

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.071 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
IMPTE.(S) : **PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA**
ADV.(A/S) : **FLAVIO HENRIQUE COSTA PEREIRA**
ADV.(A/S) : **GUSTAVO GUILHERME BEZERRA KANFFER**
IMPDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO: Trata-se de mandados de segurança impetrados em caráter coletivo por partidos políticos voltados contra o ato de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

O **PARTIDO POPULAR SOCIALISTA – PPS** impetrou o Mandado de Segurança Coletivo 34.070.

Quanto ao cabimento da ação, sustentou que os partidos políticos têm ampla legitimidade para impetrar mandado de segurança em caráter coletivo.

Relatou que a autoridade impetrada nomeou Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil, com *statuts* de Ministro de Estado. Argumentou que o ato foi praticado em desvio de finalidade, tendo em vista os seguintes fatos:

“Primeiro: a operação “Lava Jato”, cujo Juízo competente é exercido pelo magistrado Sérgio Moro, tem revelado que diversas pessoas, sabidamente aliadas do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, seriam autoras da prática de crimes (diversos deles contra a Administração Pública), inclusive com sentenças condenações já proferidas. (doc. 2);

Segundo: em 29 de Fevereiro de 2016, foi proferida decisão pelo Juiz Sérgio Moro, determinando a condução coercitiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para prestar depoimento no bojo de investigações relacionadas com a operação “Lava Jato” (doc. 3);

Terceiro: em 14 de Março de 2016, a Juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo, ao apreciar o pedido de prisão

MS 34071 MC / DF

preventiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no bojo do processo 0017018-25.2016.8.26.0050, declinou de sua competência, por entender que o Juízo responsável pela ‘operação lava jato’ é o competente para apreciar os pedidos formulados pelo Ministério Público (doc. 4);

Quarto: todos os setores da sociedade brasileira começam a especular a possibilidade de prisão do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que é fato público e notório;

Quinto: dois dias após (16.03.2016), a autoridade coatora anuncia e decide nomear o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, a deslocar todas as investigações contra o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o STF (doc. 1); e,

Sexto: nesse mesmo dia, interceptação telefônica da Polícia Federal revelou diálogo entre a Excelentíssima Presidente da República e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Na referida gravação, a autoridade coatora informa que “BESSIAS” irá entregar o documento ao ex-presidente Lula. Na verdade, “BESSIAS” se trata do procurador da Fazenda Jorge Messias, atualmente na subchefia de assuntos jurídicos da Casa Civil. Na gravação, a autoridade coatora é clara ao falar para o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva: ‘só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?!’ (doc. 5)”.

Afirmou que a Presidente da República tem competência para, a seu juízo, escolher os Ministros de Estado. No entanto, a nomeação em tela teria sido praticada em desvio de finalidade, na medida em que buscou finalidade não pública – conferir prerrogativa de foro ao nomeado, impedindo o curso das investigações.

Requeru medida liminar para sustar os efeitos da nomeação. Pediu provimento que desconstitua a nomeação.

O PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB impetrou o Mandado de Segurança Coletivo 34.071.

Quanto ao cabimento da ação, sustentou que os partidos políticos têm ampla legitimidade para impetrar mandado de segurança em caráter coletivo. Relatou que a autoridade impetrada nomeou Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil, com *statuts* de Ministro de Estado. Afirmou que a Presidente da República tem competência para, a seu juízo, escolher os Ministros de Estado. No entanto, a nomeação em tela teria sido praticada em desvio de finalidade, na medida em que buscou finalidade não pública – conferir prerrogativa de foro ao nomeado, impedindo o curso das investigações. Alegou que o ato da Presidente da República violou o princípio da moralidade estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como outros princípios fundamentais, que devem reger toda e qualquer atividade da Administração Pública. Sustentou ainda que a referida nomeação ofende os preceitos do juiz natural e do devido processo legal. Aduz que a Presidente da República, por meio do ato impugnado, praticou crime de responsabilidade por violar o art. 85, *caput* e os incisos II, IV e VII, da Constituição Federal. Sustentou, em síntese, que o ato impetrado “atentou contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o livre exercício do Poder Judiciário, a probidade na administração e o cumprimento das decisões judiciais do juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba”.

Requeru medida liminar para sustar os efeitos da nomeação. Pediu provimento que desconstitua a nomeação e que mantenha a competência do Juízo da 13ª Vara Criminal de Curitiba.

Decido.

O inciso LXIX, do art. 5º, trata do mandado de segurança e o inciso LXX, de sua impetração em caráter coletivo:

“LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

MS 34071 MC / DF

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Ambos os partidos políticos impetrantes comprovam que têm representação no congresso nacional.

A presente ação testa os limites do mandado de segurança coletivo impetrado por partido político.

O que se tem é o manejo, por partidos políticos de oposição, de mandado de segurança contra ato da Chefia do Poder Executivo que, em tese, viola a separação dos poderes (art. 2º) e princípios constitucionais da administração pública (art. 37).

O interesse tutelado é de caráter difuso, na definição do art. 81, parágrafo único, I, do CDC, por ser transindividual, indivisível e de titularidade indeterminada:

“I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (...)”.

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.

A Lei 12.016/09, que “disciplina o mandado de segurança individual e coletivo”, indica em sentido contrário. O parágrafo único do art. 21,

MS 34071 MC / DF

específico da impetração em caráter coletivo, afirma que a ação pode ser manejada para tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos, não mencionando os direitos difusos:

“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”.

