

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 390
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
REQTE.(S) : **PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB**
ADV.(A/S) : **RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E**
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPUBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO: 1. Trazem os autos ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB – em face do Decreto Presidencial de 16 de março de 2016, publicado em edição extraordinária do Diário Oficial da União, que nomeou o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

O partido requerente destaca, inicialmente, o cabimento da medida, na consideração de que ela seria o único meio processual disponível para questionar ato de efeitos concretos na jurisdição constitucional abstrata, como reconhecido por este próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento das medidas cautelares nas ADPF's 378 e 388. Ressalta, ainda, a relevância da matéria tratada na arguição, que envolve, segundo alega, o exercício ilegítimo de prerrogativa presidencial, por meio da qual ter-se-ia buscado desafiar a integridade do Poder Judiciário.

A inicial argumenta que, ao nomear o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado, fazendo-o logo após a divulgação de relatos que ligariam seu nome a fatos criminosos pelos quais estava sendo investigado perante a 13ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Curitiba, a Presidente da República teria, na verdade, objetivado colocá-lo ao abrigo de prerrogativa de foro, modificando arbitrariamente a competência jurisdicional para investigá-lo. Ao buscar, por esse modo, o favorecimento pessoal do nomeado, ter-se-ia configurado nítida hipótese de desvio de finalidade, com afronta ao preceito fundamental do juiz natural. Isso porque, a nomeação, com a consequente ativação da regra de foro especial, constituiria um ato de

ADPF 390 / DF

escolha deliberada do juízo competente, tendo em vista as circunstâncias pessoais do acusado. Essa escolha, mediante renúncia ou nomeação para cargo específico, faria suprimir a aleatoriedade, que seria uma das características essenciais do sistema de responsabilização penal, permitindo que conveniências pessoais sobrepujem o escopo do processo, e colocando de lado, além do princípio do juiz natural, os postulados da separação de poderes e da moralidade.

Esclareceu o requerente que o propósito primeiro da arguição estaria em obter pronunciamento da Suprema Corte que afirmasse a *“tese de impossibilidade constitucional da modificação do juiz natural através de nomeação para cargos com prerrogativa de foro”*, com a nulidade do ato de nomeação ou, subsidiariamente, a manutenção da competência do juiz natural do caso em questão. Para isso, entende que seria indiferente considerar se houve ou não prejuízo com a modificação da competência, pois o vício hostilizado residiria na escolha *“per se”*.

Considerando haver elementos suficientes para demonstrar a plausibilidade da tese enunciada, que sinaliza para a ocorrência de burla ao sistema de divisão da competência judiciária, e alegando a existência de perigo de concretização da lesão narrada, o requerente postulou a concessão monocrática de liminar, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/99, para suspender a vigência e os efeitos do Decreto Presidencial de 16 de março de 2016, inclusive o ato de posse. Subsidiariamente, pediu que a nomeação não surta *“qualquer efeito que altere o juízo natural da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR quanto às investigações referentes ao ex-Presidente”*. Ao final, requereu a declaração da inconstitucionalidade do ato de nomeação, bem como a fixação da tese já referida, segundo a qual *“a nomeação de pessoa investigada ou processada criminalmente para cargo com prerrogativa de foro não terá o condão de alterar o juiz natural, quando tal nomeação tiver o objeto de modificar a instância competente”*.

A ação foi processada segundo o rito do art. 5º, § 2º, da Lei 9.882/99.

Em 17/3/16, o Partido Popular Socialista – PPS – apresentou pedido de habilitação na condição de *amicus curiae*, oportunidade em que se associou à postulação do requerente, inclusive quanto ao pedido de

ADPF 390 / DF

medida cautelar.

No mesmo dia, a União, por meio de seu Advogado-Geral, peticionou nos autos para informar a respeito da propositura de uma série de ações populares em diversas localidades, com idêntico objeto, algumas com cautelares concedidas, dispersão que ameaçaria a segurança jurídica, colocando em risco o resultado final do julgamento da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com esses motivos, e com fundamento no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/99, pediu fosse concedida medida suspensiva dos processos e decisões judiciais que apresentassem relação com a matéria desta ADPF, até a deliberação definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Em 18/3/16, a Presidente da República veio aos autos para reafirmar o que já fora exposto anteriormente, comunicando ter havido o ajuizamento de novas ações populares, o que, segundo sustentado, agravaria o estado de insegurança jurídica, pelo que reiterou o pedido de suspensão do andamento de todos os processos e decisões referentes à matéria tratada na ADPF.

O mesmo pedido foi renovado no dia seguinte, quando a Presidente informou sobre as decisões liminares proferidas pelo Min. Gilmar Mendes, relator, no STF, dos mandados de segurança 34.070 e 34.071, que resultaram na suspensão da eficácia da nomeação atacada.

Em 20/3/16, registrou-se nova postulação da Presidente da República, com o mesmo objetivo, enunciada dessa vez sob a forma de medida cautelar incidental.

