



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro GILMAR MENDES, Relator do Mandado de Segurança nº 34.070/DF

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, representada pelo Advogado-Geral da União nos termos do art. 4º da LC 73/93, vem, respeitosamente, com fundamento no art. 14, § 2º, c/c art. 16, parágrafo único, da Lei nº 12.016/09, interpor

AGRAVO

com pedido de efeito suspensivo, nos termos o art. 932, II do novo Código de Processo Civil, em face da decisão monocrática que deferiu a liminar, o que faz pelas razões a seguir expostas.

I – DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA (PPS), em face de ato da Presidenta da República, consubstanciado no decreto que nomeou Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, publicado na edição extraordinária do Diário Oficial da União, Seção 02, p. 1, do dia 16 de março de 2016.

O partido político impetrante parte do pressuposto de que seria parte legítima para defender direitos difusos, mediante a via do mandado de segurança. Argumenta possuir direito líquido e certo à moralidade administrativa, que estaria sendo malferida por suposto desvio de finalidade na nomeação do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

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

A medida liminar foi deferida *"para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da*

Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor". Para tanto, considerou o Ministro (com grifos nossos):

[...]

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

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

[...]

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

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

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

E em relação ao mérito.

[...]

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

[...]

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias,

poderia configurar fraude à Constituição.

[...]

Antes de progredir, é indispensável avaliar a possibilidade de o diálogo entre a Presidente da República e Luiz Inácio Lula da Silva travado na tarde do dia 16.3, 13h32, poder ser invocado para demonstração dos fatos. A validade da interceptação é publicamente contestada, por ter sido realizada após ordem judicial para a suspensão dos procedimentos.

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

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

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

[...]

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

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

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

[...]

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

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

[...]

Ultrapassado esse ponto, passo a avaliar a prova.

[...]

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

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

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

[...]

É contra essa decisão que se interpõe o presente agravo, com pedido de efeito suspensivo, nos termos do art. 932, II do novo Código de Processo Civil.

II – DA TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO

Inicialmente, cumpre demonstrar a tempestividade do presente recurso, tendo em vista que a decisão monocrática que deferiu a liminar no presente mandado de segurança ainda não foi publicada.

De se considerar que, de acordo com o entendimento atual do Plenário desse Excelso Tribunal Federal, “*a extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo a quo e consequentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de adminissibilidade da tempestividade.*” Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO . CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO . EXTEMPORANEIDADE. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO IMPRÓPRIA PARA PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE PROCESSUAL BOA -FÉ EXIGIDA DO ESTADO -JUIZ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo *a quo* e consequentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade.
2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010).
3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso por ela interposto antecipadamente, em decorrência de purismo formal injustificado.
4. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011).
5. *In casu*, pugna-se pela reforma da seguinte decisão: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO PROTOCOLADA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE.

INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO. OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, DE MANEIRA OBJETIVA, MEDIANTE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E A DECISÃO EMBARGADA, DA EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS”.

6. Agravo regimental provido para cassar a decisão de inadmissão dos embargos de divergência com fundamento na extemporaneidade recursal. (AI nº 703.269, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux)

Ademais, o art. 218, § 4º, do novo Código de Processo Civil, reconhece expressamente a tempestividade do atos processuais praticados antes do termo inicial do prazo, conforme se observa:

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

(...)

§ 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Dessa forma, pugna-se, desde já, pelo reconhecimento da tempestividade do presente agravo.

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

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

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

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

Assim, tendo em vista que no presente caso não ocorreu a oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, a liminar concedida nesses autos merece ser anulada.

IV – DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS: ILEGITIMIDADE ATIVA DO PARTIDO POLÍTICO IMPETRANTE E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

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

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

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

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

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

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

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

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

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

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

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

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

Nesse sentido, é a doutrina de Uadi Lamêgo Bulos¹:

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

E o direito defensável pela via estreita do mandado de segurança é apenas o direito líquido e certo, que é assim conceituado por Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Mendes²:

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

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

¹ BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de Segurança Coletivo, em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe*. São Paulo: RT, 1996.

² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 34.

delimitação individual de sua extensão.

