

Mandados de Segurança nºs 34.070 e 34.071

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Impetrantes: PPS e PSDB

Impetrada: Presidenta da República

Litisconsorte necessário passivo: Luiz Inácio Lula da Silva

Data do julgamento: 20/04/2016

MEMORIAL AO EMINENTE **MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

(i)

Introdução

Os mandados de segurança *sub examine* foram impetrados pelo **PPS** e pelo **PSDB** para impugnar o ato da Exma. Sra. Presidenta da República que **nomeou** o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva **Ministro de Estado** Chefe da Casa Civil da Presidência da República, conforme publicação no Diário Oficial de 16/03/2016.

As ações constitucionais foram distribuídas por **dependência** ao Eminente Ministro GILMAR MENDES (MS 34.069). No dia 18/03/2016 Sua Excelência determinou, **de ofício**, a inclusão do ex-Presidente Lula como **litisconsorte passivo necessário** e **concedeu** as liminares pleiteadas para **suspender a eficácia do ato de nomeação** e, ainda, para determinar a devolução de processos envolvendo o ex-Presidente Lula para o Juízo da 13ª. Vara Federal Criminal de Curitiba. As decisões (inclusive no tocante à inclusão de ofício do ex-Presidente como litisconsorte passivo necessário)

foram **impugnadas** por agravo regimental interpostos em 28/03/2016, ainda pendentes de julgamento.

Os MSs são manifestamente **descabidos** e, sob todos ângulos, **afrontam firme jurisprudência do STF**. **Não podem**, por isso mesmo, serem conhecidos ou se conhecidos forem — o que se admite a título de argumentação — devem ser **rejeitados**.

(ii)

Descabimento – via inadequada

No julgamento do MS 22.764-8-QO, da relatoria do Eminentíssimo Ministro NÉRI DA SILVEIRA (j. 28.4.1997), o STF firmou entendimento **restritivo** sobre o manejo de mandado de segurança coletivo por partido político — assentando que o veículo processual somente pode ser utilizado para a defesa dos interesses de seus filiados. O entendimento foi reafirmado no julgamento do RE 196.184, da relatoria da Eminentíssima Ministra ELLEN GRACIE (j. 27.10.2004), quando se assentou que “**o Partido Político pode atuar na defesa do interesse de várias pessoas, independente de filiação, não pode, contudo, substituir todos os cidadãos na defesa de interesses individuais a serem postulados em juízo por meio de ações próprias**”. Em voto proferido naquela oportunidade, o Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES afirmou: “**Não imagino que o partido político possa fazer a defesa de interesses outros que não os de seus eventuais filiados**”.

A Lei nº 12.016/2009, por seu turno, dispõe que os partidos políticos podem se utilizar do mandado de segurança coletivo para defesa de “seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”, com remissão apenas a direitos individuais homogêneos e de direitos coletivos. Há **silêncio eloquente** em relação aos direitos difusos, conforme respeitada doutrina (UADI LAMÊGO BULOS, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, dentre outros). Em razão disso, a Corte vem reafirmando seu entendimento **restritivo** em relação ao tema em diversos acórdãos e decisões monocráticas (p. ex. MS 33.738/DF, Rel. Min. CARMEM LÚCIA).

Diante desse histórico e considerando que o próprio Ministro Relator já fez consignar em sua decisão liminar, com a costumeira propriedade, que “o interesse tutelado é de caráter difuso”, salta aos olhos que os mandados de segurança coletivos impetrados pelo PPS e pelo PSDB **não poderão ser conhecidos**.

(iii)

Descabimento – violação ao princípio da separação dos poderes

O **princípio da separação dos poderes** está disposto com um dos princípios **fundamentais** do Estado Brasileiro (CF/88, art. 2º). Não tem ele um fim em si mesmo, senão é uma receita para impor **limitações** ao poder. A **independência** e a **harmonia** é a regra-parâmetro para aplicação do princípio da separação dos poderes.

Como anota ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “o menor grau de autonomia, a autonomia mínima, é consubstanciada na auto-administração, que pressupõe, ao menos, o poder de nomear funcionários próprios sem a interferência do outro poder” (Conflito entre Poderes, Editora RT, 1994, p. 23). O ilustre JOSÉ AFONSO DA SILVA confirma a orientação, afirmando que uma das características da harmonia dos poderes é a “a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo na dependem da confiança nem da vontade dos outros” (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª. edição, Malheiros, p. 113).

