

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO : **MIN. CELSO DE MELLO**
ACÓRDÃO
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO - PMDB
ADV.(A/S) : MARCELO DE SOUZA DO NASCIMENTO E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE - PHS
AM. CURIAE. : PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL - PTN
AM. CURIAE. : PARTIDO PROGRESSISTA - PP
AM. CURIAE. : SOLIDARIEDADE - SDD
AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIAL CRISTÃO - Psc
AM. CURIAE. : PARTIDO REPUBLICANO BRASILEIRO - PRB
ADV.(A/S) : RICARDO MARTINS JÚNIOR

E M E N T A: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - PRETENDIDO AFASTAMENTO CAUTELAR DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL NO QUE SE REFERE AO EXERCÍCIO DESSA ESPECÍFICA FUNÇÃO INSTITUCIONAL EM RAZÃO DE OSTENTAR A CONDIÇÃO DE RÉU NO ÂMBITO DE PROCESSO DE ÍNDOLE PENAL CONTRA ELE EXISTENTE (Inq 2.593/DF) - INADMISSIBILIDADE, NESSE PONTO, DA POSTULAÇÃO CAUTELAR - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O PARLAMENTAR DE PRESIDIR A CASA LEGISLATIVA QUE DIRIGE - A QUESTÃO DA APLICABILIDADE E DO ALCANCE DA NORMA INSCRITA NO ART. 86, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ADPF 402 MC-REF / DF

NO QUE CONCERNE AOS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, art. 80) – CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE DETERMINA O AFASTAMENTO PREVENTIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM HIPÓTESE DE INSTAURAÇÃO, CONTRA ELE, DE PROCESSO DE ÍNDOLE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (“IMPEACHMENT”) OU DE NATUREZA PENAL (CF, art. 86, § 1º) – SITUAÇÃO DE IMPEDIMENTO QUE TAMBÉM ATINGE OS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO (PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL E PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL), SE E QUANDO CONVOCADOS A EXERCER, EM CARÁTER INTERINO, A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO INTERINO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA QUE, NO ENTANTO, NÃO OBSTA NEM IMPEDE QUE O SUBSTITUTO EVENTUAL CONTINUE A DESEMPENHAR A FUNÇÃO DE CHEFIA QUE TITULARIZA NO ÓRGÃO DE ORIGEM – REFERENDO PARCIAL DA DECISÃO DO RELATOR (*MINISTRO MARCO AURÉLIO*), DEIXANDO DE PREVALECER NO PONTO EM QUE ORDENAVA O AFASTAMENTO IMEDIATO DO SENADOR RENAN CALHEIROS DO CARGO DE PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL.

– **Os substitutos eventuais** do Presidente da República – **o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal** (CF, art. 80) – **ficarão unicamente impossibilitados** de exercer, *em caráter interino*, a Chefia do Poder Executivo da União, **caso ostentem** a posição de réus criminais, **condição que assumem somente após o recebimento judicial** da denúncia **ou** da queixa-crime (CF, art. 86, § 1º, I).

– **Essa interdição, contudo – por unicamente** incidir *na hipótese estrita* de convocação para o exercício, *por substituição*, da Presidência da República (CF, art. 80) –, **não os impede** de desempenhar a Chefia que

ADPF 402 MC-REF / DF

titularizam no órgão de Poder que dirigem, **razão pela qual** não se legitima *qualquer* decisão **que importe em afastamento imediato** de tal posição funcional *em seu órgão de origem*.

