



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 71.199/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Mandados de segurança 34.070 e 34.071/DF

Relator: Ministro **Gilmar Mendes**
Impetrantes: Partido Popular Socialista (PPS) e
Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)
Impetrada: Presidente da República
Litisconsorte: Luiz Inácio Lula da Silva

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCES-
SUAL. MANDADOS DE SEGURANÇA COLETIVOS. TU-
TELA DE DIREITO DIFUSO. ART. 21, PARÁGRAFO
ÚNICO, DA LEI 12.016/2009. PREVENÇÃO. INEXISTÊN-
CIA. NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTI-
TUCIONALIDADE. NOMEAÇÃO DE MINISTRO DE
ESTADO. ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. CON-
TROLE JURISDICCIONAL. POSSIBILIDADE. PROVA EM-
PRESTADA SUJEITA A CONTRADITÓRIO.
ADMISSIBILIDADE. DESVIO DE FINALIDADE. CONVER-
GÊNCIA DE INDÍCIOS. OBSTRUÇÃO E AFETAÇÃO DE
PROCEDIMENTOS CRIMINAIS. ATRIBUIÇÃO DE
FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PARA PRO-
TEÇÃO DE PESSOA, NÃO DO CARGO.

1. Inexiste prevenção entre ações de controle difuso e de con-
trole concentrado de constitucionalidade que impugnem o
mesmo ato do poder público. Convém julgamento conjunto
em respeito à celeridade processual e à coerência das decisões
judiciais.

2. A Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) não
prevê mandado de segurança coletivo para defesa de direitos di-
fusos. Silêncio eloquente de seu art. 21, parágrafo único. Dou-
trina aponta divergência em face do art. 5º, LXX, *a*, da
Constituição da República. Necessidade de prévia análise da
constitucionalidade do dispositivo, para conhecer as ações.

3. Cabe ao impetrante, em mandado de segurança, promover a citação de litisconsorte passivo necessário, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (arts. 114 e 115, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil e súmula 631 do Supremo Tribunal Federal). Havendo defesa do ato coator pelo litisconsorte, afasta-se a irregularidade da citação determinada de ofício pelo juiz.
4. A legislação veda conceder medida liminar em mandado de segurança coletivo sem intimação para manifestação prévia, no prazo de 72 horas, do representante judicial da autoridade coatora (art. 2º da Lei 8.437/1992, e art. 22, § 2º, da Lei 12.016/2009), salvo se houver fundamentação pautada na indispensabilidade da medida para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.
5. Admite-se uso em mandado de segurança de prova emprestada oriunda de interceptação telefônica autorizada validamente em outro processo, submetida a contraditório dos interessados em ato processual com natureza de resposta.
6. Nomeação de ministro de estado consubstancia ato administrativo de natureza política, passível de controle judicial para aferir ocorrência de desvio de finalidade, sem embargo da competência constitucional do(a) Presidente da República para designar seus auxiliares.
7. Ocorre desvio de finalidade quando agente público exerce competência determinada por lei para atingir propósito diverso do previsto no ordenamento jurídico.
8. O acervo probatório pré-constituído, fatos que se tornaram notórios desde a nomeação e posse objeto destas ações e elementos de domínio público constituem indícios convergentes de que a nomeação e posse do ex-Presidente foram praticadas com a intenção, sem prejuízo de outras potencialmente legítimas, de afetar a competência do juízo de primeiro grau e tumultuar o andamento das investigações criminais no caso Lava Jato. Houve dano objetivo à persecução penal, pela necessidade de interromper investigações em curso, pelo tempo para remessa das peças de informação e para análise delas por parte dos novos sujeitos processuais e pelos ritos mais demorados de investigações e ações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função.

9. Constatação de desvio de finalidade de ato administrativo por convergência de prova testemunhal, documental e indiciária impõe sua anulação. Transgressão ao componente ético e jurídico dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa por ato do poder público impõe declaração de nulidade, ainda que concorram para sua motivação finalidades legítimas.

10. Parecer pelo conhecimento do mandado de segurança e pela concessão da ordem, para o fim de anular o ato de nomeação do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República e, em consequência, pelo prejuízo dos agravos regimentais.

1. RELATÓRIO

Trata-se de mandados de segurança coletivos, com pedido de medida liminar, fundados nos arts. 5º, LXX, *a*, e 102, I, *d*, da Constituição da República, impetrados pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), em face do ato praticado pela Presidente da República de nomeação do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, publicado em edição extraordinária do *Diário Oficial da União* (DOU) de 16 de março de 2016.

Sustentam ambas as impetrações, preliminarmente, possuírem os partidos políticos legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de direitos difusos. No mérito, afirmam possibilidade de controle judicial de atos políticos, quando eivados de ilegalidade ou abuso de poder. Aduzem desvio de finalidade na nomeação, porquanto praticado com objetivo de “manipular a tramitação de ações penais perante o Poder Judiciário, de modo a garantir foro específico ao ex-Presidente LUIZ INÁCIO

LULA DA SILVA [...], na clara tentativa de obstrução da justiça”. Arguem que a prática do ato, “com vistas a alterar foro da ação penal contra aquele que é investigado pela denominada ‘Operação Lava Jato’, ofende os preceitos do juiz natural e do devido processo legal, protegidos pelo art. 5º, LIII e LIV, da Constituição [...]”. Asseveram que “o desvio de finalidade não se desfaz pelo fato de existir outro órgão jurisdicional competente para apreciar tais pedidos ou para conduzir as investigações”.

Apontam, além de fatos públicos acerca da nomeação do Sr. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, o seguinte conjunto de indícios de desvio de finalidade: (i) matérias jornalísticas que demonstram recusa em assumir ministério por parte do ex-Presidente, em agosto de 2015, e alteração desse posicionamento após surgimento de investigações do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal; (ii) oferecimento de denúncia e pedido de prisão cautelar por parte do MPSP; (iii) deferimento de busca e apreensão e de condução coercitiva do Sr. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA; (iv) especulações sobre iminente apreciação do pedido de prisão e (v) divulgação de áudio obtido por interceptação telefônica de diálogo entre a Presidente da República e LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.

Acresce a ação do PSDB ofensa ao princípio da moralidade administrativa e consequente prática de crime de responsabilidade pela Presidente da República (CR, art. 85, II, V e VII), pois o ato de nomeação, além de configurar fraude processual, “atenta 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, Paraná”. Requerem suspensão dos efeitos da nomeação e desconstituição do ato, com manutenção da compe-

tência da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná para julgamento de processos criminais contra o nomeado.

O relator, em decisão singular, deferiu 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”. Determinou: (i) notificação do Advogado-Geral da União; (ii) citação do nomeado como litisconsorte passivo necessário; (iii) apensamento dos mandados de segurança; e (iv) vista à Procuradoria-Geral da República (peças 19 e 26 dos processos eletrônicos).

A Presidente da República, representada pelo Advogado-Geral da União, interpôs agravo regimental, com pedido de efeito suspensivo, sustentando: (i) ilegalidade da concessão de medida liminar em mandado de segurança coletivo antes de manifestação da pessoa jurídica de direito público (Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22, § 2º); (ii) ilegitimidade ativa de partido político para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa de direitos difusos; (iii) falta de interesse de agir; (iv) ausência de direito líquido e certo por inocorrência de desvio de finalidade e discricionariedade da escolha presidencial; (iv.a) preenchimento dos requisitos para ocupação do cargo e inexistência de abuso, fraude ou confissão extrajudicial; (iv.b) impossibilidade de utilização, em MS, de prova emprestada não submetida a prévio contraditório (peças 30 e 36).

O nomeado, como litisconsorte passivo, manifestou ciência da decisão e suscitou prevenção do Ministro TEORI ZAVASCKI, porquanto este despachou primeiro nas arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) 390 e 391, no dia em que foram distribuídas, 17 de março de 2016 (peças 32 e 38).

O litisconsorte passivo interpôs agravo regimental contra a concessão da liminar, sustentando: (i) descabimento de MS coletivo para tutela de direitos difusos ou para resguardo de meros interesses e por falta de interesse de agir; (ii) nulidade da inclusão *ex officio* do agravante como litisconsorte passivo necessário, por força do art. 115 do novo Código de Processo Civil (CPC); (iii) preenchimento, pelo agravante, dos requisitos do art. 87 da Constituição para o cargo de ministro de estado e caráter discricionário da escolha presidencial; (iv) inconsistência da afirmação de que investigação conduzida por vara federal de primeiro grau possa ser mais legítima do que a conduzida pelo Supremo Tribunal Federal; (v) impossibilidade de indicação do juízo competente para continuidade das investigações por relator diverso daquele do processo criminal concernente ao chamado caso Lava Jato (peças 40 e 46).

É o relatório.