De forma paralela, surge a questão da possibilidade de o partido político usar a ação em defesa de interesses que não são peculiares a seus filiados

Foi essa a *ratio* que guiou o Tribunal no julgamento do RE 196.184, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 27.10.2004. O caso tratava da possibilidade de utilização da ação com o objetivo de tutelar o interesse individual homogêneo disponível – interesse dos contribuintes em não se submeter a aumento no IPTU. Concluiu-se que a tutela do interesse individual homogêneo disponível deveria ser feita pelos próprios contribuintes, individual ou coletivamente, não sendo viável a tutela pela

MS 34071 MC / DF

ação de mandado de segurança coletivo manejada por partido político.

Daquela feita, eu mesmo registrei discordância quanto à possibilidade do partido político impetrar segurança em favor de “interesses outros que não os de seus eventuais filiados”.

Percebo que a análise que fiz daquela feita foi excessivamente restritiva. Os partidos políticos têm finalidades institucionais bem diferentes das associações e sindicatos. Representam interesses da sociedade, não apenas dos seus membros. Representam até mesmo aqueles que não lhes destinam voto.

A ideia de “representação” pelos partidos é da essência da própria definição legal incorporada ao direito brasileiro. Veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 1º da Lei n. 9.096/1995:

“Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

Assim, não parece correto conferir-lhes o mesmo tratamento dado às associações e indicados. E não foi isso que fez o texto constitucional em vigor.

Como já anotei, a exigência de que o mandado de segurança coletivo seja impetrado “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” consta apenas da alínea “b” do inciso LXXII do art. 5º. Não consta da alínea “a”, tampouco do próprio inciso.

Aliás, essa diferença não parece ter sido nunca ignorada por esta Corte em sede de controle abstrato. Veja-se a maneira como este Tribunal interpreta o art. 103 da Constituição Federal, que cuida dos legitimados para ADI e ADC. Exige-se pertinência temática para as entidades previstas no inciso IX (“confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”), mas não para os partidos políticos. Deles exige-se apenas que contem com representante no Congresso Nacional, quando da propositura da ação direta.

MS 34071 MC / DF

Nessa linha, no já mencionado RE 196.184, a fundamentação da relatora afirmou que os partidos políticos poderiam manejar a ação em defesa de quaisquer interesses difusos.

O fato é que o precedente reduziu a importância da impetração da ordem de mandado de segurança coletivo por partido político, ao impedir o uso da ação para a defesa de interesses individuais homogêneos não peculiares aos filiados, sem que estivessem claros os limites de emprego do remédio na tutela de interesses coletivos e difusos. No cenário atual, os casos de mandado de segurança coletivo são raros.

A superveniente Lei 12.016/09 parece adotar a linha restritiva, limitando o objeto da ação do partido à “defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”.

A leitura restritiva vem sendo criticada com excelentes argumentos. Teori Zavascki, em obra doutrinária, defende que os partidos políticos têm legitimidade ampla para manejar a ação, independentemente de vinculação com interesse de seus filiados. E vai além, sustentando que a ação pode ser manejada para a tutela de interesses difusos, ligados às finalidades do partido. Assim, um partido com programa voltado para a área ambiental poderá requerer a segurança contra ato ofensivo ao meio ambiente. Transcrevo:

“É de se reconhecer, todavia, que, pelo menos no que diz respeito aos partidos políticos (CF, art. 5º, LXX, *a*), o texto constitucional não estabeleceu limites quanto à natureza dos direitos tuteláveis por conta da legitimação que lhes foi conferida. Assim, numa interpretação compreensiva e abrangente, não se podem considerar excluídos dessa tutela os direitos transindividuais, desde que, obviamente, se trate de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação, adiante referidos, nomeadamente o que diz respeito ao indispensável elo de pertinência entre o direito tutelado e os fins institucionais do partido político impetrante. É de se considerar adequado, sob esse aspecto, que

um partido político cuja bandeira seja a proteção do meio ambiente natural impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico. Tem-se aí, sem dúvida, hipótese de mandado de segurança para tutelar direito de natureza transindividual, sem titular certo, pertencente a todos, como assegura o art. 225 da CF". (ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo**. 6 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 193-194)

Segundo defende Teori Zavascki, o “elo de relação e de compatibilidade” entre o interesse defendido e os “fins institucionais ou programáticos do partido político” seria o limite para a aferição do cabimento da ação.

Leonardo José Carneiro também aponta no sentido do cabimento da impetração para a tutela de interesses difusos:

“Contrariamente ao que sugere o texto legal e não obstante a opinião de tais importantes doutrinadores, não deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Havendo um direito transindividual que mereça ser protegido, tutelado, prevenido, reparado, será cabível a ação coletiva, aí incluído o mandado de segurança.

Como manifestação dessa garantia de acesso à justiça, é forçoso admitir *todas* as espécies de demandas e provimentos capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais. E é decorrência do acesso à justiça a efetividade da tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos transindividuais mediante o uso de *todos* os meios adequados. Em razão do acesso à justiça, *não* deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Sempre que um direito transindividual for ameaçado ou lesado será cabível a ação coletiva. A garantia de acesso à justiça marca o processo coletivo, valendo dizer que o mandado de segurança coletivo afigura-se cabível para a defesa de *qualquer* direito coletivo, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Impõe-se, enfim, conferir ao parágrafo único do art. 21 da

Lei nº 12.016/2009 uma interpretação conforme a Constituição para entender que o mandado de segurança coletivo *também* se destina à proteção dos direito difusos.

O art. 5º, LXX, da Constituição Federal não faz qualquer limitação, devendo extrair-se da norma sua máxima efetividade, de sorte a admitir que o mandado de segurança coletivo sirva não somente à proteção dos direitos coletivos e individuais homogêneos, mas igualmente aos difusos”.

(DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. pp. 469 - 470).

