

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.609 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
IMPTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE - DIRETÓRIO NACIONAL
ADV.(A/S) : MÁRLON JACINTO REIS E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
IMPDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
LIT.PAS.(A/S) : WELLINGTON MOREIRA FRANCO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO:

*1. **O pedido:** impugnação à investidura do Senhor Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado.*

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, **impetrado** por agremiação partidária **contra o decreto presidencial** de nomeação do Senhor Wellington Moreira Franco, **investido** no cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República.

Sustenta-se, nesta sede mandamental, que referido ato de nomeação **mostrar-se-ia inválido**, *porque afetado por desvio de finalidade, eis que a razão subjacente a tal deliberação presidencial consistiria, alegadamente, em virtude da outorga de prerrogativa de foro ao litisconsorte passivo necessário, em “evitar o regular andamento das investigações em sede da operação Lava Jato”, para, desse modo, “impedir sua prisão e os regulares desdobramentos perante o juízo monocrático”, o que “coloca em risco a celeridade do julgamento”.*

MS 34609 MC / DF

O **impetrante** do presente mandado de segurança coletivo **insiste na afirmação** de que “a criação de um Ministério quatro dias após a homologação de delações premiadas [o caso Odebrecht] teve o fito de obstrução da justiça”, **revelando-se** “dispensáveis provas subjetivas para tanto”.

Após enfatizar que o “ato ilegal de criação de Ministério para concessão de prerrogativa de função cumpre todos os requisitos clássicos das hipóteses sempre narradas como exemplificativas do desvio de finalidade”, **o autor** desta ação mandamental **adverte que a permanência** do Senhor Wellington Moreira Franco **no cargo** de Ministro de Estado, **por implicar deslocamento** da competência penal, para esta Suprema Corte, do órgão judiciário de primeira instância, **repercutirá**, “ilegalmente, na sequência das investigações e em eventual apreciação de pedido de prisão formulado contra ele”, **dando causa** – segundo alega o impetrante – a um contexto claramente revelador de fraude à Constituição.

2. Informações prestadas pelo Senhor Presidente da República: (a) não conhecimento do mandado de segurança e (b) denegação do pedido.

Presente esse quadro, **determinei**, por razões de prudência, e apenas para efeito de apreciação do pedido cautelar, **a audiência prévia** do Senhor Presidente da República, na condição de autoridade apontada como coatora, para que se manifestasse, **no prazo** de 24 (vinte e quatro) horas, **especificamente**, sobre a pretendida concessão de medida liminar e, ainda, sobre a questão pertinente à legitimidade ativa “ad causam” de partidos políticos para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo em tema de proteção jurisdicional a direitos ou interesses metaindividuais.

O Senhor Presidente da República, **ao prestar**, no prazo assinalado, **as informações** que lhe foram solicitadas, **manifestou-se**, em caráter preliminar, **pelo não conhecimento** do presente “writ” mandamental e, no mérito, pela denegação da segurança, **sustentando a plena validade jurídica do**

MS 34609 MC / DF

decreto de nomeação ora questionado, em pronunciamento cujos fundamentos acham-se, em síntese, assim expostos:

“a) O art. 88 da Constituição Federal estabelece o poder de criar e extinguir Ministérios e órgãos ministeriais e a MPv 768/2017 não procedeu à simples criação da Secretaria-Geral, mas também promoveu verdadeira recomposição da divisão de competências, além da organização de órgãos e unidades administrativas existentes no núcleo estratégico do Poder Executivo Federal sempre tendo em vista relevantes razões de interesse público.

b) A existência de qualquer vício no ato administrativo não passa de mera elucubração. Não há qualquer investigação em curso contra o Ministro e, conforme a jurisprudência desse Supremo Tribunal, o impedimento do acesso a cargos públicos antes do trânsito em julgado de sentença condenatória viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior).

c) O presente caso difere daquele indicado pelo impetrante como paradigma, qual seja o Mandado de Segurança nº 34.070, hipótese em que tratou da suspensão da nomeação do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

d) O nomeado para a Secretaria-Geral da Presidência da República possui atributos notoriamente reconhecidos quanto à coordenação e articulação política para o exercício do cargo. O Ministro, inclusive, já vinha exercendo, dentro do Poder Executivo Federal, importante cargo que cumulava uma parte das atribuições que agora são de competência da nova pasta.

e) O deferimento da medida liminar poderia ensejar o ‘periculum in mora’ inverso, constituindo empecilho ao regular prosseguimento das atividades da Secretaria-Geral da Presidência da República, acarretando grave lesão à ordem pública administrativa, além de violar frontalmente o princípio da separação dos poderes, invadindo drasticamente a esfera de competência do Poder Executivo.”
(grifei)

MS 34609 MC / DF

3. Síntese do litígio submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A controvérsia **suscitada** na presente causa mandamental **cinge-se a uma questão específica que pode ser resumida na seguinte indagação: a nomeação** de alguém para o cargo de Ministro de Estado, **mesmo** preenchidos os requisitos **previstos** no art. 87 da Constituição da República, **configuraria hipótese de desvio de finalidade pelo fato de importar – segundo sustenta o impetrante – em obstrução** aos atos de investigação criminal supostamente provocada **em razão** de o Ministro de Estado **dispor de prerrogativa de foro** perante o Supremo Tribunal Federal?