2. PRELIMINARES

2.1. INOCORRÊNCIA DE PREVENÇÃO

O artigo 77-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece regra de distribuição por prevenção para ações de controle concentrado de constitucionalidade “quando haja coincidência total ou parcial de objetos.” Identidade total ou parcial de objetos a que alude o dispositivo regimental diz respeito, unicamente, as ações daquela forma de controle. Não se aplica quando coincidam objetos de ADPFs e de mandados de segurança. Para estas, valem as regras do novo Código de Processo Civil (Lei

13.105, de 16 de março de 2015), particularmente as do art. 286, I e III, combinado com o art. 55, § 3º.¹

O fato de o Ministro TEORI ZAVASCKI haver despachado primeiramente nas ADPFs 390 e 391/DF não atrai a regra de prevenção. É natural que um mesmo ato do poder público possa ser questionado por vias difusas e por ações de controle concentrado. Não existe regra de prevenção para todas as ações da competência originária e extraordinária do Supremo Tribunal Federal para ministro que primeiro despachar processo em que se impugne determinado ato do poder público ou que envolva idêntica controvérsia jurídico-constitucional.

Não há, portanto, prevenção do Ministro TEORI ZAVASCKI para estes mandados de segurança, pelo fato de ter primeiro despachado nas ADPFs 390 e 391/DF, as quais também objetivam a nulidade do decreto presidencial de nomeação de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. Ademais, tornou-se público, em 4 de abril de 2016, que Sua Excelência negou seguimento àquelas ADPFs, o que prejudica a alegação de prevenção, conquanto essas decisões ainda estejam sujeitas a recurso.

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

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

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

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

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

2.2. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARA TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS

A Constituição da República dedicou-se não só à proteção de interesses individuais, mas também à tutela de direitos coletivos. Entre os instrumentos previstos constitucionalmente para tutela desses interesses incluem-se a ação popular (CR, art. 5º, LXXIII), a ação civil pública (CR, art. 129, III) e o mandado de segurança coletivo (CR, art. 5º, LXX).

O último instrumento objetiva a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, nos mesmos moldes do mandado de segurança individual, do qual se distingue em face da legitimidade para sua impetração e da extensão de sua tutela a coletividades. O texto constitucional confere a partido político, organização sindical, entidade de classe e associação capacidade para figurar no polo ativo de demanda mandamental coletiva contra ato do poder público:

Art. 5º [...]

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;
- [...]

O mandado de segurança coletivo, ao contrário do individual, não possuía, até a Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, regulamentação específica de seu cabimento e de outros aspectos processuais distintos do MS individual, em face da obsolescência da precedente lei de regência, a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Esses aspectos eram de extração essencialmente constitucional.

Coube, portanto, ao legislador delinear os contornos do MS coletivo. Passou a reger-se pela Lei 12.016/2009, particularmente pelos arts. 21 e 22.²

O art. 21, *caput*, restringe a legitimidade de partidos políticos a impetrações destinadas à defesa de interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária.

Doutrina e jurisprudência divergem quanto à amplitude da legitimidade *ad causam* de agremiações partidárias. Identificam-se três correntes: (i) cabe MS apenas para tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos de filiados;³ (ii) exige-se pertinência temá-

2 “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.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 ([...]) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 ([...]) horas.”

3 Confira-se, por exemplo: “RMS – Constitucional – Mandado de segurança coletivo – Partido político – O mandado de segurança coletivo

tica entre os interesses protegidos e as finalidades partidárias, para comprovação da legitimidade;⁴ e (iii) há legitimidade universal de partidos políticos, pois a Constituição estabeleceu o único requisito de representação no Congresso Nacional.⁵

As duas últimas orientações possuem consequências próximas. Considerada a amplitude dos desígnios institucionais dos partidos políticos (Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995, art. 1º),⁶ a pertinência temática torna-se flexível, de sorte que o efeito no tocante à legitimidade aproxima-se do caráter universal desta.

Explica CÁSSIO SCARPINELLA BUENO: “a pertinência temática em se tratando de mandado de segurança coletivo impetrado com base na alínea *a* do art. 5º, LXX, da Constituição Federal faz-se igualmente presente. No entanto, porque amplíssimas as finalidades institucionais dos partidos políticos – em verdade, coincidentes com a defesa das premissas fundantes do Estado Social e Democrático e de Direito tal qual traçado pela Constituição Federal de 1988 –, seu espectro objetivo é proporcionalmente mais vasto: ‘Veja-se a amplitude do campo de atuação dos partidos políticos e, em con-

visa a proteger direito de pessoas integrantes da coletividade do impetrante. distinguem-se, assim, da ação constitucional que preserva direito individual, ou difuso. O partido político, por essa via, só tem legitimidade para postular direito de integrante de sua coletividade.” STJ. Sexta Turma. RMS 2.423/PP. Rel.: Min. LUIZ VICENTE CERNECCHIARO. 27/4/1993, un. DJ, 22 nov. 1993.

- 4 CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo nos termos da Lei 12.016/2009. In: *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 9, p. 769-803, out./2011.
- 5 BUENO, Cássio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: art. 5º, LXX, da CF/1988. In: *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 9, p. 345-376, out./2011.
- 6 “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”.

sequência, sua competência para a interposição do mandado de segurança coletivo’”.⁷

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO patrocina a necessidade de pertinência temática para legitimidade de partido político em MS coletivo:

Parece-nos razoável e jurídico sustentar que a melhor solução será, ao menos como regra, a manutenção do princípio da vinculação entre as finalidades, em termos gerais, da entidade substituta, com os interesses das pessoas substituídas. Os partidos políticos podem, destarte, atuar como substitutos processuais e, assim, ajuizar *mandamus* coletivo, se os direitos afirmadamente violados (ou ameaçados), forem aqueles sob direta e imediata tutela constitucional; ou seja, os direitos fundamentais relativos à generalidade dos cidadãos, acima de agrupamentos pertinentes a interesses de classe, profissionais e assim por diante.

[...]

É lícito ao partido político, portanto, através de seu Diretório Nacional, agir ajuizando mandado de segurança coletivo contra ato administrativo (*lato sensu*) que ofenda direitos políticos de seus filiados em geral, ou que viole a liberdade de manifestação do pensamento; ou a liberdade de culto; ou o sigilo da correspondência e das comunicações, nos termos da lei; ou que institua ilegais restrições à livre locomoção dentro do território nacional; ou que disponha sobre taxas confiscatórias da herança; ou que discrimine entre cidadãos por motivo de raça, religião, cor etc.⁸

Legitimidade *ad causam* de partidos políticos relaciona-se, de certa forma, com o próprio cabimento do *mandamus* coletivo. Reconhecimento de ampla legitimidade às agremiações partidárias

7 BUENO, Cássio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: art. 5º, LXX, da CF/1988. In: *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 9, p. 345-376, out./2011.

8 CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo nos termos da Lei 12.016/2009. In: *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 9, p. 769-803, out./2011.

implica alargar o cabimento do MS coletivo, de forma a abranger não só tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos, mas também dos difusos. É pertinente a explicação de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

Com relação à alínea *a* do inciso LXX do art. 5º, a Constituição adotou a redação mais ampla possível: e para retirar-se do dispositivo a maior carga de eficácia, parece claro que nenhuma restrição há de ser feita. Por isso, o partido político está legitimado a agir para a defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral, ou não. No primeiro caso, o Partido estará defendendo seus próprios interesses institucionais, para os quais se constituiu. Agirá, a nosso ver, investido de legitimação ordinária. No segundo caso – quando, por exemplo, atuar para a defesa do ambiente, do consumidor, dos contribuintes – será substituto processual, defendendo em nome próprio interesses alheios. Mas nenhuma outra restrição deve sofrer quanto aos interesses e direitos protegidos: além da tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, que se titularizam nas pessoas filiadas ao partido, pode o Partido buscar, pela via da segurança coletiva, aquela atinente a interesses difusos, que transcendam aos seus filiados.⁹

O art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009 silencia quanto ao cabimento de MS coletivo para proteger direitos difusos, considerados transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. A exclusão dessa categoria assenta no raciocínio de que grupo indeterminado de pessoas não poderia ser titular de direito líquido e certo.

O tema é controverso, como explica LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA:

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo. In: *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 9, p. 233, out./2011.

O mandado de segurança coletivo destina-se a tutelar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 restringe, contudo, o uso do mandado de segurança coletivo, estabelecendo que os direitos por ele protegidos são, apenas, os coletivos e os individuais homogêneos, não se referindo aos difusos. Tal restrição é tida como correta por HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES, que entendem não caber o mandado de segurança coletivo para defesa de direitos difusos, devendo estes ser tutelados pela ação civil pública.

