



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 60.818/2016-AsJConst/SAJ/PGR

**Arguições de descumprimento de preceito fundamental
390/DF e 391/DF**

Relator: Ministro **Teori Zavascki**
Requerentes: Partido Socialista Brasileiro
Partido da Social Democracia Brasileira
Interessada: Presidente da República

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. NOMEAÇÃO DE PESSOA INVESTIGADA CRIMINALMENTE PARA CARGO DE MINISTRO DE ESTADO. EXAME PROBATÓRIO LIMITADO EM ADPF. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ATENDIMENTO. ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO DO CONTROLE. INDÍCIOS DE DESVIO DE FINALIDADE. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. EFEITO SECUNDÁRIO. DANOS OBJETIVOS À PERSECUÇÃO PENAL. MANUTENÇÃO DA NOMEAÇÃO, COM PERMANÊNCIA DO FORO DE PRIMEIRO GRAU.

1. Cabe conhecer arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) por estar atendida a regra da subsidiariedade, isto é, por não existir meio alternativo apto a sanar, de forma ampla, geral e imediata, as alegadas lesões a preceitos fundamentais.
2. É possível ajuizar ADPF cuja alegação de lesão a preceito fundamental dependa de exame limitado de provas. Descabe, contudo, transformar ADPF em sucedâneo de meios de impugnação próprios do processo penal.
3. Devem ser suspensos processos decorrentes de ações ajuizadas na Justiça Federal cujo objeto coincida com o de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de conferir segurança jurídica e uniformidade ao tratamento da matéria.
4. Nomeação de ministro de estado consubstancia ato administrativo de natureza política, passível de controle judicial para aferir ocorrência de desvio de finalidade, sem embargo da

competência constitucional da Presidente da República para designar seus auxiliares.

5. Ocorre desvio de finalidade quando agente público exerce competência determinada por lei para atingir propósito diverso do atribuído pelo ordenamento jurídico.

6. O acervo probatório e elementos que se tornaram notórios desde a nomeação e posse do ex-Presidente permitem concluir que a nomeação foi praticada com intenção de afetar competência de juízo de primeiro grau. Há danos objetivos à persecução penal, pela necessidade de interromper investigações em curso, pelo tempo para remessa das peças de informação e para análise delas por parte dos novos sujeitos processuais e pelos ritos mais demorados de investigações e ações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função.

7. Parecer pelo (a) conhecimento das ADPFs; (b) deferimento de medida cautelar para suspender a tramitação de quaisquer processos, em instâncias inferiores, com o mesmo objeto destas arguições; (c) deferimento parcial de medida liminar, para o fim de manter, nestes processos, a validade da nomeação atacada – sem prejuízo da possibilidade de o ato ser objeto de nova análise no futuro, em outros processos e diante de acervo probatório distinto –, mas para determinar que investigações criminais e possíveis ações penais referentes a atos imputáveis ao Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA praticados até a data de sua posse no cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República permaneçam no primeiro grau de jurisdição, ressalvadas possíveis causas de modificação de competência previstas na legislação processual penal.

I RELATÓRIO

Trata-se de arguições de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, propostas pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) em face do decreto de 16 de março de 2016, da Excelentíssima Senhora Presidente da República,¹ que nomeou o

¹ Edição extraordinária do *Diário Oficial da União*, seção 2, de 16 de março de 2016.

Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, ex-Presidente da República, para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

Alega o PSB violação ao princípio do juiz natural, direito fundamental consignado no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição da República, o qual se fundamenta nos pilares de imparcialidade, competência e aleatoriedade. Assevera que o ato presidencial padece de desvio de finalidade, porquanto objetivou conferir ao nomeado prerrogativa de foro inerente ao cargo público, “para manipular circunstância particular e pessoal do indivíduo que o exercerá”. Aponta que comprovariam a nulidade do decreto: (a) interceptações telefônicas autorizadas pela 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, em Curitiba; (b) o adiantamento da posse do nomeado, de 22 de março para 17 de março de 2016; (c) a citação do nome do Sr. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA por 186 vezes na colaboração premiada do Senador DELCÍDIO AMARAL, que, como é notório, chegou a ser preso por ordem do Supremo Tribunal Federal, a requerimento do Procurador-Geral da República, no curso das investigações conhecidas como “Lava Jato”.

Formula, cautelarmente, pedidos de suspensão da vigência e eficácia do decreto presidencial, de impedimento da posse prevista para 17 de março de 2016 e de não produção de efeito que altere o juízo natural da 13ª Vara Federal de Curitiba, quanto a investigações referentes ao ex-presidente. No mérito, requer declaração de inconstitucionalidade do ato presidencial e a fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal de que nomeação de pessoa investigada ou processada criminalmente para cargo com prerrogativa de foro não terá o efeito de alterar o juiz natural, quando

tal nomeação tiver o objetivo de modificar a instância competente. Pleiteia também, no caso de não declaração de nulidade do ato impugnado, manutenção da competência da Justiça Federal para investigar e processar o nomeado.

O PSDB sustenta que a nomeação configuraria fraude à Constituição, por desvio de finalidade do ato administrativo, porquanto teria sido praticada com o objetivo de frustrar a persecução penal do nomeado, como investigado no chamado caso “Lava Jato” e denunciado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Indicou ofensa aos princípios republicano, da divisão funcional de poder, do juiz natural, do devido processo legal, da moralidade, da impessoalidade e da legalidade dos atos administrativos.

Solicitaram ingresso como *amici curiæ* o Partido Popular Socialista (peça 16 da ADPF 390) e o Partido Novo Nacional (peça 26 da ADPF 391).

O relator, Ministro TEORI ZAVASCKI, adotou o rito do art. 5º, § 2º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, solicitou informações da Presidência da República e manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República (ADPF 390, peça 19; ADPF 391, peça 11).