4. Pressupostos legitimadores da concessão de medida cautelar em sede mandamental: (a) **plausibilidade jurídica** da pretensão cautelar, (b) **configuração do “periculum in mora”** e (c) **irreparabilidade do dano** (risco de ineficácia de eventual e ulterior decisão concessiva da ordem mandamental).

Sendo esse o contexto, **passo a analisar** a pretensão cautelar formulada na presente sede processual, **destacando, por relevante,** o exame em torno **dos requisitos e dos limites concernentes** à prática da jurisdição cautelar.

É importante lembrar, neste ponto, **que o deferimento** da medida liminar – **resultante do concreto exercício do poder geral de cautela outorgado** aos juízes e Tribunais – **somente se justifica** em face de situações **que se ajustem** aos pressupostos referidos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009: **a existência** de plausibilidade jurídica (“*fumus boni juris*”), **de um lado, e a possibilidade** de lesão **irreparável** ou **de difícil** reparação (“*periculum in mora*”), **de outro.**

MS 34609 MC / DF

Sem que concorram esses dois requisitos – que são necessários, essenciais e cumulativos –, não se legitima a concessão da medida liminar, consoante enfatiza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*“**Mandado de segurança. Liminar.** Embora esta medida tenha caráter cautelar, os motivos para a sua concessão **estão especificados no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, a saber: a) relevância do fundamento da impetração; b) que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida a segurança.**”*

Não concorrendo estes dois requisitos, deve ser denegada a liminar.”

(RTJ 112/140, Rel. Min. ALFREDO BUZAID – grifei)

Impende assinalar, por necessário, **mesmo** que caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar *de qualquer* impetrante, que a situação **configuradora** de “*periculum in mora*” **há de sujeitar-se** à constatação de que, **não sustado** o ato impugnado, **dele venha a “resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”** (**Lei nº 12.016/2009**, art. 7º, inciso III – grifei).

Com efeito, **a concessão liminar de provimento antecipatório em sede mandamental depende**, como previamente salientado, **da cumulativa** satisfação **de dois** requisitos fundamentais: **(a) a plausibilidade jurídica** da postulação deduzida pelo impetrante **e (b) a ocorrência de situação configuradora de “periculum in mora”, desde que**, neste caso (perigo da demora), **mostre-se caracterizada a hipótese de irreparabilidade do dano, na linha da jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

*“**A concessão de liminar, em mandado de segurança, supõe, além do risco de ineficácia da futura decisão definitiva da demanda, a elevada probabilidade de êxito da pretensão, tal como nela formulada.**”*

(MS 31.816-MC-AgR/DE, Red. p/ o acórdão Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

MS 34609 MC / DF

Na realidade, **a própria** Lei nº 12.016/2009, **que disciplina** o processo de mandado de segurança, **prescreve que a outorga** de referido provimento cautelar **está sujeita** à relevância do fundamento jurídico **e** ao reconhecimento de que *do ato impugnado possa resultar “a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”* (art. 7º, inciso III – **grifei**).

Esse entendimento – que exige, **além** dos requisitos **pertinentes** ao “*fumus boni juris*” (**que julgo incorrente**, no caso) **e** ao “*periculum in mora*”, **também a constatação de risco de irreversibilidade do dano receado** pela parte impetrante, **em condições tais que tornem ineficaz** a eventual concessão da ordem mandamental – **encontra apoio em autorizado magistério doutrinário** (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “**Mandado de Segurança**”, p. 141, item n. 5.4.3, 6ª ed., 2009, Malheiros; CASSIO SCARPINELLA BUENO, “**Liminar em Mandado de Segurança**”, p. 119/124, item n. 1.2, 2ª ed., 1999, RT; CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, “**Manual do Mandado de Segurança**”, p. 116, 3ª ed., 1999, Renovar; SERGIO FERRAZ, “**Mandado de Segurança**”, p. 247/248, item n. 23.1, 2006, Malheiros, *v.g.*).

Assentadas tais premissas, impende examinar se o pleito cautelar ora deduzido **preenche, ou não, os requisitos autorizadores** do exercício, **por esta** Suprema Corte, *de seu poder geral de cautela*. **E, ao fazê-lo, entendo**, em juízo *de estrita* deliberação, **que não se acham configurados, na espécie, os pressupostos necessários** à concessão da medida liminar em referência.

5. A questão (controvertida) pertinente à legitimidade ativa “ad causam” de partidos políticos para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo em tema de proteção jurisdicional a direitos ou a interesses metaindividuais.

Cabe reconhecer, desde logo, ser irrecusável a posição institucional do partido político no modelo **consagrado** na Constituição da República,

MS 34609 MC / DF

notadamente no que concerne à ampla possibilidade, de que dispõe, de fazer instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, o processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade (em cujo âmbito não se discutem situações concretas ou individuais), independentemente do conteúdo material dos atos estatais que venha a impugnar.