Diante disso e considerando que o vertente caso impugna a nomeação de Ministro de Estado, que, por definição constitucional, integra a essência, o âmago, do Poder Executivo (CF/88, art. 76: “*O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado*”), é evidente a impossibilidade de levar-se adiante tal discussão, sob pena de ferir de morte o princípio acima referido.

Essa Corte, nessa linha, tem firme o entendimento de que “*Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos.* (Rcl 7.590/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

Nesse sentido, ainda, *mutatis mutandis*, já decidiu este STF, em decisão da lavra do Eminente Ministro LUIZ FUX, que “Não se insere nas competências do Poder Judiciário definir quem deverá ser indicado para compor Comissão Especial no Senado Federal (...)” (MS 33.731). Tal decisão foi referendada no MS 33.705 AgR, da relatoria do Eminente Ministro CELSO DE MELLO.

Conforme também assentado por essa Corte, “A Lei Fundamental estabeleceu um rijo modelo de Estado, no qual a interferência de um Poder sobre outro é exclusivamente autorizada nas hipóteses nela previstas” (ADI 1949/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI). Quando a CF/88 pretendeu que as nomeações do Poder Executivo fossem chanceladas por outro Poder, assim o fez expressamente (ex. arts. 101, parágrafo único, 104, parágrafo único). Não é o caso da nomeação dos Ministros de Estados, que são agentes políticos e integram a essência do Poder Executivo segundo a própria Constituição Federal.

(iv)

Mérito: princípio da presunção de inocência

O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva não é réu nem nenhuma ação penal e muito menos foi condenado pela prática de um crime.

Esse 'status' pode surpreender até mesmo Ministros desta Suprema Corte em virtude da reprovável exposição a que foi submetido o ex-Presidente Lula em decorrência dos atos arbitrários e ilegais praticados pelo Juiz

Federal Sérgio Moro com o **auxílio** do MPF/PR, dentre os quais podem ser destacados os seguintes: (a) ilegal **condução coercitiva** de Lula e de alguns de seus colaboradores, sem a existência de qualquer intimação desatendida (CPP, art. 260); (b) ilegal **busca e apreensão** realizada na casa de Lula, em seu escritório e, ainda, na casa e residência de seus familiares e colaboradores (nesses atos houve até mesmo arrombamento de portas e avarias de bens; na empresa de um dos filhos de Lula houve busca e apreensão sem mandado); (c) ilegal **interceptação telefônica** de Lula, seus familiares, colaboradores e até mesmo de seus advogados; (d) arbitrária **publicização** das conversas telefônicas interceptadas, inclusive de diálogos captados em desafio a decisão judicial, envolvendo a Presidenta da República; e (e) **devassa** na vida de Lula, de seus familiares e colaboradores, com a **quebra de sigilo bancário e fiscal** envolvendo a todos — sempre com ampla **publicidade** aos dados **protegidos** pela Constituição Federal.

Tais atos - em **desafio** à Constituição, à lei e à própria **competência** desse Excelso STF – à toda evidência, **não** podem servir de base para impedir a nomeação do ex-Presidente Lula ao cargo de Ministro de Estado.

A uma, porque foram praticados justamente para a finalidade de **interferir** indevidamente na vida política do País.

A duas, porque fere o princípio da **presunção de inocência**, que encerra **norma de tratamento** segundo a qual, conforme a lição de LUIZ FLAVIO GOMES e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, aquele que sofre

persecução do Estado “tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado” (Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT). Nessa linha, esta Corte já assentou que “A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades, tal como tem sido constantemente enfatizado pelo Supremo Tribunal Federal” (ARE 847535 Agr, Min. CELSO DE MELLO). Oportuno destacar, ainda, que “*a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas não criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico (...) que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado (idem).*”

Também nessa linha, tem-se que “a jurisprudência desta Corte é pacífica na linha de que o princípio constitucional da presunção de inocência, veda que se dê tratamento diferenciado a qualquer pessoa ou que esta sofra qualquer restrição de direitos pelo simples fato de responder a um inquérito” (MS 32.491/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI). Na oportunidade, o Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES fez consignar que “a mera existência de inquérito, que tramita há mais de sete anos, sem

sequer denúncia, não tem o condão de obstar a posse do impetrante. No caso, o ato coator não só violou direito líquido e certo do impetrante, como deturpou o próprio conteúdo do princípio da moralidade administrativa, ao empregá-lo como fundamento”.

Diante dessa jurisprudência consolidada desse STF, revela-se **inimaginável** qualquer discussão em torno da nomeação do ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro de Estado sob o fundamento de que tal ato teria por objetivo protegê-lo de consequências jurídico-penais da Vara Federal Criminal de Curitiba.