Na mesma linha, José Afonso da Silva afirma o seguinte:

“Pensamos que a regra geral prevalece em todos os casos em que se reclama o *direito subjetivo individual* dos associados. [...] Não se indicaram, porém, interesses de quem os partidos políticos podem defender pelo mandado de segurança coletivo. Questão aberta. Logo, entendemos que eles podem defender direito subjetivo individual de seus membros, desde que se admita, como se está admitindo, que o mandado de segurança coletivo também é meio hábil para a defesa de direito subjetivo individual de integrantes da parte institucional legitimada.

[...] interesses legítimos, difusos ou coletivos [...] Fica o mandado de segurança coletivo sujeito ao requisito do direito líquido e certo?

Não consta essa exigência do dispositivo constitucional que o institui. O requisito constava da proposta inicial do remédio, mas foi logo eliminado nas sucessivas redações do texto. A alínea *b* do inc. LXX do art. 5º fala em “interesses” e não em “direitos”. Será isso suficiente para afastar o requisito, sabido que também na primeira proposta do instituto se destinava ele a “proteger direito líquido e certo”, mas na defesa de *interesses* de membros e associados das entidades referidas? Se o requisito do direito líquido e certo for eliminado, não se correrá o risco de perder-se a principal característica do instituto, que é a celeridade?

[...] quando os partidos políticos impetrarem-no na defesa

de *interesse coletivo difuso* exigem-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse que o fundamenta”. (DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 458 – 459).

Alexandre de Moraes também é enfático na mesma linha:

“Os partidos políticos, desde que representados no Congresso Nacional, têm legitimação ampla, podendo proteger quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade.

[...] Anote-se, porém, que não foi esse o entendimento do legislador, ao estabelecer no art. 21 da Lei nº 12.016/09, que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a (1) seus integrantes ou (2) à finalidade partidária.

Não nos parece a melhor solução refutamo-as, inclusive, inconstitucional. Ora, se todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (*elegibilidade*) o alistamento eleitoral (CF, art. 14, 3º, III), a razão da existência dos partidos políticos é a própria *subsistência do Estado Democrático* de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 1º, V – consagra o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecê-los concedendo-lhes legitimação para o mandado de segurança coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública. Cercear essa legitimação somente para seus próprios interesses ou de seus filiados é retirar dos partidos políticos a característica de essencialidade em um Estado Democrático de Direito e transformá-lo em mera associação privada, o que, certamente, não foi a intenção do legislador constituinte”. (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 31.

ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. pp. 177)

A concretização do dispositivo constitucional que prevê a legitimidade do uso do mandado de segurança coletivo por partido político ainda é uma obra em andamento. Os limites do art. 21 da Lei 12.016/09 servem como indicativo, mas certamente não como limite das hipóteses de cabimento da ação. Tratando-se de garantia constitucional, não poderia o legislador restringir seus contornos para além de seu significado. Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes:

“A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência dos princípios que regem a República, entre eles, a cidadania e o pluralismo político como seus fundamentos basilares, obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos direitos humanos, inclusive aos direitos políticos, mas também eleger, em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhes garanta a maior e mais ampla proteção; e, conseqüentemente, exigem a inconstitucionalidade, com a respectiva declaração de nulidade parcial, do *caput* do artigo 21 da Lei 12.016/09, no sentido de se excluir a restrição ao objeto do mandado de segurança coletivo ajuizado por partidos políticos tão somente à defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”. MORAES, Alexandre de. Lei transformou partidos em meras associações. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-nov-23/lei-ms-coletivo-transformou-partidos-meras-associacoes-classe>. Acesso em: 17.3.2016.

Uma solução que exclua a tutela de interesses difusos ou relacione necessariamente a vinculação da ação a interesse de seus integrantes é

MS 34071 MC / DF

excessivamente restritiva. Como bem anotado por Teori Zavascki, “tal limitação implicaria não apenas o desvirtuamento da natureza da agremiação partidária – que não foi criada para satisfazer interesses dos filiados –, como também a eliminação, na prática, da faculdade de impetrar mandado de segurança coletivo” - *op. cit*, p. 196.

Por outro lado, é preciso ter cuidado para evitar que a ação confira uma legitimidade universal aos partidos políticos. O critério da finalidade partidária é uma limitação segura e correta.

Mas creio que a melhor interpretação ainda precisa ir um passo além. Aqui deve ser feito um paralelo com o mandado de segurança impetrado contra desvios no processo legislativo.

Ainda sob a Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal, no MS 20.257 (MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 99(3)/1040), entendeu admissível a impetração de mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, asseverando que, quando “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição” (MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 99(3)/1040).

Atualmente, a jurisprudência do Tribunal está pacificada no sentido de que “o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional” (MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.6.2004; MS 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ, 116 (1)/47; MS 21.642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA, 191/200; MS 24.645/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 8.8.2003; MS 24.576/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.9.2003).

Também aqui se afigura evidente que se cuida de uma utilização especial do mandado de segurança, não exatamente para assegurar

MS 34071 MC / DF

direito líquido e certo de parlamentar, mas para resolver peculiar conflito de atribuições ou “conflito entre órgãos”.

Em ambos os casos de violação à premissa de validade do processo legislativo, é cabível o mandado de segurança para resguardar a regularidade jurídico-constitucional do processo político de deliberação e aprovação de leis (MS 20.257, Rel. Min. Décio Miranda, DJ de 27.2.1981; MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.6.2004).