A União postulou suspensão cautelar dos processos sobre o tema que tramitam em varas federais de Goiânia, Belo Horizonte, Campo Grande, Ribeirão Preto, Porto Alegre, Angra dos Reis, Curitiba, Londrina, Recife e Distrito Federal, a fim de conferir segurança jurídica até deliberação definitiva do STF (ADPF 390, peça 20; ADPF 391, peça 14). O Advogado-Geral da União pos-

tulou retificação das petições, “a fim de que conste em seu preâmbulo a Presidenta da República” e renovou o pedido de medida cautelar (ADPF 390, peças 22-23; ADPF 391, peça 16).

Posteriormente, a Presidente da República reiterou o pleito de suspensão cautelar de processos em curso e decisões sobre a matéria (ADPF 390, peças 28 e 30, e ADPF 391, peças 22 e 24)

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo indeferimento de medida cautelar. Destacou ser inquestionável que o nomeado possui reconhecidos atributos em coordenação, diálogo e articulação política, a partir da experiência acumulada ao longo de dois mandatos presidenciais, somados à vida parlamentar, inclusive no processo constituinte (ADPF 390, peça 35; ADPF 391, peça 41).

É o relatório.

II PRELIMINARES

II.1 JULGAMENTO CONJUNTO

O artigo 77-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece aplicação da regra de distribuição por prevenção a ações de controle concentrado de constitucionalidade “quando haja coincidência total ou parcial de objetos.” A identidade total ou parcial de objetos a que alude o dispositivo regimental diz respeito, unicamente, às ações daquela forma de controle. Não se aplica, portanto, quando coincida o objeto de ADPFs e mandados de segurança ou de outras ações de controle difuso de constitucionalidade. Para estas, valem as regras do novo Código de Processo

Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), particularmente as do art. 286, I e III, combinado com o art. 55, § 3º.²

Não há óbice a que ato do(a) Presidente da República, como ato emanado do poder público, seja questionado em ações diversas de competência originária do Supremo Tribunal Federal, como em ADPF e em mandado de segurança (CR, art. 102, I, *d*, e § 1º).³

Como o julgamento se fará pelo Plenário da Corte nesse caso, não há, em princípio, risco de decisões contraditórias – o fundamento da regra de prevenção. É razoável antever que o Tribunal buscará realizar julgamento conjunto destes e dos demais processos que tratem do mesmo ato, caso cheguem às fases de apreciação liminar e de mérito, o que elimina risco de contradição e privilegia o caráter democrático do princípio do colegiado, pelo qual se revelam as legítimas posições dos juízes que o integram.

2 “Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:

I – quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada; [...]

III – quando houver ajuizamento de ações nos termos do art. 55, § 3º, ao juízo prevento.”

“Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. [...]

§ 3º, Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.”

3 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...].

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra **atos do Presidente da República**, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;”. [...]

§ 1ºA arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [...]” Sem destaque no original.

II.2 ADPF E EXAME DE PROVAS

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação constitucional vocacionada a preservar a integridade da Constituição da República, à falta de outro meio eficaz para salvaguarda, em face de atos do poder público lesivos a preceitos fundamentais. Ato jurídico, para fins de cabimento de ADPF, não precisa ostentar natureza normativa; basta que emane do poder público e seja apto a lesar núcleo de princípios e regras revestidos de essencialidade para manutenção da ordem constitucional, a serem avaliados nas circunstâncias.

Segundo GILMAR MENDES, a ADPF é “instituto que assume [...] feição marcadamente objetiva”. Como ação que tutela o direito objetivo de maneira ampla, geral e abstrata, em regra não se permite em ADPF, assim como em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade, incursão, pelo Supremo Tribunal Federal, em exame aprofundado de provas, sejam elas indiciárias ou não, como condição indispensável para conclusão sobre a legitimidade constitucional, ou não, do ato do Poder Público questionado.

Segundo o Ministro CELSO DE MELLO:

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade.⁴

Por isso, não se admite desvirtuamento do manejo de ADPF e das demais ações voltadas ao controle objetivo de constitucionalidade, para obter resultado específico em situações concretas.⁵ Por conseguinte, não cabe dilação probatória em arguição de descumprimento de preceito fundamental para aferir violação dos preceitos constitucionais invocados.⁶

Estas arguições buscam declaração de nulidade do ato de nomeação de ministro de estado pela Presidente da República, por alegado desvio de poder (desvio de finalidade) no exercício de competência privativa. Invalidar ato administrativo por desvio de finalidade pressupõe comprovação do desvirtuamento do interesse público para atingir objetivos diversos daqueles indicados pela lei e, com maior gravidade, dos colimados pela Constituição.

Segundo CAIO TÁCITO, “o diagnóstico da violação da finalidade impõe o exame dos motivos alegados pelo agente, através dos

4 Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.551/MG. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 2/4/2003, maioria. *Diário da Justiça*, 20 abr. 2006.

5 Por exemplo: STF. Plenário. Agravo regimental na ADPF 11/SP. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES; Redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES, 18/11/2004, maioria. *DJ*, 5 ago. 2005; ADPF 17/AP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 5/11/2003. *DJ*, 14 fev. 2003; Referendo na medida cautelar na ADPF 172/RJ. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 10/6/2009. *DJe*, 21 ago. 2009, entre outros.

6 A exigência de prova de violação de preceito fundamental, com apresentação dos documentos necessários para comprovar a impugnação (art. 3º, III, parágrafo único, da Lei 9.882, de 3 de novembro de 1999), não desnatura a índole eminentemente objetiva do controle de constitucionalidade realizado por esse instrumento processual constitucional.

quais se exterioriza a sua vontade”, de modo que “o desvio de poder guarda, por isso, estreita correlação com outro vício – o da inexistência ou falsidade dos motivos”. Observa, corretamente, que “é por meio da análise criteriosa da motivação do ato administrativo, dos indícios veementes que defluem da conferência entre os motivos invocados e os resultados alcançados ou pretendidos que o desvio de poder virá à tona”.⁷

Não cabe, mediante ADPF, incursão do Supremo Tribunal Federal em aprofundado exame de provas para se concluir pela possível violação de preceitos fundamentais.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal conheceu a ADPF 388/DF, proposta contra ato de nomeação de ministro de estado da Justiça, na qual se discutia a possibilidade de membro do Ministério Público empossado após a promulgação da Constituição de 1988 exercer funções fora da carreira.