Segundo os mesmos autores, Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Mendes³, não basta que o impetrante possua interesse no direito, e sim que seja capaz de usufruir individualmente o direito pleiteado:

(...) **O essencial é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio (e não simples interesse) a defender em juízo.** Não há confundir “interesse” com “direito subjetivo” e, principalmente, com “direito subjetivo líquido e certo”, que é o único protegível por mandado de segurança e ao qual não se pode negar a proteção do remédio processual. É verdade que a legislação anterior era mais genérica ao se referir, no art. 1º, a “alguém”, e não às pessoas físicas e jurídicas.

O direito subjetivo do impetrante pode ser privado ou público, exclusivo ou pertencente a vários titulares ou, mesmo, a toda uma categoria de pessoas. **O que se exige é que o impetrante possa exercer-lo individual ou coletivamente.** (...) (grifos inexistentes no original)

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

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

³ Op. cit, p. 68.

(RTJ 120/380).

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

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LIBERAÇÃO DE RECURSOS ORCAMENTARIOS (CF, ART. 168) - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE (ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS) - INADMISSIBILIDADE - PRERROGATIVA DE PODER - GARANTIA INSTRUMENTAL DA AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIARIO - "WRIT" COLETIVO - DEFESA DE DIREITOS E NÃO DE SIMPLES INTERESSES - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. - O autogoverno da Magistratura tem, na autonomia do Poder Judiciario, o seu fundamento essencial, que se revela verdadeira pedra angular, suporte imprescindivel a asseguração da independência político-institucional dos Juizos e dos Tribunais. O legislador constituinte, dando consequencia a sua clara opção politica - verdadeira decisão fundamental concernente a independência da Magistratura - instituiu, no art. 168 de nossa Carta Politica, uma tipica garantia instrumental, assecutoria da autonomia financeira do Poder Judiciario. A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciario, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que compromettesse, pela gestao arbitaria do orçamento - ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados -, a propria independência político-jurídica daquelas Instituições. Essa prerrogativa de ordem jurídico-institucional, criada, de modo inovador, pela Constituição de 1988, pertence, exclusivamente, aos órgãos estatais para os quais foi deferida. O legislador constituinte, na realidade, não a partilhou e nem a estendeu aos membros e servidores integrantes dessas instituições. O exercício desse direito é, portanto, intransferível. Só podera exerce-lo - dispondo, inclusive, de pretensão e de ação - aquele a quem se outorgou, no plano jurídico-material, a titularidade exclusiva do seu exercício. De absoluta intransmissibilidade, portanto, essa posição jurídica, que também não podera ser invocada por terceiros, especialmente por entidades de direito privado - ainda que qualificadas como entidades de classe -, cujo âmbito de atuação não transcende a esfera dos direitos de seus

proprios associados. A qualidade para agir, no caso, só pertine a tais órgãos estatais, os quais, por seus Presidentes ou Procuradores-Gerais, estaraõ legitimados para postular, em juízo, a defesa daquela especial prerrogativa de indole constitucional, não sendo lícito a uma simples entidade de classe, atuando substitutivamente, deduzir, em nome próprio, pretensão jurídica que nem a ela e nem a seus associados pertence. - O mandado de segurança coletivo - que constitui, ao lado do "writ" individual, mera espécie da ação mandamental instituída pela Constituição de 1934 - destina-se, em sua precípua função jurídico-processual, a viabilizar a tutela jurisdicional de direito líquido e certo não amparável pelos remédios constitucionais do "habeas corpus" e do "habeas data". Simples interesses, que não configurem direitos, não legitimam a válida utilização do mandado de segurança coletivo (MS 21.291; Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 20/10/1995; grifos inexistentes no original)

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTAR FEDERAL. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA QUE EDITOU DECRETO. I. - Mandado de segurança impetrado por parlamentares federais contra ato do Presidente da República que editou o Decreto de 06.03.97, que autorizou a concessão de direito de uso resolúvel, de uma gleba de terras do domínio da União, a uma entidade de direito privado. Alegação de que teriam direito subjetivo à apreciação do ato administrativo na medida em que sua validade estaria condicionada à prévia aprovação do Congresso Nacional, na forma do disposto no art. 188, § 1º, da C.F. II. - Inocorrência de direito subjetivo individual a ser amparado, certo que a segurança individual visa a garantir direito subjetivo e não mero interesse legítimo. Ilégitimidade ativa para a causa. III. - Precedentes do S.T.F. IV. - Mandado de Segurança não conhecido. (MS 22800, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 11/10/2002; grifos inexistentes no original)