Em 24-4-2013, foi concedida liminar no MS 32.033, Rel. Min. Gilmar Mendes, para suspender a tramitação de projeto de lei que se considerava violador de cláusulas pétreas, uma vez que, entre outros vícios de inconstitucionalidade que apresentava, implicava o tratamento não isonômico entre partidos e parlamentares que se encontravam em situação idêntica. O Plenário do Supremo Tribunal, por maioria de votos, conheceu do mandado de segurança, confirmando a tradicional jurisprudência da Corte acerca do cabimento da impetração preventiva em defesa do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo eivado de inconstitucionalidade (vício formal) ou cuja proposição apresentada traga proposta tendente a abolir cláusulas pétreas da Constituição Federal. No mérito, todavia, por maioria de votos, a Corte não referendou a posição do relator (julgamento finalizado em 20.6.2013).

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 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.

Existe a possibilidade de tutela via ação popular, mas essa via não é aberta aos partidos políticos. Além disso, o mandado de segurança é uma ação que, ao menos em regra, tutela interesses também passíveis de

MS 34071 MC / DF

salvaguarda em vias ordinárias.

A oposição tem claro interesse em levar ao judiciário atos administrativos de efeitos concretos lesivos a direitos difusos.

E nosso sistema consagra a tutela de violações a direitos difusos como um valor a ser buscado, na perspectiva do acesso à jurisdição.

No presente caso, estão em apreciação vários mandados de segurança em caráter coletivo impetrados por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, não integrantes da base aliada, contra ato da Presidente da República.

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

Feitas essas considerações, tenho por cabíveis as ações de mandado de segurança.

Passo a apreciar os pedidos liminares propriamente ditos.

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.

Em estudo pioneiro sobre o tema, Vladimir Passos de Freitas defende que o ato de nomear pessoa para lhe atribuir foro privilegiado é nulo:

“Porém, pode suceder o oposto, ou seja, alguém acusado da prática de um delito é convidado a ocupar um cargo que lhe dê foro especial, isto é, dê-lhe a possibilidade de livrar-se da Justiça de primeira instância e de responder em um tribunal. Isso pode ocorrer no Poder Executivo e no Legislativo, onde há

uma grande quantidade de cargos em comissão. Por exemplo, um vereador está sendo investigado por crime de pedofilia e consegue nomeação para o cargo de secretário de Estado, subtraindo-se da ação do promotor da comarca e sujeitando-se a uma ação no Tribunal de Justiça, onde o processo andarás mais lentamente.

Em caso como o do exemplo citado, é preciso verificar se a finalidade do ato administrativo de nomeação foi deturpada, a fim de atingir objetivo diverso do simulado. Odete Medauar é clara ao dizer que 'o fim de interesse público vincula a atuação do agente, impedindo a intenção pessoal' (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 17. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 157. Se os motivos forem apenas aparentes, porque o fim desejado é outro, ocorrerá desvio de finalidade. É o caso, por exemplo, da remoção de um policial sob o argumento de que dele se necessita em outro município, quando, na verdade, o objetivo é afastá-lo da investigação de determinado caso.

Hely Lopes Meirelles, com a clareza que marcou suas obras, ensina que 'o desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público' (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 14. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 92.. Celso Antonio Bandeira de Mello enfatiza que, 'a propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma se falar em 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade'' (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1987, p. 47).

A consequência dessa deturpação do objetivo, que na realidade administrativa brasileira não é rara, é a nulidade do ato. Lucas Rocha Furtado, de forma objetiva, observa que, 'independentemente de qualquer outro vício, se o ato foi praticado contrariando a finalidade legal que justificou a outorga de competência para a prática do ato, ele é nulo' (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*.

Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 303).

Para arrematar, a Lei da Ação Popular, 4.717, de 1965, afirma que é nulo o ato administrativo praticado com desvio de finalidade e no artigo 2º, parágrafo único, alínea “e” explicita que:

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

Se assim é, conforme ensinamento uniforme da melhor doutrina, resta apenas saber como, no caso concreto, se concluirá pela existência ou não de dissimulação. Evidentemente, o ato sempre será editado com base em premissas falsas, aparentemente verdadeiras.

A resposta está na análise das circunstâncias. Por exemplo, imagine-se que um médico renomado, portador de títulos acadêmicos, seja convidado para assumir a Secretaria de Saúde do Estado e que responda, no Juizado Especial Criminal, pelo crime de lesões corporais leves, em virtude de um soco desferido em seu vizinho em meio a uma acalorada discussão em assembleia de condomínio. Seria ridículo imaginar que a indicação de seu nome visava subtrair do JEC a competência para processá-lo, passando-a ao Tribunal de Justiça.

No entanto, diversa será a situação se a indicação for feita a um dentista envolvido em graves acusações de estupro de pacientes para ocupar o cargo de ministro dos Transportes, no momento exato em que o Tribunal de Justiça julgará apelação contra sentença que o condenou a 20 anos de reclusão. Aí o objetivo será flagrantemente o de evitar o julgamento pelo TJ e a manutenção da sentença condenatória e a sua execução imediata, transferindo o caso para o Supremo Tribunal Federal. O ato administrativo será nulo por evidente desvio de finalidade.

A ocorrência desse tipo de desvio de conduta sujeitará a autoridade administrativa, seja ela membro do Poder Legislativo, prefeito, governador, presidente da República ou outra do segundo escalão do Executivo, a ação popular e, ainda,

ação ordinária de nulidade do ato, junto com a União, que poderá ser proposta no foro federal do domicílio do autor.

Na verdade, as práticas administrativas passam, no Brasil, por um flagrante processo de mudança. Basta ver a obrigatoriedade atual da transparência dos atos administrativos, inimaginável há duas ou três décadas. Assim, os administradores, seja qual for o nível ou o Poder de Estado a que pertençam, devem se acautelar na condução de seus atos, pois, em boa hora, ficou para trás o tempo do “manda quem pode, obedece quem tem juízo”. (FREITAS, Vladimir Passos de. **Nomeação para dar foro privilegiado a réu é ato administrativo nulo.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-13/segunda-leitura-nomeacao-dar-foro-privilegiado-reu-ato-administrativo-nulo#_ednref5. Acesso em: 18.3.2016.)