Neste caso, a discussão transcende o plano de ato individual, porquanto se aborda a validade de nomeação de cidadão brasileiro para cargo de ministro de estado. Em face da relevância político-institucional da situação, sobretudo no quadro de crise em que se vê o País, da necessidade de evitar situação de insegurança jurídica na titularidade da Casa Civil da Presidência da República e do precedente da ADPF 388/DF, entende o Procurador-Geral da República que as arguições de descumprimento comportam conhecimento.

7 TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 117:1-18, jul./set. 1974. Disponível em < <http://zip.net/bvs436> > ou < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40110> >; acesso em 27 mar. 2016.

Descabe transformar estas arguições, porém, em sucedâneo de meios de impugnação próprios do processo penal e transferir para elas discussões que têm sede apropriada em investigações e ações penais, a fim de não se perpetrar subversão do devido processo legal. No momento adequado, se for o caso e houver necessidade de o Ministério Público Federal adotar medidas processuais penais em face do ex-Presidente ou de outros cidadãos brasileiros, nos respectivos procedimentos é que terão lugar discussões profundas sobre possíveis ilícitos penais, sobre validade de meios probatórios e sobre efeitos penais dos atos ali descritos.

II.3 REQUISITO DE SUBSIDIARIEDADE

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 33/PA, decidiu que a subsidiariedade dessa via processual deve ser aferida em face das demais ações de controle abstrato de constitucionalidade, dado o caráter objetivo do instituto. A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, ao eleger a subsidiariedade como requisito de procedibilidade da arguição (art. 4º, § 1º), refere-se a “outro meio eficaz de sanar a lesividade”. O meio (processual), interpretou a Corte, deve ser apto a resolver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

Há casos em que a ausência de conteúdo normativo do ato inviabiliza ajuizamento das demais ações de controle concentrado. Isso não significa que eventual lesão a preceito fundamental somente possa ser sanada, de forma ampla, geral e imediata, por ar-

guição de descumprimento de preceito fundamental. A esse respeito, adverte o Ministro MARCO AURÉLIO:

Essa, a meu ver, é a regra geral: o princípio da subsidiariedade deve ser observado tendo em vista, notadamente, a viabilidade de admissão das demais ações previstas para o exercício do controle concentrado. O entendimento, entretanto, merece temperamentos.

A amplitude do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental não significa afirmar que todo e qualquer ato que não possua caráter normativo – pois então se mostraria pertinente a ação direta – seja passível de submissão direta ao Supremo. A óptica implicaria o desvirtuamento da sistemática de distribuição orgânica da jurisdição traçada pela Constituição Federal.

De um lado, a mera possibilidade de discussão do tema mediante a formalização de demandas individuais não deve conduzir ao esvaziamento da atividade precípua reservada ao Supremo – de guardião maior da Carta da República. De outro, descabe utilizar a ação para desbordar as medidas processuais ordinárias voltadas a impugnar atos tidos como ilegais ou abusivos, ainda mais quando o tema não representa risco de multiplicação de lides individuais.

Considero a arguição de descumprimento de preceito fundamental instrumento nobre de controle de constitucionalidade objetivo, destinado à preservação de um preceito nuclear da Carta Federal. É inadequado utilizá-la para dirimir controvérsia atinente a pequeno número de sujeitos determinados ou facilmente determináveis. Se isso fosse possível, surgiriam duas situações incompatíveis com o texto constitucional. Primeira: ficaria transmudada a natureza da ação, de objetiva para subjetiva. Segunda: estaria subvertida a ordem jurídico-processual, autorizando-se a trazer a este Tribunal, sem a observância dos graus de recurso, causas que não possuem relevância necessária ao exercício da competência originária.⁸

8 STF ADPF 245/DF Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 4/9/2013, decisão monocrática, *DJe*, 12 dez. 2012.

Na mesma direção, assinala ANDRÉ RAMOS TAVARES que, para verificação do cumprimento da subsidiariedade, “não basta a existência de mecanismos que combatam a lesão a preceito fundamental. É preciso indagar acerca da sua eficácia, da força e extensão do mecanismo”, “sendo referencial válido, para o uso do teste, haver no sistema judicial a possibilidade de sanar plenamente a lesão a preceito fundamental por outro mecanismo”.⁹

O que se leva em consideração, para cabimento da ADPF, é a **transcendência** da solução a ser empregada pelo Supremo Tribunal Federal, que pode decorrer de potencial multiplicador da discussão, de modo que esta não se limite a declarar se determinado ato do poder público viola preceito fundamental. É preciso aquilatar a real eficácia das demais medidas processuais para solucionar, de forma abrangente, a lesão a preceito fundamental ocasionado pelo ato.

Nesse sentido decidiu, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgado com esta ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) – AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º) – EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE ALEGADAMENTE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS – INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

9 TAVARES, André Ramos. *Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade*. Disponível em: < <http://zip.net/bysntK> > ou < http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_ramos2.pdf >. Acesso em: 27 mar. 2016.

– O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, por si só, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse *writ* constitucional.

– A norma inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.¹⁰

O ato questionado, praticado pela Presidente da República no exercício de competência privativa (CR, art. 84, I), de nomeação de cidadão investigado criminalmente para o cargo de ministro de Estado, ostenta caráter transcendente, por sua relevância política, conquanto não tenha, em princípio, efeito multiplicador. A questão submetida ao Supremo Tribunal Federal é de anulação de

10 STF. Plenário. AgR/ADPF 237/SC. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 28/5/2014, un. *DJe* 213, 30 out. 2014.

ato administrativo praticado por agente estatal, com suposto desvio de finalidade.