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

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

Aliás, por esses mesmos motivos mostra-se insubstancial o argumento da decisão agravada no sentido de possível paralelo em relação a mandado de segurança impetrado por particular no devido processo legislativo, pois, nesta hipótese, o parlamentar impetrante poderá efetivamente usufruir do direito líquido e certo que obtiver, que consistirá justamente na participação em processo legislativo desrido de vícios.

De se destacar que também se revela inaceitável o entendimento que parte da premissa, para conferir aos partidos políticos a possibilidade de impetração, de suposta inexistência de outra ação que apta a atacar o ato imediatamente.

Ora, como é de conhecimento público, e já nesta peça relatado, há nesse Supremo Tribunal Federal, além dos mandados de segurança envolvendo o ato de nomeação do Ministro Chefe da Casa Civil (MS 34.069, MS 34.070, MS 34.071, MS 34.073 e MS 34.074), também as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 390 e 391 (Rel. Ministro Teori Zavascki).

Em verdade, considerando a natureza e os objetivos que se busca alcançar na ADPF, na qual a questão referente à existência ou não de desvio de finalidade será amplamente discutida, e cuja decisão será naturalmente dotada de efeitos *erga omnes* (inclusive para o partido impetrante), observa-se que o juízo de controle de constitucionalidade abstrato mostra-se meio processual muito mais adequado à resolução da controvérsia em análise. Tal fato se reforça diante da constatação de que nem partido político (diante da inexistência de previsão legal de legitimidade para defesa de interesse difuso) nem particular (diante da impossibilidade de fruição individual do interesse invocado) terão legitimidade para impugnar o ato pela via do mandado de segurança. E disso resulta, inevitavelmente, a ausência de interesse de agir que acolhesse o partido autor, no presente caso.

Sobre a segurança jurídica que poderá se obter a partir de decisão proferida em sede de ADPF, relembre-se o magistério do Ministro Gilmar Mendes⁴, ao comentar os dispositivos da Lei 9.882/99, quando acrescenta que “*Confere-se, assim, ao Tribunal, um poder cautelar expressivo, destinado a impedir a consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a ser tomada.*” Sob outro ângulo, somente tal providência será “*apta a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata*”. (ADPF nº 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 07.12.2005).

Ainda sobre interesse de agir, cumpre trazer à discussão o entendimento exarado pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Porto Alegre, que não

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo : Saraiva. 2007, p. 124.

conheceu da Ação Popular nº 5016627-26.2016.4.04.7100/RS, pela ausência de interesse de agir do demandante naquele feito, nos seguintes termos:

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

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

Nos termos do art. 3º do Código de Processo Civil, '*para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade*'. O autor deve afirmar-se titular do direito material a ser discutido em juízo e demonstrar ter necessidade de pleitear a tutela jurisdicional. O interesse processual se consubstancia na necessidade de o autor vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar (Nelson Nery Jr, CPC Comentado, RT, p. 316-7).

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

Vê-se, pois, que na ocasião reputou-se inexistente interesse de agir autoral, diante da impossibilidade de, pela via transversa da ação popular,

decidir-se a questão da competência para a ação criminal, sendo que no feito criminal a questão referente à prerrogativa de função será devidamente abordada.

Dessa forma, resta clara a necessidade de revogação da liminar deferida, diante da ausência de legitimidade ativa e interesse de agir do partido impetrante.

V – DA AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO PARTIDO AUTOR

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

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

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

Não se pretende afirmar, com isso, que o ato administrativo em exame estaria revestido de insindicabilidade pelo Poder Judiciário, sob todos os aspectos, na antiga linha das questões políticas estadunidenses (*political questions*) ou dos atos de governo da experiência francesa (*actes de gouvernement*)⁵. Trata-se, ao contrário, de demonstrar que o mérito da nomeação observa todos os preceitos constitucionais e legais aplicáveis, prestigiando-se, ao final, o princípio da separação dos Poderes.

