

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALISTA - PDT, partido político com representação no Congresso Nacional, com sede no Setor de Autarquias Federais Sul (SAFS), Quadra 2, Lote 3, CEP 70.042-900, Brasília/DF, por intermédio do advogado qualificado no instrumento procuratório em anexo, vem, com espeque na alínea "a" do inciso I do artigo 102 da Constituição e no artigo 12 da Lei Federal nº 9.868/199, propor:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar, em face do *caput* do inciso XV do artigo 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), com relação ao §4º do artigo 86 da Constituição, mediante declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, pelas razões de direito adiante.

1. DO DISPOSITIVO DE ATO NORMATIVO QUESTIONADO

Na forma do inciso I do artigo 14 da Lei Federal nº 9.868/1999, indica-se como dispositivo questionado o *caput* do inciso XV do artigo 21 do RISTF, que atribui ao relator “*determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido, bem como o seu arquivamento, quando o requerer o Procurador-Geral da República*”.

2. DA NATUREZA DO OBJETO DA AÇÃO

Importa, de início, pontuar a viabilidade de se impugnar dispositivo do RISTF. Embora não haja notícia de manifestação do tribunal a respeito do cabimento de ação direta tendo por objeto esse ato normativo em particular, trata-se, com certeza, de espécie primária dotada de plena abstração e generalidade¹.

A própria Constituição estatui que “*compete privativamente aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais*” (art. 96).

A jurisprudência segue igualmente tal baliza: “*Esta Suprema Corte tem admitido o controle concentrado de constitucionalidade de preceitos oriundos da atividade administrativa dos tribunais, desde que presente, de forma inequívoca, o caráter normativo e autônomo do ato impugnado*” (ADI nº 4.108/MC-REF, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/02/2009)².

¹ A Mesa da Câmara dos Deputados ajuizou a ADI nº 5.175 contra a Emenda Regimental nº 49, de 3 de junho de 2014, tendo parecer da Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento da ação em virtude, todavia, da “*impugnação fragmentada de sistema interdependente*”.

² Destaque-se a guinada da posição conservadora do tribunal em 2008. A respeito, *vide* BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica das*

3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3.1. Introdução

Em linhas gerais, a pretensão desta ação direta consiste em determinar que o Presidente da República, na vigência de seu mandato, pode sim ser *investigado* por atos estranhos ao exercício de suas funções, mesmo considerando que o § 4º do artigo 86 da Constituição veda sua *responsabilização* nessas condições.

Em rigor, a primeira abordagem incisiva sobre o assunto exsurgiu no exame do Inquérito nº 672-6, quando o plenário concluiu que a imunidade processual relativa do § 4º do artigo 86 da Constituição **não inclui os atos pré-processuais para apuração de infrações penais comuns**, ainda que não ostentem relação com o mandato presidencial e conquanto na vigência dele.

Na oportunidade, restou apontado pela relatoria do acórdão, da lavra do Ministro Celso de Mello, precisamente a seguinte razão de decidir a respeito da controvérsia em tela, *verbis*:

[A] cláusula constitucional de imunidade temporária - que só afeta o *jus psequendi in judicio* nas infrações penais estranhas ao exercício da função presidencial - **não se estende, não obsta e nem afasta a regular instauração e o normal desenvolvimento das investigações pertinentes ao comportamento supostamente delituoso do Chefe do Poder Executivo.**

Essa interpretação busca compatibilizar o sentido teleológico da norma constitucional em causa com as consequências inerentes ao princípio republicano, pois **o impedimento à imediata responsabilização penal do Presidente da República não deve afastar a possibilidade de adoção de providências investigatórias que objetivem preservar, ainda que numa fase meramente pré-processual - e com exclusão de qualquer ato de indiciamento do Chefe de Estado -**

decisões. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 173: “O paradigma da fiscalização na ação direta é a Constituição Federal”.

os elementos indispensáveis à comprovação do delito (exames periciais, inquirição do ofendido, audiência das testemunhas, reconhecimento de pessoas e coisas, produção de provas documentais etc.), sob pena de consagrar-se inadmissível situação de impunidade do autor de práticas alegadamente criminosas.³ [grifo nosso]