Os preceitos constitucionais potencialmente violados – princípios republicano (art. 1º), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LXVIII), da legalidade, da moralidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*) – são relevantes como decorrência direta de ato praticado com desvio de finalidade. Em outras palavras, ato administrativo consumado nessa condição costuma violar aqueles princípios. Possível prática de ato político-administrativo por parte da Presidente da República para subtrair do juiz natural pessoa passível de responsabilização na esfera criminal tem características únicas que recomendam decisão definitiva por parte do Supremo Tribunal Federal.

O ato da Presidente da República poderia, é verdade, ser invalidado por instrumentos processuais outros aptos a neutralizar a alegada lesão a preceitos fundamentais. Poderia ser questionado por mandado de segurança no STF ou por ação popular no juízo federal de primeiro grau. O que diferirá, nesse caso, são os requisitos processuais de cada ação e as limitações da apreciação judicial em cada caso:

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

– A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaus-

tivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), **mesmo que instauradas contra o Presidente da República** ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, *b* e *c*), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de **mandado de segurança**, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, *d*). Precedentes.¹¹

Considerando o já citado precedente da ADPF 388/DF e a multiplicidade de processos ajuizados contra o ato em foco, segundo se aponta no tópico a seguir, existe necessidade de solução imediata e unificada da incerteza em torno do importante ato objeto destas ações. Desse modo, ante a excepcionalidade da situação, parece satisfeita a regra da subsidiariedade, ante o caráter transcendente da discussão e a inexistência de mecanismos processuais outros aptos a sanar, de modo eficaz e imediato, a alegada lesividade à Constituição.

II.4 SUSPENSÃO DE PROCESSOS E DECISÕES

A Presidência da República requer, com fundamento no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, suspensão do andamento de todos os processos e decisões judiciais que possuam ob-

¹¹ STF Plenário. Reclamação 1.738/MG. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 1º/9/1999, un. DJ, 1º out. 1999. Sem destaques no original.

jeto afim à matéria das arguições de descumprimento de preceito fundamental, até seu julgamento, de sorte a evitar decisões contraditórias e preservar o princípio da segurança jurídica (ADPF 390, peças 20 e 22-23; ADPF 391, peça 14 e 16).

De acordo com a tabela na peça 23 da ADPF 390, existem pelo menos **52 processos** tramitando no país, tendo como objeto o ato impugnado nesta ação, além de **16 outras ações** em curso no próprio STF, segundo constatou a Procuradoria-Geral da República.¹²

O art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999 dispõe:

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

O dispositivo admite medida liminar para suspender processos e decisões judiciais que apresentem relação com a matéria discutida em ADPF, salvo se protegidos pela coisa julgada. Tal providência, a exemplo da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 21), visa a afastar estado de insegurança e incerteza jurídica, ao impedir que juízes e tribunais inferiores consolidem situações contrárias a possível decisão definitiva que venha a ser tomada pela Suprema Corte.¹³ Sobre o dispositivo, GILMAR MENDES observa:

12 Ação cautelar (AC) 4.130/DF, ADPFs 390/DF e 391/DF, *habeas corpus* (HC) 133.596/DF e 133.605/DF, mandados de segurança (MS) 34.069/DF, 34.070/DF, 34.071/DF, 34.073/DF e 34.074/DF, petições (Pet) 5.977/DF, 5.978/DF, 5.980/DF, 5.981/DF, 5.982/DF e 5.985/DF.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.

Além da possibilidade de decretar a suspensão direta do ato impugnado, admite-se na cautelar prevista para a arguição de descumprimento a determinação de que os juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que guarde relação com a matéria discutida na ação (art. 5º, § 3º). Confere-se, assim, ao Tribunal um poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a tomar. Nesse aspecto, a cautelar da ação de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à disciplina conferida pela Lei n. 9.868/99 à medida liminar passa a ser também um instrumento de economia processual de uniformização da orientação jurisprudencial.¹⁴

Em diversas oportunidades, determinou o Supremo Tribunal Federal, tanto em ADPF quanto em ADC, suspensão cautelar de andamento de processos judiciais que possuíam como objeto o mesmo ato questionado no processo de controle concentrado:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. [...]

Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo “chefia” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.¹⁵

497-498.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.118.

15 STE Plenário. MC na ação declaratória de constitucionalidade 12/DF.

Ação declaratória de constitucionalidade. 2. Artigos 14, 15, 16, 17 e 18, da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, que cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelecendo diretrizes para programas de enfrentamentos da crise de energia elétrica, dando outras providências. 3. Afirmção de controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade dos dispositivos, objeto da ação. 4. Pedido de concessão de medida liminar com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante até o julgamento definitivo da ação para: “(a) sustar a prolação de qualquer decisão, cautelar, liminar ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que impeça ou afaste a eficácia dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001; (b) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos de quaisquer decisões, cautelares, liminares ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que tenham afastado a aplicação dos preceitos da citada Medida Provisória”. [...] ¹⁶

[...] 2. AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF. Liminar concedida. Suspensão de processos e efeitos de sentenças. Servidor público. Professores do Estado de Pernambuco. Elevação de vencimentos com base no princípio da isonomia. Casos recobertos por coisa julgada material ou convalidados por lei superveniente. Exclusão da eficácia da liminar. Agravo provido em parte e referendo parcial, para esse fim. Aplicação do art. 5º, § 3º, *in fine*, da Lei federal nº 9.882/99. Não podem ser alcançados pela eficácia suspensiva de liminar concedida em ação de descumprimento de preceito fundamental, os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por lei superveniente. ¹⁷

Consoante destacou a Presidente da República, tramitam pelos menos 52 ações populares em diferentes varas federais, em

- Rel.: Min. CARLOS BRITTO. 16/2/2006, maioria. *DJ*, 1º set. 2006, p. 15.
 16 STF. Plenário. MC/ADC 9/DF. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Redator para acórdão: Min. ELLEN GRACIE. 26/8/2001, maioria. *DJ*, 23 abr. 2004, p. 5.
 17 STF. Plenário. AgR na ADPF 79/PE. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 18/6/2007, maioria. *DJe* 82, 17 ago. 2007.

todo o país, com elevado potencial de provimentos judiciais conflitantes.