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”.

O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res publica”.

Não por outra razão que o *caput* do art. 37 da CF indica como diretriz administrativa:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (...)" (grifou-se)

Por sua vez, o art. 87 da Lei Maior enuncia:

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

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

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

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

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

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

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 impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra “Ilícitos Atípicos”. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: “Os ilícitos atípicos são ações que, *prima facie*, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez

consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas”. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui. *Ilícitos Atípicos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 12)

E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade.

O mesmo raciocínio abarca os três institutos bem conhecidos da nossa doutrina: abuso de direito, fraude à lei e desvio de finalidade/poder. Todos são ilícitos atípicos e têm em comum os seguintes elementos: 1) a existência de ação que, *prima facie*, estaria em conformidade com uma regra jurídica; 2) a produção de um resultado danoso como consequência, intencional ou não, da ação; 3) o caráter injustificado do resultado danoso, à luz dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso e 4) o estabelecimento de uma segunda regra que limita o alcance da primeira para qualificar como proibidos os comportamentos que antes se apresentavam travestidos de legalidade.

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

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.

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela,

MS 34071 MC / DF

configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.

A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei. Não está em questão saber se a Presidente praticou crime, comum ou de responsabilidade. Não é disso que se cuida.

É exatamente esse pano de fundo que deve nortear a análise de eventual desvio de finalidade na nomeação de Ministro de Estado.

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.

Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva– Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop.

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.

Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares.

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição.

A rigor, assim como nos precedentes acerca da manutenção da

MS 34071 MC / DF

competência do Tribunal em caso de renúncia em fase de julgamento, não seria necessário verificar os motivos íntimos que levaram à prática do ato. A simples nomeação, assim como a renúncia, demonstram suficientemente a fraude à Constituição.

Mas, neste caso, o elemento subjetivo é revelado por riqueza probatória que não merece passar despercebida.

As impetrações são amparadas em provas produzidas no Processo 50062059820164047000, da 13ª Vara Federal de Curitiba, no qual foi determinada a interceptação de vários telefones, entre eles terminais utilizados por Luiz Inácio Lula da Silva.

Em decisão datada de 16.3, o juiz da causa levantou o sigilo das gravações, pelo que não há óbice em utilização como prova neste procedimento – e. 135.

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:

“Para conhecimento público, divulgamos cópia do termo de posse assinado hoje à tarde pelo ex-presidente Lula e que se encontra em poder da Casa Civil. Esse termo foi objeto do

telefonema mantido entre o ex-presidente Lula e a presidenta Dilma Rousseff, sendo, no dia de hoje, divulgado, ilegalmente, por decisão da Justiça Federal do Paraná.

A presidenta assinará o documento amanhã (17), em solenidade pública de posse, estando presente ou não o ex-presidente Lula.

A transmissão de cargo entre o ministro Jaques Wagner e o ex-presidente Lula foi marcada para a próxima terça feira (22). Trata-se de momento distinto da posse.

Finalmente, cabe esclarecer que no diálogo entre o ex-presidente Lula e a presidente Dilma a expressão ‘pra gente ter ele’ significa ‘o governo ter o termo de posse’, assinado pelo presidente Lula, para em caso de sua ausência já podermos utilizá-lo na cerimônia de amanhã. Por isso, o verbo não é “usa” mas sim o governo usar o referido termo de posse.

Assim, o diálogo foi realizado com base nos princípios republicanos e dentro da estrita legalidade.

Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República
de Imprensa

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:

“Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

Art. 353. A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz”.

A confissão não mereceria invalidação pelo nexa 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:

“Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação”.

Ultrapassado esse ponto, passo a avaliar a prova.

É notório que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva era pessoa de interesse em duas grandes investigações relativas a fatos ocorridos no seu governo: Operação Zelotes e Operação Lava Jato.

Em 4.3.2016, medidas ostensivas no âmbito da Operação Lava Jato revelaram que o ex-Presidente estava sob investigação.

De forma paralela, o ex-Presidente era investigado num esquema de fraudes, desvio de recursos e lavagem de dinheiro no âmbito da cooperativa Bancoop. Em 10.3.2016, foi ele denunciado pelo Ministério Público de São Paulo. Na peça, foi postulada a decretação da prisão preventiva. Em 14.3.2016, fundada na conexão com as investigações da Operação Lava Jato, a juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo declinou da competência da respectiva ação penal para o Juízo responsável por aquela

MS 34071 MC / DF

Operação, a 13ª Vara Federal de Curitiba.

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.

Em 8.3.2016, às 18h11, Luiz Inácio Lula da Silva mantém conversa com o cientista político Alberto Carlos. Este diz que analisou seu caso e que a única chance de escapar da prisão seria a assunção de um Ministério. Transcrevo:

“ALBERTO CARLOS: Eles te condenaram efetivamente, tá?! Não tem defesa jurídica que salve, tá?! eu tô falando assim...

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: eu tô falando é com alarmismo mesmo, tá?