Não obstante, mais de vinte e cinco anos depois, o Ministro Teori Zavascki reafirmou essa *holding* através de analogia com eventual situação processual de imunidade dos Governadores de Estado, dizendo Sua Excelência:

*Não se nega que há entendimento desta Suprema Corte no sentido de que a cláusula de exclusão de responsabilidade prevista no § 4º do art. 86 da Constituição **não inviabiliza, se for o caso, a instauração de procedimento meramente investigatório,** destinado a formar ou a preservar a base probatória para uma eventual e futura demanda contra o Chefe do Poder Executivo.*

*Aliás, em situação análoga, em que, por força de norma constitucional estadual, a ação penal contra o Governador fica subordinada à prévia licença da Assembleia Legislativa, o entendimento assentado nesta Suprema Corte é também no sentido de que, nem por isso, fica o Chefe do Governo Estadual imune à instauração de inquérito policial, ou mesmo da prisão preventiva, se for o caso.*⁴ [grifo nosso]

A despeito desse consenso histórico e institucional, é relevante notar que, em 2007, passou-se a distinguir como veículos de investigação, de um lado, o inquérito comum, regido pelo Código de Processo Penal (CPP, art. 4º), e, de outro, o dos agentes titulares de prerrogativa de foro, fundado na alínea "b" do inciso I do artigo 102 da Constituição e previsto no RISTF⁵.

Desse modo, estando o Presidente da República relacionado pela Constituição dentre as autoridades com foro especial (CF, art. 102, I, "b"), incide o disposto no *caput* do inciso XV do

³ STF, Inquérito nº 672 QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/09/1992.

⁴ STF, Pet 5569, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 15/05/2015.

⁵ STF, Inquérito nº 2.411-QO/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/10/2007.

artigo 21 do RISTF, atribuindo-se ao relator “*determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República*”.

Em suma, a jurisprudência do STF acomodou-se favoravelmente no sentido da possibilidade de se investigar o Presidente da República por infrações penais comuns estranhas à função e na vigência de seu mandato, mas atividade que só poderá ser exercida mediante autorização do relator do inquérito (RISTF, art. 21, XV).

3.2. Da adequação da técnica de declaração parcial de nulidade sem redução de texto

Apesar desse panorama jurídico deveras intuitivo, na última terça-feira (02/05/2017), a Procuradoria-Geral da República (PGR) opinou contrariamente à investigação do atual Presidente da República por infrações penais comuns estranhas ao mandato. Vale transcrever a respectiva manifestação, *ipsis litteris*:

Enfim, o Presidente da República, desde a posse no cargo, tem imunidade processual temporária em relação aos crimes ocorridos antes da vigência do mandato.

Essa cláusula de afastamento da persecução penal impede não só a instauração de ações penais contra o Presidente da República, mas também a deflagração de investigações criminais a ele relacionadas, desde que referentes a fatos anteriores ao mandato. Pensar de modo contrário seria conferir interpretação demasiadamente restritiva ao dispositivo [CF, art. 86, §4º], atentando contra sua finalidade de resguardar a figura do chefe do poder executivo federal quando ao escrutínio e questionamento de atos estranhos ao desempenho da função, garantindo que tais situações não venham a afetar, ainda que indiretamente, o exercício do cargo.⁶ [grifo nosso]

⁶ Manifestação nº 101.922/2017-GTLJ/PGR no Inquérito nº 4.348/DF, Rel. Min. Edson Fachin.

Na linha do entendimento da PGR, o programa normativo do inciso XV do artigo 21 do RISTF, quando considerado o §4º do artigo 86 da Constituição, traduz-se na interpretação de que **é vedado ao relator, na vigência do mandato do Presidente da República, determinar a instauração de inquérito para investigar infrações penais comuns estranhas ao exercício de suas funções.**

Com efeito, o reconhecimento dessa *norma*⁷ é circunstância categórica para a adequação da técnica de declaração parcial de nulidade sem redução de texto do mencionado inciso XV do artigo 21 do RISTF, a justificar, *a posteriori*, o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

A existência de uma norma, a seu turno, é uma questão de *positividade*⁸, ou seja, da constatação de sua realidade externa, objetiva e perceptível publicamente, ao menos pelos seus destinatários imediatos, os quais lhe suportam a irradiação da eficácia jurídica, a exemplo "do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido" (RISTF, art. 21, XV).