A esse respeito, e considerando a essencialidade das agremiações partidárias no Estado democrático de Direito, esta Corte Suprema já reconheceu ao partido político legitimidade ativa universal para o ajuizamento das ações instauradoras dos processos de fiscalização normativa abstrata (ADI 1.096-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Tal, porém, não ocorre em relação a outras ações de perfil constitucional, como a ação popular, que é privativa do cidadão (Súmula nº 365/STF), e o próprio mandado de segurança coletivo, considerada, neste último caso, a existência de precedentes colegiados firmados por esta Suprema Corte.

Com efeito, o exame dos fundamentos em que se apoia a presente impetração evidencia que o partido político impetrante, ao insurgir-se contra o decreto presidencial ora questionado, postula, em nome próprio, a tutela jurisdicional de “interesses difusos”, invocando, para tanto, a sua qualidade para agir em defesa da ordem jurídica consubstanciada “nas regras e princípios” fundados na Constituição, em ordem a preservar – conforme pleiteia – o “regular andamento das investigações em sede da operação Lava Jato”.

Cabe ter presente, no ponto, que o Plenário desta Suprema Corte (RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE), ao examinar a controvérsia constitucional pertinente à amplitude e aos limites da legitimação ativa dos partidos políticos para promoverem, em sede de mandado de segurança coletivo, a proteção de direitos e de interesses transindividuais, reconheceu que as instituições partidárias não dispõem de qualidade para agir, em

MS 34609 MC / DF

juízo, na defesa de direitos difusos, pois, **além de não existir** autorização legal para tanto, **o reconhecimento** de tal prerrogativa **em favor** das agremiações partidárias, *sem quaisquer restrições*, **culminaria por conferir a essas entidades a possibilidade de impugnarem qualquer ato** emanado do Poder Público, **independentemente** de seu conteúdo material, **desvirtuando-se**, *dessa forma*, **a finalidade jurídica** do remédio constitucional ora utilizado no presente caso:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’ DE PARTIDO POLÍTICO. (...).

.....
2. O partido político *não está*, pois, **autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos** na defesa de interesses individuais, *impugnar* majoração de tributo.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

Impende ressaltar que esta Corte, **no julgamento** que venho de mencionar (RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE), **deixou consignadas**, no voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, **as seguintes e pertinentes observações**:

“(...) também faço ressalva com relação à afirmação no sentido de que teriam os partidos políticos legitimação universal para o mandado de segurança coletivo.

A legitimação dos partidos políticos, ao que penso, estaria jungida à defesa de interesses dos seus filiados no que diz respeito aos direitos políticos e aos direitos fundamentais.

Penso que não seria possível conferir aos partidos políticos uma legitimação universal maior do que aquela conferida ao Ministério Público.” (grifei)

MS 34609 MC / DF

Esse aspecto que venho de referir torna questionável a legitimação ativa “*ad causam*” de agremiações partidárias para a impetração de mandado de segurança coletivo, quando destinado à defesa de direitos ou de interesses difusos, tal como enfatizado pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO, que, ao negar seguimento ao MS 34.196/DF, do qual foi Relator, teceu considerações importantes a propósito do tema ora em análise, valendo transcrever, por sua extrema relevância, o seguinte fragmento de sua douta decisão:

“6. É no mínimo discutível o cabimento de mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos difusos. Isso porque o art. 21 da Lei nº 12.016/2009, em concretização razoável do art. 5º, LXX, da Constituição, somente atribui a partido político a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos. Confira-se:

Constituição de 1988, art. 5º, LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

.....

Lei nº 12.016/2009, 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.

MS 34609 MC / DF

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.

7. **É certo que o art. 5º, LXX, da Constituição não limita a legitimidade dos partidos políticos, para fins de impetração de mandado de segurança coletivo, à tutela de interesses ou direitos de seus filiados. Não há, todavia, impedimento constitucional a que a lei condicione o exercício desse direito de ação, impondo-lhe restrições.** A disciplina legal do exercício de direitos fundamentais é, aliás, a regra quando se trata de direitos de natureza processual.

8. **A Lei nº 12.016/2009 parece ter adotado limites razoáveis, compatíveis com a Constituição, para o cabimento de mandado de segurança coletivo.** A restrição dessa modalidade de ação para a tutela de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos **evita** que o mandado de segurança **seja instrumentalizado pelos partidos políticos, transformando-se em indesejável veículo de judicialização excessiva de questões governamentais e parlamentares,** as quais poderiam ser facilmente enquadradas como direitos difusos da sociedade brasileira e atreladas às finalidades **de qualquer** agremiação política.

9. **A interferência excessiva do direito e do Poder Judiciário na política,** ainda que iniciada ou fomentada pela atuação dos próprios partidos políticos, **pode acarretar prejuízo à separação dos poderes e, em última análise, ao próprio funcionamento da democracia.** Agrega-se ao dia-a-dia político um elemento de insegurança, consistente em saber como o Judiciário se pronunciará sobre os mais variados atos praticados pelo

MS 34609 MC / DF

Executivo e pelo Legislativo, *inclusive* aqueles eminentemente internos, como os atos de nomeação e exoneração de Ministro de Estado.