Dessa forma, deve ser deferida medida cautelar, para suspensão dos processos e decisões que tramitem na Justiça Federal com o mesmo objeto desta ADPF, de forma a preservar deliberação do Supremo Tribunal Federal, caso sejam conhecidas as arguições de descumprimento.

III PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

III.1 ATO DE NOMEAÇÃO DE MINISTRO DE ESTADO

Impugna-se, por meio destas arguições, o ato da Presidente da República de nomeação do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República. Trata-se de ato político-administrativo realizado com fundamento no art. 84 da Constituição da República, segundo o qual é competência privativa da Presidente da República nomear e exonerar ministros de estado.

Como espécie de ato administrativo, tais nomeações submetem-se a controle jurisdicional. Contudo, a fiscalização do Judiciário é limitada, em virtude do traço político e discricionário da atuação administrativa. A esse respeito, destaca JOSÉ CRETILLA JÚNIOR:

Cumprindo observar que, dentro de nosso sistema constitucional de freios e contrapesos, a afirmação de que “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional” precisa ser entendida em seu sentido exato que é: “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional apenas no que encerram de político”, porque, integrando

a ordem jurídica, a qual se submetem e se adaptam, como atos jurídicos que são, devem concretizar-se de harmonia com o princípio da legalidade e conforme a competência constitucional.¹⁸

Cargo de ministro de estado possui como atribuição primordial auxiliar diretamente o chefe do Executivo na criação, elaboração e execução de políticas governamentais, de forma que deve ser ocupado por pessoas de sua confiança. Escolha e nomeação de ministro de Estado são atribuições do campo de autonomia do Executivo; desde que preenchidos os requisitos legais, não cabe chancela do Judiciário ou do Legislativo.

Segundo JOSÉ CARLOS FRANCISCO, em sistema presidencialista no qual há unificação das funções de chefe de estado e chefe de governo na figura do Presidente da República, condicionar escolha de ministros de estado à aprovação de outro órgão consubstanciaria afronta ao princípio da divisão funcional do poder (CR, art. 60, § 4º, III), porquanto criaria obstáculos à melhor fluência das relações e da interlocução entre o chefe do Executivo e seus auxiliares diretos. Observa o autor:

[...] cabe ao Presidente da República, por sua livre, exclusiva e consciente decisão, nomear e exonerar os Ministros de Estado, segundo a confiança que neles deposita, ou a conveniência e a oportunidade em manter determinada pessoa na função de seu auxiliar e no comando de Ministérios criados por lei.¹⁹

18 CRETILLA JUNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 172.

19 FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao art. 84. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L.; (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.203.

A respeito da competência privativa do Presidente da República para nomear e exonerar essas autoridades, JOSÉ AFONSO DA SILVA destaca:

[...] os ministros, que são simples auxiliares do presidente da República, são por ele livremente nomeados e exonerados. Quer dizer, os ministros de Estado não dependem da confiança do Parlamento, mas são órgãos de estrita confiança do chefe do Poder Executivo, que, por isso mesmo, detém o poder incontrastável de nomeá-los e exonerá-los sem atender a ninguém, do ponto de vista jurídico-constitucional. Claro que há injunções políticas a atender; mas isso já ingressa no campo da Ciência Política ou da Sociologia, foge ao terreno jurídico.²⁰

A Constituição da República dedica o art. 87 ao cargo de ministro de estado e estabelece como requisitos: (a) nacionalidade brasileira, (b) idade mínima de 21 anos, e (c) pleno exercício de direitos políticos.²¹

Os arguentes não indicaram descumprimento de nenhum dos requisitos delineados pela Constituição da República para ocupação do cargo de Ministro Chefe da Casa Civil por LUIZ

20 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 491.

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

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

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”.

INÁCIO LULA DA SILVA, o qual se encontra em pleno gozo dos direitos políticos, é maior de 21 anos e possui nacionalidade brasileira.

Inexistência de investigação criminal em curso não é considerada, pela Constituição da República, requisito para provimento daquele cargo. Consoante o art. 15 da Constituição da República, tem lugar a suspensão de direitos políticos nas seguintes hipóteses:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II – incapacidade civil absoluta;

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Para suspensão de direitos políticos, a norma constitucional exige condenação criminal transitada em julgado. Existência de investigação criminal em andamento não é, juridicamente, causa impeditiva à posse de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA no cargo de ministro de estado.

Do ponto de vista estritamente jurídico abstrato, não há obstáculo à nomeação de pessoa investigada criminalmente. Interpretação diversa afrontaria o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, em sua concepção atual, segundo o qual ninguém será considerado culpado até passar em julgado sentença penal condenatória (ressalvadas restrições corretamente impostas pela chamada “Lei da Ficha Limpa”, a Lei Complementar 135, de 4 de

junho de 2010, que modificou a Lei das Inelegibilidades, Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990).

III.2 DESVIO DE FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

A afirmação de inconstitucionalidade do decreto impugnado ampara-se em que LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA teria sido nomeado para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil com o propósito de beneficiar-se de foro por prerrogativa de função, o que configuraria desvio de finalidade e violaria os princípios do juiz natural (CR, art. 5º, LIII), da divisão funcional de poder (CR, art. 2º), do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) e os da moralidade, da impessoalidade e da legalidade (CR, art. 37, *caput*).