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

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

Restam igualmente presentes os requisitos constitucionais gerais para o preenchimento do posto de Ministro de Estado. Dito de outro modo, o indicado é brasileiro, maior de vinte um anos e está no exercício de seus direitos políticos, nos termos do art. 87 da Constituição da República⁶. Também não está impedido de exercer cargos públicos, na medida

⁵ QUEIROZ, Cristina M .M. **Os actos políticos no Estado de Direito.** Coimbra : Almedina. 1990, p. 126-127.

⁶ Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos

em que não se encontra condenado em qualquer instância, muito menos desrido de seus direitos políticos (art. 15 da Lei Maior).

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

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

[...].

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

(MS nº 32.491, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJ de 10.10.2014; grifos inexistentes no orginal)

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

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

(AI-AgR 829.186/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, 1^a Turma, DJ de 27.06.2013; grifos inexistentes no original)

No mesmo sentido, entre outros: **ARE-AgR nº 753.331/RJ** (Rel. Min. Dias Toffoli, 1^a Turma, DJ de 20.11.2013); **ARE-AgR nº 754.528/RJ** (Rel. Min. Rosa Weber, 1^a Turma, DJ de 03.09.2013); **AI nº 769.433/CE** (Rel. Min. Eros Grau, 2^a Turma, DJ de 11.02.2010) e **RE-AgR nº 559.135/DF** (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1^a Turma, DJ de 12.06.2008).

A mesma premissa pode ser aplicada para o presente caso, em que se discute a nomeação de Ministro de Estado. Destarte, também sob este prisma, não há que se falar em violação a quaisquer princípios constitucionais.

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

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

do interessado, diante da *vis attractiva* decorrente do que previsto no art. 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição da República⁷.

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

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

Não por outra razão, a consolidação desse novo perfil produziu um movimento inverso. Isto é, a casuística demonstra que alguns réus passaram a abdicar de seus cargos, com o intuito de evitar o efetivo julgamento por esse colegiado⁸. No mais das vezes, a renúncia foi o meio utilizado; algumas em momento bem próximo à inclusão do feito em pauta, a

⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...] c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

⁸ AP nº 333/PB, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 05.01.2007 (Caso Cunha Lima).

configurar, inclusive, burla processual⁹. Fatos que ensejaram a necessidade de **fixação de um marco temporal** que funcionasse como parâmetro para a declinação – evitando-se, aí sim, abusos:

(...) 3. Por maioria absoluta, o Plenário endossou a proposta de que se estabeleça um critério objetivo para servir de parâmetro no exame de eventual abuso processual. Não se verificou maioria, porém, quanto ao marco temporal sugerido pelo relator: uma vez recebida a denúncia, o fato de o parlamentar renunciar não produziria o efeito de deslocar a competência do STF para qualquer outro órgão. Tampouco houve maioria absoluta em relação a outros marcos temporais que foram objeto de debate. Diante do impasse, a Corte deliberou por deixar a definição do critério para outra oportunidade (...)¹⁰

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

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

1. A renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Superação da jurisprudência anterior.

2. Havendo a renúncia ocorrido anteriormente ao final da instrução, declina-se da competência para o juízo de primeiro grau.

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

⁹ AP nº 396/RO, Plenário, Rel. Min. Cármem Lúcia, DJ de 27.04.2011 (Caso Donadon).

¹⁰ AP-QO nº 536/MG, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJ de 12.08.2014 (Caso Eduardo Azeredo).

Percebe-se, pois, que tal critério que tem sido adotado para a modificação da competência, em caso tais, é o do **término da instrução processual, com a apresentação das alegações finais**. Vale recordar, não prevaleceram outros marcos como a tradicional liberação da pauta, superada por muito tardia; o encaminhamento ao revisor, então sugerido pelo Ministro Dias Toffoli; nem o recebimento da denúncia, proposta hoje descartada pelo Ministro Roberto Barroso, que inicialmente a havia ventilado¹¹.

Aliás, por qualquer desses parâmetros, a aplicação da lógica inversa, para atração da competência dessa Suprema Corte, não restaria violada pela nomeação *in casu*, de modo que não há falar-se em abuso ou ofensa ao juiz natural¹².