10. Não por outra razão, antes mesmo do advento da Lei nº 12.016/2009, que afastou, expressamente, o cabimento de mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos difusos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta própria Suprema Corte – ainda que em precedentes menos numerosos – já havia se firmado nesse sentido.” (grifei)

Esse entendimento jurisprudencial, que confere aplicabilidade à restrição imposta pelo estatuto de regência disciplinador do “writ” mandamental (Lei nº 12.016/2009, art. 21), tem sido perfilhado – é importante destacar – por eminentes Ministros desta Corte Suprema (MS 33.738/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – MS 34.196/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RE 566.928/RJ, Rel. Min. AYRES BRITTO), sendo certo, ainda, por extremamente relevante, que o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos colegiados, já se pronunciou no sentido de negar legitimação universal ao partido político para impetrar mandado de segurança coletivo destinado à proteção jurisdicional de direitos ou de interesses difusos da sociedade civil, notadamente quando a pretendida tutela objetivar a defesa da ordem constitucional (MS 22.764-QO/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE).

Essa questão prévia, que será apreciada em momento oportuno, constitui fator que, ao menos em juízo de estrita delibação, fragiliza a configuração, no caso, da plausibilidade jurídica do pedido formulado pela agremiação partidária impetrante, pois, como se extrai dos precedentes acima referidos, falecer-lhe-ia, até mesmo, legitimidade ativa “ad causam” para impetrar este mandado de segurança coletivo, não obstante a invocação, pelo partido político autor desta ação mandamental, da decisão monocrática do eminente Ministro GILMAR MENDES proferida nos autos do MS 34.070-MC/DF, decisão essa cujo conteúdo mostra-se

MS 34609 MC / DF

impregnado do brilho e da profundidade de análise que são peculiares aos pronunciamentos de Sua Excelência **nesta** Suprema Corte.

*Sem prejuízo da análise ulterior de mencionada questão prévia, **procederei, mesmo assim, ao exame** do pedido de medida liminar.*

*6. A alegada configuração de desvio de finalidade no ato de nomeação do Senhor Wellington Moreira Franco para exercer o cargo de Ministro de Estado. **Aparente** controvérsia objetiva e iliquidez dos fatos.*

Não questiono a afirmação de que o desvio de finalidade qualifica-se como vício apto a contaminar a validade jurídica do ato administrativo, **inquinando-o** de nulidade, **tal como adverte** o magistério doutrinário (HELY LOPES MEIRELLES, “**Direito Administrativo Brasileiro**”, p. 176, item n. 1.2.2, 42ª ed., 2016, Malheiros; FERNANDA MARINELA, “**Direito Administrativo**”, p. 341/342, item n. 3.5, 10ª ed., 2016; MÁRCIO PESTANA, “**Direito Administrativo Brasileiro**”, p. 273, item n. 9.4.5, 2ª ed., 2010, Campus Jurídico; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “**Curso de Direito Administrativo**”, p. 203/204, item n. 5.1.4, 9ª ed., 2008, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “**Direito Administrativo**”, p. 216/217, item n. 7.7.4, 25ª ed., 2012, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, “**Curso de Direito Administrativo**”, p. 431/434, item n. 7.15.4.5, 11ª ed., 2015, RT; EDIMUR FERREIRA DE FARIA, “**Curso de Direito Administrativo Positivo**”, p. 263/264, item n. 7.4, 6ª ed., 2007, Del Rey; DIOGENES GASPARINI, “**Direito Administrativo**”, p. 44/45, item n. 4, 1989, Saraiva; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “**Curso de Direito Administrativo**”, p. 410, item n. 46, 29ª ed., 2012, Malheiros; RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, “**Direito Administrativo: Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração**”, p. 383/389, item n. 2.5, 2008, Juspodivm, v.g.).

MS 34609 MC / DF

A configuração desse grave vício jurídico, *no entanto*, **que recai** sobre um dos elementos constitutivos do ato administrativo, **pressupõe a intenção deliberada**, por parte do administrador público, **de atingir objetivo vedado** pela ordem jurídica **ou divorciado** do interesse público (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 118/119, item n. 5, 25ª ed., 2012, Atlas), **desígnio esse que não se presume**, *sob pena de subversão* dos postulados referentes à *presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade* **de que se reveste todo e qualquer ato emanado** da Administração Pública.

Nessa linha de entendimento, incumbe a quem imputa ao administrador público a **prática desviante** de conduta ilegítima a **prova inequívoca** de que o agente público, **não obstante** editando *ato revestido de aparente legalidade*, ter-se-ia valido desse comportamento administrativo **para perseguir fins completamente desvinculados do interesse público**.

A agremiação partidária impetrante, **para sustentar** a procedência de sua postulação, **apoia-se na alegação** de que “(...) o Presidente da República **nomeou** o Senhor Moreira Franco **não para aprimorar** a equipe presidencial, **mas sim para**, de maneira espúria, **alterar o foro competente** para a investigação dos fatos *referentes à Operação Lava Jato*, **assim como** o processamento de eventual denúncia, **atrapalhando** sobremaneira **o exercício regular da jurisdição**” (grifei).

Nisso, portanto, **segundo** o ora impetrante, **consistiria a caracterização do desvio de finalidade**, apto a inquirar de invalidade o ato de nomeação de Wellington Moreira Franco **no cargo** de Ministro de Estado.