– A “ratio” **subjacente** a esse entendimento (**exigência de preservação da respeitabilidade das instituições republicanas**) **apoiar-se** no fato **de que não teria sentido** que os substitutos eventuais **a que alude** o art. 80 da Carta Política, **ostentando** a condição formal de acusados em juízo penal, **viessem a dispor, para efeito de desempenho transitório** do ofício presidencial, **de maior aptidão jurídica** que o próprio Chefe do Poder Executivo da União, **titular do mandato, a quem** a Constituição **impõe, presente o mesmo contexto** (CF, art. 86, § 1º), **o necessário afastamento cautelar** do cargo para o qual foi eleito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Plenária**, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em referendar**, em parte, a liminar concedida, para assentar que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, **e, por maioria** de votos, **nos termos** do voto do Ministro Celso de Mello, **em negar** referendo à liminar, **no ponto** em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas, **no que foi acompanhado** pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), **vencidos** os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que

ADPF 402 MC-REF / DF

referendavam integralmente a liminar concedida. **Prosseguindo** no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, **não referendou** a medida liminar na parte em que ordenava o afastamento imediato do Senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal, **nos termos** do voto do Ministro Celso de Mello, **vencidos** os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, **restando prejudicado** o agravo interno. O Ministro Celso de Mello ajustou a parte dispositiva de seu voto de mérito, proferido na assentada anterior, aos fundamentos dele constantes, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, mantidos os termos de seu voto. Declarou-se suspeito o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, em face da participação na 25ª Sessão do Conselho de Estados Membros do Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (Idea), realizada em Estocolmo, Suécia. Falaram, pela requerente, REDE SUSTENTABILIDADE, o Dr. Daniel Sarmiento; pelo Senado Federal, o Advogado-Geral do Senado, Dr. Alberto Cascais; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

Brasília, 07 de dezembro de 2016.

CELSON DE MELLO – RELATOR

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO - PMDB
ADV.(A/S)	: MARCELO DE SOUZA DO NASCIMENTO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE - PHS
AM. CURIAE.	: PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL - PTN
AM. CURIAE.	: PARTIDO PROGRESSISTA - PP
AM. CURIAE.	: PARTIDO REPUBLICANO BRASILEIRO - PRB
ADV.(A/S)	: CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: SOLIDARIEDADE - SDD
AM. CURIAE.	: PARTIDO SOCIAL CRISTÃO - PSC
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelos assessores Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa e Dr. Vinicius de Andrade Prado:

Rede Sustentabilidade, por meio da petição/STF nº 69.260/2016, subscrita por profissionais da advocacia regularmente habilitados, protocolada às 11h16 de 5 de dezembro de 2016, reiterou, ante o surgimento de fato novo, o pedido liminar descrito no item 55, “b”, da inicial.

Segundo narrou, postulou, ao formalizar a arguição de

ADPF 402 MC-REF / DF

descumprimento de preceito fundamental, o deferimento de medida acauteladora voltada à fixação, em caráter provisório, do impedimento preconizado no artigo 86, § 1º, da Constituição Federal relativamente aos ocupantes dos cargos em cujas atribuições figure a substituição do Presidente da República. Consoante destacou, além da plausibilidade do direito, o requisito da urgência se fazia presente, à época do ajuizamento, em virtude de a Presidência da Câmara dos Deputados estar ocupada por parlamentar que respondia a ação penal em trâmite no Supremo. Assinalou o afastamento deste do cargo antes da apreciação do pleito de urgência considerada a decisão do ministro Teori Zavascki na ação cautelar nº 4.070, posteriormente referendada pelo Pleno.

Apontou o início da análise do tema de fundo deste processo objetivo em 3 de novembro último. Esclareceu terem se manifestado, além de Vossa Excelência, os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello, totalizando seis votos, evidenciada a formação da maioria absoluta no sentido da procedência do pedido, para assentar a impropriedade de réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Chefe do Poder Executivo. Salientou a suspensão do julgamento, ante pedido de vista formulado pelo ministro Dias Toffoli.

Articulou com fato superveniente, ou seja, o recebimento parcial de denúncia, em 1º de dezembro de 2016, pelo Pleno, contra o atual Presidente do Senado Federal, senador Renan Calheiros, que, presente o inquérito nº 2.593, passou à condição de réu. Argumentou que o parlamentar está alcançado pelo impedimento noticiado na arguição, reconhecido pela maioria do Tribunal. Disse do ressurgimento do perigo da demora tendo em vista o fato novo.

