Afirma a decisão impugnada ser desnecessário emitir juízo sobre licitude das interceptações determinadas pela 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Curitiba, pois teria havido “confissão” sobre a existência e o conteúdo das conversas gravadas. Sustenta ainda que a Nota Oficial exarada pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República no dia 16 de março de 2016 e o discurso proferido pela Presidente da República no dia subsequente respaldariam a referida interpretação.

Tal afirmação, com a devida vênia, revela-se em descompasso com a realidade dos fatos e com as regras constitucionais e legais que presidem a produção probatória tanto no processo civil quanto no penal.

Inicialmente, é necessário salientar que, nos termos das decisões impugnadas, a suposta “confissão” recairia sobre quatro diálogos. O primeiro, que teria ocorrido no dia 8 de março de 2016, envolveria Luiz Inácio Lula da Silva e o cientista político Alberto Carlos. O segundo seria um diálogo, ocorrido no dia 10 de março, entre Rui Falcão, Presidente do

¹² Confira-se o debate na AP-QO 536, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJ de 12.08.2014 (Caso Eduardo Azeredo).

¹³ “Do ponto de vista da doutrina, nem sequer é necessário citar nomes: a *totalidade* dos autores reconhece o princípio do juiz natural como aquele cuja competência jurisdicional decorra de *fontes constitucionais*”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte : Del Rey. 2006, p. 199.

Partido dos Trabalhadores, e o então Ministro-Chefe da Casa Civil, Jaques Wagner. Somente as duas últimas gravações envolveriam a Presidenta da República, em conversa com o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, as quais teriam ocorrido no dia 4 de março e no dia 16 de março.

Revela-se, portanto, completamente divorciada da verdade e em contrariedade com os princípios lógicos a afirmação de que a Presidenta da República teria “confessado” a existência, a veracidade e o conteúdo de diálogos dos quais não participou (dois primeiros diálogos). Conquanto seja um truísmo, deve-se ressaltar a impossibilidade de se confessar fatos dos quais não se tem conhecimento ou de se afirmar a veracidade do conteúdo de diálogo travado por terceiros. É uma distorção considerar como “confessos” – e, a partir dessa suposta “confissão”, impedir o exercício legítimo pela Presidenta da República de competência que lhe é expressa e constitucionalmente atribuída – fatos alheios à Presidente da República.

No tocante ao terceiro diálogo, há apenas a manifestação de opiniões acerca do atual contexto nacional por parte de Luiz Inácio Lula da Silva e um questionamento da Presidenta sobre o que fora dito. É evidente, pois, que, no tocante a esse diálogo, não há o que ser confessado, pois apenas dois fatos teriam ocorrido: a manifestação de opinião por parte de um dos interlocutores e o questionamento pelo outro. Nem em virtude de ilação, pode-se imaginar a ocorrência de um ilícito ou a prática de algum ato que pudesse redundar na invalidação do ato de nomeação pela Presidenta da República.

Em relação ao último diálogo, é interessante destacar que a decisão impugnada não se baseou nos fatos supostamente “confessados”, mas em suposições acerca de qual deveria ter sido o comportamento dos

envolvidos ou da suposta prática de “ilícito administrativo” pelo envio prévio do termo de posse ao ex-Presidente. Sobre esses fatos, não houve qualquer confissão ou admissão, pelo contrário, a equivocada interpretação a eles conferida foi a todo momento questionada.

Ante o exposto, percebe-se que o deferimento da medida liminar no presente *mandamus* não se baseou na suposta “confissão” da Presidenta da República – o que não ocorreu, repita-se –, mas em provas emprestadas do processo penal em curso perante 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Curitiba.

Ocorre que, além da questão atinente à ilicitude que recairia sobre as referidas gravações, é fato que as referidas provas ainda não foram submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Ou seja, as partes não puderam se manifestar sobre a sua higidez ou sobre a correção do procedimento para a sua produção.

Além disso, de registrar que tais gravações, invocadas como demonstração do direito líquido e certo dos partidos políticos impetrantes, são toalmente inválidas para tanto, uma vez que a divulgação de tais áudios se deu de forma ilícita. É que, ainda que encontradas de forma fortuita na interceptação, o procedimento não poderia ter sido autorizado pelo juízo de primeiro grau, uma vez que absolutamente incompetente, sendo que o Juízo deveria ter remetido a essa Suprema Corte todo o material colhido para exame detido e análise das providências cabíveis.

Inclusive, a Presidenta da República ajuizou reclamação constitucional, por usurpação de competência desse STF, contra a decisão proferida pela 13ª Vara Federal de Curitiba, nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR, justamente com base nesse fundamento.

Nesse sentido, sabe-se que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores são pacíficas no sentido de que o empréstimo da prova sempre deve atender ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tanto no processo em que produzida a prova quanto no processo em que ela será utilizada.

Elucidativas são as palavras de Fredie Didier:

O CPC exige que o empréstimo da prova observe o princípio do contraditório. Não poderia ser diferente.