As informações prestadas pelo Senhor Presidente da República, *no entanto*, **ênfatizam inexistir** *prova documental idônea* de que o ato de nomeação do litisconsorte passivo necessário (Wellington Moreira

MS 34609 MC / DF

Franco) **configuraria** “(...) modo de favorecimento do interessado, ante a ‘vis attractiva’ prevista no art. 102, I, alínea ‘c’, da Constituição da República”, **mesmo porque**, continua o Chefe do Poder Executivo da União, o Ministro de Estado em questão, **não obstante** investido nesse cargo, “*está sujeito a responder por todos os atos que supostamente tenha cometido, não havendo qualquer frustração na aplicação da lei penal no caso*” (grifei).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que o decreto presidencial ora impugnado, à **semelhança** de qualquer outro ato estatal, **reveste-se de presunção “*juris tantum*”** de legitimidade, **devendo prevalecer**, por tal razão, **sobre** as afirmações **em sentido contrário**, quando feitas **sem qualquer apoio em base documental idônea** que possa **infirmar** aquela presunção jurídica.

Esse entendimento – que põe em evidência **o atributo da legitimidade e da veracidade** inerente aos atos **emanados** do Poder Público **e** de seus agentes – **é perfilhado por autorizado magistério doutrinário** (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “**Curso de Direito Administrativo**”, p. 373, item n. 59, 13ª ed., 2001, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “**Direito Administrativo**”, p. 182/184, item n. 7.6.1, 20ª ed., 2007, Atlas; DIOGENES GASPARINI, “**Direito Administrativo**”, p. 63, item n. 7.1, 1989, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “**Direito Administrativo Brasileiro**”, p. 54, item n. 43, 1999, Forense; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “**Manual de Direito Administrativo**”, p. 116, item n. 2, 12ª ed., 2005, Lumen Juris, v.g.).

A jurisprudência desta Suprema Corte, por sua vez, **tem enfatizado**, em sucessivas decisões, que, **em decorrência** do atributo **da presunção de legitimidade e de veracidade** que **qualifica** os atos da Administração Pública, **impõe-se a quem os questiona em juízo o ônus processual de infirmar a veracidade** dos fatos **que motivaram** sua edição, **não lhes sendo oponíveis**, por insuficientes, **meras alegações ou juízos conjecturais** deduzidos em sentido contrário (**ADI 1.935/RO**, Rel. Min. CARLOS

MS 34609 MC / DF

VELLOSO – RE 158.543/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – SL 610-AgR/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – SS 3.717-AgR/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.):

“4. Diante da presunção de legalidade dos atos administrativos, não é possível, na estreita via do ‘habeas corpus’, que reclama prova pré-constituída, atestar eventual artificialidade da investigação do crime de lavagem de dinheiro, supostamente empregada como falsa justificativa dirigida a propiciar o alcance de meio probatório inadmitido no ordenamento jurídico. Ausência de teratologia a motivar a concessão da ordem de ofício.

5. Agravo regimental desprovido.”

(HC 118.985-AgR/MG, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei)

Observo, no entanto, que a demonstração exigível ao impetrante, **embora** necessária e imprescindível, **não se fez produzir**, aparentemente, na espécie, **o que torna pertinente**, no caso, em face da alegação deduzida pelo autor deste “writ”, **a asserção de que faleceria a indispensável liquidez** aos fatos subjacentes a esta impetração mandamental, **que não se pode apoiar em meras afirmações ou em simples conjecturas, eis que – não constitui demasia lembrar** – o mandado de segurança **qualifica-se como processo de caráter essencialmente documental, que supõe a produção liminar**, pelo impetrante, das provas literais **pré-constituídas destinadas a evidenciar a incontestabilidade** do direito público subjetivo por ele invocado, **tal como adverte o magistério da doutrina** (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009”, p. 19, item n. 9, 2009, Forense; ALFREDO BUZAID, “Do Mandado de Segurança”, vol. I/208, item n. 128, 1989, Saraiva, v.g.) e **ênfatiza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** (**RTJ** 83/130 – **RTJ** 83/855 – **RTJ** 99/68 – **RTJ** 99/1149 – **RTJ** 100/90 – **RTJ** 100/537 – **RTJ** 134/681 – **RTJ** 171/326-327 – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RMS 23.720/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RMS 27.255-

MS 34609 MC / DF

-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – RMS 33.580/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“SITUAÇÃO DE CONTROVÉRSIA OBJETIVA E ILIQUIDEZ DOS FATOS.

– O exame de situações de fato controvertidas (...) refoge ao âmbito da via sumaríssima do mandado de segurança, que não admite, ante a natureza especial de que se reveste, a possibilidade de qualquer dilação probatória incidental. Precedentes.

– Direito líquido e certo: conceito de ordem processual. Noção inconfundível com a de direito material vindicado em sede de mandado de segurança. Doutrina. Precedentes.”

(MS 24.307/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“O ‘direito líquido e certo’, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante, e não à procedência desta, matéria de mérito (...).”