V.4 – Da inexistência de confissão extrajudicial.

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

¹¹ Confira-se o debate na AP-QO 536, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJ de 12.08.2014 (Caso Eduardo Azeredo).

¹² “Do ponto de vista da doutrina, nem sequer é necessário citar nomes: a *totalidade* dos autores reconhece o princípio do juiz natural como aquele cuja competência jurisdicional decorra de *fontes constitucionais*”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte : Del Rey. 2006, p. 199.

de março de 2016 e o discurso proferido pela Presidente da República no dia subsequente respaldariam a referida interpretação.

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

Inicialmente, é necessário salientar que, nos termos da decisão agravada, a suposta “confissão” recairia sobre quatro diálogos. O primeiro, que teria ocorrido no dia 8 de março de 2016, envolveria Luiz Inácio Lula da Silva e o cientista político Alberto Carlos. O segundo seria um diálogo, ocorrido no dia 10 de março, entre Rui Falcão, Presidente do Partido dos Trabalhadores, e o então Ministro-Chefe da Casa Civil, Jaques Wagner. Somente as duas últimas gravações envolveriam a Presidenta da República, em conversa com o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, as quais teriam ocorrido no dia 4 de março e no dia 16 de março.

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

legítimo pela Presidenta da República de competência que lhe é expressa e constitucionalmente atribuída – fatos alheios à Presidente da República.

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

Em relação ao último diálogo, é interessante destacar que a decisão impugnada não se baseou nos fatos supostamente “confessados”, mas em suposições acerca de qual deveria ter sido o comportamento dos envolvidos ou da suposta prática de “ilícito administrativo” pelo envio prévio do termo de posse ao ex-Presidente. Sobre esses fatos, não houve qualquer confissão ou admissão, pelo contrário, a equivocada interpretação a eles conferida foi a todo momento questionada.

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

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

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

Elucidativas são as palavras de Freddie Didier:

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

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

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

(DIDIER, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.* 10^a ed. Salvador: Editor Jus Podivm, 2015, p. 131; grifos inexistentes no original).

As seguintes lições também merecem ser transcritas:

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

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

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

(NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 290; grifos inexistentes no original).

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

(MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. V. 2. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2009, p. 390; grifos inexistentes no original)

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

Logo, é de se concluir pela completa impossibilidade de utilização dos referidos elementos de convicção no presente processo,

revelando-se completamente insubstancial a liminar que fora deferida no presente mandado de segurança.

VI – DA NECESSIDADE DE TUTELA DE URGÊNCIA. DO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO. DO *PERICULUM IN MORA* INVERSO

Tudo o que fora alegado nos itens anteriores (ilegalidade da decisão diante da não oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público; nulidade da decisão em razão da prevenção do Ministro Teori Zavaski; ilegitimidade ativa do partido político; ausência de interesse de agir; legalidade do ato da Presidenta da República) é suficiente para comprovar a inexistência do direito líquido e certo pleiteado pelo partido impetrante, tendo em vista que se demonstrou a legalidade do ato exarado pela Presidenta da República.

Com mais razão, as considerações tecidas também são bastantes para justificar a existência de *fumus boni iuris*.

No caso dos autos, também está presente o *periculum in mora inverso* que, juntamente com o referido *fumus boni iuris*, legitima a atribuição de efeitos suspensivos ao presente agravo, nos termos do art. 932, II do novo Código de Processo Civil.

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

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

Impresso Em: 2021-02-21 10:00:30 PM S 34.070

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

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

(SLAT - N° 0014782-85.2016.4.0000/DF – Presidente do TRF/1^a Região; grifos inexistentes no original).

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

Outrossim, observa-se que a decisão atacada interfere sobremaneira em atribuição privativa da Chefe do Poder Executivo, em nítida e indevida interferência jurisdicional na esfera de outro Poder. Vale conferir, a respeito o art. 84[...]Cumpre consignar, em necessidade de adição, que descabe ao Poder Judiciário se imiscuir

em considerações de ordem política, uma vez que seu compromisso é exclusivamente com a técnica, com a correta interpretação das leis, sejam substantivas ou processuais, e com o respeito da Lei Maior. [...] os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, veracidade e legitimidade, a qual somente pode ser afastada mediante prova cabal, constante nos autos, acerca da sua nulidade. (SLAT Nº 0003040-36.2016.4.02.0000/RJ – Des.Fed. Vice-Presidente do TRF/2^a Região; grifos inexistentes no original).