O contraditório deve ter sido observado no processo de onde se importa a prova e deve ser observado no processo onde a prova é trasladada.

Somente é lícita a importação de uma prova para ser utilizada contra quem tenha participado do processo em que foi produzida – a prova não pode ser utilizada contra quem não participou de sua produção

(DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.** 10ª ed. Salvador: Editor Jus Podivm, 2015, p. 131).

As seguintes lições também merecem ser transcritas:

Dúvidas e controvérsias surgem quanto à eficácia da prova emprestada (...) entendemos que há que se exigir alguns requisitos para que a mesma tenha plena eficácia, mormente quando se tratar de prova oral (...) (d) Que tenha havido contraditório no processo do qual a prova foi transferida. **Se no processo penal do qual se vai transferir a prova, não houve o contraditório, ela não tem eficácia nenhuma** e deve, no processo em que for transferida, ser a ele submetida, **sob pena de não poder ser motivada pelo juiz em sua sentença, pois, se o for, haverá error in procedendo**

(RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002 p. 392-394)

O juiz pode leva-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para **saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação influi, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório.**

(NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 290).

Além dos casos de formação, produção e obtenção de provas de modo ilícito, há situações em que a ilicitude decorre do uso do um documento como prova (...). Trata-se de situação em que a ilicitude está na exposição do conteúdo do documento.

(MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. V. 2. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2008, p. 390.)

Tanto isso é verdade que o novo Código de Processo Civil, em seu art. 372, é expresso no sentido de que “*o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório*”.

Logo, é de se concluir pela completa impossibilidade de utilização dos referidos elementos de convicção no presente processo, revelando-se completamente insubsistente a liminar que fora deferida.

VII – DO PERICULUM IN MORA E DA NECESSIDADE DE DEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR

Nos termos do art. 294, do Novo Código de Processo Civil, c/c art. 24 da Lei nº 8.038/90, ao despachar o mandado de segurança o relator poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

E a hipótese dos autos **contempla os requisitos indispensáveis à concessão da medida liminar**. Afinal, foram narradas, detalhadamente, uma série de nulidades e ilegalidades que apontam para a

necessidade de imediata suspensão dos efeitos da decisão vergastada, de modo que o *fumus boni juris* restou devidamente demonstrado.

Conforme assinalado, o ato de nomeação objurgado não apresenta de *per se* qualquer vício, considerando se tratar de ato político-administrativo, da competência privativa da Presidente da República e, também, que o nomeado não possui contra si qualquer condenação.

Nesse sentido, confira-se o que restou assentado pelo Desembargador Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sede da Suspensão de Liminar, da qual se transcreve o fragmento a seguir:

Da análise da liminar vergastada, verifico que a decisão interfere sobremaneira na atribuição privativa da Chefe do Poder Executivo, de nomear e exonerar os Ministros de Estado (art. 84 da Constituição Federal), em nítida ingerência jurisdicional na esfera de outro Poder.

Com efeito, há que se considerar que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e legalidade. Na hipótese, **a decisão questionada, tomada em juízo de cognição sumaríssima, em momento de sensível clamor social, tem o condão de acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas, visto que agrava, ainda mais, a crise política, de governabilidade e de credibilidade, com inegável impacto no panorama econômico do país.**

(SLAT Nº 0014782-85.2016.4.0000/DF – Presidente do TRF/1ª Região, grifou-se).

No mesmo sentido, o Desembargador Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao deferir o pedido de suspensão apresentado pela União afirmou:

Outrossim, observa-se que a decisão atacada interfere sobremaneira em atribuição privativa da Chefe do Poder Executivo, em nítida e indevida interferência jurisdicional na esfera de outro Poder. Vale conferir, a respeito o art. 84[...]Cumpro consignar, em necessidade de adição, que descabe ao Poder Judiciário se imiscuir em considerações de ordem política, uma vez que seu compromisso é exclusivamente com a técnica, com a correta interpretação das leis, sejam substantivas

ou processuais, e com o respeito da Lei Maior. [...] **os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, veracidade e legitimidade**, a qual somente pode ser afastada mediante prova cabal, constante nos autos, acerca da sua nulidade. (SLAT Nº 0003040-36.2016.4.02.0000/RJ – Des.Fed. Vice-Presidente do TRF/2ª Região).

Conforme se vê das decisões acima, que suspenderam as liminares, igualmente perseguidas e obtidas pelo PPS e pelo PSDB nos MSs nºs 34.070 e 34.071, “*os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e legalidade*”. Desse modo, evidencia-se que a **suspensão do decreto presidencial, concedida pelas decisões objetos deste writ, implica incontornável *periculum in mora* a favorecer a concessão da ordem ora pleiteada.**

Com efeito, o *periculum in mora* expressa-se na gravíssima interferência da decisão ora combatida nas atribuições privativas da Presidente da República, previstas nos artigos 76 e 84 da Constituição da República.