(RTJ 133/1314, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

7. A nomeação para o cargo de Ministro de Estado e a alegada obstrução das investigações criminais.

A agremiação partidária impetrante, **pretendendo demonstrar a alegada ocorrência de desvio de finalidade gerador da nulidade do ato presidencial ora impugnado, sustenta que a investidura de Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado objetivaria (1) “evitar o regular andamento das investigações da operação Lava Jato”, (2) “impedir sua prisão”, (3) colocar “em risco a celeridade do julgamento”, tudo com (4) “o fito de obstrução da justiça”, que se consumaria** – conforme afirma o próprio autor desta ação mandamental – **com a ilegal repercussão e a indevida interferência** na atividade jurisdicional, **o que daria origem à**

MS 34609 MC / DF

procrastinação da “sequência das investigações e eventual apreciação de pedido de prisão” **contra** o litisconsorte em referência.

Assinale-se, neste ponto, desde logo, **que a nomeação** de alguém para o cargo de Ministro de Estado, **desde que preenchidos** os requisitos **previstos** no art. 87 da Constituição da República, **não configura**, *por si só*, **hipótese de desvio de finalidade** (que **jamais** se presume), **eis que** a prerrogativa de foro – **que traduz consequência natural e necessária decorrente** da investidura no cargo de Ministro de Estado (**CF**, art. 102, I, “c”) – **não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação** dos atos de investigação criminal **ou** de persecução penal.

E a razão é uma só: a mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado **não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno** desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, **pois, mesmo investido** em mencionado cargo, o Ministro de Estado, **ainda que dispondo** da prerrogativa de foro “*ratione muneris*”, nas infrações penais comuns, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez** que a prerrogativa de foro **não confere** qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular.

Com efeito, o Ministro de Estado eventualmente sujeito a atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal estará sujeito, como qualquer outro cidadão da República, às seguintes medidas, sem prejuízo de outras que sejam aplicáveis ao caso:

(a) o Ministro de Estado **está sujeito** à prática de atos pré-processuais de persecução penal, **como** o inquérito policial **e/ou** o procedimento de investigação penal instaurado pelo Ministério Público;

(b) o Ministro de Estado **poderá ser submetido**, pela Polícia Judiciária, ao ato de indiciamento;

MS 34609 MC / DF

(c) o Ministro de Estado, **em qualquer fase** da investigação criminal **ou** da persecução penal em juízo, **poderá sofrer a decretação de sua prisão cautelar, como a prisão preventiva, p. ex.;**

(d) o Ministro de Estado **não está imune** a diligências de caráter probatório, **podendo recair sobre ele** medidas de busca e apreensão domiciliar **ou** medidas de busca e apreensão nas dependências do próprio Ministério que dirige;

(e) o Ministro de Estado **está igualmente sujeito** à medida *de condução coercitiva*, **caso ocorra** a hipótese prevista no art. 218 do CPP, **embora**, como *qualquer* outro cidadão **sem** prerrogativa de foro, **possa exercer o direito ao silêncio, se e quando figurar como indiciado ou réu;**

(f) o Ministro de Estado **também está sujeito** ao procedimento da acareação, **tanto** perante a autoridade policial **ou** o Ministério Público (**CPP**, art. 6º, VI), **quanto** em juízo (**CPP**, art. 229);

(g) o Ministro de Estado, quando preso **em razão de prisão em flagrante ou de prisão preventiva, embora recolhido** a “local distinto da prisão comum” (**CPP**, art. 295, I e seu § 1º), **estará sujeito, no entanto, sem qualquer discriminação, aos deveres** que se impõem ao preso comum (**CPP**, art. 295, § 5º);

(h) o Ministro de Estado, **quando ostentar a condição de indiciado ou de réu, não terá** a prerrogativa prevista no art. 221 do CPP, **recebendo, em consequência, o mesmo** tratamento legal **dispensado a quem não dispõe** de prerrogativa de foro, **a significar** que deverá comparecer aos atos do inquérito policial **ou** do processo criminal, **inclusive para interrogatório, sem** a faculdade de poder ajustar com a autoridade policial **ou** judiciária competente dia, hora e local para a prática dos atos pertinentes à persecução penal (**Inq 1.504/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Inq 1.628/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 4.600/AL**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*);

(i) o Ministro de Estado **poderá sofrer, por decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito** de procedimento penal contra ele instaurado, **o afastamento cautelar ou a suspensão**

MS 34609 MC / DF

provisória do exercício de sua função pública, **quando houver justo receio da utilização abusiva do cargo ministerial** para o cometimento de infrações penais, **especialmente** nos casos em que a sua conduta **incidir na prática de improbidade administrativa** (CPP, art. 319, VI).

Vê-se desse rol de medidas que o Ministro de Estado, além de estar sujeito a todas elas, também não dispõe de quaisquer benefícios adicionais ou vantagens processuais em razão da prerrogativa de foro de que é titular, sendo-lhe dispensada, nessa matéria, igualdade de tratamento aplicável a qualquer outro cidadão da República, como sucede, p. ex., em relação aos direitos e garantias individuais a todos assegurados, indistintamente, pela própria Constituição, com especial destaque, ante o seu caráter de essencialidade, para o direito fundamental de sempre ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação criminal (RT 418/286 – RT 422/307 – RT 572/391 – RT 586/338 – RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 95.886/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), valendo acentuar, ainda, que esse postulado constitucional – comum tanto ao Ministro de Estado quanto aos cidadãos em geral – mostra-se igualmente extensível à esfera eleitoral (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e ao plano administrativo, inclusive em matéria de investidura em cargos públicos (AI 741.101-AgR/DF, Rel. Min. EROS GRAU – RE 450.971-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 1.006.604/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Cumprê insistir, portanto, em que a investidura de qualquer pessoa no cargo de Ministro de Estado não representa obstáculo algum a atos de persecução penal que contra ela venham eventualmente a ser promovidos perante o seu juiz natural, que, por efeito do que determina a própria Constituição (CF, art. 102, I, alínea “c”), é o Supremo Tribunal Federal.