Fez referência, no tocante ao requisito da plausibilidade do direito, ao consignado na inicial. Frisou a formação da

ADPF 402 MC-REF / DF

maioria no julgamento iniciado. Apontou a improbabilidade de alteração, por ocasião da conclusão do exame, do entendimento adotado, observado o decidido pelo Colegiado na ação cautelar nº 4.070, relator o ministro Teori Zavascki. Afirmou estar em jogo, quanto à configuração do risco, a honorabilidade do Estado brasileiro e a funcionalidade da separação de poderes. Articulou com a proximidade do recesso, no que improvável a retomada da apreciação do processo objetivo. Defendeu possível a atuação monocrática do Relator na situação retratada, reportando-se ao disposto no artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, a revelar que mesmo suspensa a análise da arguição, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Evocou a liminar deferida por Vossa Excelência na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.326, na qual debatida a validade de atos normativos por meio dos quais atribuída à Justiça do Trabalho a competência para autorizar a participação de crianças e adolescentes em representações artísticas. Segundo lembrou, embora suspenso o julgamento em virtude de pedido de vista formulado pela ministra Rosa Weber, Vossa Excelência implementou medida acauteladora, passível de referendo pelo Pleno, considerada a excepcionalidade da situação.

Requeru o acolhimento do pleito deduzido no item 55, “b”, da inicial, para que, “até o julgamento definitivo desta ADPF, seja reconhecida, em caráter provisório, a impossibilidade de que pessoas que respondam ou venham a responder a ação penal instaurada pelo STF assumam ou ocupem cargos em cujas atribuições constitucionais figure a substituição do(a) Presidente da República”. Postulou, em consequência, o afastamento cautelar imediato do senador-réu Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal, expedindo-se as notificações decorrentes ao Primeiro Vice-Presidente e ao Primeiro Secretário.

ADPF 402 MC-REF / DF

No item 18 da decisão liminar proferida pelo ministro Teori Zavascki na ação cautelar nº 4.070, referendada pelo Pleno, sem divergência, consta, como fundamento do ato mediante o qual afastado da Presidência da Câmara dos Deputados e do exercício do mandato, a impossibilidade de réu ocupar cargo na linha de substituição do Presidente da República.

Ao implementar a medida acauteladora, em 5 de dezembro de 2016, Vossa Excelência consignou:

[...]

2. Observem os dados alusivos à tramitação deste processo e precedente de minha lavra. Recebi-o, por distribuição, em 3 de maio de 2016. À época, presidia a Câmara dos Deputados o parlamentar Eduardo Cunha. Ante a delicadeza extrema da matéria e a urgência notada, conferi preferência para imediata apreciação, pelo Plenário, como convém, do pedido de concessão de medida acauteladora, a implicar o entendimento segundo o qual réu – e o Deputado já o era – não pode ocupar cargo compreendido na linha de substituição do Presidente da República. Na sessão do dia 4 seguinte, informei ao Presidente do Tribunal, ministro Ricardo Lewandowski, encontrar-me habilitado a votar. Perguntou-me sobre a divulgação de que o processo estaria na bancada, para exame, na sessão imediata, de quinta-feira, 5 de maio. Disse que sim, considerada a publicidade dos atos judiciais.

Surgiu situação de maior emergência. O ministro Teori Zavascki, na ação cautelar nº 4.070/DF, acolhera pedido do Procurador-Geral da República e implementara, de quarta para quinta-feira, liminar não só afastando o citado parlamentar da Presidência da Câmara como também do exercício do mandato. Entendeu-se que

ADPF 402 MC-REF / DF

o Colegiado deveria pronunciar-se sobre o referendo, ou não, da medida. Ante o referendo e indagado sobre a urgência da análise da pretensão da Rede, veiculada nesta arguição, informei não persistir. A razão foi simples: já não havia réu ocupando cargo na linha de substituição do Presidente da República.