Para tanto, satisfaz que a manifestação da PGR tenha evidenciado a abstenção de requerer a instauração de inquérito, em virtude de uma predisposição de obediência àquele imperativo negativo, extraído de texto cuja nulidade se pretende declarar inconstitucional sem que ocorra sua retificação redacional. Não há falar, então, na técnica de *interpretação conforme*.

Segundo preleciona a doutrina, "enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, **na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por**

⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 194.

⁸ Vide ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 25.

inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal⁹.

Realmente, o inciso XV do artigo 21 do RISTF, isto é, a prerrogativa de determinar a instauração de inquérito, detém uma plêiade de sujeitos de direito. São cada um dos relacionados no art. 102, I, "b" da Constituição: o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República.

Assim, **para afastar a interpretação** de que, por força do §4º do artigo 86 da Constituição, o Presidente da República não se insere no programa normativo do inciso XV do artigo 21 do RISTF **não há necessidade de redução do texto deste dispositivo, embora também não seja o caso de restringi-lo a um sentido uniforme (interpretação conforme).**

De fato, tomando-a como referência da presente ação direta, tem-se que a interpretação indicada pela PGR não se coaduna com a leitura global da Constituição, sobretudo quando informa o aludido § 4º do artigo 86, representando grave violação ao princípio republicano (art. 1º), da igualdade (CF, art. 5º, I) e, no limite, da legalidade (CF, art. 37, *caput*, c/c 129, VIII).

3.3. Da violação ao princípio republicano

O princípio republicano compõe, sem dúvida, o núcleo essencial da Constituição, sendo ele a base de uma estrutura política que garante liberdades civis e permite legitimar o poder dos governantes através dos atributos da eletividade, temporariedade e pluralidade¹⁰.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 354-355.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 170.

De todo modo, o princípio republicano também comporta uma dimensão de responsabilidade, tanto para os na qualidade de governantes quanto os como simples cidadãos. Como disse o Ministro Ricardo Lewandowski, em sede doutrinária, “se as pessoas numa república são titulares de direitos, hão de ter também, em contrapartida, obrigações para com a comunidade”¹¹.

Assim, um cidadão, investido no cargo de Presidente da República, responde como governante quando é processado e julgado por crime de responsabilidade perante o Senado Federal (CF, art. 52, II), mas continua sujeito a processo e julgamento por crimes comuns ante o Supremo (CF, art. 102, I, “b”) porque persiste seu *status* cívico de mero cidadão.

Nesse contexto, a cláusula de imunidade do § 4º do artigo 86 da Constituição é indiscutivelmente relativa, pois “reclama e impõe, em função de sua própria excepcionalidade, exegese restrita, do que deriva a sua inaplicabilidade a situações jurídicas de ordem extrapenal” (STF, Inquérito nº 672-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/09/1992).

Na prática, a imunidade em tela “não se estende, não obsta e nem afasta a regular instauração e o normal desenvolvimento das investigações pertinentes ao comportamento supostamente delituoso do Chefe do Poder Executivo” (*Idem, ibidem*).

Nem poderia ser diferente. Se a regra dada pelo princípio republicano é a responsabilidade, a exceção do art. 86, §4º, deve ser interpretada restritivamente, **limitando-se, portanto, tão-somente à persecutio criminis in iudicio.**¹²

Cuida-se, contemporaneamente, do que se chama de postulado da máxima efetividade, pelo qual “Não há negar-se que todas as

¹¹ Lewandowski, Enrique Ricardo. *Reflexões em torno do princípio republicano*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005, p. 196.

¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 192.

normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima, mas o intuito deste é o de conferir uma interpretação que lhes dê uma maior eficácia”¹³.