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: É uma decisão individual daquele cara lá de Curitiba. Ele pega e toma a decisão, tá tomada, acabou!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: No meu entender, ele faz um balão de ensaio na sexta-feira. Como é que seria se ele tomasse essa decisão? Tá, “ele” fez um “testeinho”, “vamo” quebrar o gelo e ver como é que seria, tá?! Eu acho, tá, tem uma coisa que tá na mão de vocês, é MINISTÉRIO, acabou, porra!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Sabe, eu acho que a vacilação da parte de vocês, tô falando genericamente, de um modo geral, é uma guerra política, é uma disputa política, o cara lá é juiz, mas

é um tucano, formação OPUS DEI e o cacete à quatro, entendeu? Ele tá ali, depende da cabeça dele, só na cabeça dele, entendeu? Vai que esse cara é maluco e ousado suficiente pra tomar uma decisão nessa direção?! Você uma coisa na tua mão hoje! Usa caralho!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Você entendeu?! É alarmista mesmo, entendeu? Porra, vai incendiar o país se esse cara fizer, ele não é um homem na política.

LILS: Então, deixa eu te falar uma coisa, eu até, até acho que ele deve fazer pra ver o que acontece...Porque veja, eu quero, eu tô vivendo uma situação de anormalidade, ou seja, esses caras podem investigar minha conta na casa do caralho, que não vão encontrar um centavo. Esses caras sabem que eu não tenho apartamento, esses caras sabem que eu não tenho a chácara, esses caras sabem que não só eu fiz muita palestra, como eu fui o mais bem pago conferencista do começo século 21. Só eu e o Clinton...Eu não sei se o Stiglitz depois, sabe? Agora se o cidadão começa a levantar suspeita de tudo isso, eu quero ver como é que eles vão provar que eu tenho uma chácara, como é eles vão provar que eu tenho um apartamento. Porque alguém vai ter que pagar“ pra mim ter”. Porque eu não posso ter, sem pagar...

ALBERTO CARLOS: É, mas dado a forma com o processo é constituído, eles já fizeram isso, entendeu? Você vai botar a defesa, e eles vão dizer, dane-se! Ele acabou de dizer aí o negócio do MARCELO que é DOMÍNIO DO FATO e acabou, você entendeu?

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: É autoritária, a Justiça

Brasileira é a última peça de autoritarismo da sociedade brasileira, e você tá embaixo dela agora, "fodeu!" O cara montou isso. Entendeu? No meu entender é isso, ele tem a faca e o queijo na mão, infelizmente dói dizer isso, tá? Agora, você tem uma coisa na tua mão porra: você, o PT, a DILMA.... Faz isso e foda-se! Vai ter porrada? Vão criticar? E daí? Ne porra...Numa boa, você resolve outro problema, que é o problema da governabilidade.Porra, você e DILMA, um depende do outro, cacete!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Eu mandei, eu fiz o balão de ensaio com os meus clientes. Mandei um informativo trabalhando com a seguinte hipótese. Joguei, é uma hipótese, da minha cabeça mesmo. Você: MINISTRO; e o PALOCCI na FAZENDA. Cara, nego começou a me ligar, "vai acontecer isso?!" Não, eu falei, é só uma hipótese. Acaba a crise, acaba! Põe o mercado no bolso, e faz o que tem que ser feito, acabou! Porra, só o PT tem isso, tem os dois quadros que acabam com a crise, caralho! Pô, ta esperando o que?! Que arranjo vocês estão esperando?!

LILS: Não, não tô esperando nenhum arranjo não. Pra mim é muito difícil essa hipótese. Na verdade, ELA JA OFERECIU, sabe?! Mas eu vou ter uma conversa hoje, que, depois eu te ligo.

ALBERTO CARLOS: Porra, não tem... olha só, o articulador é você. Você tentou lá o PMDB, você tem total credibilidade na frente do PMDB, você tem total credibilidade na frente do PT, total credibilidade na frente de todos os partidos. Acabou, sentou lá, tá resolvido o problema de credibilidade. Tá resolvido. Botou nosso "amigo" lá na Fazenda, tá resolvido a economia, a expectativa pura! Expectativa pura! Eu tô fora aqui, eu tô vendo o que é isso.

LILS: É, mas na hora que esse meu "amigo" faz um papel

disso, e a imprensa cai de cacete nele, quem é que defende?!

ALBERTO CARLOS: Foda-se, tá todo mundo fodido, entendeu?

LILS: Porque ele já foi. Eu vou conversar e depois a gente volta a conversar. Eu te ligo amanhã,

ALBERTO CARLOS: Vocês têm a faca e o queijo na mão. Só vocês têm isso no Brasil hoje, mais ninguém. Porra, não vai aproveitar isso?! A sua ousadia, você sempre foi ousado caralho!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Você entende? Ousadia, vai levar porrada, a GLOBO vai bater, "ahh lá, confissão de culpa". Foda-se, o que que é melhor?! Isso daí, ganhar o jogo ou perder o jogo?!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Eu acho que não pode ser vacilante, eu acho que o partido tá vacilando nesse momento. É vacilação pura.

LILS: Ta bom.

ALBERTO CARLOS: Vocês têm os quadros, e a faca e o queijo pra reencaminhar a discussão, politicamente falando, ta?! E é você e "nosso amigo" lá. Foda-se, tá todo mundo queimado. A Lava Jato queimou todo mundo, a Câmara, o Senado, porra antes era só ele que tava queimado, agora é todo mundo. E daí?

LILS: "uhumm". Ta bom meu irmão, obrigado pelo conselho. Tá bom.

ALBERTO CARLOS: Mete pau, é duro falar isso pra você, mas, porra, eu tô alarmado com tudo que tá acontecendo. Eles vão foder o país, e você pode reverter isso, você

e DILMA podem reverter isso.

LILS: Ta bom meu irmão, ta bom querido.

ALBERTO CARLOS: Vai lá, tamo do lado tá. Do lado tá

Tchau”.

A hipótese da assunção do cargo público partiu do interlocutor, não de Luiz Inácio Lula da Silva. Além disso, mesmo que, do ponto de vista de Luiz Inácio Lula da Silva, houvesse o objetivo de obstruir as investigações, não seria o suficiente para configurar o desvio de finalidade. Seria indispensável o concurso do agente público responsável pelo ato, no caso, da Presidente da República. Elementos subsequentes indicam esse concurso.