O processo teve sequência para, aparelhado, haver o julgamento de fundo. Foi inserido na pauta de 3 de novembro de 2016, tendo sido apregoadado no mesmo dia. Proferi voto acolhendo o pleito formulado, prejudicado aquele alusivo ao afastamento do Presidente da Câmara. Acompanharam-me os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, seguindo-se, presente o escore de cinco votos a zero, o pedido de vista do ministro Dias Toffoli. O decano, ministro Celso de Mello, direcionou à Presidência o desejo de antecipar o voto. Fê-lo, prolatando o sexto voto no sentido dos outros cinco, sendo alcançada a maioria absoluta de seis votos – seis a zero. Os seis ministros concluíram pelo acolhimento do pleito formalizado na inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assentar não poder réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Presidente da República.

O tempo passou, sem a retomada do julgamento. Mais do que isso, o que não havia antes veio a surgir: o hoje Presidente do Senado da República, senador Renan Calheiros, por oito votos a três, tornou-se réu, considerado o inquérito nº 2.593. Mesmo diante da maioria absoluta já formada na arguição de descumprimento de preceito fundamental e réu, o Senador continua na cadeira de Presidente do Senado, ensejando manifestações de toda ordem, a comprometerem a segurança jurídica. O quadro é mais favorável do que o notado, no segundo semestre do Ano Judiciário de 2015, na ação direta de

ADPF 402 MC-REF / DF

inconstitucionalidade nº 5.326. Após o voto que proferi, deferindo a liminar, e o voto do ministro Luiz Edson Fachin, acompanhando-me, pediu vista a ministra Rosa Weber. Acolhi o pleito de urgência, em decisão individual, e, até hoje, não houve a continuidade do exame, embora a Colega tenha devolvido o processo para reinclusão em pauta.

Urge providência, não para concluir o julgamento de fundo, atribuição do Plenário, mas para implementar medida acauteladora, forte nas premissas do voto que prolatei, nos cinco votos no mesmo sentido, ou seja, na maioria absoluta já formada, bem como no risco de continuar, na linha de substituição do Presidente da República, réu, assim qualificado por decisão do Supremo.

3. Defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado o senador Renan Calheiros. Com a urgência que o caso requer, deem cumprimento, por mandado, sob as penas da Lei, a esta decisão.

No último dia 6, o presidente do Senado Federal, José Renan Vasconcelos Calheiros, interpôs agravo interno, visando a reconsideração da decisão. Sucessivamente, pede seja o processo levado ao Pleno para julgamento, provendo-se o agravo para revogar-se o ato que implicou o implemento da medida acauteladora. Articula com a ofensa aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da separação dos poderes e da inafastabilidade do ofício judicante. Consoante alega, a transposição do regime de responsabilidade do Presidente da República àqueles inseridos na linha de substituição deve ser integral, abrangendo a imunidade processual prevista no artigo 86, § 4º, da Lei Maior. Diz ser necessária, para o afastamento do exercício da função, a autorização de 2/3 dos Deputados

ADPF 402 MC-REF / DF

Federais. Aduz que as autoridades alcançadas pelo pronunciamento do Pleno nesta arguição não foram intimadas a manifestarem-se. Conforme argumenta, o pronunciamento atacado violou a prerrogativa dos Senadores de escolherem o Presidente da Casa Legislativa. Sustenta que a única medida liminar legítima neste caso consiste na proibição de o Presidente do Senado Federal figurar na linha sucessória do Chefe do Poder Executivo, nela permanecendo apenas os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Supremo. Aponta a existência de erro de fato na decisão agravada, considerada a ausência de publicação e preclusão do ato mediante o qual o Pleno recebeu a denúncia formalizada no inquérito nº 2.593/DF. Assevera não estarem configurados os requisitos para implemento da medida acauteladora. Sob o ângulo da urgência, afirma que o Presidente do Senado Federal encontra-se em território nacional e inexistente risco imediato de ser chamado a substituir o Chefe do Poder Executivo. Saliencia ausente perigo de lesão grave a preceito fundamental em decorrência do exercício regular da Presidência da Casa Legislativa, cujas funções não são incompatíveis com o fato de ser réu em processo criminal.

Esse agravo ainda não está aparelhado, nos termos do Código de Processo Civil, para julgamento.

Na mesma data, Vossa Excelência remeteu o processo ao Pleno, com urgência, para referendo da decisão liminar, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999.

Esclareço que, expedido o mandado de notificação ao senador José Renan Vasconcelos Calheiros, veio o Oficial de Justiça a noticiar:

Certifico que, imediatamente após o recebimento do presente mandado em 05/12/2016, me dirigi, por ordem expressa da Secretaria Judiciária, sob orientação do

ADPF 402 MC-REF / DF

Gabinete do Ministro Relator, à residência oficial da Presidência do Senado, às 21h30min, oportunidade em que me permitiram a entrada até a porta da residência. Nessa ocasião, por entre os vidros transparentes laterais da porta visualizei o senhor José Renan Vasconcelos Calheiros se despedindo do Deputado Rodrigo Maia.

Ato seguinte, quando da saída do Deputado, uma assessora veio ao meu encontro e afirmou que Senador Renan Calheiros não se encontrava na residência. Ato imediato, afirmei que a informação não corresponderia à verdade, uma vez que conseguiria apontar para a figura do Senador caminhando em sentido oposto ao meu, no que me foi respondido illogicamente que o Senador não estaria na residência. Tal fato foi devidamente registrado pelo fotógrafo Dida Sampaio, em fotografia estampada no Estado de São Paulo e o Globo do dia 06/12/2016. A assessora solicitou para que retornasse no dia seguinte, às 11hrs. Informei o ocorrido à Secretaria Judiciária, no que me foi orientado a me dirigir a Presidência do Senado no horário agendado.

No dia 06/12/2016, às 11hrs, me dirigi ao gabinete da Presidência do Senado. A partir desse momento até as 15hrs, (resultando um montante de 4 horas de espera), fui submetido a toda ordem de tratamento evasivo dos assessores, que ora se revezavam em afirmar que o Senador estaria em reunião, ora me deixavam sem nenhuma informação concreta, a aguardar em uma sala de espera.

Ao fim, às 15hrs, depois de certa insistência, obtive contato com o chefe de gabinete, Alberto Machado Cascais Meleiro, que me entregou o documento anexo informando a recusa em receber a notificação. Diante do exposto, devolvo o presente mandado sem o seu efetivo cumprimento.

A decisão da Mesa do Senado Federal a que aludiu o

ADPF 402 MC-REF / DF

Oficial de Justiça tem o seguinte teor:

A MESA DO SENADO FEDERAL, no exercício das atribuições dadas pelo art. 58 da Constituição da República e definidas pelo Regimento Interno do Senado Federal, CONSIDERANDO:

1. A decisão monocrática prolatada na data de ontem, 5 de dezembro de 2015, pelo eminente Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF n. 402, que determinou liminarmente, e em caráter incidental, o afastamento do cargo do Presidente do Senado Federal;

2. Que os efeitos da referida decisão impactam gravemente no funcionamento das atividades legislativas, em seu esforço para deliberação de propostas urgentes, para contornar a grave crise econômica sem precedente que o país enfrenta;

3. Que a última sessão deliberativa está agendada para 14/12/2016, conforme acordo entre as lideranças partidárias, portanto, dentro de 8 dias;

4. Que o acórdão de recebimento parcial da denúncia em face do Presidente do Senado no Inquérito n. 2.593 não foi publicado;

5. Que a referida decisão ainda aguarda confirmação do Plenário do Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 5º, *caput* e §1º, da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999;

6. Que a Constituição Federal assegura o direito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República) e que o Presidente do Senado nem a Mesa do Senado foram notificados a participar da referida ADPF;

7. Que a Constituição Federal estabelece a observância do princípio da independência e harmonia entre os Poderes constituídos (art. 2º da Constituição da República) e o direito privativo dos parlamentares de

ADPF 402 MC-REF / DF

escolherem os seus dirigentes (art. 57, § 4º, da Constituição da República);

8. Que o disposto no art. 53, §3º, da Constituição da República, atribui ao Senado Federal a competência para deliberar acerca da sustação do processo criminal eventualmente instaurado em face de Senador da República;

9. Que o art. 55, § 3º, da Constituição da República atribui à Mesa competência para declarar a perda do mandato nas hipóteses previstas nos incisos I, II e VI, assegurada a ampla defesa e que na presente data foi impetrado o mandado de segurança nº 34.534 e agravo regimental na ADPF 402 que aguardam deliberação do STF;

10. Considerando a decisão proferida no MS 25.623 da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que determinou a concessão de prazo para a apresentação de defesa ao parlamentar;

11. Que não há previsão de sucessão presidencial pelo Presidente do Senado, DECIDE:

Art. 1º Aguardar a deliberação final do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 2º Conceder prazo regimental ao Presidente do Senado Federal para apresentação de defesa, afim de viabilizar a deliberação da Mesa sobre as providências necessárias ao cumprimento da decisão monocrática em referência.

Relativamente à notificação do senador Jorge Ney Viana Macedo Neves Vice Presidente do Senado Federal, informou:

Certifico que me dirigi nesta capital ao Gabinete 1, localizado no Anexo II, Bloco B, Senado Federal e, nesta data, às 09h40min, recebi a informação de que Exmo. Senador da República JORGE NEY VIANA MACEDO NEVES, estaria na reunião agendada no gabinete da

ADPF 402 MC-REF / DF

Presidência do Senado, às 11hrs, daquele mesmo dia, ocasião em que poderia realizar a sua notificação.

Ato contínuo, às 11hrs, me dirigi ao gabinete da Presidência do Senado. A partir desse momento até as 15hrs, (resultando um montante de 4 horas de espera), fui submetido a toda ordem de tratamento evasivo dos assessores, que ora se revezavam em afirmar que o Senador estaria em reunião, ora me deixavam sem nenhuma informação concreta, a aguardar em uma sala de espera.

Ao fim, às 15hrs, depois de certa insistência, obtive contato com o chefe de gabinete, Alberto Machado Cascais Meleiro, que me entregou o documento anexo informando a recusa em receber a notificação. Diante do exposto, devolvo o presente mandado sem o seu efetivo cumprimento.

No tocante ao senador Vicente Alves de Oliveira Primeiro Secretário da Mesa do Senado Federal, foi consignado o seguinte:

Certifico que me dirigi nesta capital ao Gabinete localizado no 21º andar, Anexo I, Senado Federal e, nesta data, às 10h00min, recebi a informação de que Exmo. Senador da República VICENTE ALVES DE OLIVEIRA, estaria na reunião agendada no gabinete da Presidência do Senado às 11hrs, daquele mesmo dia, ocasião em que poderia realizar a sua notificação.

Ato contínuo, às 11hrs, me dirigi ao gabinete da Presidência do Senado. A partir desse momento até 15hrs, (resultado um montante de 4 horas de espera), fui submetido a toda ordem de tratamento evasivo dos assessores, que ora se revezavam em afirmar que o Senador estaria em reunião, ora me deixavam sem nenhuma informação concreta, a aguardar em uma sala de espera.

ADPF 402 MC-REF / DF

Ao fim, às 15hrs, depois de certa insistência, obtive contato com o chefe de gabinete, Alberto Machado de Assis, que me entregou o documento anexo informando a recusa em receber a notificação. Diante do exposto, devolvo o presente mandado sem o seu efetivo cumprimento.

É o relatório.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL****V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Trago, para referendo do Pleno, acionando o artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, a decisão mediante a qual implementei a medida acauteladora, presentes a urgência, a relevância do pedido e o comprometimento da segurança jurídica com a manutenção, na Presidência do Senado Federal, de cidadão contra o qual há denúncia em processo-crime recebida pelo Supremo e, portanto, guarda a condição de réu.

Surge situação cuja gravidade impõe a correção de rumos, mediante atuação firme, com desassombro, do Tribunal que ostenta a condição de última trincheira da Cidadania. Em quadra estranha, na qual valores estão invertidos e a lucidez, suplantada, inexistente outro caminho senão a afirmação do primado da Carta da República.