Por conseguinte, extrair do inciso XV do artigo 21 do RISTF combinado com o §4º do artigo 86 da Constituição uma norma de vedação à *investigação* de crimes comuns, conforme apontou a PGR, configura grave infracção do princípio republicano, impondo-se a declaração de sua inconstitucionalidade, conquanto sem que haja necessidade de redução do texto do art. 21, XV, do RISTF.

3.4 Da violação ao princípio da igualdade

Seguindo o rastro das sequelas resultantes da infringência do princípio republicano, sobrevém uma situação de desigualdade substancial com os demais cidadãos, tendo em vista subsistir àquele investido em cargo ou função pública também a responsabilidade ordinária, na qual se inclui, como visto, a *investigação*, fase pré-processual da *persecutio criminis*.

Noutras palavras, há ofensa ao preceito constitucional da isonomia (CF, art. 5º, I), porquanto, nas palavras do conspícuo Celso Antônio Bandeira de Mello, “*a norma atribui tratamentos jurídicos distintos em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados*”.¹⁴

Sim, pois se a exigência de estabilidade institucional que justifica a imunidade processual relativa, a título de fator de diferenciação aplicável, restringe-se à persecução criminal em juízo, não há razão para estender tal atributo de cargo eletivo específico, cuja ocupação é sempre transitória, à fase pré-

¹³ MEYER-PFLUG, Samantha. *Das especificidades da interpretação constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coord.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo, Saraiva, 2005.

¹⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 47.

processual da apuração de responsabilidade criminal de cidadão ordinário.

Do contrário, materializa-se hipótese de desigualdade como inequidade, de "norma que não realiza as exigências de justiça", como ensina o ilustre Jefferson Carús Guedes, em obra específica sobre a temática¹⁵. Quer dizer, prevenir o exercício da atividade investigatória é efetivamente absolver, tornar impune, um dentre os demais cidadãos.

Na verdade, é somente com a adoção de providências investigatórias que será possível preservar eventuais elementos de prova indispensáveis à comprovação de delitos comuns, sem relação com o mandato presidencial, inclusive anteriores, mas que só poderão ser processados no futuro.

Enfim, cogitar de vedação ao relator para determinar a instauração de inquérito contra o Presidente da República por crimes comuns estranhos às suas funções (CF, art. 86, §4º, c/c RISTF, art. 21, XV) é norma de flagrante inconstitucionalidade também sob o prisma da igualdade (CF, art. 5º, I).

3.5. Da violação ao princípio da legalidade estrita

O inquérito, por sua vez, visa a apuração do fato criminoso e da sua autoria, sendo certa sua natureza jurídica de procedimento administrativo¹⁶, cuja autoridade competente para levá-lo a efeito, seja a polícia judiciária, como regra, seja o Ministério Público, encontra-se vinculada ao interesse público.

Não se pode dizer, porém, que a atividade de investigação, objeto do inquérito, compreende-se na de responsabilização (CF, art. 86, §4º). Aquela, posto quando conduzida pelo delegado de polícia tenha como desfecho o indiciamento (Lei Federal nº

¹⁵ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 192.

¹⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo, Atlas, 2017, p. 57.

12.830/2013, art. 2º, §6º), apenas reúne elementos probatórios a serem duplamente reavaliados, como explica Vicente Greco Filho:

O inquérito policial não é nem encerra um juízo de formação de culpa ou de pronúncia, como existe em certos países que adotam, em substituição ao inquérito, uma fase investigatória chamada juizado de instrução, presidida por um juiz que conclui sua atividade com um veredicto de possibilidade, ou não, de ação penal. No sistema brasileiro, o inquérito policial simplesmente investiga, colhe elementos probatórios, cabendo ao acusador apreciá-los no momento de dar início à ação penal e, ao juiz, no momento do recebimento da denúncia ou queixa.¹⁷
[grifo nosso]

A par de a responsabilização não conter o inquérito, cercear ocasional investigação contra o Presidente da República, mormente com base em norma extraída do art. 21, XV, do RISTF cumulado ao art. 86, §4º, da Constituição, importa subtrair das autoridades competentes sua respectiva *obrigação constitucional de investigar*, exprimida pelo princípio da legalidade estrita (CF, art. 37, *caput*).