Os partidos requerentes destacam os seguintes indícios de desvio de finalidade na nomeação atacada: (a) adiantamento da posse, inicialmente a ocorrer em 22 de março de 2016, para 17 de março de 2016; (b) divulgação de gravações telefônicas realizadas no curso de investigação criminal em trâmite na Justiça Federal; (c) citação do nome de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em acordos de colaboração premiada.

Desvio de finalidade ou desvio de poder ocorre quando agente público exerce competência atribuída por lei para atingir propósito diverso daquele delimitado pelo ordenamento jurídico (Lei da Ação Popular – Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 2º, parágrafo único, *e*).²²

²² “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...]

e) desvio de finalidade.

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

Caracteriza-se como deturpação do dever-poder atribuído a determinado agente que, apesar de exercê-lo nos limites aparentes de sua atribuição, direciona-o a fim não buscado pela lei. Relaciona-se, portanto, com a noção de legalidade positiva ou de vinculação positiva à legalidade (*positive Bindung*): exige-se do agente mais do que não praticar atos vedados pela lei, mas atuar sempre e quando autorizado e impelido a tanto por ela. Na conhecida definição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento de poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.²³

Tal extrapolação finalística acaba por traduzir também violação da competência, como explica LUCAS ROCHA FURTADO:

O desvio de poder ou de finalidade ocorre quando o agente se afasta dos fins definidos em lei que justificam a outorga da competência ao agente. O desvio não requer, portanto, a violação da moralidade ou de qualquer outro princípio ou preceito legal.

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.996.

[...]

Assim, sempre que o ato praticado se afastar da finalidade que justificou a outorga da competência ao administrador público, ou seja, sempre que o ato praticado visar a fim incompatível ou excludente do interesse público, haverá abuso de poder sob a modalidade desvio.²⁴

Dada a pátina de legalidade dos atos do poder público em geral, atestar ocorrência de desvio costuma ser dificultoso, como recorda HELY LOPES MEIRELLES:

O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado de interesse público. Diante disso, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito, já decidiu o STF que “indícios vários e concordantes são provas”. Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou.²⁵

Isso não obsta controle judicial da matéria, dado que o desvio de poder acarreta ilegalidade, a qual pode reputar-se comprovada ante conjunto coerente de elementos. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO observa, a esse respeito:

Em preciosa monografia sobre o tema, CRETILLA JÚNIOR, também reconhecendo a dificuldade de prova, oferece, entretanto, a noção dos sintomas denunciadores do desvio de poder. Chama sintoma “qualquer traço, interno ou externo, direto, indireto ou circunstancial que revele a distorção da

24 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 653-654.

25 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 118.

vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo de interesse público, mas por motivo privado”.

[...]

Agindo com abuso de poder, por qualquer de suas formas, o agente submete sua conduta à revisão, judicial ou administrativa. O abuso de poder não pode compatibilizar-se com as regras da legalidade, de modo que, constatado abuso, cabe repará-lo.²⁶

Colhe-se, portanto, da doutrina o seguinte guia para verificar ocorrência de desvio de poder: a) busca-se atingir finalidade deturpada do ato administrativo; b) o vício é objetivo, satisfaz-se com descompasso entre a finalidade legal e a real; c) dada a artificiosidade que o circunda, sua prova dá-se por meio de indícios que, revelando coerência, sejam capazes de nulificar o ato; d) o desvio é passível de controle judicial, na modalidade de controle de legalidade, até na via do mandado de segurança.

Indícios apontados pelos arguentes parecem hábeis a comprovar desvio de finalidade e são suficientes, neste momento, para evitar ao menos parte dos efeitos do ato praticado pela Presidente da República.

A Presidência da República reconheceu, em nota à imprensa e em pronunciamento por ocasião da posse do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA no cargo sob exame, que lhe encaminhou um termo de posse para que o firmasse e devolvesse, caso não pudesse fazer-se presente à cerimônia de posse.²⁷ A atitude é inegavelmente

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49.

27 “Em nota, presidenta Dilma repudia divulgação de conversa com Lula”, disponível em < <http://zip.net/brs4B5> > ou < <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/03/em-nota-presidencia-repudia-divulgacao-de-conversa-entre-dilma-e-lula> >; acesso em 27 mar. 2016; “‘Os golpes começam assim’, diz Dilma sobre grampo em conversa

inusual, porquanto a posse de agentes públicos deve ocorrer mediante assinatura do respectivo termo, pessoalmente ou por procuração específica, de acordo com os arts. 7º e 13, *caput* e § 3º, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.²⁸

Não se nega que o nomeado tenha condições de emprestar relevante reforço político em tratativas necessárias ao funcionamento da Presidência da República, dada sua experiência como ex-Presidente da República e sua qualidade de habilidoso negociador, segundo se divulga. Como se apontou, não havia empecilho jurídico *a priori* à sua nomeação, e cabia à Excelentíssima Presidente da República avaliar a colaboração que o nomeado poderia dar a seu governo. Os predicados do nomeado, todavia, não justificam as circunstâncias anormais da antecipação da posse e da entrega de um termo para que fosse assinado, caso não pudesse comparecer à cerimônia. Se havia óbice à posse, por qualquer motivo, naturalmente existiria também à entrada em exercício, o que afastaria a urgência da remessa do termo à pessoa do nomeado, já que ele estaria impossibilitado de colaborar na qualidade de ministro, como almejava a nomeação.

É notório que, nos dias em torno da nomeação e da posse, o nomeado era investigado criminalmente pelo Ministério Público Federal e pelo Departamento de Polícia Federal, tanto que contra

com Lula”, disponível em < <http://zip.net/bbs4n0> > ou < <http://blog.planalto.gov.br/os-golpes-comecam-assim-diz-dilma-sobre-grampo-em-conversa-com-lula-2> >; acesso em 27 mar. 2016.

28 “Art. 7º A investidura em cargo público ocorrerá com a posse.

Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei. [...]