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 12.016/2009 uma interpretação conforme a Constituição para entender que o mandado de segurança coletivo também se destina à proteção de direitos difusos.¹⁰

Posicionam-se pelo cabimento de mandado de segurança para tutela de direitos difusos, a título exemplificativo, os seguintes au-

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 487-488.

tores: ANTONIO HERMAN BENJAMIN,¹¹ GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA,¹² LÚCIA VALLE FIGUEIREDO,¹³ ADA PELLEGRINI GRINOVER,¹⁴ HERMES ZANETI JR.¹⁵

Nessa perspectiva, não haveria diferença essencial, no que se refere à possibilidade de defesa em juízo, entre mandado de segurança coletivo impetrado por partido político e ação civil pública, por exemplo, ressalvada a exigência legal de prova pré-constituída do primeiro.

A despeito dos posicionamentos discordantes sobre a questão, há, no art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009, silêncio eloquente do legislador quanto às categorias de direitos transindividuais tutelados por MS coletivo, com deliberada exclusão dos direitos difusos. Por conseguinte, o conhecimento desta demanda, considerada a natureza difusa do alegado direito líquido e certo, depende de prévia análise de constitucionalidade da exclusão dos direitos difusos do rol de direitos protegidos por mandado de segurança coletivo.

Em todo caso, sem embargo de o STF vir a admitir cabimento de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político para defesa de direitos difusos, isso não deve impedir, em casos futuros, exame da legitimidade ativa, de modo a aferir a pertinência de cada impetração com as finalidades e atividades partidárias e com o Direito. Em todo caso, como bem adverte HERMES

11 BENJAMIN, Antônio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 895/2010, p. 9-58, maio/2010.

12 *Idem*.

13 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Partidos políticos e mandado de segurança coletivo. In: *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 9, p. 247, out./2011.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo. In: *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 9, p. 233, out./2011.

15 ZANETI JR., Hermes. *O "novo" mandado de segurança coletivo*. : Salvador: JusPodivm, 2013. p. 143 e s.

ZANETI JR., não cabe ação para tutela de meros interesses genéricos, é preciso que tenham feição de direito líquido e certo.¹⁶

A cláusula inscrita no art. 97 da Constituição da República impõe decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da exclusão dos direitos difusos da categoria de direitos protegidos por mandado de segurança coletivo. O cabimento das impetrações pressupõe, portanto, declaração incidental de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009,¹⁷ ou, quando menos, atribuição de interpretação conforme a Constituição ao dispositivo, para definir que sua autorização engloba impetração em prol de direitos difusos.

2.3. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

É de caráter impositivo a formação de litisconsórcio passivo em mandado de segurança entre a autoridade impetrada e aqueles que serão afetados no caso de concessão da ordem, ou seja, os beneficiários da omissão ou do ato reputado ilegal. “Aqueles que podem ter suas esferas jurídicas afetadas por decisão proferida em mandado de segurança devem ser chamados a ingressar na lide na condição de litisconsorte passivos necessários, sob pena de nulidade do julgamento”.¹⁸ Segundo CELSO AGRÍCOLA BARBI:

[...] toda vez que o mandado de segurança implicar modificação da posição jurídica de outras pessoas, que foram diretamente beneficiadas pelo ato impugnado pelo favor de outras

16 ZANETI JR., Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. : Salvador: JusPodivm, 2013. p. 98-99.

17 *Vide* transcrição na nota 12.

18 Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso em mandado de segurança 19.096/MG. Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. 12/12/2006, unânime. *Diário da Justiça*, 12 abr. 2007.

peças, haverá litisconsórcio necessário, e a sentença não poderá ser dada sem que esses terceiros sejam citados como partes passivas na ação.¹⁹

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que, em se tratando de citação de litisconsorte passivo necessário em mandado de segurança, compete ao impetrante promovê-la, independentemente da sua intimação pessoal. O entendimento está consolidado na súmula 631 do STF: “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

Não cabe ao juiz, de ofício, citar litisconsorte passivo necessário em mandado de segurança. Compete-lhe, somente, assinalar prazo para que o impetrante promova a citação, sob pena de extinção sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo. A esse respeito, pondera HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

A intervenção de terceiro é sempre voluntária, sendo injurídico pensar que lei possa obrigar estranho a ingressar no processo. O que ocorre, muitas vezes, é a provocação de uma das partes do processo pendente para que o terceiro venha a integrar a relação processual. Mas “a possibilidade de o juiz obrigar, por ato de ofício, o terceiro a ingressar em juízo deve hoje ser contestada. O juiz não pode, inquisitorialmente, trazer o terceiro a juízo”. O que ela faz [...] é determinar a uma das partes que, se quiser a decisão de mérito, cite terceiros (litisconsortes necessários), pois do contrário o processo será trancado sem ela. A coação legal exerce-se sobre a parte e não sobre terceiro. Esse continua livre de intervir ou não. Não se lhe comina pena alguma. Suporta apenas o ônus de sujeitar-se aos efeitos da sentença, como decorrência da citação.²⁰

19 BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 131.

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104.

A matéria é regida, no que interessa a este processo, pelos arts. 114 e 115, parágrafo único, do novo CPC, aplicável subsidiariamente, como norma geral processual, ao procedimento do mandado de segurança:

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Art. 115. [...]

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.

Portanto, não poderia a relatoria desta ação impor a inclusão do Sr. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA como litisconsorte passivo, mas apenas fazer intimar os impetrantes para que o requeressem. Na hipótese de omissão, caberia extinguir o processo sem resolução de mérito.

Não obstante, conquanto o relator tenha determinado a inclusão de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA na autuação e a citação deste como litisconsorte passivo necessário, este não requereu exclusão da relação processual. Pelo contrário, apresentou manifestações de defesa do ato impetrado (o que corresponde a encampação) e exerceu poderes processuais inerentes às partes, como suscitar prevenção na primeira oportunidade de se pronunciar nos autos.

De certo modo, apesar de apontar a determinação como contrária à lei, amoldou-se a ela. Em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas processuais, deve-se considerar o caso como de irregularidade, não de nulidade processual.

2.4. CONCESSÃO DE LIMINAR SEM AUDIÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

O art. 22, § 2º, da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Lei do Mandado de Segurança), reproduz o disposto no art. 2º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, que veda concessão de liminar em mandado de segurança coletivo sem manifestação precedente do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, a qual deverá pronunciar-se no prazo de 72 horas.

Dispensa dessa manifestação prévia e consequente desatendimento do dispositivo de lei só se justifica diante do poder geral de cautela, quando a não concessão da liminar antes das 72 horas puder ocasionar dano irreparável decorrente de demora na decisão judicial acauteladora. Observa, a esse respeito, o Ministro TEORI ZAVASCKI:

O art. 2º [da Lei 8.437/1992] trouxe novidade a exigir, como pressuposto da liminar em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública, a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de setenta e duas horas. Cabe observar, porém, que qualquer liminar para ser cabível, pressupõe situação de perigo iminente, ou seja, em condições de perpetrar dano antes da citação do demandado. Em casos em que tal risco não existir, a rigor a liminar não se justifica. O ‘princípio da necessidade’ veda a concessão de liminar se a providência puder ser postergada para a fase posterior à citação. Portanto, o art. 2º, para não ser considerado supérfluo, há de ser entendido como aplicável a hipótese em que a providência cautelar não possa aguardar o término do prazo privilegiado, em quádruplo, de que dispõe a pessoa jurídica de direito público para defender-se. Assim, nestes casos, a fixação de prazo menor, para que a parte demandada possa se manifestar, especificamente, sobre o cabimento da medida, é dispositivo compatível com o ‘princípio da menor restrição possível’. Entretanto, parece

certo que tal dispositivo não se aplicará àquelas situações fáticas revestidas de tal urgência ou relevância, que não permitem tempo para, sequer, aguardar-se o prazo de setenta e duas horas. Se tão excepcional hipótese se apresentar, poderá o Juiz, em nome do direito à utilidade da jurisdição e sempre mediante a devida justificação, conceder a liminar, já que para tanto estará autorizado pelo próprio sistema constitucional. Tratar-se-ia de singular hipótese de liminar para tutelar o direito a outra liminar, posto em perigo pelas especiais circunstâncias do caso concreto.²¹

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar agravo regimental em suspensão de liminar, assentou ser possível o descumprimento da disposição explícita do art. 2º da Lei 8.437/1992 quando houver “iminência de perecimento de direito, ou possibilidade de ocorrer prejuízo de difícil ou quase impossível reparação” e desde que por decisão judicial fundamentada. O relator, Ministro CARLOS VELLOSO, assentou que concessão de liminar em MS coletivo sem observar o referido art. 2º consubstancia ofensa à ordem pública, considerada esta em termos de ordem jurídico-processual:

[...] II – Lei 8.437, de 1992, art. 2º: no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Liminar concedida sem observância do citado preceito legal. Inocorrência de risco de perecimento de direito ou de prejuízo irreparável. Ocorrência de dano à ordem pública, considerada esta em termos de ordem jurídico-administrativa e jurídico-processual. [...]²²

21 ZAVASCKI, Teori Albino. Restrições à concessão de liminares. *Revista jurídica*, n. 195, jan. 1994, p. 39.

22 Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição 2.066/SP. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. 19/10/2000, maioria. *DJ*, 28 fev. 2000; *Revista trimestral de jurisprudência*, vol. 186, p. 147.

A concessão da liminar neste mandado de segurança coletivo não contém fundamentação apta a justificar desatendimento aos arts. 2º da Lei 8.437/1992 e 22, § 2º, da Lei 12.016/2009 e colide com entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre extensão e alcance dessa exigência processual.

2.5. USO DE PROVA EMPRESTADA

Utilização de elementos advindos de interceptações telefônicas obtidas em processo criminal (no processo 5006205-98.2016.4.04.7000/PR, da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná) em mandado de segurança, por constituir prova emprestada, demanda submissão ao contraditório, nos termos do art. 372 do novo Código de Processo Civil.²³

Não há irregularidade na utilização da prova emprestada nesta ação, pois: (i) exercício de contraditório sobre provas obtidas por interceptação telefônica é usualmente diferido para a ação penal porventura deflagrada, uma vez que sua natureza cautelar é incompatível com prévio conhecimento das pessoas alvos da medida; (ii) trazida a prova para este MS, houve oportunidade de exercício do princípio do contraditório, mediante notificação da autoridade coatora para prestar informações e do litisconsorte para manifestar-se.²⁴

23 “Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

24 “O contraditório e a ampla defesa relativos à prova emprestada devem ser realizados nos autos em que seja essa prova juntada, e não naqueles onde originariamente produzida”(STJ. Sexta Turma. Agravo regimental no recurso especial 138.946/SC. Rel.: Min. NEFI CORDEIRO. 5/11/2015, un. *DJe*, 23 nov. 2015). “Não há, em princípio, óbice à utilização de prova emprestada de interceptação telefônica realizada no bojo de outra investigação, desde que franqueado à defesa o acesso a essa prova, garantindo-se o contraditório”.

Até onde se sabe, essas interceptações foram validamente decretadas pela 13ª Vara da SJPR e, nessa qualidade, puderam ser usadas validamente em processos nos quais tenham relevância jurídica, como é o caso deste. Uma vez facultada ampla defesa dos interessados em torno desses elementos de convicção, não haveria vedação a que sejam consideradas. O Supremo Tribunal Federal já admitiu, em mais de uma ocasião, emprego de prova decorrente de interceptação telefônica válida em outros processos, até de natureza administrativa, como se vê, por exemplo, nestes precedentes:

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.²⁵

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. DESDOBRAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. IDENTIFICAÇÃO,

rio [...]” (STF Primeira Turma. *Habeas corpus* 114.074/SC. Rel.: Min. ROSA WEBER. 7/5/2013, un. *DJe*, 27 maio 2013).

25 STF Plenário. Questão de ordem na petição 3.683/MG. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 13 ago. 2008, maioria. *DJe* 35, 20 fev. 2009; *RMDPPP*, v. 5, n. 28, 2009, p. 102-104.

NO CURSO DAS DILIGÊNCIAS, DE POLICIAL MILITAR COMO SUPOSTO AUTOR DO DELITO APURADO. DESLOCAMENTO DA PERSECUÇÃO PARA A JUSTIÇA MILITAR. VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO DEFERIDA PELO JUÍZO ESTADUAL COMUM. ORDEM DENEGADA. 1. Não é ilícita a prova obtida mediante interceptação telefônica autorizada por Juízo competente. O posterior reconhecimento da incompetência do Juízo que deferiu a diligência não implica, necessariamente, a invalidação da prova legalmente produzida. A não ser que “o motivo da incompetência declarada [fosse] contemporâneo da decisão judicial de que se cuida” (HC 81.260, da relatoria do ministro SEPÚLVEDA PERTENCE). 2. Não há por que impedir que o resultado das diligências encetadas por autoridade judiciária até então competente seja utilizado para auxiliar nas apurações que se destinam a cumprir um poder-dever que decola diretamente da Constituição Federal (incisos XXXIX, LIII e LIV do art. 5º, inciso I do art. 129 e art. 144 da CF). Isso, é claro, com as ressalvas da jurisprudência do STF quanto aos limites da chamada prova emprestada. 3. Os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente, admitem compartilhamento para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados. Possibilidade jurisprudencial que foi ampliada, na Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (da relatoria do ministro CEZAR PELUSO), para também autorizar o uso dessas mesmas informações contra outros agentes. 4. *Habeas corpus* denegado.²⁶

A própria autoridade impetrada não deixa de levar em consideração os elementos decorrentes da interceptação telefônica autorizada pela 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, embora lance dúvida sobre a validade dela. A análise desses elementos é feita, por exemplo, no agravo (peça 36 do MS 34.071, p. 26-27).

²⁶ STF Segunda Turma. HC 102.293/RS. Rel.: Min. AYRES BRITTO. 24 maio 2011, un. *DJe* 239, 19 dez. 2011.

Essa análise, ao contrário do que sustenta a Excelentíssima Presidente da República, atende plenamente à exigência de contraditório do art. 372 do novo CPC, como já exigia a jurisprudência na vigência do CPC precedente.

No caso de interceptações telefônicas, o contraditório é necessariamente diferido, porquanto, é evidente, em regra não tem utilidade realizar interceptação de quem saiba estar sendo interceptado. Dessa maneira, não seria possível exigir que as pessoas cujos diálogos foram interceptados tenham participado da produção da prova nos processos originários, pois só o farão *a posteriori*, se for o caso (por exemplo, uma pessoa pode ter sido interceptada em diálogo com alguém e não vir a ser denunciada; nesse caso, não precisará intervir como parte no processo penal em que haja ocorrido a interceptação).

Neste caso, as principais pessoas juridicamente interessadas na demanda, no polo passivo, são a Excelentíssima Presidente da República e o ex-Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA. Ambos vêm tendo oportunidade de se manifestar²⁷ em resposta à impetração, segundo as características próprias do rito da ação de mandado de segurança. Por conseguinte, não há impedimento processual a que os documentos resultantes da interceptação telefônica validamente autorizada sejam utilizados.

Se o STF admite uso de prova legal oriunda de interceptação telefônica em processo administrativo, com maior dose de razão

²⁷ Manifestações da Presidente da República nas peças 36 e do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, por exemplo, nas peças 38, com documentos (arguição de prevenção), 46 (agravo) do processo eletrônico do MS 34.071, entre outras.

deve ela ser admissível em processo judicial, como o mandado de segurança. Desse modo, é válido o traslado das provas oriundas da interceptação telefônica para este processo.

3. MÉRITO

3.1. DISTINÇÃO DE ANÁLISE PROBATÓRIA ENTRE ADPF E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação constitucional vocacionada a preservar integridade da Constituição da República, à falta de outro meio eficaz para salvaguarda, em face de atos do poder público lesivos a preceitos fundamentais. É ação de caráter marcadamente objetivo. Em ADPF, a exigência de prova de violação de preceito fundamental, com apresentação dos documentos necessários para comprovar a impugnação (art. 3º, III, parágrafo único, da Lei 9.882, de 3 de novembro de 1999), não desnatura a índole eminentemente objetiva da arguição. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, em ADPF, incursão em exame aprofundado de provas como condição indispensável para conclusão sobre legitimidade constitucional do ato do poder público.

Mandado de segurança, por sua vez, exige prova documental sobre fatos incontroversos. No mandado de segurança, prova do direito tutelado é condição indispensável para o reconhecimento judicial de sua violação. O órgão julgador pode aprofundar-se no exame da prova, diversamente do que ocorre com a arguição de descumprimento.

Segundo ANDRÉ RAMOS TAVARES, na ADPF, “mais do que apenas promover um controle de constitucionalidade, e declarar que determinado ato normativo viola preceito fundamental [...], é

preciso que a decisão indique também como interpretar e aplicar o preceito fundamental violado”, de modo que, “a decisão transborda os conceitos clássicos das decisões em processo de controle objetivo, quanto ao seu núcleo mínimo”.²⁸ A decisão, em ADPE, deve contemplar solução sobre controvérsia jurídico-constitucional com alcance amplo, geral e imediato. É possível, portanto, declarar nulidade de ato concreto do poder público tanto em arguição de descumprimento de preceito fundamental quanto em mandado de segurança, com as diferenças de que, na arguição, é inviável exame aprofundado de provas e exige-se formulação de tese sobre a correta interpretação do preceito fundamental violado.

Nas ADPFs 390 e 391/DF, entendeu a Procuradoria-Geral da República não haver alicerce suficiente para desconstituir o ato de nomeação editado pela Presidente da República. Tal conclusão decorreu, em parte, da inviabilidade de exame aprofundado de provas em controle abstrato de constitucionalidade, dada a natureza objetiva das arguições de descumprimento de preceito fundamental. Nesse sentido se manifestou a Procuradoria-Geral da República, ressaltando, de forma expressa, que a matéria poderia ser reexaminada em outras sedes processuais, conforme coubesse. Elementos mais amplos constantes destes mandados de segurança e de procedimentos investigatórios criminais de conhecimento notório ou de acesso público permitem rediscussão ampla da validade do ato na via mandamental, como se fará adiante.

28 TAVARES, André Ramos. *Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade*. Disponível em: < <http://zip.net/bysntK> > ou < http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_amos2.pdf >. Acesso em: 27 mar. 2016.

3.2. SINDICABILIDADE DA NOMEAÇÃO DE MINISTRO DE ESTADO

As impetrações dirigem-se contra o ato da Excelentíssima Presidente da República de nomeação do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República. Trata-se de ato político-administrativo que se basearia no art. 84 da Constituição da República, segundo o qual é competência privativa da Presidente da República nomear e exonerar ministros de estado.

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

Cumprе observar que, dentro de nosso sistema constitucional de freios e contrapesos, a afirmação de que “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional” precisa ser entendida em seu sentido exato que é: “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional apenas no que encerram de político”, porque, integrando a ordem jurídica, à qual se submetem e se adaptam, como atos jurídicos que são, devem concretizar-se de harmonia com o princípio da legalidade e conforme a competência constitucional.²⁹

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

²⁹ CRETILLA JUNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 172.

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

[...] cabe ao Presidente da República, por sua livre, exclusiva e consciente decisão, nomear e exonerar os Ministros de Estado, segundo a confiança que neles deposita, ou a conveniência e a oportunidade em manter determinada pessoa na função de seu auxiliar e no comando de Ministérios criados por lei.³⁰

A esse respeito, destaca JOSÉ AFONSO DA SILVA:

[...] os ministros, que são simples auxiliares do presidente da República, são por ele livremente nomeados e exonerados. Quer dizer, os ministros de Estado não dependem da confiança do Parlamento, mas são órgãos de estrita confiança do chefe do Poder Executivo, que, por isso mesmo, detém o poder incontestável de nomeá-los e exonerá-los sem atender a ninguém, do ponto de vista jurídico-constitucional. Claro que há injunções políticas a atender; mas isso já ingressa no campo da Ciência Política ou da Sociologia, foge ao terreno jurídico.³¹

A Constituição da República dedica o art. 87 ao cargo de ministro de estado e estabelece como requisitos: (a) nacionalidade

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

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

brasileira, (b) idade mínima de 21 anos, e (c) pleno exercício de direitos políticos.³²

O litisconsorte passivo encontra-se em pleno gozo dos direitos políticos, é maior de 21 anos e possui nacionalidade brasileira. Atende, portanto, os requisitos para nomeação ao cargo de ministro de estado. Existência de investigação criminal em curso, diante do princípio da presunção de inocência, não impediria, por si, a nomeação. Apenas o trânsito em julgado de condenação criminal, por implicar suspensão dos direitos políticos (CR, art. 15, V), seria causa impeditiva *a priori* da nomeação.

O decreto de nomeação, sob ótica apenas formal, não contém vício. Reveste-se de aparência de legalidade. Há, contudo, que se verificar se o ato administrativo foi praticado com desvio de finalidade – já que esse é o fundamento central das impetrações –, e ato maculado por desvio de poder quase sempre ostenta aparência de legalidade, pois o desvio opera por dissimulação das reais intenções do agente que o pratica.

32 “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”.

3.3. DESVIO DE FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Estas ações objetivam declaração de nulidade do decreto presidencial de nomeação de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, com o fundamento de que o ato teria sido praticado com propósito de beneficiar o nomeado com foro por prerrogativa de função e de obstruir o andamento de investigações criminais em seu desfavor, o que configuraria desvio de finalidade e representaria fraude processual.

Desvio de finalidade ou desvio de poder ocorre quando agente público exerce competência atribuída por lei para atingir propósito diverso daquele delimitado pelo ordenamento jurídico (Lei da Ação Popular – Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 2º, parágrafo único, e).³³ Caracteriza-se como deturpação do dever-poder atribuído a agente público que, apesar de exercê-lo nos limites aparentes de sua atribuição, direciona-o a fim não buscado pela lei. Relaciona-se, portanto, com a noção de legalidade positiva ou de vinculação positiva à legalidade (*positive Bindung*): exige-se do agente mais do que não praticar atos vedados pela lei, mas atuar sempre e quando autorizado e impelido a tanto por ela.

Na definição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado

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

e) desvio de finalidade.

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

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”.

diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento de poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicada, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.³⁴

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

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

[...]

Assim, sempre que o ato praticado se afastar da finalidade que justificou a outorga da competência ao administrador público, ou seja, sempre que o ato praticado visar a fim incompatível ou excludente do interesse público, haverá abuso de poder sob a modalidade desvio.³⁵

Diante da patina de legalidade dos atos do poder público em geral, atestar ocorrência de desvio costuma ser dificultoso, como recorda HELY LOPES MEIRELLES:

O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado de interesse público. Diante disso, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A

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

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

propósito, já decidiu o STF que “indícios vários e concordantes são provas”. Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou.³⁶

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

Em preciosa monografia sobre o tema, CRETILLA JÚNIOR, também reconhecendo a dificuldade de prova, oferece, entretanto, a noção dos sintomas denunciadores do desvio de poder. Chama sintoma “qualquer traço, interno ou externo, direto, indireto ou circunstancial que revele a distorção da vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo de interesse público, mas por motivo privado”.

[...]

Agindo com abuso de poder, por qualquer de suas formas, o agente submete sua conduta à revisão, judicial ou administrativa. O abuso de poder não pode compatibilizar-se com as regras da legalidade, de modo que, constatado abuso, cabe repará-lo.³⁷

Colhem-se, portanto, os seguintes parâmetros para aferir desvio de poder: a) o agente busca atingir finalidade deturpada com o ato administrativo; b) o vício é objetivo, satisfaz-se com descompasso entre a finalidade legal e a real; c) dada a artificiosidade que o circunda, sua prova dá-se por meio de indícios que, revelando coerência, sejam capazes de nulificar o ato; d) o desvio é passível de

36 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 11.

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

controle judicial, na modalidade de controle de legalidade, até na via do mandado de segurança.

3.4. INDÍCIOS SUBSTANCIAIS DE DESVIO DE FINALIDADE

Neste caso, fatos incontroversos retratados no acervo probatório pré-constituído e fatos de domínio público envolvendo a nomeação são suficientes para caracterizar desvio de finalidade.

É de conhecimento público que, em 4 de março de 2016, foi realizada condução coercitiva do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para prestar declarações em investigações relacionadas com o chamado caso Lava Jato, por decisão da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná (peça 5 do MS 34.070/DF e peças 23-24 do MS 34.071/DF).

Em 9 de março de 2016, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia em face de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e de outros cidadãos, por suposta prática dos crimes de falsidade ideológica e lavagem de bens e postulou pedido de prisão preventiva (peça 22 do MS 34.071/DF). Não se faz aqui nenhuma apreciação sobre a aptidão dessa denúncia, que será oportuna e adequadamente examinada pelo Ministério Público Federal, em face de declinação de competência a seguir mencionada. Apenas se indica o fato objetivo de que houve oferta de denúncia em desfavor do futuro nomeado.

Em 14 de março de 2016, a 4ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo (Foro Central Criminal da Barra Funda), ao apreciar pedido de prisão preventiva de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, no processo criminal 0017018-25.2016.8.26.0050,³⁸ declinou compe-

³⁸ Andamento processual disponível em < <http://zip.net/bbs6tY> > ou < <http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?>

tência para a 13ª Vara da SJPR, por vinculação das imputações a fatos apurados em processos do chamado caso Lava Jato (peça 6 do MS 34.070/DF). Novamente não se tece aqui consideração acerca do cabimento dessa prisão, mas somente se aponta a existência do requerimento do Ministério Público estadual.

Em 16 de março de 2016, a Presidência da República anunciou que decidira nomear LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. Em pronunciamento à imprensa, justificou que o ato teria por motivação o apoio e a contribuição do ex-Presidente no enfrentamento da crise política por parte do Governo Federal.

No mesmo dia, a 13ª Vara da SJPR levantou o sigilo de interceptações telefônicas de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, autorizadas no pedido de quebra de sigilo 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Análise preliminar do Departamento de Polícia Federal considerou que, no conteúdo interceptado, haveria indícios de que possivelmente os interlocutores das ligações estariam agindo com o intuito de interferir no curso das investigações produzidas no caso Lava Jato, até por meio de forte aparato político (peça 8 do MS 34.070 – auto de interceptação telefônica 58/2016, folha 2).

No diálogo de fl. 10 do auto de interceptação telefônica (de 26 de fevereiro de 2016, às 17h19m5s), por exemplo, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA solicitou ao Ministro JAQUES WAGNER, na época ele próprio Ministro Chefe da Casa Civil, que conversasse com a Ministra ROSA WEBER, desse Supremo Tribunal Federal, acerca de processo de interesse do primeiro, sob a relatoria da ministra. Embora sejam corriqueiras audiências solicitadas por advogados com juízes para discutir processos judiciais e não haja ilicitude na realização

[processo.codigo=1E001UIZP0000&processo.foro=50](http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial/informando-o-codigo-F3897729.D4CB4311.C51E4B22.4FCD29E4) >; acesso em 5 abr. 2016.

dessas reuniões, a movimentação de aparato estatal, sobretudo autoridade do mais alto escalão, para defesa de interesses privados, põe em evidencia tentativa de intervenção do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA no funcionamento regular das instituições, valendo-se de importante aparato estatal, em temas afetos às investigações do caso Lava Jato.

No mesmo diálogo, aliás, o próprio Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA revela que já cogitava da possibilidade de vir a ser preso em breve, como se vê deste trecho (fl. 10, peça 8 do MS 34.070):

LILS [LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA]: Então fale com o CRISTIANO. Porque você tem que falar com “uma pessoa” em BRASÍLIA.

JW [Jaques Wagner]: Não, tudo bem. Eu vou atender ele agora. Agora deixa eu te dizer. É “ela”? “Aquilo” que você falou? Se você... se der para você, ela marcou segunda de noite.

LILS: Bicho, é o seguinte: se eu não estiver preso, eu vou! (RISADAS) Caralho!

A audiência solicitada, segundo a data da conversa, referia-se à ação cível originária (ACO) 2.833/SP, na qual LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA postulou liminar para imediata suspensão dos procedimentos investigatórios criminais instaurados pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e de qualquer ato neles embasado, por alegação de conflito positivo de atribuições. A medida liminar foi indeferida pela relatora.³⁹

Diálogo entre LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e ALBERTO CARLOS ALMEIDA (identificado no auto de interceptação como ROBERTO CARLOS) evidencia que uma das opções consideradas para evitar o curso da investigação criminal contra o ex-Presidente seria preci-

³⁹ STF, Primeira Turma. Ação cível originária 2.833/SP. Rel.: Min. ROSA WEBER. 4/3/2016, unânime. *DJe* 43, 7 mar. 2016.

samente a nomeação daquele para algum ministério. O próprio ex-Presidente confirma que trataria dessa possibilidade com a Presidente da República (fls. 59-61, peça 8 do MS 34.070, sem destaque no original):⁴⁰

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

LILS: “Uhummm”.

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

LILS: “Uhummm”.

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

LILS: “Uhummm”.

ROBERTO 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 “testequinho”, “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: “Uhummm”.

ROBERTO 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: “Uhummm”.

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

40 Algumas correções de pontuação e ortografia foram feitas nesta transcrição, relativamente à do auto de interceptação.

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 [do] século 21. Só eu e o CLINTON... ⁴¹Eu não sei se o STIGLITZ⁴² 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 [que] eles vão provar que eu tenho um apartamento. Porque alguém vai ter que pagar “pra mim ter”. Porque eu não posso ter, sem pagar...

ROBERTO CARLOS: É, mas dado a forma com[o] 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: “Uhummm”.

ROBERTO 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 doí 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? Né, porra... Numa boa, você resolve outro problema, que é o problema da governabilidade. Porra, você e DILMA, um depende do outro, cacete!

LILS: “Uhummm”.

ROBERTO 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!

41 Referência a BILL CLINTON, Presidente dos EUA de 1993 a 2001.

42 Referência ao economista estadunidense JOSEPH STIGLITZ, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2001.

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 quê?! Que arranjo vocês estão esperando?!

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

ROBERTO 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?!

ROBERTO 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,

ROBERTO 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: “Uhummm”.

ROBERTO CARLOS: Você entende? Ousadia, vai levar porrada, a GLOBO vai bater: “Ahh lá, confissão de culpa”. Foda-se, o que [é] que é melhor?! Isso daí, ganhar o jogo ou perder o jogo?!

LILS: “Uhummm”.

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

LILS: Tá bom.

ROBERTO 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: “Uhum”. Tá bom, meu irmão, obrigado pelo conselho. Tá bom.

ROBERTO 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: Tá bom, meu irmão, tá bom, querido.

ROBERTO CARLOS: Vai lá, tamo do lado, tá? Do lado, tá[?]

LILS: Tchau.

ROBERTO CARLOS: Abraço.

Outro trecho da interceptação⁴³ evidencia a preocupação de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA com a tramitação do processo penal na 13ª Vara Federal de Curitiba:

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 ameaçados, 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.**

Outro elemento de prova em poder do Ministério Público Federal – e de toda a sociedade – que não pode ser ignorado na compreensão dos atos jurídicos em análise é a colaboração premiada do Senador DELCÍDIO DO AMARAL GOMEZ, que o Ministro

⁴³ Fl. 39, peça 8 do MS 34.070; telefonema em 4 de março de 2016, às 13h02m01s.

TEORI ZAVASCKI tornou pública e que, por isso mesmo, pode ser invocada.⁴⁴ Seria incongruente e desconectado da realidade que nestes processos, nos quais é lícito empreender exame vertical de provas (diversamente do que cabia fazer nas mencionadas ADPFs), a Procuradoria-Geral da República fingisse desconhecer essas provas e, em avaliação meramente formal, opinasse pela denegação da ordem, pois isso equivaleria a afirmar a validade da nomeação.

Essa colaboração premiada evidenciou, em diversos trechos, preocupação de setores eminentes do Governo Federal com o desenrolar do chamado caso Lava Jato, com articulações políticas e jurídicas, por parte de autoridades federais, no sentido de dificultar essas investigações e processos criminais e neles interferir de forma ilegítima, a ponto de, se possível, “esvaziá-lo”, nas palavras do Senhor DELCÍDIO DO AMARAL.

Veja-se o que revelam algumas passagens dessa colaboração premiada (sem destaque no original):

TERMO DE COLABORAÇÃO 1

[...] QUE o governo e a classe política se preocupavam com a Operação Lava Jato, em especial em razão da instabilidade po-

44 Após o levantamento do sigilo referente a essa colaboração, por parte do Ministro TEORI ZAVASCKI, na petição (Pet) 5.952/DF, seus documentos passaram a estar disponíveis em numerosos sítios jornalísticos da internet, de acesso público, como estes: < <http://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/na-integra-a-delacao-premiada-de-delcideo-do-amaral> >, < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/veja-integra-da-delacao-premiada-de-delcideo> >, < <http://www.brasil247.com/pt/247/poder/221207/Leia-%C3%ADntegra-da-dela%C3%A7%C3%A3o-de-Delc%C3%ADdio-do-Amaral.htm> >, < <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/leia-a-integra-da-delacao-de-delcideo-do-amaral/> >, < <http://www.valor.com.br/politica/4482748/veja-integra-dos-terminos-da-delacao-de-delcideo> >, < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/leia-a-integra-da-delacao-de-delcideo/> >, entre outros.

lítica causada por ela; [...] QUE o governo tinha preocupação porque o processo da LAVA JATO estava se alongando muito e havia interesse do governo em dar celeridade em equacionar uma série de pendências, inclusive em relação a *habeas corpus* impetrados; QUE o principal objetivo do Planalto era a soltura de pessoas presas, em razão da importância delas no cenário político empresarial; QUE em determinado momento, a Presidente DILMA ROUSSEF foi para a Europa e aproveitou para fazer uma escala em Portugal para conversar com Ministros do STF que lá se encontravam, em especial o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI e também o Ministro TEORI ZAWASCKI, [...]. QUE foi dito ao depoente que o Ministro LEWANDOWSKI teve postura bastante equidistante na questão; QUE um dos temas da conversa era a Operação Lava Jato, embora tenham dito “oficialmente” que o assunto era o reajuste do salário dos funcionários do Judiciário federal [...]. QUE soube que foi uma conversa “deserta” e “árida”, sem nenhum *feedback*; QUE se tratou de **uma primeira tentativa frustrada**, portanto. QUE, com o retorno da Presidente e do Ministro da Justiça ao Brasil, o depoente ouviu de JOSÉ EDUARDO CARDOZO⁴⁵ que a estratégia seria buscar a nomeação para a vaga de TRISOTTO,⁴⁶ relator da Operação Lava Jato, de um novo Ministro do STJ para auxiliar no tema; [...] QUE JOSÉ EDUARDO CARDOZO estava preocupado e entendeu que uma das alternativas seria focar no STJ e nomear um Ministro do STJ para auxiliar na solução da questão; [...] QUE como havia vagas a serem preenchidas no STJ, se pensou inicialmente em nomear o Presidente do TJ/SC, NELSON SCHAEFER, para uma dessas vagas; QUE em troca, TRISOTTO deveria votar pela “liberação do pessoal preso” e ser mais “flexível” no caso da Lava Jato; QUE a ideia era ver se TRISSOTO “aliviava a mão” e, em troca, Santa Catarina “ganharia” um novo Ministro do STJ; QUE o que se buscava era algo de maior amplitude no âmbito da Lava Jato, embora se buscasse, de maneira imediata e emergencial, era liberar as pessoas que estavam presas; QUE não era apenas um “abafa” imediato,