Nem se diga, de outro lado, que o fato de ser Ministro de Estado implicaria a necessária observância da condição de procedibilidade a que alude o art. 51, I, da Constituição, pois, segundo já decidiu o Supremo

MS 34609 MC / DF

Tribunal Federal – como anota autorizado magistério doutrinário (RONALDO POLETTI, “**Constituição Anotada**”, p. 226, 2009, Forense; VICENTE PAULO e MARCELO ALEXANDRINO, “**Direito Constitucional Descomplicado**”, p. 486/487, item n. 6.2, 14ª ed., 2015, Método; MANOEL JORGE E SILVA NETO, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 431, item n. 14.4.1.1, 8ª ed., 2013, Saraiva, v.g.) –, a exigência constitucional de autorização prévia da Câmara dos Deputados somente se aplica, tratando-se de infrações penais comuns, se se cuidar de crime comum **do próprio** Ministro de Estado **praticado** em conexão com delito comum *alegadamente perpetrado* pelo Presidente da República.

É por isso que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da vigente Carta Política, ao julgar questão de ordem suscitada na QCr 427/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, decidiu, em julgamento no qual *fiquei vencido*, “pela não aplicabilidade do artigo 51, I, da Constituição às hipóteses de crimes comuns de Ministro de Estado, desde que não conexos com o de Presidente da República”, fazendo-o em acórdão assim ementado:

“– Queixa-crime contra Ministro de Estado. Questão de ordem sobre a necessidade, ou não, de autorização da Câmara dos Deputados para a instauração do processo por crime comum ou de responsabilidade.

.....
– Em face da interpretação sistemática da Constituição, o requisito de procedibilidade a que alude seu artigo 51, I, se restringe, no tocante aos Ministros de Estado, aos crimes comuns e de responsabilidade conexos com os da mesma natureza imputados ao Presidente da República.

Questão de ordem em que se rejeita a preliminar da necessidade, no caso, de autorização prévia da Câmara dos Deputados.” (grifei)

Igual entendimento foi reafirmado, também pelo Plenário desta Corte Suprema, no julgamento da Pet 1.656/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, no qual fiquei novamente vencido, no sentido de que, no processo

MS 34609 MC / DF

por crime de responsabilidade, **que possui natureza penal e caráter jurisdicional, não se aplica** a condição de procedibilidade, **sempre que se tratar** de infração autônoma, **sem** qualquer conexão com ilícito da mesma natureza **cometido** pelo Presidente da República:

“DENÚNCIA POPULAR. SUJEITO PASSIVO: MINISTRO DE ESTADO. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE ‘ATIVA AD CAUSAM’. RECEBIMENTO DA PEÇA INICIAL COMO ‘NOTITIA CRIMINIS’. ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

1. O processo de ‘impeachment’ dos Ministros de Estado, por crimes de responsabilidade autônomos, não-conexos com infrações da mesma natureza do Presidente da República, ostenta caráter jurisdicional, devendo ser instruído e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade do disposto nos artigos 51, I, e 52, I, da Carta de 1988 e 14 da Lei 1.079/50, dado que é prescindível autorização política da Câmara dos Deputados para a sua instauração.

2. Prevalência, na espécie, da natureza criminal desses processos, cuja apuração judicial está sujeita à ação penal pública da competência exclusiva do Ministério Público Federal (CF, artigo 129, I). Ilegitimidade ativa ‘ad causam’ dos cidadãos em geral, a eles remanescendo a faculdade de noticiar os fatos ao ‘Parquet’.

3. Entendimento fixado pelo Tribunal na vigência da Constituição pretérita (MS 20.422, Rezek, DJ 29/06/84). Ausência de alteração substancial no texto ora vigente. Manutenção do posicionamento jurisprudencial anteriormente consagrado.

4. Denúncia não admitida. Recebimento da petição como ‘notitia criminis’, com posterior remessa ao Ministério Público Federal.” (grifei)

Resulta claro, pois, que a investidura no cargo de Ministro de Estado, em contexto como o ora exposto na presente impetração mandamental, em que inexistente qualquer conexão de suposta prática delituosa com o Presidente da República, não representa obstáculo jurídico à normal e

MS 34609 MC / DF

regular sequência de eventual procedimento de índole criminal contra Wellington Moreira Franco, *litisconsorte passivo necessário*.