§ 3º A posse poderá dar-se mediante procuração específica. [...]

sua pessoa foi expedido mandado de condução coercitiva pela 13^a Vara da Seção Judiciária do Paraná, cumprido em 4 de março de 2016, objeto de farto noticiário jornalístico. Àquela altura, havia intensos comentários acerca da possibilidade de que fosse decretada prisão preventiva contra si, como é igualmente ressabido.

A nomeação e a posse apressadas do ex-Presidente teriam como efeitos concretos e imediatos a interrupção das investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal no primeiro grau de jurisdição e a remessa das respectivas peças de informação ao Supremo Tribunal Federal e à Procuradoria-Geral da República, por força do foro por prerrogativa de função previsto no art. 102, I, c, da Constituição.²⁹ Essas investigações, ligadas ao conjunto de procedimentos criminais conhecidos como caso “Lava Jato”, são reconhecidamente complexas, o que geraria solução de continuidade temporária nos atos investigatórios relativos ao Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, até que a Procuradoria-Geral da República pudesse inteirar-se de todos os elementos e retomá-los, após os trâmites próprios de investigações ocorridas perante tribunais. Ademais, em caso de ação penal, o procedimento originário em tribunais, regido pela Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, é sabidamente mais lento do que o do Código de Processo Penal para juízes singulares, aplicável aos cidadãos em geral. Considerando, ainda, que o

29 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente: [...]

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 23, de 1999) [...]”.

ex-Presidente conta 70 anos de idade, todos esses atrasos poderiam, hipoteticamente, beneficiá-lo no caso de vir a ser acusado em processo penal, diante da contagem pela metade dos prazos de prescrição, estipulada pela anacrônica norma do art. 115 do Código Penal.³⁰ Mesmo considerando que o processo de ministros de estado ocorre em instância única, na Suprema Corte, a complexidade desse procedimento pode gerar lentidão muito maior do que a do primeiro grau de jurisdição.

Diante desses fatores e da atuação inusual da Presidência da República em torno da nomeação, há elementos suficientes para afirmar ocorrência de desvio de finalidade no ato. Se não é possível impedir a nomeação nem há, **nestes processos**, alicerce suficiente para a desconstituir (sem prejuízo de que a validade do ato venha a ser rediscutida, ante elementos mais amplos, se for o caso), parece harmônico com o controle dos atos do poder público evitar que ela produza os efeitos negativos acima apontados nas investigações ligadas ao cidadão LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, mantendo-as no primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal e **ressalvada a hipotética ocorrência de causa de modificação de competência, dentre as previstas nas leis processuais penais, como a conexão**. Com isso se preserva, ao menos por ora, a prerrogativa presidencial de nomear seu auxiliar, com base nos critérios próprios de confiança, mas ao mesmo tempo se evitam os efeitos negativos para o interesse público decorrentes do desvio existente no ato.

30 “Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 ([...]) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 ([...]) anos. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)”.

Ressalva-se a possibilidade de que o ato de nomeação venha a ser objeto de nova análise no futuro, em outros processos e diante de acervo probatório distinto do destas arguições de descumprimento.

Em outras palavras, impede-se, **diante do quadro processual atual**, a incidência dos efeitos secundários do ato político de nomeação de ministro de estado, isto é, o deslocamento para o Supremo Tribunal Federal de procedimentos penais em que o Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA figure como investigado.

LUCAS ROCHA FURTADO, ao analisar a anulação de ato administrativo em hipótese de conflito entre princípios constitucionais, destacou que deve realizar-se exame casuístico pautado na ponderação de valores, com o objetivo de fazer prevalecer a solução mais consentânea com o interesse público:

Algumas questões tormentosas relativas aos fundamentos para a anulação dos atos administrativos devem ser enfrentadas. Como proceder na eventualidade de ato praticado diante da colisão de princípios administrativos, por exemplo? Deve ser anulado o ato que para realizar dispositivo legal (princípio da legalidade) viola o princípio da moralidade, ou que visando à realização da eficiência viola a lei?

Em nada se deve diferenciar a abordagem a ser dada ao exame da validade do ato administrativo praticado diante da aparente colisão de princípios da Administração Pública em relação às soluções apresentadas pelo Direito Constitucional para exame da constitucionalidade de leis.

Nessas hipóteses, o Direito Administrativo deve utilizar as soluções apresentadas pelo Direito Constitucional para a solução de conflitos em que se verifique colisão de princípios. O exame deve ser casuístico. Para cada ato, em que se verifique a possibilidade de violação de um princípio como meio necessário à realização de outro, deve-se proceder à ponde-

ração dos valores jurídicos envolvidos e verificar, em cada caso, a solução que melhor se coaduna ao interesse público.

Procedido a esse exame, a conclusão acerca da colisão de princípios pode ser no sentido de confirmar a validade do ato ou a da sua anulação. Importante observar que na primeira hipótese, de ser confirmada a validade do ato, não obstante a aparente violação de princípio constitucional, não se trata de situação que requeira a convalidação. A convalidação deve ser utilizada caso seja confirmada a existência de vício sanável em ato administrativo, e não de colisão de princípio.³¹

Os indícios de busca de alterar o juiz natural (CR, art. 5º, LIII) para supervisionar investigações referentes ao nomeado não devem permitir a produção desses efeitos, ainda que seja caso de reconhecer, **nestes processos**, a possibilidade de a Presidente da República nomear pessoa de sua confiança para o cargo de ministro de Estado (CR, art. 84, I).

III.3 INAPLICABILIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Foro por prerrogativa de função (também comumente conhecido como “foro privilegiado”) constitui critério constitucional em razão da pessoa (*ratione personæ*) destinado a fixar a competência para o processo (em sentido amplo, abrangendo a fase pré-processual de investigações) de infrações penais praticadas por pessoas que ocupem certos cargos, a fim de preservar o exercício da função pública. Não é caso de discutir aqui as vantagens desse sistema nem sua compatibilidade com os princípios republicano e da isonomia.

31 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 251.