45 Na época, Ministro de Estado da Justiça.

46 Referência ao Desembargador NEWTON TRISOTTO, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que foi convocado para auxiliar no Superior Tribunal de Justiça e funcionou na 3ª Seção, em matéria criminal.

mas algo de “maior amplitude e profundidade” que pudesse “mitigar os efeitos da operação Lava Jato” e não apenas liberar esta ou aquela pessoa. QUE o desembargador NELSON SCHAEFER é uma pessoa muito séria e o depoente acredita que ele não tenha nenhuma participação ou conhecimento desta articulação; QUE EDUARDO CARDOZO disse ao depoente que iria conversar com o Governador de Santa Catarina, COLOMBO,⁴⁷ pois CARDOZO achava que COLOMBO iria convencer TRISOTTO a participar da “estratégia”; QUE CARDOZO disse claramente que era a “estratégia”, no gabinete dele; QUE em julho de 2015 JOSÉ EDU[A]RDO CARDOZO foi a Santa Catarina e conversou com o Governador COLOMBO; [...] QUE, porém, “as coisas não andaram” e a estratégia se mostrou absolutamente equivocada e desastrosa; QUE a operação se mostrou desastrosa porque o Governador COLOMBO não se dava bem com o grupo de TRISOTTO; QUE, ademais, TRISOTTO é uma pessoa muito séria e correta; que assim **a segunda investida do Planalto não deu certo**; QUE houve então **uma terceira investida** contra a Lava Jato; QUE na época havia uma outra lista tríplice para uma vaga no STJ, na qual apareceu o nome de MARCELO NAVARRO,⁴⁸ muito ligado ao Ministro FRANCISCO FALCÃO, do STJ; QUE a ideia era que esse novo Ministro tivesse “compromisso” com a celeridade e que soltasse pessoas importantes da operação Lava Jato que estavam presas em Curitiba; [...] QUE a intenção era colocar NAVARRO no lugar de TRISOTTO, então relator dos casos da Operação Lava Jato; [...]. QUE em um sábado, acredita que no dia 18 de julho de 2015, a presidente DILMA chamou o depoente por volta das 17 horas, no Palácio do Alvorada; QUE esta reunião consta da agenda oficial do depoente; QUE esta conversa foi no jardim de trás do Palácio, em um dia bonito de sol, e estavam apenas o depoente e a Presidente; QUE entre vários assuntos, entrou a conversa de MARCELO NAVARRO e a sua nomeação ao STJ; QUE o depoente sentiu que DILMA estava em dúvida se NAVARRO tinha consciência do “compromisso” que estava prestes a assumir; QUE nesta

47 Referência ao Governador RAIMUNDO COLOMBO, de Santa Catarina.

48 Referência ao então Juiz MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

oportunidade, o depoente disse à Presidente DILMA que, se ela estava insegura, o depoente poderia conversar com MARCELO NAVARRO; QUE DILMA deu o “sinal verde” ao depoente e disse que seria necessário conversar com NAVARRO para saber se ele estava ciente do “compromisso” que ele estava prestes a assumir; QUE DILMA não disse expressamente nesse momento qual era o “compromisso”, mas das conversas anteriores com DILMA e JOSÉ EDUARDO CARDOZO ficou bastante claro que o objetivo imediato era de liberação das pessoas mais importantes presas, mas também de uma preocupação mais ampla, sobre as consequência da operação; [...] QUE o depoente foi direto ao ponto e perguntou a NAVARRO se ele sabia o motivo da conversa e NAVARRO disse que já imaginava; QUE então o depoente disse a NAVARRO sem muito rodeio, algo do tipo: “O Senhor sabe o compromisso que tem, em sendo Ministro do STJ, na relatoria ...”; QUE o depoente não citou nome de pessoas, **mas tem certeza absoluta de que ficou bastante claro que estava se referindo à Operação Lava Jato**; QUE na época, dentre outros, havia o caso de MARCELO ODEBRECHT e de OTÁVIO AZEVEDO, que estavam para ser julgados pelo STJ; QUE **embora não tenha mencionado o nome de tais pessoas, o depoente tem certeza de que MARCELO NAVARRO sabia que o depoente estava se referindo a tais pessoas e a outras, que estavam para ser julgadas no STJ em relação à Operação Lava Jato**; QUE MARCELO NAVARRO disse: “Eu tenho ciência disso, não tenho medo dos desafios e eu não tenho medo da imprensa”; [...] QUE o depoente tem absoluta certeza que MARCELO NAVARRO entendeu o “recado” e o “compromisso” que **estava assumindo de esvaziar a Operação Lava Jato**, até mesmo pela resposta que ele deu; QUE NAVARRO já estava, inclusive “pautado”, e sabia do “compromisso” que existia e o depoente tem certeza que foi FRANCISCO FALCÃO quem passou este “compromisso” a ele; [...] QUE o assessor do depoente DIOGO RODRIGUES tinha plena consciência da movimentação do Planalto para a nomeação de MARCELO NAVARRO para o STJ e, inclusive, **da finalidade de “esvaziar” a Operação Lava Jato**; [...].

TERMO DE COLABORAÇÃO 5

[...] QUE ALOÍSIO MERCADANTE disse, ainda, que se o depoente resolvesse colaborar com o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e com o Poder Judiciário, receberia uma “responsabilidade monumental” por ter sido “um agente de desestabilização”; QUE o depoente achou estranha esta afirmação, acreditando que possa ter representado ameaça velada à vista de possível recrudescimento da crise política, o que poderia resultar em problemas para o próprio ALOÍSIO MERCADANTE; QUE ALOÍSIO MERCADANTE também afirmou que “vai abrir a porteira” se o depoente dissesse os fatos sobre os quais tinha conhecimento; [...] QUE pode recordar que, SIGMARINGA SEIXAS, PAULO OKAMOTTO e JOSÉ EDUARDO CARDOZO são agentes ligados ao PT que buscaram contato com outros envolvidos, a exemplo de RENATO DUQUE, **para o fim de serem frustradas, por exemplo, as investigações realizadas a partir do Caso Lava Jato**; [...].

TERMO DE COLABORAÇÃO 6

[...] o depoente manteve diálogo com o ex-presidente Lula na sede do INSTITUTO LULA, provavelmente em meados de maio de 2015, QUE **naquela ocasião, LULA manifestou grande preocupação com a situação de JOSÉ CARLOS BUMLAI em relação às investigações do Caso Lava-jato**. QUE LULA expressou que JOSÉ CARLOS BUMLAI poderia ser preso em razão das colaborações premiadas que estavam vindo à tona, particularmente de FERNANDO BAIANO e de NESTOR CEVERÓ e que, por conta disso, JOSÉ CARLOS BUMLAI precisava ser ajudado; QUE LULA certamente chamou o depoente para tal diálogo porque sabia que este era ligado a NESTOR CEVERÓ, além de ser do mesmo Estado da família BUMLAI e que, portanto, ao ajudar as famílias CEVERÓ e BUMLAI, **estaria contribuindo para salvaguardá-las e a ele próprio, LULA** [...] QUE o depoente pode dizer que **o pedido de LULA para auxiliar JOSÉ CARLOS BUMLAI, no contexto de “segurar” as delações de NESTOR CEVERÓ, certamente visaria o silêncio desse último** e o custeio financeiro de sua respectiva família, fato que era de

interesse de LULA; QUE o depoente considera, então, que havia uma “chantagem explícita”, realizada inicialmente sobre o depoente e, em seguida, sobre a família BUMLAI, por meio da qual deveria ser prestada ajuda financeira à família CERVERÓ, **para viabilizar o silêncio de NESTOR CEVERÓ e, assim, favorecer não apenas JOSÉ CARLOS BUMLAI, como também o próprio LULA [...]** QUE o depoente pode dizer, então, que, inicialmente, o motivo fundamental para sua intervenção na engrenagem voltada ao embaraço da delação de NESTOR CEVERÓ consistia em evitar que viessem à tona fatos supostamente ilícitos com envolvimento do próprio depoente, além de JOSÉ CARLOS BUMLAI e de LULA. [...]