Nada mais **descabido** e **reprochável**. O ex-Presidente, insista-se, **sequer é réu em ação penal**. Outrossim, depois de passar por inúmeras medidas **arbitrárias** e ser submetido — ele próprio, seus familiares e colaboradores — a uma verdadeira **devassa**, **nenhum** fato concreto foi encontrado que pudesse macular a sua honra e a sua imagem. Há apenas **investigações** fomentadas por **hipóteses**, sem qualquer fato real. E isto, definitivamente, **jamais** poderia impedir, com base no já citado **princípio da presunção de inocência**, qualquer **obstáculo** para a sua nomeação para o cargo de Ministro de Estado.

O fato é que o ex-Presidente é **cidadão**, está no **exercício de seus direitos políticos** e **preenche** todos os **requisitos** do art. 87 da CF/88. Por isso mesmo, pode ser Ministro de Estado sem qualquer dúvida.

(v)

Mérito: ausência de desvio de finalidade

O ex-Presidente Lula é um dos homens públicos mais admirados no Brasil e no exterior. O seu legado é amplo, na área social, econômica e, ainda, no aperfeiçoamento dos mecanismos de combate à corrupção¹.

Diante disso e considerando, na esteira do que foi exposto acima, que não há sequer uma ação penal instaurada contra o ex-Presidente Lula, é evidente que a sua nomeação, além de ser ato **exclusivo** da Presidenta da República, teve por objetivo **ajudar o País a restabelecer o ciclo de desenvolvimento econômico e social**, não havendo que se cogitar em qualquer desvio de finalidade.

(vi)

Mérito: ausência direito líquido e certo

Some-se ao que foi exposto que “**o direito líquido e certo, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, é, tão-somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis, de plano, mediante prova literal inequívoca**” (RE 269.464/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

¹ Cite-se, a título exemplificativo, (i) a efetiva criação da Controladoria Geral da União, (ii) a ampliação do efeito e os investimentos realizados no âmbito da Polícia Federal, e (iii) o respeito ao Ministério Público Federal na indicação de seu posto de comando. Recorde-se, ainda, que em 09.12.2003, durante o primeiro mandato do ex-Presidente Lula, o Brasil assinou a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, promulgada por meio do Dec. 5.687, de 31.01.2006. Trata-se de um detalhado instrumento visando o desenvolvimento de políticas de prevenção e repressão da corrupção por parte dos países signatários. Na mesma linha é possível citar, dentre outras coisas, ainda em caráter exemplificativo, a promulgação da Lei 10.763, de 12.11.2003, que aumentou a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva (arts. 317 e 333).

As alegações contidas nas iniciais dos dois MSs, além de não estarem devidamente documentadas (em essência as ações foram instruídas com recortes de jornais), reportam-se ao resultado de diligências determinadas pelo Juiz Sérgio Moro, que, como já dito acima, **sequer foram submetidos ao contraditório ou a análise judicial**, como, aliás, foi consignado pelo Eminentíssimo Ministro TEORI ZAVASCKI em decisão proferida na RCL 23.547, referendada pelo Plenário em 31/03/2016.

Não bastasse, uma das conversas telefônicas interceptadas usada para servir de **fundamento** para as ações constitucionais em tela — mantida entre a Exma. Sra. Presidenta da República e o ex-Presidente Lula —, como já reconhecido pelo próprio Juiz Sérgio Moro, foi colhida em desafio a decisão judicial. Ou seja, não só não havia autorização judicial para a interceptação, como havia decisão — anterior e expressa — determinando a interrupção da medida. Evidente, portanto, tratar-se de **prova ilícita**, que não pode servir de base para qualquer afirmação de direito.

(vii)

Conclusões

Diante de todo o exposto, verifica-se que os MSs em tela **não poderão ser conhecidos** ou, se conhecidos forem, **não poderão ser acolhidos** — com a cassação das liminares deferidas em qualquer dessas hipóteses.

São Paulo, 15 de abril de 2016.

ROBERTO TEIXEIRA
OAB/SP 22.823

CRISTIANO ZANIN MARTINS
OAB/SP 172.730

São Paulo
R. Pe. João Manuel 755 19º andar
Jd Paulista | 01411-001
Tel.: 55 11 3060-3310
Fax: 55 11 3061-2323

Rio de Janeiro
R. Primeiro de Março 23 Conj. 1606
Centro | 20010-904
Tel.: 55 21 3852-8280

Brasília
SAS Quadra 1 Bloco M Lote 1
Ed. Libertas Conj. 1009
Asa Sul | 70070-935
Tel./Fax: 55 61 3326-9905