Em uma conversa no dia 10.3, Rui Falcão, Presidente do Partido dos Trabalhadores, propõe ao então Ministro Chefe da Casa Civil, Jaques Wagner, a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para cargo de Ministro de Estado, para impedir sua prisão:

“RUI FALCÃO: Alô, seu ministro, você tá no celular, é?

ASSESSOR DE JAQUES WAGNER: É.

RUI FALCÃO: Ele sabe as condições que tã o celular dele né?

ASSESSOR DE JAQUES WAGNER: O presidente Rui Falcão quer falar com o senhor rapidinho.

JAQUES WAGNER: Alô.

RUI FALCÃO: Alô.

JAQUES WAGNER: Oi.

RUI FALCÃO: Oi, Jaques. O louco do Conserino aqui pediu a preventiva do Lula.

JAQUES WAGNER: É, eu vi porra.

RUI FALCÃO: Sim, e eles vão deslocar alguém pra cá, como é que é?

JAQUES WAGNER: Deslocar em que sentido?

RUI FALCÃO: Não, acho que tem que vim (sic) alguém pra cá, porra, pra se mexer aqui também.

JAQUES WAGNER: Mas alguém quem? Só pra eu entender. Não, que eu não tô raciocinando.

RUI FALCÃO: Não tem ministro da Justiça, não tem.

JAQUES WAGNER: Não, tem ministro da Justiça. Ele tá no ministério. Claro. Ele tá no posto.

RUI FALCÃO: Alguma iniciativa vocês precisam tomar. Porque tá na mão de uma juíza da Quarta Vara que não sabe quando toma decisão, mas pode tomar decisão hoje. Nós...

JAQUES WAGNER: Ah, ele pediu a preventiva do cara em cima do quê?

RUI FALCÃO: Não... não tem... em cima do triplex, da denúncia, ele é louco. Os três promotores aqui, Jaques.

JAQUES WAGNER: Tá bom. Deixa eu fazer alguma coisa aqui.

RUI FALCÃO: É, porque eles podem, a juíza pode despachar agora, tá? Tem os advogados tá lá (sic), "tamo" chamando deputado...

JAQUES WAGNER: Falou, ok.

RUI FALCÃO: A outra coisa é o seguinte: se nomear ele hoje, o que que acontece?

JAQUES WAGNER: Aí não sei, eu tô por fora.

RUI FALCÃO: Então, consulta isso também...

JAQUES WAGNER: Mas ele já decidiu?

RUI FALCÃO: Não, mas nós "tamo" todo mundo pressionou ele aqui. Fernando Haddad, todo movimento sindical, todo mundo.

JAQUES WAGNER: Tá bom.

RUI FALCÃO: Tá.

JAQUES WAGNER: Eu acho que tem que ficar cercado em torno do prédio dele e sair na porrada, Rui.

RUI FALCÃO: Tem nada.

JAQUES WAGNER: Não, tudo bem, ué? Mas tem que cercar tudo.

RUI FALCÃO: Não, eu sei, mas enquanto isso...

JAQUES WAGNER: Tudo bem, deixa eu falar aqui.

RUI FALCÃO: Alerta a presidente. Toma a decisão de Estado-Maior aí.

JAQUES WAGNER: Falou, ok...

RUI FALCÃO: E mantém a gente informado. Ele, tá?

JAIQUES WAGNER: Tá bom”.

Até então, temos uma sugestão formulada ao membro do primeiro escalão governamental, sem indicação de acolhida por parte da Chefe de Governo.

Mas duas conversas entre Luiz Inácio Lula da Silva e a Presidente da República parecem demonstrar que esta assumiu o propósito como seu.

No dia 4.3, às 13h02, Luiz Inácio Lula da Silva se diz assustado com a “República de Curitiba” e afirma que a Suprema Corte está acovardada:

“LILS: É um espetáculo de pirotecnia sem precedentes, querida. Eles estão convencidos de que com a imprensa chefiando qualquer processo investigatório eles conseguem refundar a República. DILMA: É isso aí!! LILS: Nós temos uma SUPREMA CORTE totalmente acovardada, nós temos uma SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA totalmente acovardado, um PARLAMENTO totalmente acovardado, somente nos últimos tempos é que o PT e o PC do B é que acordaram e começaram a brigar. Nós temos um PRESIDENTE DA CÂMARA fodido, um PRESIDENTE do SENADO fodido, não sei quanto parlamentares ameaça dos, e fica todo mundo no compasso de que vai acontecer um milagre e que vai todo mundo se salvar. Eu, sinceramente, tô assustado com a “REPÚBLICA DE CURITIBA”. Porque a partir de um juiz de 1ª Instância, tudo pode acontecer nesse país. DILMA: Então era tudo igual o que sempre foi, é?”.

Não há aqui pedido de nomeação para o cargo, mas há uma clara indicação da crença de que seria conveniente retirar a acusação da 13ª Vara Federal de Curitiba – a “República de Curitiba” –, transferindo o caso para uma “Suprema Corte acovardada”. Além do tumulto processual causado pela declinação, há a crença de que o foro no STF

MS 34071 MC / DF

seria leniente com o ex-Presidente.

O objetivo da Presidente da República de nomear Luiz Inácio Lula da Silva para impedir sua prisão é revelado pela conversa seguinte, em 16.3, 13h32. Trata-se de diálogo sobre o termo de posse, com o seguinte conteúdo:

“DILMA: Alô.

LILS: Alô.

DILMA: LULA, deixa eu te falar uma coisa.