E mesmo que se entendesse possível a exigência de prévio controle parlamentar pela Câmara dos Deputados (CF, art. 51, I), **ainda assim inexistiria** qualquer óbice na espécie em exame, **pois** a cláusula constitucional em questão **somente se refere a processo, e não a inquéritos policiais ou a procedimentos administrativos de investigação criminal promovidos** pelo Ministério Público, **a cuja instauração e prosseguimento não se aplica a regra de autorização prévia, à semelhança do que ocorria, antes do advento da Emenda Constitucional nº 35/2001, com os membros do Congresso Nacional, em relação aos quais** a Lei Fundamental **exigia, até então, prévia licença, hoje não mais existente, para efeito** de instauração de processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal:

“– A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra membro do Poder Legislativo, **que está sujeito**, em consequência – **e independentemente de qualquer licença congressional** –, **aos atos de investigação criminal promovidos** pela Polícia Judiciária, **desde que** essas medidas pré-processuais de persecução penal **sejam adotadas** no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente: **o STF, no caso de os investigandos serem congressistas** (CF, art. 102, I, ‘b’).”

(Rcl 511/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Posta a questão nos termos que venho de expor, **e reconhecendo** que a **mera investidura** no cargo de Ministro de Estado, **por si só, não constitui** motivo ensejador **da alegada** obstrução da justiça **nem traduz** anômala manifestação da vontade político-administrativa do Presidente da República, **a caracterizar a alegada ocorrência**, no caso, **do vício nulificador do desvio de finalidade** (defeito jurídico que **nunca** se presume), **entendo oportuno lembrar**, no ponto, **a grave observação** feita por ANDRÉ RAMOS TAVARES, **em obra doutrinária** (“Curso de Direito

MS 34609 MC / DF

Constitucional”, p. 1.051, item n. 4.1.7, 11^a ed., 2013, Saraiva), **em passagem que tenho por inteiramente aplicável à espécie ora em julgamento, pois não tem sentido algum** sustentar-se **que o deslocamento** da competência penal de qualquer feito (inquérito policial ou processo judicial) para o Supremo Tribunal Federal **represente** inconcebível causa de impunidade, ou motivo de absurda frustração da investigação criminal, ou, ainda, fator de sua indevida procrastinação:

“Falar de ‘blindagem’ em virtude do foro privilegiado, como usualmente se fala em parte da doutrina, é depreciar a dignidade do STF que não tem sua atuação pautada pela vontade da Presidência da República. Pelo contrário, é um dos ‘Poderes’ da República e, nesta qualidade, com todas as garantias para pronunciar-se de maneira autônoma, sem sucumbir à pressão de outros ‘Poderes’ e sem o receio de represálias posteriores (institucionais, econômicas ou pessoais).” (grifei)

8. Conclusão:

(a) **a nomeação** de alguém **para o cargo** de Ministro de Estado, **desde que preenchidos** os requisitos **previstos** no art. 87 da Constituição da República, **não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade** (que jamais se presume), **eis que** a prerrogativa de foro – **que traduz consequência natural e necessária decorrente** da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF art. 102, I, “c”) – **não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação** dos atos de investigação criminal **ou** de persecução penal;

(b) **a mera outorga** da condição político-jurídica de Ministro de Estado **não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno** desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, **pois, mesmo investido** em mencionado cargo, o Ministro de Estado, **ainda que dispondo** da prerrogativa de foro “*ratione muneris*”, nas infrações penais comuns, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **não receberá qualquer espécie de tratamento**

MS 34609 MC / DF

preferencial ou seletivo, **uma vez** que a prerrogativa de foro **não confere** qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular;

(c) o **Ministro de Estado**, quando sujeito a atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal – **que se qualifica, constitucionalmente, como seu inafastável** juiz natural –, **está sujeito, como qualquer outro cidadão da República, às mesmas medidas** de restrição e de coerção, **inclusive decretação** de prisão preventiva e **suspensão cautelar** do exercício do cargo ministerial (**v. item n. 7** desta decisão), **que incidem, por força de lei, sobre as pessoas em geral**;

(d) a **exigência de prévia autorização** da Câmara dos Deputados, como requisito constitucional de procedibilidade (CF art. 51, I), **não se aplica às hipóteses de infrações penais comuns** (QCr 427/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES) **ou de crimes de responsabilidade** (Pet 1.656/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **desde que não guardem conexão** com crimes da mesma natureza *eventualmente* cometidos pelo Presidente da República;

(e) o **Ministro de Estado** pode ser submetido, perante o Supremo Tribunal Federal, a **investigação criminal** instaurada pela Polícia Judiciária **ou** pelo Ministério Público (Inq 2.411-QO/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), **independentemente da prévia autorização** da Câmara dos Deputados a **que se refere** o art. 51, I, da Constituição da República.

As razões expostas na presente decisão, notadamente os fundamentos que constam **do seu item 7**, levam-me a indeferir o pedido de medida cautelar formulado pela agremiação partidária ora impetrante.

Sendo assim, pelos motivos expostos, **e apoiando-me** em juízo de sumária cognição, **sem prejuízo**, no entanto, de ulterior reexame da controvérsia, **indefiro** o pedido de medida liminar.

2. À Secretaria Judiciária, **para retificar** a autuação, **em ordem a que dela se exclua**, como impetrado, o Ministro de Estado Chefe da Secretaria-

MS 34609 MC / DF

-Geral da Presidência da República, **eis que já figura**, *nos autos*, **em sua legítima condição** de litisconsorte passivo necessário.

Publique-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2017 (**17h10**).

Ministro CELSO DE MELLO
Relator