Conforme se vê das decisões acima, que suspenderam as liminares, igualmente perseguida e obtida pelo partido impetrante, “*os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e legalidade*”. Desse modo, evidencia-se que a suspensão do decreto presidencial concedida implica incontornável *periculum in mora* inverso.

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

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

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

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

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

(...)

O deferimento da liminar, enquanto produza efeitos, deixa em aberto o exercício de Pasta Ministerial absolutamente estratégica, com risco de graves prejuízos às ações governamentais. Relembre-se que constam, dentre as atribuições da Casa Civil da Presidência da República, nos termos da Lei Federal nº 10.683/2003, com a redação conferida pela Lei Federal nº 12.462/2011, *in verbis*:

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

- I) **assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente:**
- a) **na coordenação e na integração das ações do Governo;**
 - b) na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais; c) na análise do mérito, da oportunidade e da compatibilidade das propostas, inclusive das matérias em tramitação no Congresso Nacional, com as diretrizes governamentais;
 - d) **na avaliação e monitoramento da ação governamental e da gestão dos órgãos e entidades da administração pública federal;** (...)" (grifos inexistentes no original).

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

Tal circunstância fica ainda mais clara quando se observa que já há nesse Supremo Tribunal Federal duas Ações de Descumprimento de Preceito Federal (ADPFs nº 390 e 391) tratando do ato de nomeação para a referida Pasta Ministerial, sendo que, sem dúvida, tais feitos constituem em mecanismo processual perfeitamente adequado à análise da legalidade do ato da Presidenta da República em discussão.

Assim, tendo em vista que no caso ora em tela se vislumbra a existência de *periculum in mora* inverso, bem como o já devidamente demonstrado *fumus boni iuris*, há necessidade que seja atribuído efeito suspensivo ao presente agravo, conforme autoriza o art. 932, II do novo Código de Processo Civil.

O referido artigo confere expressamente ao relator do recurso poder geral de cautela estabelecendo:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

Por tudo quanto fora exposto, é imprescindível que seja conferido efeito suspensivo ao presente agravo, o que desde já se requer.

VII – DOS PEDIDOS

Pelas razões expostas, a agravante requer o reconhecimento da tempestividade do presente agravo, nos termos do art. 218, § 4º do novo Código de Processo Civil.

Requer, também, a redistribuição do presente feito, por prevenção ao Ministro Teori Zavascki, Relator da ADPF nº 390, nos termos do art. 69 do RISTF.

Pugna-se, outrossim, para que seja atribuído efeito suspensivo ao presente agravo, nos termos o art. 932, II do novo Código de Processo Civil.

Requer, ainda, seja declarada a nulidade da liminar concedida nesses autos, tendo em vista que no presente caso não ocorreu a oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, em desrespeito ao § 2º do artigo 22 da Lei nº 12.016/2009.

Quanto à liminar deferida, requer seja reconsiderada a decisão agravada, conforme autoriza a aplicação analógica do art. 1.021, § 2º, do novo Código de Processo Civil, a fim de:

- (i) extinguir o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do novo Código de Processo Civil, em razão da ausência de ilegitimidade e interesse processual do autor;
- (ii) reformar a decisão ora agravada, de modo que seja indeferido o pleito liminar do impetrante, em razão da inexistência dos requisitos autorizadores (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Subsidiariamente, e ainda mediante a aplicação por analogia daquele dispositivo legal, requer a **imediata** apresentação do processo em

mesa, para que o **Plenário desse Supremo Tribunal Federal** possa julgar o presente agravo, ou ainda que o feito seja apreciado **em conjunto com as ADPFs n^{os} 390 e 391**, com a finalidade de extinguir o feito, sem resolução do mérito, ou subsidiariamente cassar a liminar concedida.

Brasília, 23 de março de 2016.

JOSÉ EDUARDO CARDozo
Advogado-Geral da União