LILS: Fala querida. "Ahn"

DILMA: Seguinte, eu tô mandando o "BESSIAS" junto com o PAPEL pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?!

LILS: "Uhum". Tá bom, tá bom.

DILMA: Só isso, você espera aí que ele tá indo aí.

LILS: Tá bom, eu tô aqui, eu fico aguardando.

DILMA: Tá?!

LILS: Tá bom.

DILMA: Tchau.

LILS: Tchau, querida”.

A Presidente diz que enviará o termo de posse “para gente ter ele”, mas orienta: “só usa em caso de necessidade”.

Em suas manifestações sobre o diálogo, a Presidente sustentou que estava mandando uma versão do termo de posse. A justificativa é de que o novo ministro não saberia se poderia ir à cerimônia, marcada para a manhã do dia 17.3. Assim, a Presidente teria mandado o emissário não para entregar o termo, mas para colher a assinatura do empossando, para que o documento ficasse arquivado na Presidência. Transcrevo a nota oficial da Presidência nesse sentido:

“Finalmente, cabe esclarecer que no diálogo entre o ex-presidente Lula e a presidente Dilma a expressão “pra gente ter

ele” significa “o governo ter o termo de posse”, assinado pelo presidente Lula, para em caso de sua ausência já podermos utilizá-lo na cerimônia de amanhã. Por isso, o verbo não é “usa” mas sim o governo usar o referido termo de posse”.

Essa explicação não corresponde ao que foi dito, nem é compatível com a legislação de regência.

A Presidente claramente orienta Luiz Inácio Lula da Silva quanto à utilização do documento: “só usa em caso de necessidade”. A tese de que a Presidência ficaria com o documento e só usaria se o empossando não fosse à cerimônia não se coaduna com o dito na conversa.

Tampouco a versão oficial é compatível com a legislação de regência do ato de posse.

A lei diz que a posse se dá “pela assinatura do respectivo termo”, no prazo de trinta dias “contados da publicação do ato de provimento” – Lei 8.112/89, art. 13, §1º. Em regra pessoal, a posse pode se dar mediante procuração específica – § 3º do mesmo artigo.

Parece indisputável que, no momento da conversa, Luiz Inácio Lula da Silva não poderia tomar posse, por duas razões. Primeiro, porque o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil estava ocupado por Jaques Wagner. Segundo, porque ainda não fora nomeado. A exoneração de Wagner e nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva aconteceram pela publicação de edição extraordinária do Diário Oficial da União, na noite daquele dia 16.3.

A versão oficial está atenta a essa impossibilidade. Não cogita de que a posse estaria ocorrendo no momento da entrega do termo. O documento seria uma reserva, para ser assinada pela Presidente da República, e portanto tornar-se um documento público, no dia seguinte, 17.3, na qual ocorreria a cerimônia.

Ocorre que a legislação de regência veda essa hipótese. Se Luiz Inácio Lula da Silva não estivesse presente na cerimônia de posse, duas consequências poderiam ocorrer: ou ele não tomaria posse – podendo fazê-lo a qualquer momento, no intervalo de trinta dias contados da publicação da nomeação – ou tomaria posse por procuração – caso

MS 34071 MC / DF

enviasse mandatário com poderes específicos.

Em nenhuma hipótese, a posse poderia ocorrer pela aposição, pela Presidente, de sua assinatura, em termo adredemente assinado pelo nomeado.

A despeito disso, a Presidente da República emitiu nota, acompanhada de documento intitulado “termo de posse”, assinado pela autoridade empossada, mas não pela autoridade que dá a posse, sem data preenchida. O mesmo documento foi exibido na cerimônia de posse, como sendo o objeto da conversa em questão. O texto do documento dá conta de que a suposta posse teria ocorrido “perante a Excelentíssima Senhora Presidenta da República”.

Se Luiz Inácio Lula da Silva não houvesse comparecido à cerimônia, isso seria uma clara contrafação.

Se havia dúvida quanto à possibilidade de comparecimento pessoal, bastaria deixar procuração assinada com poderes para o ato.

Uma explicação plausível para o documento objeto da conversa é que foi produzido um termo de posse, assinado de forma antecipada pela Presidente da República, com a finalidade de comprovar fato não verídico – que Luiz Inácio Lula da Silva já ocupava o cargo de Ministro de Estado. O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitido pela Presidente da República.

Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar.

Assim, é relevante o fundamento da impetração.

É urgente tutelar o interesse defendido.

Como mencionado, há investigações em andamento, para apuração de crimes graves, que podem ser tumultuadas pelo ato questionado. Há, inclusive, pedido de prisão preventiva e de admissibilidade de ação penal, que necessitam de definição de foro para prosseguimento.

Por fim, registro que os presentes mandados de segurança coletivos

MS 34071 MC / DF

impetrados no Supremo Tribunal Federal não têm o condão de suspender o trâmite de ações populares já em curso em outras instâncias ou mesmo de obstar a propositura de nova demanda. Tratando-se de feitos de competência de instâncias distintas, impossível sua reunião. Tampouco a presente ação impede a análise de tutela de urgência em ações populares, conforme dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei 8.437/92.

Ante o exposto, **defiro a medida liminar**, 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.

Comunique-se à 13ª Vara Federal de Curitiba.

Notifique-se a autoridade impetrada.

Dê-se ciência ao Advogado-Geral da União.

Inclua-se Luiz Inácio Lula da Silva na autuação. Cite-se como litisconsorte passivo necessário.

Apensem-se os autos dos Mandados de Segurança 34.070 e 34.071, para tramitação e julgamento conjunto.

Com as respostas, dê-se vista ao Procurador-Geral da República.

Publique-se. Int.

Brasília, 18 de março de 2016.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente