

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.070 DF

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

IMPTE.(S): PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV.(A/S): MARILDA DE PAULA SILVEIRA

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPUBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO - GERAL DA UNIÃO

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2017.

COMENTÁRIOS À DECISÃO

WANDERSON RODRIGO CAL

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Advogado.

A decisão monocrática em comento trata-se de medida liminar que suspendeu a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil.

Essa decisão deflagrou significativos debates no âmbito e fora do universo jurídico, haja vista que foi tomada no contexto de uma tormentosa crise política, cujos desdobramentos ainda perduram e causam perplexidade ao povo brasileiro.

De fato, o caso ganhou cores mais vivas em razão do controle exercido sobre um ato de cunho notadamente político: a nomeação de Ministros de Estado pelo Chefe do Poder Executivo Federal. Nos termos do artigo 84, I, da Constituição Federal (CF), compete privativamente ao Presidente da

República nomear e exonerar Ministros de Estado, que são seus auxiliares imediatos na direção superior da administração federal (CF, artigo 84, II).

Essa prerrogativa decorre diretamente do clássico Princípio da Separação dos Poderes, hodiernamente intitulado princípio da Repartição Constitucional de Competências, que também tem estatura constitucional (CF, artigo 2º) e é apontado pela doutrina como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O legislador constituinte atribuiu tal relevância a esse Princípio, que o elevou ao patamar de cláusula pétrea, portanto, insuscetível de supressão ou tentativa de supressão por meio de Emenda Constitucional (CF, artigo 60, § 4º).

Ao analisar a validade do ato de nomeação de um agente político, o Poder Judiciário se depara, inevitavelmente, com os limites de sua própria competência, colocando-se num campo delicado onde o Direito e a Política se entrelaçam. Tem-se, de um lado, o Princípio da Separação de Poderes, e de outro, o da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV). Ambos estão inscritos no Texto Constitucional, merecem acatamento e precisam compatibilizar-se a fim de permitir a resolução dos casos concretos.

Para ponderar esses dois Princípios, sem sacrificar nenhum deles, deve-se levar em conta a natureza jurídica do ato de nomeação. No julgado em tela, e embora não o declare explicitamente, o Ministro Relator partiu da acertada premissa de que se trata de um ato administrativo, e não político. Deste modo, é um ato sujeito ao exercício de controle por parte do Poder Judiciário, a quem cabe a competência de julgar os litígios que lhe são apresentados. No campo doutrinário, Celso Antônio Bandeira de Mello¹ e Diogenes Gasparini² sustentam que o ordenamento jurídico brasileiro não

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 388.

2 GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 16. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110-111.

acolhe a insindicabilidade dos atos políticos ou de governo.

Em substancioso artigo acerca dos atos de governo, Odete Medauar³ aduz que eles se diferenciam dos atos administrativos por três características: (I) decorrem diretamente da Constituição; (II) provêm da autoridade mais elevada do Poder Executivo; e (III) produzem consequências jurídicas externas, tendo como destinatários outros Poderes do Estado, ou outros Estados soberanos, ou organismos internacionais.

Os atos de nomeação de Ministros de Estado possuem as duas primeiras características citadas, mas a ausência da última os desnatura como atos políticos. São, portanto, atos administrativos, que o Presidente da República pratica na qualidade de Chefe de Governo.

Definida a natureza jurídica do ato de nomeação, cabe indagar em quais situações e até que ponto o Poder Judiciário pode examinar a validade desse ato, isto é, a conformidade dele com o ordenamento jurídico.

Nesse ponto, é importante sublinhar que existem diversos mecanismos adequados a minimizar o risco de que o controle jurisdicional degenerem em intromissão na esfera de competências do Poder Executivo.

O primeiro deles é o Princípio da Inércia, segundo o qual o Poder Judiciário somente atua mediante a provocação das pessoas legitimadas, que devem se valer da via processual adequada.

Outro expediente que serve ao propósito de manter o Poder Judiciário nos estritos limites de sua competência é a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade (CF, artigo 93, IX). Essa exigência Constitucional permite a fiscalização dos pronunciamentos jurisdicionais por parte da sociedade, da imprensa e das instâncias judiciais

³ MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 191, jan./mar. 1993, p. 81. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45641/47414>>. Acesso em: 02 set. 2016.

superiores.

Cabe mencionar, ainda, a existência de outras normas regentes da atuação do Poder Judiciário, quais sejam: os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, do Devido Processo Legal e do Duplo Grau de Jurisdição.

Ao examinar a validade de um ato de nomeação de agente político, o Poder Judiciário não pode, evidentemente, violar a discricionariedade que a própria lei conferiu ao Chefe do Poder Executivo. Contudo, certos aspectos do ato de nomeação — a competência, a finalidade e, em regra, a forma — são estrita e integralmente vinculados às disposições legais, de modo que em relação a eles o administrador não possui margem de liberdade. No tocante a esses aspectos, o Poder Judiciário exerce amplo controle de legalidade.

Na decisão objeto destes comentários, o Ministro Gilmar Mendes concluiu pela ocorrência do desvio de finalidade ou de poder, porquanto a análise das provas carreadas aos autos evidenciou que o ato de nomeação impugnado afastou-se da finalidade da lei: *aberratio finis legis*. Segundo o ensinamento de José Cretella Júnior “desvio de poder é o uso indevido que a autoridade administrativa competente faz do poder discricionário que lhe é conferido, para atingir finalidade diversa daquela que a lei explícita ou implicitamente preceituara”⁴

Embora seja difícil provar o desvio de finalidade, no qual as intenções do agente se camuflam sob o manto da legalidade, a doutrina assevera que existem indícios ou sintomas dessa patologia do ato administrativo.