Em relação a ministros de estado, EUGÊNIO PACELLI entende justificada a prerrogativa de foro em razão do “reconhecimento e da relevância das funções exercidas, *em nome da Presidência*, pelos Ministros de Estado. Os Ministros atuam, pois, como a *longa manus* da Presidência da República, na consecução de seus objetivos político-administrativos”.³²

Tal prerrogativa, sem embargo, não é absoluta. Caso se apure ter sido a nomeação praticada com abuso de direito ou tentativa de fraude processual, pode autorizar-se deslocamento da competência para outro juízo. Em outro momento, o Supremo Tribunal Federal afastou os efeitos de ato de renúncia de deputado federal manifestada com a intenção de subtrair-se à jurisdição da Suprema Corte:

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE.

1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser ob-

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 213. Destaque no original.

jeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas.

2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal.

3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbra suposta prática de ilícitos penais. Precedentes.

4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro.

5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político.

6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo.

8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação.

9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento.
10. Preliminares rejeitadas.
11. Ação penal julgada procedente.³³

No julgamento de questão de ordem na ação penal 536/MG, o Ministro ROBERTO BARROSO destacou não caber ao Judiciário obstar renúncia de parlamentar ao mandato com objetivo de alterar competência para processamento de ação penal. Por outro lado, concluiu ser “legítimo sustar efeitos puramente secundários da renúncia, como a perda do foro”. Confira-se a ementa do julgamento:

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

1. A jurisprudência dominante no STF é no sentido de que, cessado o mandato parlamentar por qualquer razão, não subsiste a competência do Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação penal contra membro do Congresso Nacional.
2. A regra geral enunciada acima foi excepcionada na Ação Penal 396/RO, em que o Tribunal considerou ter havido abuso de direito e fraude processual. Neste caso específico, após seguidos deslocamentos de competência, o réu parlamentar renunciou ao mandato depois de o processo ter sido incluído em pauta para julgamento pelo Plenário.
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

33 STF Plenário. Ação penal 396/RO. Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA. 28/10/2010, maioria. *DJe* 78, 28 abr. 2011, p. 105.

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.

4. Seja pela orientação do relator, que não aplicava o critério que propunha ao presente caso, seja pela manutenção da jurisprudência que prevalece de longa data, a hipótese é de resolução da Questão de Ordem com determinação de baixa da ação penal ao juízo competente, para prolação de sentença.³⁴

A partir do acervo probatório dos autos e de elementos que se tornaram notórios desde a nomeação e posse do ex-Presidente, é lícito concluir que a nomeação foi praticada com a intenção, sem prejuízo de outras legítimas, de afetar a competência do juízo de primeiro grau. Diante desse quadro, não se deve deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal, pelos fundamentos já expostos. Essa solução **nada tem que ver** com a premissa inaceitável de que a Suprema Corte seria mais leniente ou menos eficiente na supervisão de investigações relativas ao nomeado nem na condução de hipotética ação penal que contra ele possa instaurar-se.

O dano à persecução penal nasce de aspectos objetivos: necessidade de interromper as investigações em curso, tempo para remessa das peças de informação e para análise delas por parte dos novos sujeitos processuais e ritos mais demorados de investigações e ações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função, decorrentes da legislação penal (particularmente da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990), da jurisprudência e da dinâmica própria dos tribunais.

34 STF. Plenário. Questão de ordem na AP 536/MG. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO. 27/3/2014, maioria. *DJe* 154, 12 ago. 2014.

IV PERIGO DE DANO

Suspensão apenas do efeito secundário do ato de nomeação e posse do Ministro Chefe da Casa Civil, concernente ao deslocamento de seu foro, evita maiores danos à atuação governamental, uma vez que a pasta ministerial se encontra desprovida de seu titular, em momento de conhecida e profunda turbulência política e econômica que o País atravessa. À Casa Civil tocam funções estratégicas de assessoramento direto e imediato da Presidente da República e tradicionalmente desempenha importante papel na articulação política do Poder Executivo da União, de forma que sua relevância para persecução das políticas governamentais é indiscutível.

São estas as atribuições da Casa Civil fixadas pela Lei 10.683, de 28 de maio de 2003:

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;

II – promover a publicação e a preservação dos atos oficiais.

Parágrafo único. A Casa Civil tem como estrutura básica:

I – o Conselho Deliberativo do Sistema de Proteção da Amazônia;

II – a Imprensa Nacional;

- III – o Gabinete;
- IV – a Secretaria-Executiva; e
- V – até 3 (três) Subchefias.

Considerando a competência constitucional da Presidente da República para nomear ministros de Estado e a crise política instaurada no País, suspensão do ato político-administrativo poderá causar graves danos à ordem institucional. Conforme destacou a Advocacia-Geral da União, o perigo de dano inverso verifica-se pelo comprometimento da “execução de uma série de políticas públicas e ações governamentais que necessitam de 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” (ADPF 390, peça 35; ADPF 391, peça 41).

V CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República por:

- a) conhecimento das arguições de descumprimento de preceito fundamental;
- b) deferimento de medida cautelar para suspender a tramitação de quaisquer processos, em instâncias inferiores, com o mesmo objeto destas arguições;
- c) deferimento parcial de medida liminar, para o fim de manter, **nestes processos**, a validade da nomeação atacada – sem prejuízo da possibilidade de o ato ser objeto de nova análise no futuro, em outros processos e diante de acervo probatório distinto –, mas para determinar que investigações criminais e

possíveis ações penais referentes a atos imputáveis ao Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA praticados até a data de sua posse no cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República permaneçam no primeiro grau de jurisdição, ressalvadas possíveis causas de modificação de competência previstas na legislação processual penal.

Caso esse Tribunal não julgue o mérito quando da apreciação da medida liminar, pede nova vista ao final do processamento, para manifestação definitiva.

Brasília (DF), 28 de março de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/CCC/TVM/PC/AMO-Par.PGR/WS/2.168/2016