O Advogado-Geral da União apresentou manifestação em que defende a legitimidade do ato de nomeação, na consideração de que o ex-Presidente possuiria todos os atributos para o desempenho do cargo e que não penderia, contra ele, nenhum impedimento ao exercício de direitos políticos. Observou, ainda, ser equivocado presumir que a nomeação operaria algum favorecimento pessoal ao interessado, porque a realidade mostraria justamente o contrário, isto é, políticos estariam renunciado a cargos com prerrogativa de foro, tendo em vista a efetividade do trabalho da Suprema Corte na apuração da

ADPF 390 / DF

responsabilidade criminal de acusados submetidos originariamente à sua jurisdição. Todas essas razões demonstrariam a baixa plausibilidade do pedido, e, ao lado do perigo da demora inverso, com a ausência de liderança na Casa Civil, justificariam o indeferimento da cautelar.

Na sequência, o Procurador-Geral da República apresentou parecer em que se pronunciou, inicialmente, pelo conhecimento da ADPF, não sem ressaltar a impossibilidade de transformar este tipo de ação em sucedâneo de meios de impugnação próprios do processo penal. Quanto ao pedido cautelar, manifestou concordância com a medida de suspensão das ações ajuizadas na Justiça Federal a respeito do mesmo objeto, a fim de conferir segurança jurídica e uniformidade no tratamento da matéria. No mérito, sustentou que, sem embargo da possibilidade de controle judicial dos atos de nomeação de Ministros pela Presidente da República, não seria o caso de invalidar, desde logo, a nomeação do ex-Presidente para o cargo de Ministro de Estado. Todavia, ressaltou haver elementos suficientes e notórios para indicar que o ato fora cometido com o propósito de afetar a competência de juízo do primeiro grau, com a geração de danos objetivos para a persecução penal, o que reclamaria o deferimento parcial da cautelar, *“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 Chefe de Estado 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”*.

Posteriormente, foram ainda juntadas mais duas petições avulsas, apresentadas por interessados no processo. A primeira delas, veiculada por Paulo Tarciso Okamoto, após informar que o peticionante figura como investigado nos autos do pedido de busca e apreensão criminal 500661729.2016.4.04.7000/PR e nos feitos a ele correlatos, instaurados perante o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, apresenta questão preliminar cuja consideração seria relevante antes do julgamento da presente arguição. Aduz que a premissa endossada pelos requerentes, de que o ato de nomeação teria sido praticado com intuito de ofender ao

ADPF 390 / DF

princípio do juiz natural, seria equivocada, porque, na verdade, *“a verdadeira fraude constitucional ao princípio do juiz natural foi praticada pelo juiz federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR que, sabidamente incompetente para atuar nos diversos feitos de origem, invoca o instituto da conexão quando inexistente qualquer hipótese de sua incidência, em franco desafio à autoridade da decisão do STF no INQ 4130/PR”*. Com essa alegação, requer seja admitida a manifestação e que seja apreciada, como questão de ordem, a incompetência do referido juízo para atuar nos feitos criminais.

O segundo requerimento foi aviado em nome do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que requer a juntada de sua manifestação à guisa de informações. O conteúdo do documento traz as seguintes ponderações: (a) o ato de nomeação de Ministros está na esfera de discricionariedade da Presidente da República, não sendo legítimo impor a ele limitações que a CF ou a lei não fazem; (b) o peticionário cumpre todos os requisitos exigidos pelo art. 87 da CF, além de não ser réu nem condenado pela prática de nenhum crime; (c) o ordenamento não admite que se presuma a existência de desvio de finalidade com base em ilações ou suposições, mas sim a legitimidade do ato praticado; (d) a prerrogativa de foro é característica inerente ao exercício do cargo de Ministro, não podendo ser dele dissociada; (e) seria *“manifesta a impossibilidade do peticionário exercer a relevante função de Ministro Chefe da Casa Civil, um dos principais cargos do governo federal, com a responsabilidade a ele inerente, submetido a um juízo manifestamente incompetente”*. Após essas considerações, postulou fossem os pedidos da ADPF julgados improcedentes.

2. Esta não é a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal é demandado, pela via da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, a se pronunciar a respeito da potencial lesividade a normas constitutivas da estrutura medular da Constituição Federal por atos de nomeação de agentes políticos. Na oportunidade mais recente em que isso aconteceu, com a ADPF 388, julgada na sessão plenária de 9/3/16, a Corte, por maioria, decidiu conhecer da arguição, afirmando a procedência parcial do pedido para *“estabelecer a interpretação de que*

ADPF 390 / DF

membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, declarando a inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011, do CNMP, e determinar a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada". Nesse precedente, estavam sob impugnação, conjuntamente, dois tipos de atos: (a) um concreto, materializado na nomeação de membro de Ministério Público Estadual para o cargo de Ministro da Justiça e (b) outro de textura normativa, constituído na forma da Resolução 72/2011, do Conselho Nacional do Ministério Público, que, alterando dispositivo constante de resolução anterior, eliminou a proibição de nomeações de membros do Ministério Público para cargos fora da instituição em determinadas situações, o que redundou em superveniente e reiterada conduta liberando ditas nomeações.

No juízo de cabimento então realizado, que tem na avaliação da incidência do postulado da subsidiariedade a sua etapa crucial, o Tribunal considerou que, nas circunstâncias do caso, não existiam outros meios processuais aptos a resolver, de forma geral, definitiva e imediata, a controvérsia constitucional então suscitada. Pesaram, nessa decisão, algumas características do dissídio ali estabelecido, dentre as quais as seguintes: (a) a nomeação concretamente impugnada não constituía ato isolado, mas ilustrativo de uma série de outros verificados país afora, por meio dos quais membros do Ministério Público teriam sido investidos em cargos ou funções públicas alheias à sua instituição de origem; (b) esta situação ter-se-ia formado com o respaldo de ato normativo do CNMP, que, com a Resolução 72/2011, teria modificado seu entendimento sobre a questão, suprimido vedação antes existente contra a designação dos membros do Ministério Público para cargos estranhos ao âmbito institucional doméstico; (c) ao editar a Resolução 72/2011, para revogar a vedação até então existente, o CNMP tomou decisão de clara rebeldia à jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal; e (d) a jurisprudência da Suprema Corte possuía amplo repertório de precedentes incisivamente contrários a essa prática, tendo em vista a sua incompatibilidade com o princípio da independência funcional do

ADPF 390 / DF

Ministério Público.

Porém, diferentemente do que sucedeu no julgamento referido, o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado pela inadmissibilidade de ADPF's ajuizadas com propósitos semelhantes. Foi o que ocorreu em pelo menos três casos, nomeadamente as ADPF's n. 17 (nomeação e investidura de seis Desembargadores para o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá), n. 76 (nomeação de desembargador para compor o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins) e n. 125 (nomeação de Ministro de Estado Extraordinário de Assuntos Estratégicos). Nenhuma delas logrou transpor o crivo da subsidiariedade.

No julgamento do agravo regimental na ADPF 17, realizado pelo Plenário em 5/6/02, o voto do relator, Min. Celso de Mello, embora registrasse que *“a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade”*, concluiu que, naquele episódio, havia instrumento processual com aptidão para sanar a situação de lesividade vislumbrada – que seria a ação popular – cujo processamento estaria na alçada das instâncias ordinárias, conforme o Tribunal veio a afirmar na AO 859 QO, esta julgada em 11/10/01. Eis como S. Ex^a. fundamentou o desprovimento do agravo:

“Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade **não pode** - e não deve - ser invocado para **impedir** o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, numa dimensão **estritamente** objetiva, a **realização jurisdicional** de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a **indevida** aplicação do princípio da subsidiariedade **poderia** afetar a utilização dessa **relevantíssima** ação de índole constitucional, **o que representaria**, em última análise, a **inaceitável frustração** do sistema de proteção, **instituído** na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, **com**

grave comprometimento da própria **efetividade** da Constituição.

Daí a **prudência** com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita no **art. 4º , § 1º** , da Lei nº 9.882/99, **em ordem a permitir** que a utilização da **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir **ou** reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público.

Essa , porém, **não é a situação que se registra na presente causa** , eis que o ora agravante **dispõe** de meio processual idôneo, **capaz** de afastar, **de maneira efetiva e real** , a situação de lesividade que por ele é ora denunciada **neste** processo.

Refiro-me ao instrumento jurídico-processual da **ação popular** , cuja **eficácia neutralizadora** do estado de lesividade **justifica** a sua **imediate** utilização, por parte **de quem dispõe** do **status activae civitatis** (como o Governador do Estado, **que é cidadão**), impondo-se ter presente, ainda, por relevante, a **possibilidade** de outorgar-se, no processo em questão, a pertinente medida liminar destinada a **sustar** , cautelarmente, a própria execução do ato estatal impugnado (**Lei nº 4.717/65** , art. 5º, § 4º).

De qualquer maneira , no entanto, e **independentemente** da obtenção de medida liminar, o autor popular **tem** direito, ação e pretensão à **desconstituição** judicial de atos cuja validade ético--jurídica **esteja em desarmonia** com os princípios e os paradigmas de legitimação referidos no art. 5º, LXXIII, da Carta da República.

Impõe-se ressaltar, bem por isso, o **preciso** magistério de ALEXANDRE DE MORAES (“ **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99** ”, p. 15/37, **26-28** , item n. 4, 2001, Atlas), **cuja análise** do princípio da subsidiariedade - considerada a **utilização possível** , no caso ora em exame, da ação popular - **torna** evidente a **inadmissibilidade** , na espécie, do presente **writ** constitucional:

*“A lei expressamente **veda** a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental **quando** houver*

qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

*Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais **não substitui** as **demais** previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; **ação popular** ; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, **desde** que haja efetividade em sua utilização, **isto é** , sejam suficientes para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental causada pelo Poder Público.*

.....
*Portanto, o **caráter subsidiário** da argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de **prévio** esgotamento **de todos** os instrumentos juridicamente **possíveis e eficazes** para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental.*

.....
***Exige-se** , portanto, **para** a argüição de descumprimento de preceito fundamental, o **esgotamento das vias judiciais ordinárias** . Conforme salienta Konrad Hesse, em situação análoga do recurso constitucional alemão, ‘essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente ganha significado crescente. Segundo isso, o recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal.*

***Somente** , de forma excepcional , **poderá** o Supremo Tribunal Federal **afastar** a exigência do **prévio** esgotamento judicial, **quando** a demora para o esgotamento das vias judiciais **puder gerar** prejuízo grave e irreparável para a efetividade dos preceitos fundamentais.” (grifei)*

No caso destes autos, ante a exposição objetiva dos fatos e

fundamentos jurídicos do pedido, **mostra-se evidente que há outros meios processuais - notadamente** a ação popular constitucional - cuja utilização **tornará possível** neutralizar, em juízo, de maneira **inteiramente** eficaz, o estado de **suposta** lesividade decorrente dos atos ora impugnados.

Como se sabe , a Lei nº 4.717/65, em seu art. 5º, § 4º, **autoriza** o Poder Judiciário, **em sede** de ação popular constitucional, **a conceder** provimento liminar **que suste** a eficácia e a execução do ato lesivo impugnado, **tornando acessível** , ao interessado, um instrumento processual **apto** a sanar, **de modo eficaz** , a situação de lesividade ora denunciada pelo próprio argüente.

Na realidade, a concessão do provimento cautelar - autorizada, até mesmo, **initio litis** , no processo de ação popular constitucional - **visa a impedir** que se consumem situações configuradoras de dano irreparável, **consoante** ressalta o magistério da doutrina (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “ **Ação Popular** ”, p. 135-136, item n. 4.2.2, 1994, RT; J. M. OTHON SIDOU, “ **Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular** ”, p. 356, item n. 231, 5ª ed., 1998, Forense, v.g.).

Cabe assinalar, neste ponto, **ante** a sua extrema pertinência, que os **registros processuais** do Supremo Tribunal Federal **atestam** que foi ajuizada, originariamente, perante **esta** Corte (CF , art. 102, I, “ **n** ”), **ação popular constitucional** , com pedido de medida liminar, **destinada** a invalidar os **mesmos** atos questionados na **presente** sede processual, **apoiando-se** , o autor popular, **essencialmente** , também no **mesmo** elemento causal invocado para justificar a **presente** ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O **Plenário** desta Suprema Corte, **ao apreciar a AO 859-QO/AP** , Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, que persegue os **mesmos** objetivos visados na **presente** argüição de descumprimento, entendeu **inaplicável** , ao caso, a norma inscrita no art. 102, I, “ **n** ”, da Constituição da República, **culminando** por ordenar o encaminhamento da referida ação

popular - **ajuizada** contra a nomeação de seis (6) Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá - ao Poder Judiciário dessa unidade da Federação, **para efeito** de processo e julgamento da mencionada causa, em **primeira** instância.

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal expressamente **reconheceu** a existência, **na espécie**, de medida processual apta a sanar a lesividade dos atos ora questionados, **tanto que admitiu** a possibilidade de sua desconstituição por intermédio da ação popular, **tal como** já o proclamara a decisão objeto do **presente** recurso de agravo.

Constata-se, desse modo, que o postulado da subsidiariedade, nos termos que vêm de ser expostos, **impede**, legitimamente, o acesso **imediato** da parte ora agravante ao mecanismo constitucional da argüição de descumprimento, **pois** registra-se, no caso, a **possibilidade** de utilização idônea de instrumento processual específico, **apto**, por si só, a fazer cessar o estado de lesividade que se pretende neutralizar, **tanto que ajuizada**, na espécie, ação popular com que se busca alcançar objetivo **idêntico** ao ora pretendido **nesta** causa.

Incide, pois, na espécie, o **pressuposto negativo de admissibilidade** a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, circunstância esta que torna **plenamente** invocável, **no caso**, como já enfatizado, o princípio da subsidiariedade, que atua - **ante** os fundamentos expostos - como **causa obstativa** do ajuizamento **imediato** da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental.”

Igualmente, ao indeferir a petição inicial da ADPF 76, o Min. Gilmar Mendes fez ver que também naquele caso haveriam outros expedientes processuais – sequer utilizados pelos requerentes – com eficácia equivalente para a solução da questão constitucional suscitada. Nesta decisão, o Min. Gilmar Mendes cuidou de enfatizar, ainda, a singularidade dos atos atacados, a saber:

“ (...) possível concluir que a simples existência de ações

ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

É outro, porém, o caso dos autos!

Conforme pode se observar na espécie, a argüente não utilizou qualquer instrumento processual ou ação de impugnação autônoma do ato imputado como manifestamente inconstitucional.

Poder-se-ia cogitar, portanto, até mesmo da tempestiva impetração de mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX) contra os atos de nomeação realizados pelo Governador do Estado de Tocantins.

Na verdade, almeja-se reparar lesão a direito supostamente reconhecido com relação a situações singulares, a saber: a nomeação de dois desembargadores estaduais em suposta violação à disposição constitucional do quinto constitucional (CF, art. 94 e parágrafo único).

No caso concreto, porém, conforme alertara o próprio relator, Min. Nelson Jobim, quando do arquivamento dos autos da ADI n.º 1.970-TO, a situação singular poderia ser sido ampla e eficazmente discutida na via ordinária. Reitero que, na ocasião da declaração do prejuízo do pedido da ADI n.º 1.970-TO, em decisão monocrática de 04.03.2001 (DJ de 27.04.2001), o relator asseverou que:

Este Tribunal já se manifestou em casos semelhantes: ‘... ocorrendo a revogação superveniente da norma atacada em ação direta, esta perde o seu objeto, independentemente de a referida norma ter, ou não, produzido efeitos concretos.’ (ADI 2097, MOREIRA ALVES). ‘REVOGAÇÃO DA LEI ARGÜIDA DE INCONSTITUCIONAL. Prejudicialidade da ação por

perda do objeto. A revogação ulterior da lei questionada realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada à ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. EFEITOS concretos da lei revogada, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida às vias ordinárias. A declaração em tese de lei que não mais existe, transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas. Ação direta que, tendo por objeto a Lei 9.048/89 do Estado do Paraná, revogada no curso da ação, se julga prejudicada.' (ADIMC 709, PAULO BROSSARD) . Ainda: ADI's 648 e 818, NERI DA SILVEIRA. Em face do exposto, julgo prejudicada a ação, por perda do objeto (RISTF, art. 21, §1º). Arquive-se. (ADI n.º 1.970-TO, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 27.04.2001)

Frise-se, ademais, que, da decretação de prejudicada da ADIn, passaram-se quase 5 (cinco) anos.

Tal hipótese pode ser constatada no presente caso. Na espécie, impugnam-se não as Leis Complementares Estaduais n.º 16/1998 e n.º 34/2002, mas os atos concretos do Governador do Estado do Tocantins delas resultantes, quais sejam: as nomeações dos Desembargadores LUIZ APARECIDO GADOTTI E JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA.

De acordo com jurisprudência firmada por este Tribunal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil seria legitimado, inclusive, para impetrar eventual mandado de segurança ou para ajuizar outro meio judicial cabível.

Isso não significa, porém, que se possa perder a dimensão de que a ADPF é destinada, basicamente, a resguardar a integridade da ordem jurídico-constitucional.

Destarte, não tendo havido qualquer impugnação dos atos singulares ordinários, que, reitera-se, *in casu*, seria apta para solver a controvérsia de forma plena, não há como justificar, na

ADPF 390 / DF

espécie, a utilização da ADPF em face do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. Parece evidente que referido instituto, cuja nobreza é dispensável destacar, não pode ser utilizado para suprir inércia ou omissão de eventual interessado.

Como o instituto da ADPF assume feição eminentemente objetiva, o juízo de relevância deve ser interpretado como requisito implícito de admissibilidade do pedido.”

Mais adiante, S. Ex^a. assentou que, conquanto não se pudesse afastar, em abstrato, o cabimento da ADPF para impugnar atos como os que estavam sendo questionados, naquele caso concreto isso não seria possível, porque as vias ordinárias seriam adequadas:

“Seria possível admitir, em tese, a propositura de ADPF diretamente contra ato do Poder Público, nas hipóteses em que, em razão da relevância da matéria, a adoção da via ordinária acarrete danos de difícil reparação à ordem jurídica. O caso em apreço, contudo, revela que as medidas ordinárias à disposição da ora requerente – e, não utilizadas – poderiam ter plena eficácia.

Ressalte-se que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da argüição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro.

No presente caso, afigura-se de solar evidência a falta de relevância jurídica para a instauração da ADPF.

Assim, tendo em vista a existência, pelo menos em tese, de outras medidas processuais cabíveis e efetivas para questionar os atos em apreço, entendo que o conhecimento do presente pedido de ADPF não é compatível com uma interpretação adequada do princípio da subsidiariedade.

Nestes termos, indefiro, liminarmente, a petição inicial (Lei nº 9.868/1999, art. 4º). Conseqüentemente, **nego seguimento** ao presente pedido de argüição de descumprimento de preceito fundamental por entender que a postulação é manifestamente incabível, nos termos e do art. 21,

ADPF 390 / DF

§ 1º do RISTF. Por conseguinte, declaro o prejuízo do pedido de medida liminar postulado.”

Malgrado tenha se valido de fundamentos adicionais, o Min. Luiz Fux, ao rejeitar a ADPF 125 (DJE nº 125, de 26/6/15), acentuou a inadequação da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais para contestar *“Decreto de nomeação de determinada pessoa para ocupação de cargo público, constituindo-se, em verdade, em ato administrativo de efeitos absolutamente restritos e concretos”*.

3. Bem se percebe, desses precedentes, que o cabimento de ADPF tem como pressuposto necessário a superação da cláusula da subsidiariedade, que encontra previsão no art. 4º, I, da Lei 9.882/99, a ser aferido desde logo e segundo as circunstâncias de cada caso. Trata-se de avaliação que não tem nada de trivial. A complexidade desse juízo deve-se, sobretudo, à plasticidade das hipóteses de cabimento da arguição. Como o instituto foi concebido para funcionar como mecanismo de aperfeiçoamento do nosso sistema misto de controle de constitucionalidade, suprimindo as zonas de eclipsamento existentes entre as raias dos modelos concentrado e difuso, ele teve de permitir o controle de uma variedade muito grande de atos estatais, compreendendo inclusive aqueles de natureza concreta, para cujo controle a jurisdição concentrada também passou a oferecer seus préstimos.

A amplitude dessa categoria – atos concretos do poder público –, praticamente ilimitada, reclamava fossem erigidos certos moderadores legais para o acionamento da ADPF, sem o que haveria sério risco de banalização, e talvez até de inviabilização, da jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal. Estabeleceu-se, então, que apenas atos capazes de causar lesões ou risco de lesões a preceitos fundamentais (violações qualificadas à Constituição Federal) poderiam dar ensejo à propositura da ação, exigência de extrema pertinência para um universo tão analítico de normas quanto o do texto constitucional de 1988. Consequência direta dessa exigência está no estabelecimento, para os requerentes, do ônus processual de demonstrar fundamentadamente as violações alegadas, sob

ADPF 390 / DF

pena de não conhecimento da ação.

Mesmo com as restrições de legitimidade inerentes aos processos objetivos, a só exigência de violação qualificada ao texto constitucional constituiria um parâmetro ainda insuficiente, pois viabilizaria apenas um controle rarefeito da adequação dessa via processual. Afinal, a depender apenas dessa exigência, todo e qualquer ato de autoridade poderia, em tese, ser questionado por ADPF, com o significativo desvirtuamento das competências e dos procedimentos das instâncias próprias. Para evitar os inconvenientes de deixar essa avaliação sob a disponibilidade das partes – e assim inibir acesso direto e *per saltum* à jurisdição da Suprema Corte, em uso especulativo de instrumento processual de controle concentrado para a solução de controvérsias meramente subjetivas – a Lei 9.882/99 fez incluir, dentre as condições de conhecimento da ADPF, a inexistência de “qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (art. 4º, § 1º).

A regra da subsidiariedade opera mediante raciocínio de exclusão: quando houver outra alternativa processual comprovadamente eficaz para estancar determinada crise constitucional, deve-se dar preferência a ela. A grande questão está em alcançar o significado do qualificativo “eficaz”. É intuitivo que um processo subjetivo nunca resultará numa decisão com os mesmos efeitos de um processo objetivo. Dadas as singulares consequências destes últimos, a tendência é aplicar a regra da subsidiariedade apenas em relação às classes processuais congêneres, definindo a adequação da ADPF a partir de raciocínio de exclusão das demais modalidades existentes. Este crivo, porém, é claramente insuficiente. Afinal, a arguição foi instituída justamente para dar abrangência mais elástica ao modelo concentrado de tutela da Constituição, possibilitando o exame da validade inclusive de atos de efeitos concretos, que jamais seriam passíveis de judicialização pelas categorias tradicionais, restritas a objetos dotados de projeção normativa.

Evidente, portanto, que, ao proceder ao indispensável juízo de subsidiariedade das arguições ajuizadas em face de atos concretos do poder público, o Tribunal não pode se furtar de avaliar a eficácia de mecanismos processuais da jurisdição ordinária, que estariam

ADPF 390 / DF

paralelamente disponíveis ao acionamento dos requerentes. E, nesse exame, o que deve ser considerado, precipuamente, é se a morfologia difusa do sistema de controle pode se revelar especialmente traumática para a proteção de algum preceito elementar da Constituição Federal. Três ingredientes assomam como essenciais nessa avaliação: (a) o potencial de recorrência de demandas com causas de pedir semelhantes, instauradas entre sujeitos diferentes, (b) o perigo que a demora no esgotamento das instâncias ordinárias pode acarretar para a realização de um determinado valor constitucional, que transcenda os interesses das partes e (c) o perigo que o eventual desencontro entre as soluções ministradas pelas diversas instâncias jurisdicionais competentes possa vir a causar para a segurança jurídica.

Em situações caracterizadas pela presença desses elementos, a utilização dos meios ordinários de acesso à justiça pode realmente agudizar eventual impasse sobre a efetividade de preceitos constitucionais fundamentais. É nessas hipóteses, em que o tratamento de uma determinada controvérsia segundo o modelo atomizado de distribuições de competências se revelar insatisfatório, que restará preenchida a cláusula da subsidiariedade, nascendo o direito a proceder mediante a arguição regida pela Lei 9.882/99.

4. Pois bem. Em primeiro plano, importa considerar que evidentemente não concorre, aqui, o inafastável pressuposto da *recorrência*, ou seja, a real possibilidade de existência pretérita ou de surgimento de demandas em série, envolvendo figurantes distintos, originárias de nomeações de diferentes servidores, com desvio de finalidade para alterar a competência jurisdicional do juiz natural de causa criminal e assim causar lesão a preceito fundamental comum. O que esta ADPF noticia é um incomum e inédito ato isolado da Presidência, pelo qual se designou o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para ocupar cargo de Ministro de Estado. Não se tem notícia de outro caso análogo, nem da probabilidade, a não ser teórica, de sua reiteração.

ADPF 390 / DF

É certo que a arguição articula os mesmos fundamentos e os mesmos pedidos de outras várias ações populares propostas em diversas localidades do país, bem como neste Supremo Tribunal Federal. Todavia, multiplicidade de ações é fenômeno com características próprias: trata-se de reiteração da mesma demanda, veiculada por ações diversas mas substancialmente idênticas, que questionam um único e mesmo ato, postulando as mesmas providências. A rigor, está presente entre elas a tríplice identidade apontada pela lei processual como indicativa de causas idênticas (CPC/15, art. 337, § 2º): mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido. Sim, embora os cidadãos autores não sejam nominalmente os mesmos, é importante registrar que eles estão atuando em regime de substituição processual (na ação popular, conforme sabido, o cidadão autor defende em nome próprio direitos transindividuais da própria sociedade), e, nesse regime, o parâmetro de aferição da tríplice identidade a parte a parte a ser considerada é a titular do direito material tutelado, ou seja, o *substituído*, e, não, o seu *substituto* processual. Por isso se reafirma que, embora os autores das diversas ações populares não sejam nominalmente os mesmos, há, ainda assim, a tríplice identidade entre as causas, pois em todas elas o substituído processual é um só, a sociedade, assim como é idêntica em todas elas a causa de pedir (desvio de finalidade) e o pedido (nulidade ou ineficácia do ato de nomeação do ex-Presidente da República). Portanto, a pluralidade de ações populares propostas para atacar o ato da autoridade pública objeto da presente ADPF configura, nada mais, nada menos, do que a reiteração da mesma demanda, em clara situação de litispendência, que tem tratamento próprio e eficaz nas vias ordinárias, inclusive para inibir eventuais sentenças discrepantes sobre a mesma causa.

Num olhar menos rigoroso, poder-se-ia ver nessa pluralidade de ações hipótese de conexão de causas (CPC/15, art. 55), que também seria suscetível de eficaz tratamento pelos meios processuais comuns para prevenir a prolação de sentenças contraditórias, nomeadamente o da prevenção (art. 5º, § 3º da Lei 4.717/65 e CPC/15, art. 55, § 1º), propiciando, se for o caso, apresentação de Conflito de Competência

ADPF 390 / DF

perante o TRF (CF, art. 108, I, *e*), ou o STJ (CF, art. 105, I, *d*), como, aliás, já ocorreu em inúmeras situações semelhantes, decididas pela 1ª Seção daquela Corte (v.g: CC 22123, Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 14.4.99; CC 22693, Min. José Delgado, DJ 19.4.99; CC 19686, Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/11/97; CC 3911, Min. Hélio Mosimann, DJ de 16.8.93, CC 2995, Min. Hélio Mosimann, DJ de 31.5.93; CC 2442, Min. Peçanha Martins, DJ de 24.05.93 e CC 2302, Min. Américo Luz, DJ de 6.4.92).

Aliás, o novo CPC/15, em dispositivo inovador no sistema processual, dispõe agora que “*serão reunidas para julgamento conjunto as ações que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, caso decididas separadamente, mesmo sem conexão entre elas*” (art. 55, § 3º).

O que se quer, com isso, deixar demonstrado é que a “pluralidade de ações” em curso – todas idênticas ou, pelo menos, semelhantes - certamente não justifica, por si só, a utilização do instrumento de controle concentrado da arguição, até porque não atende, minimamente, o requisito da *recorrência*, apta a configurar a “*existência de controvérsia judicial relevante*” (art. 3º, VV da Lei 9.882/99). ADPF não é instrumento substitutivo de conflito de competência, nem de mecanismo de controle de litispendência. E aqui, como enfatizado, não há uma profusão de ações diferentes, que possam gerar soluções discrepantes, mas, simplesmente, a repetição de causas idênticas, todas em regime de substituição processual, em que o substituído é o mesmo, a causa de pedir é a mesma e o pedido é o mesmo.

5. Por outro lado, ao contrário do que verificado no julgamento da ADPF 388, o quadro narrado na arguição ora em exame demonstra que há uma pleora de alternativas processuais para a solução da controvérsia de fundo, todas com aptidão e idoneidade processual para a reparação eficaz das alegadas ofensas ao texto constitucional. A ação popular, de manejo praticamente universal, tem entre suas finalidades, depois da Constituição de 1988, justamente a tutela da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII), cuja quebra se perpetra, entre outras formas

ADPF 390 / DF

características típicas, pela prática de atos com desvio de finalidade, como se alega ter aqui ocorrido. A propósito, eis o que registramos na ementa do acórdão no RE 405.386, julgado pela 2ª Turma (Dje de 26.3.13):

(...)

3. A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa.

A ação popular, portanto, com todas as suas virtualidades – inclusive a de propiciar medidas de antecipação de tutela – é instrumento apto e eficaz para sanar a lesão ao preceito fundamental que se diz violado no caso dos autos.

Com idênticas e até maiores virtualidades e semelhante estatura constitucional há também a ação civil pública, apta a ser exercida pelo Ministério Público (art. 129, III) e por outros eventuais legitimados previstos em lei. Trata-se, como se sabe, de instrumento processual com enorme aptidão para conferir todas as formas de tutela (preventiva, reparatória, mandamental, condenatória, inibitória, constitutiva e desconstitutiva) que se mostrarem necessárias para o adequado resguardo dos direitos sob risco.

E, finalmente, configurada a certeza e liquidez do direito, há o próprio mandado de segurança coletivo, à disposição dos órgãos e entidades indicados no art. 5º, LXX da Constituição Federal, notadamente pelos partidos políticos. No caso, conforme noticiam os autos, esse instrumento foi efetivamente utilizado: no mesmo dia em que ajuizadas

ADPF 390 / DF

as ADPF's 390 e 391, dois partidos políticos impetraram os mandados de segurança 34.070 e 34.071, no âmbito dos quais foi proferida decisão liminar pelo relator, Min. Gilmar Mendes.

O que resulta muito claro de todas essas ponderações é que havia, para a resolução do problema jurídico delineado na presente ADPF, mais de um mecanismo alternativo de provocação da jurisdição, suficientemente aptos para dar resposta proveitosa, efetiva e imediata à controvérsia.

6. Na verdade, além de não superar a cláusula de subsidiariedade, a ADPF, pela natureza de sua configuração, não seria adequada à solução do caso concreto, que reclama sentença tipicamente subjetiva, e não objetiva, como é próprio das arguições. Realmente, aqui, a única solução cabível estaria, necessariamente, vinculada à situação particular do caso analisado, típica de um processo subjetivo. Ao contrário do que se verificou, por exemplo, na ADPF 388, em que a nocividade para a Constituição Federal decorria do ato de nomeação objetivamente considerado (e não da pessoa nomeada), no presente caso o alegado descumprimento da Constituição decorreria, não do ato de nomeação, assepticamente considerado, mas da pessoa que ele pretendeu investir e das circunstâncias em que ele foi editado. O que se questiona, aqui, é exatamente a motivação do ato de nomeação, que segundo se alega, estaria descompromissada com o interesse público e seria nula por desvio de finalidade. A configuração dessas circunstâncias surgiria, portanto, como pressuposto necessário para atestar a violação aos preceitos fundamentais invocados pelos requerentes. Ora, tudo isso – e, mais, a apuração de suposto prejuízo para a persecução e para a jurisdição criminal -, revela a indispensabilidade de produção de prova, num nível muito mais exauriente do que aquela admitida na legislação de regência da ADPF (art. 3º, § único, da Lei 9.882/99).

Isso foi ponderado, inclusive, no parecer oferecido pelo Procurador-Geral da República, não obstante tenha ele expressado opinamento diverso a respeito do cabimento das ADPF's. Eis o trecho de interesse:

“(...) 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. Por conseguinte, não cabe dilação probatória em arguição de descumprimento de preceito fundamental para aferir violação dos preceitos constitucionais invocados.

Essas 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 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’.

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 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

ADPF 390 / DF

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 Presidência da República e do precedente da ADPF 388//DF, entende o Procurador-Geral da República que as arguições de descumprimento comportam conhecimento.

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 preparar 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.”

É de ser acentuado, a propósito, que eventual embaraço ao exercício da jurisdição penal, com a alteração da competência para os atos de investigação e da ação penal, poderia ser suscitada nos próprios procedimentos criminais alçados ao Supremo Tribunal Federal, forma pela qual controvérsias semelhantes vem sendo historicamente decididas pelo Tribunal. Incabível ADPF para essa estrita finalidade.

7. Por último, cumpre refutar o argumento de que as arguições seriam cabíveis diante da relevância do ato investido para o regular desempenho de um dos ministérios mais importantes da Presidência da República. No ponto, é preciso considerar que a relevância política de atos presidenciais não é, por si só, suficiente para justificar a modificação dos instrumentos processuais ou da competência para julgamento das ações contra eles impetrados. O requisito da relevância, instituído pelo art. 3º, V, da Lei 9.882/99, embora conste como cláusula geral implícita no sistema da ADPF, não deve transformar as arguições de descumprimento

ADPF 390 / DF

de preceito fundamental em expediente de avocação universal, a ser acionado isoladamente, sem o concurso de qualquer outro critério. Não fosse assim, toda ação popular contra atos do Presidente da República poderia invariavelmente ser encaminhada, na forma de arguição, ao Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência da Corte traz uma longa série de precedentes que desabonam ostensivamente essa possibilidade, ao reconhecer as limitações inerentes à competência originária do STF (Pet 1282 AgR, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ de 27/06/97; Pet 3087 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 10/09/04; Pet 5856 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe 15/12/15).

8. Verificada, assim, (a) a singularidade do ato atacado, cujo potencial de reprodução é praticamente nulo; (b) a especificidade dos fundamentos da arguição, centrados na invalidade da motivação do ato atacado, que poderia exigir exploração probatória incompatível com a ADPF; (c) a existência, no ordenamento, de outros meios aptos a resolver, com eficácia satisfatória, a controvérsia constitucional em causa, dependa ela, ou não, da realização de fase instrutória mais alargada; (d) a impossibilidade de se converter, apenas pela consideração da relevância do ato atacado, a ADPF em instrumento de avocação universal das ações populares dirigidas contra ato presidencial; e (e) a verificação, em concreto, de que as alternativas à disposição da jurisdição ordinária foram exercidas a contento para neutralizar o alegado estado de conflitividade jurídica gerado pela prática do ato de nomeação aqui atacado, restou desatendida, no caso, a regra da subsidiariedade, estabelecida pelo art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99.

9. Ante o exposto, com fundamento no art. 4º, *caput*, da Lei 9.882/99, indefiro liminarmente a petição inicial da presente ADPF, ficando prejudicados os pedidos de liminar e os demais pedidos, nomeadamente os formulados pela Presidente da República e pela Advocacia-Geral da União.

ADPF 390 / DF

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 04 de abril de 2016

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

Documento assinado digitalmente