Conforme supramencionado, a nomeação do Ministro Chefe da Casa Civil foi feita nos exatos termos da competência constitucional atribuída ao cargo de Presidente da República:

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo presidente da república, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

(...)

Ao deferir a liminar nos MSs nºs 34.070 e 34.071, as decisões objeto desta impetração, enquanto produzam efeitos, deixam em aberto o exercício de Pasta Ministerial absolutamente estratégica, com risco de graves prejuízos às ações governamentais. Relembre-se que constam, dentre as atribuições da Casa Civil da Presidência da República, nos termos da Lei Federal nº 10.683/2003, com a redação conferida pela Lei Federal nº 12.462/2011, *in verbis*:

Art. 2º. À Casa Civil da Presidência da República compete:

I) **assistir direta e imediatamente ao Presidente da República** no desempenho de suas atribuições, especialmente:

a) **na coordenação e na integração das ações do Governo;**

b) na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais; c) na análise do **mérito, da oportunidade e da compatibilidade das propostas, inclusive das matérias em tramitação no Congresso Nacional, com as diretrizes governamentais;**

d) **na avaliação e monitoramento da ação governamental** e da gestão dos órgãos e entidades da administração pública federal; (...)" (grifou-se).

Dessa forma, não se pode negar a configuração do *periculum in mora*, no caso vertente, ensejado pelas concessões das liminares nos Mandados de Segurança nºs 34.070 e 34.071 que acabaram por deixar acéfalo um Ministério da envergadura da Casa Civil, comprometendo a execução de uma série de políticas públicas e ações governamentais que necessitam da anuência e/ou assistência daquela Pasta para a sua execução, além de retirar do cargo de Presidente da República a competência, que lhe é própria, de nomear um Ministro de Estado.

Tal circunstância fica ainda mais clara quando se observa que já há nesse Supremo Tribunal Federal duas Ações de Descumprimento de Preceito Federal (ADPFs nº 390 e 391) tratando do ato de nomeação para a

referida Pasta Ministerial, sendo que, sem dúvida, tais feitos constituem em mecanismo processual perfeitamente adequado à análise da legalidade do ato da Presidenta da República em discussão.

A propósito da **indesejável situação de incerteza**, a violar a ordem jurídico-administrativa, a separação de Poderes e o princípio da presunção de inocência, com amparo na jurisprudência dessa Suprema Corte, é de ter em mira, sempre,

(...) o status constitucional do direito à segurança jurídica (art. 5º, caput), projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º)”. (MS nº 28720, voto do Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJ de 02-04-2012)

Reitere-se, por fim, o quanto já afirmado quando se abordou o cabimento da presente medida no sentido de que, **inexistindo efeito suspensivo no agravo interno que se pode interpor contra a decisão monocrática concessiva da liminar, e considerando a peculiar situação da semana que se incia na segunda-feira dia 21 de março de 2016, quando não haverá expediente na Secretaria do Tribunal nos dias 23, 24 e 25 de março (Portaria nº 47, de 29/02/2016 (DJE nº 39, p. 273, 2/3/2016), sem a realização de Sessões Plenárias na Corte, faz-se premente a necessidade de concessão de medida liminar que suste os atos judiciais ora impugnados.**

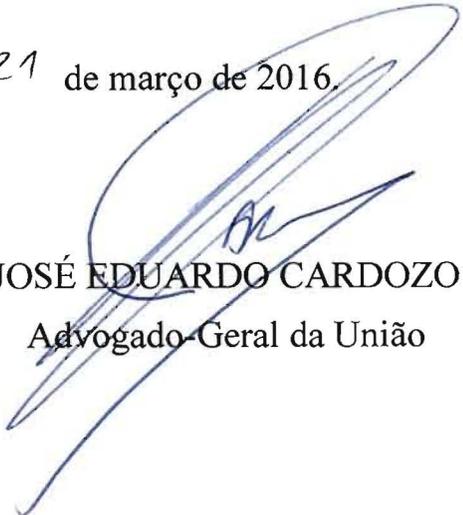
Em suma, diante da presença dos requisitos autorizadores e do dano irreparável que pende sobre o interesse público, **pugna a Presidenta da República pelo deferimento de liminar que suspenda as decisões monocráticas tomadas nos autos dos MSs nºs 34.070 e 34.071.**

VIII – PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Do exposto, requer a Presidente da República, inicialmente, a **suspensão liminar** da integralidade da decisão proferida pela autoridade impetrada nos Mandados de Segurança n°s 34.070 e 34.071, evitando-se o cumprimento de decisão proferida em desacordo com a lei material e processual, restaurando-se, por conseqüência, a plena eficácia do Decreto Presidencial que nomeou o Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República publicado na edição extraordinária do Diário Oficial da União, Seção 02, p. 1, do dia 16 de março de 2016.

Em julgamento final, requer sejam definitivamente cassadas as decisões proferidas pela autoridade impetrada nos autos dos mencionados processos.

Brasília, 21 de março de 2016.



JOSÉ EDUARDO CARDOZO
Advogado-Geral da União