No exame da legalidade da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, o Ministro Gilmar Mendes arrolou a presença de indícios, devidamente fundamentados, que serviram de arrimo à sua decisão. Tais indícios são de três espécies: (I) a

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. O “desvio de poder” na Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31.

precipitação na edição do ato; (II) as circunstâncias locais que precederam a edição do ato; e (III) a convergência de feixe de indícios.

O primeiro indício fez-se notar pela precipitação na edição do ato administrativo, que foi publicado em edição extraordinária do Diário Oficial da União, sendo que a então Presidente da República enviou ao nomeado o termo de posse, antecipadamente e em desacordo com a legislação de regência da matéria.

No tocante ao segundo indício, cumpre observar que o nomeado estava sob investigação da Polícia Federal e sujeito à instauração de processo criminal em seu desfavor, na primeira instância da Justiça Federal. Investido no cargo de Ministro de Estado, passaria a ter foro privilegiado, sujeitando-se a processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, c). Além disso, a instauração de eventual ação penal contra ele dependeria de autorização parlamentar, nos termos do art. 51, I, da Constituição Federal.

Finalmente, o terceiro sintoma da ocorrência de desvio de finalidade — a convergência de feixe de indícios —, transparece do conjunto probatório que o Ministro Gilmar Mendes invocou na fundamentação de sua decisão. Desse conjunto, destacam-se as gravações telefônicas realizadas com autorização judicial e a confissão extrajudicial realizada pela então Presidente da República.

Deste modo, merece ser prestigiada a decisão em tela, pois se estribou em elementos fáticos e jurídicos idôneos para declarar a ineficácia de um ato que ofendia o “espírito da lei”. Ademais, a decisão limitou-se a examinar a legalidade do ato, e o fez com minúcia e precisão, exaurindo todos os aspectos que ao Poder Judiciário cabia analisar.

O acerto dessa decisão a transformou em paradigma para outros dois casos semelhantes, em que a nomeação de agentes políticos tinha o escopo de fraudar a finalidade da lei. Um deles foi o da nomeação de Carolina Pi-

mentel para o cargo de Secretária de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social de Minas Gerais.

Ao suspender a eficácia desse ato, o juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte, Michel Curi e Silva, aduziu que a nomeação visava conferir prerrogativa de função à nomeada.⁵ E lembrou o precedente em que o Poder Judiciário havia vergastado um ato de nomeação nas mesmas circunstâncias:

Acontecimento recente na política pátria, envolvendo as figuras da Presidente afastada e de um exPresidente da República, por si só, deveria inibir o ilustre Governador de fazer o que fez, mormente quando se sabe que a nomeada é sua digníssima esposa.⁶

Importa salientar que, nesse julgado, o magistrado examinou não só a finalidade visada pelo ato, mas também as alegações de ofensa ao Princípio da Moralidade Pública, demonstrando a amplitude do controle jurisdicional sobre a legalidade do ato.

Mais recentemente, a decisão do Ministro Gilmar Mendes foi novamente invocada por um magistrado, que suspendeu a eficácia da nomeação de Wellington Moreira Franco para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República.

O Juiz Eduardo Santos da Rocha Penteado, da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, assinalou:

5 MINAS GERAIS. 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. Ação Popular nº 5062203-42.2016. 8.13.0024. Autores: Felipe José Fonseca Attiê, José Bonifácio Mourão, Luiz Humberto Carneiro, Tito Bruno Miranda Torres Duarte. Réus: Estado de Minas Gerais, Fernando Damata Pimentel e Carolina de Oliveira Pereira Pimentel. Juiz: Michel Curi e Silva. Belo Horizonte, 12 de maio de 2016, p. 8. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160517-02.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

6 *Ibid.*

No Mandado de Segurança nº 34.070/DF, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que consubstancia desvio de finalidade o ato do Presidente da República que nomeia Ministro de Estado com o propósito de conferir a este foro por prerrogativa de função. Tratava-se, no caso, da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil, à época realizado pela Ex-Presidente Dilma Rousseff.

Além da tese de fundo (desvio de finalidade), é importante destacar que o referido precedente simboliza o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que o afastamento de Ministro de Estado nomeado diante de tais circunstâncias não representa, sob as lentes da separação dos poderes, interferência indevida do Judiciário sobre o Executivo.⁷

A decisão objeto destes comentários, assim como as duas posteriores aqui mencionadas, evidenciam a responsabilidade dos magistrados no exercício de sua competência constitucional e legal.

O Poder Judiciário não pode — saliente-se — extrapolar o campo de atuação que lhe é destinado, mas não pode, igualmente, deixar de exercer o seu papel na manutenção e no aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. A harmonia e a independência entre os Poderes repousam no desempenho escorreito e pleno das atribuições de cada um. A observância do Direito, principalmente por parte das autoridades constituídas, é condição indispensável para a construção da sociedade livre, justa e solidária que a Constituição brasileira preconiza.

⁷ BRASIL. 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Ação Popular nº 0006349-43.2017.4.01.3400. Autores: Rafael Augusto Baptista Juliano, Gianmarco Loures Ferreira e Fernando de Moura Coelho. Réus: União Federal, Michel Miguel Elias Temer Lulia e Wellington Moreira Franco. Juiz Federal: Eduardo Santos da Rocha Penteado. Brasília, 8 de fevereiro de 2017, p. 2-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/justica-suspende-nomeacao-moreira-franco.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.