Em relação ao Ministério Público, esse esvaziamento resta ainda mais flagrante, pois a Constituição preceitua que é sua função institucional "*requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*" (art. 129, VIII), fazendo-se mandatória a declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 21, XV, do RISTF, como demandada na presente ação direta de inconstitucionalidade.

4. DA MEDIDA CAUTELAR

4.1. Do *fumus boni iuris*

À luz do discorrido até aqui, a plausibilidade jurídica das alegações jurídicas deduzidas nesta ação exsurge das graves transgressões aos princípios republicano (art. 1º), da igualdade

¹⁷ FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 100.

(CF, art. 5º, I) e da legalidade (CF, art. 37), apontadas na causa de pedir.

Além disso, ressoam do amparo na jurisprudência do próprio tribunal, que, de longa data, reconheceu a legalidade da investigação do Presidente da República por infrações penais comuns estranhas ao mandato e durante sua vigência, como trouxe à memória, em recente entrevista, o decano do Supremo¹⁸.

4.2. Do *periculum in mora*

O perigo na demora não poderia ser mais iminente. Conforme depoimento de ex-diretor da Odebrecht Engenharia Industrial S/A¹⁹, Márcio Faria da Silva, o atual ocupante da Presidência da República teria avalizado, em reunião no seu próprio escritório, o recebimento de quarenta milhões de dólares *em contrapartida* pela manutenção de contratos junto à Petrobrás S/A²⁰.

O episódio só veio à público em abril do corrente ano, mas teria ocorrido antes da posse do atual Presidente, em 31/07/2016, sendo que, em tese, a conduta descrita poderá levar à configuração dos crimes de corrupção passiva (Código Penal, art. 317), lavagem de dinheiro (Lei Federal nº 9.613/1998, art. 1º) e evasão de divisas (Lei Federal nº 7.492/1996, art. 22).

Com efeito, a abstenção da PGR em investigar, com alicerce na norma de que ora se pede a inconstitucionalidade sem redução de texto (RISTF, art. 21, XV), influi risco concreto à aplicação da lei penal, em conta da ameaça de dissipação dos numerários apontados, na pendência de sua identificação, o que só será

¹⁸ Matéria jornalística disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,investigar-presidente-nao-e-ilegal-diz-celso-de-mello,70001757817>

¹⁹ A íntegra da gravação em vídeo do depoimento mencionado encontra-se disponível nos autos do Inquérito nº 4383 que tramita perante a 2ª Turma deste tribunal, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin. Também acessível no canal do *Estadão* no *Youtube* em: https://www.youtube.com/watch?v=MtNtz_rbsMQ

²⁰ Matéria jornalística disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/temer-comandou-reuniao-de-acerto-de-propina-de-us-40-milhoes-afirma-delator/>

possível com a deflagração do inquérito e a tomada de todas as providências investigatórias cabíveis.

5. DO RITO SUMÁRIO: RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E ESPECIAL SIGNIFICADO PARA A ORDEM SOCIAL

Também se fazem presentes os requisitos para a adoção do rito sumário descrito no artigo 12 da Lei Federal nº 9.868/1999. Não bastasse a Constituição ter destacado uma seção em especial (artigos 85 e 86) para o tratamento da responsabilidade do Presidente da República, a demonstrar a relevância jurídica da matéria, o plano de fundo da *Operação Lava Jato* e um quadro generalizado de corrupção que possa envolver até o Chefe de Estado encerra, sem dúvida, seu especial significado para a ordem social.

6. DO PEDIDO

Ante o exposto, o Autor requer a adoção das providências descritas no *caput* do artigo 12 da Lei Federal nº 9.868/1999, inclusive a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias.

Enfim, pede **a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto do inciso XV do artigo 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em face do §4º do artigo 86 da Constituição, sendo inconstitucional apenas a persecução criminal processual em juízo do Presidente da República.**

Dá-se à causa o valor de R\$ 10,00 (dez reais).

Brasília, 9 de maio de 2017.

MARCOS RIVAS
OAB/DF nº 58.630