A Presidência da República reconheceu, em nota à imprensa e em pronunciamento por ocasião da posse do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA no cargo de ministro, que lhe encaminhou um termo de posse para que o firmasse e devolvesse, caso não pudesse fazer-se presente à cerimônia de posse.⁴⁹ A atitude é inegavelmente inusual e reforça o conjunto de indícios de desvio de finalidade, porquanto a posse de agentes públicos deve ocorrer mediante assinatura do respectivo termo, pessoalmente ou por procuração específica, de acordo com os arts. 7º e 13, *caput* e § 3º, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.⁵⁰

49 “Em nota, presidenta Dilma repudia divulgação de conversa com Lula”, disponível em < <http://zip.net/brs4B5> > ou < <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/03/em-nota-presidencia-repudia-divulgacao-de-conversa-entre-dilma-e-lula> >; acesso em 27 mar. 2016; “Os golpes começam assim”, diz Dilma sobre grampo em conversa com Lula”, disponível em < <http://zip.net/bbs4n0> > ou < <http://blog.planalto.gov.br/os-golpes-comecam-assis-dilma-sobre-grampo-em-conversa-com-lula-2> >; acesso em 27 mar. 2016.

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

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

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

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

A nomeação do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA deu-se em 16 de março de 2016, quando investigações do Ministério Público Federal e do Departamento de Polícia Federal se aproximavam de sua pessoa. Em fevereiro de 2016, a 13ª Vara Federal em Curitiba autorizara a interceptação de suas comunicações telefônicas, já referida. Além disso, houve brusca antecipação da posse. Ela fora publicamente marcada para 22 de março de 2016, mas veio a ser antecipada para 17 de março de 2016, imediatamente após levantamento do sigilo das interceptações do nomeado por parte da vara federal e sua subsequente divulgação pela imprensa.

A sofreguidão para inserir o ex-Presidente no cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil levou o Governo Federal a designar seu anterior ocupante, o Senhor JAQUES WAGNER, para o cargo de Chefe do Gabinete Pessoal da Presidente da República, que até então possuía natureza especial e foi apressadamente transformado em cargo de ministro pela Medida Provisória 717, de 16 de março de 2016.⁵¹

51 Disponível em < <http://zip.net/bjs6X4> > ou

O momento da nomeação, a inesperada antecipação da posse e a circunstância muito incomum de remessa de um termo de posse não havida à sua residência reforçam a percepção de desvio de finalidade.

Os elementos oriundos dessas interceptações telefônicas e da colaboração premiada do ex-líder do Governo no Senado Federal, associados à existência de denúncia oferecida, com pedido de prisão pendente de exame judicial, e de investigações em curso constituem indícios convergentes de que a evolução do caso Lava Jato e as medidas processuais penais dele decorrentes, requeridas pelo Ministério Público Federal, provocaram forte apreensão no núcleo do Poder Executivo federal e geraram variadas iniciativas com a finalidade de prejudicá-las, em distintas frentes. Nesse cenário, a nomeação e a posse do ex-Presidente foram mais uma dessas iniciativas, praticadas com a intenção, sem prejuízo de outras potencialmente legítimas, de afetar a competência do juízo de primeiro grau e tumultuar o andamento das investigações criminais no caso Lava Jato. Os fatos que antecederam e se seguiram à nomeação e posse de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA no cargo de Ministro Chefe da Casa Civil corroboram a conclusão de desvio de finalidade do ato.

A nomeação e a posse apressadas do ex-Presidente teriam (como de fato tiveram) como efeitos concretos e imediatos a interrupção das investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal no primeiro grau de jurisdição e a remessa das respectivas peças de informação ao Supremo Tribunal Federal e à Procuradoria-Geral da República, por força do foro por prerrogativa de

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv717.htm >; acesso em 7 abr. 2016.

função previsto no art. 102, I, c, da Constituição.⁵² Essas investigações, ligadas ao conjunto de procedimentos criminais conhecidos como caso “Lava Jato”, são reconhecidamente complexas, o que geraria (como gerou) solução de continuidade temporária nos atos investigatórios relativos ao Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, até que a Procuradoria-Geral da República possa inteirar-se de todos os elementos e retomá-los, após os trâmites próprios de investigações ocorridas perante tribunais. Ademais, em caso de ação penal, o procedimento originário em tribunais, regido pela Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, é sabidamente mais lento do que o do Código de Processo Penal para juízes singulares, aplicável aos cidadãos em geral. Considerando, ainda, que o ex-Presidente conta 70 anos de idade, todos esses atrasos podem, hipoteticamente, beneficiá-lo no caso de vir a ser acusado em processo penal, diante da contagem pela metade dos prazos de prescrição, estipulada pela anacrônica norma do art. 115 do Código Penal.⁵³ Mesmo considerando que o processo de ministros de estado ocorre em instância única, na Suprema Corte, a complexidade desse procedimento pode gerar lentidão muito maior do que a do primeiro grau de jurisdição.

Essa conclusão nada tem que ver com a premissa inaceitável de que a Suprema Corte seria mais leniente ou menos eficiente na

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

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

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional 23, de 1999) [...]”.

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

supervisão de investigações relativas ao nomeado nem na condução de hipotética ação penal que contra ele possa instaurar-se. Decorre da intenção oculta de causar tumulto processual mediante deslocamento, para o Supremo Tribunal Federal, de procedimentos penais em que o ex-Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA figure como investigado.

A interrupção das medidas processuais penais de investigação a cargo do Ministério Público Federal no primeiro grau de jurisdição derivou ainda da medida liminar deferida monocraticamente na reclamação 23.457/PR,⁵⁴ relator o Ministro TEORI ZAVASCKI, confirmada pelo Plenário em sessão de 31 de março de 2016.

Diante desse universo, incluída a atuação fortemente inusual da Presidência da República em torno da nomeação, há elementos suficientes para afirmar ocorrência de desvio de finalidade no ato e, por conseguinte, para declarar nulidade do decreto presidencial.

Acerca da nulidade de nomeação de agente público praticado com desvio de poder, decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que tal vício no ato administrativo compromete sua validade jurídica, por violação, além da legalidade, do princípio da moralidade administrativa:

54 A parte dispositiva da liminar dispôs: “12. Ante o exposto, nos termos dos arts. 158 do RISTF e 989, II, do Código de Processo Civil, defiro a liminar para determinar a suspensão e a remessa a esta Corte do mencionado ‘Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos 5006205-98.2016.4.04.7000/PR’ e demais procedimentos relacionados, neles incluídos o ‘processo 5006617-29.2016.4.04.7000 e conexos’ (referidos em ato de 21.3.2016), bem assim quaisquer outros aparelhados com o conteúdo da interceptação em tela, ficando determinada também a sustação dos efeitos da decisão que autorizou a divulgação das conversações telefônicas interceptadas.”

[...] A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada sua ilegalidade, por desvio de finalidade.⁵⁵

Transgressão ao componente ético e jurídico dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa por ato do poder público impõe declaração de nulidade, ainda que concorram para sua motivação finalidades legítimas.

Segundo LUCAS ROCHA FURTADO, “independentemente de qualquer outro vício, se o ato foi praticado contrariando a finalidade legal que justificou outorga de competência para a prática do ato, ele é nulo”.⁵⁶ O art. 2º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) afirma categoricamente que ato administrativo praticado com desvio de finalidade é nulo.

Como dito, apenas em raras ocasiões se obterá prova cabal e evidente de desvio de finalidade. Em geral, a constatação desse vício do ato administrativo resulta de análise global das circunstâncias e de prova testemunhal, documental e indiciária, como neste caso, aptas a amparar a conclusão de que a finalidade do ato era aparentemente legítima, mas ocultava propósito e efeitos contrários ao ordenamento jurídico.

55 STF. Segunda Turma. MS 24.020/DF. Rel.: Min. JOAQUIM BARBOSA. 6/3/2012, un. *DJe*, 114, 13 jun. 2012.

56 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 303.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República pelo conhecimento do mandado de segurança e pela concessão da ordem, para o fim de anular o ato de nomeação do Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República e, em consequência, por prejuízo dos agravos regimentais.

Brasília (DF), 7 de abril de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/PC/CCC/AMO/TVM-Par.PGR/WS/2.174/2016

Impresso por: 191.742.502-30 MS 34070
Em: 07/04/2016 - 19:03:19