No julgamento de fundo desta arguição pelo Pleno, iniciado em 3 de novembro de 2016, assentei as balizas da questão em jogo, ressaltando a impropriedade, ante a sistemática do Texto Maior, de réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Chefe do Poder Executivo:

A preliminar suscitada pela Câmara dos Deputados, de inadmissibilidade da arguição, improcede. Na inicial, o Partido requerente revelou o fato de encontrar-se, à época, na Presidência da Câmara, parlamentar com denúncia recebida pelo Supremo, réu em processo-crime. Nisso, segundo articulação, está a revelação do ato do Poder Público que se afirma contrário à disciplina constitucional. Muito embora se haja formulado pedido de afastamento do titular da Chefia da Casa Legislativa, tem-se outro, sucessivo, no sentido de proclamar-se que não pode ocupar cargo que implique potencial substituição do Presidente da República, na ordem

ADPF 402 MC-REF / DF

prevista no Texto Maior, quem tenha denúncia recebida ou ratificada por este Tribunal, quem seja réu em processo-crime. É essa a tese maior do pleito formalizado.

Também surge impróprio o que veiculado pela Advocacia-Geral da União, ainda em termos de inadmissibilidade da arguição. Apontou-se, na inicial, o ato do Poder Público a violar, segundo alegado, ditame constitucional. O deslinde da controvérsia não resulta em atividade própria do legislador positivo, mas, sim, em definir-se, vez por todas, se é cabível estar-se na cadeira de Presidente de uma das Casas Legislativas ou do Supremo, figurando na linha de substituição do Presidente da República, quando se é réu em processo-crime neste Tribunal. A conclusão sinaliza interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, tarefa a cargo, em processo objetivo, do Supremo. Rejeito as preliminares.

O primeiro pedido formulado pelo requerente – afastamento do então Presidente da Câmara do cargo exercido –, cuja adequação mostrou-se de validade duvidosa, considerada a natureza do processo – objetivo –, está prejudicado. Na mesma data em que este processo se encontrava em pauta para exame do pleito de concessão de liminar, o Pleno referendou medida acauteladora, implementada pelo ministro Teori Zavascki, de afastamento do deputado Eduardo Cunha da Presidência da Câmara e do exercício do mandato – ação cautelar nº 4.070 –, sendo que, após, houve a cassação por quebra de decoro parlamentar. Cumpre analisar o pedido harmônico com a arguição de descumprimento de preceito fundamental – assentar-se a inviabilidade de réus em ações criminais em curso no Supremo ocuparem cargo revelador de substituição imediata do Chefe do Poder Executivo.

Assinala-se o envolvimento de elementos centrais da ordem constitucional, presente o princípio republicano. Dizer-se que réu em processo-crime a tramitar neste Tribunal pode, no desempenho de certa função, assumir a Presidência da República gera estado de grave perplexidade, no que encerra

ADPF 402 MC-REF / DF

“desvio ético-jurídico”, na feliz expressão do ministro Celso de Mello – voto no agravo regimental no recurso extraordinário nº 222.368. A razão é simples: a teor do disposto no artigo 86 da Carta Federal, admitida acusação contra o Presidente da República, por 2/3 da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo, isso nas infrações comuns. Recebida a denúncia, tem-se como automática a suspensão das funções exercidas. Então, decorre do sistema constitucional ser indevido quem se mostre réu em processo-crime ocupar o relevante cargo de Presidente da República. Pois bem, na linha de substituição do Presidente e do Vice-Presidente da República, considerado impedimento, devem ser chamados para o exercício do cargo, sucessivamente, o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo. Essas Presidências não de estar ocupadas por pessoas que não tenham contra si a condição negativa de réu, que possam, impedido o Presidente e o Vice-Presidente da República, ou no caso de vacância dos cargos, assomar à cadeira presidencial, fazendo-o, é certo, de forma temporária.

A linha de substituição, embora envolva cidadãos, diz respeito aos Poderes Legislativo e Judiciário, mais precisamente à Câmara dos Deputados, ao Senado e ao Supremo. O preceito constitucional é cogente, não contemplando substituição do titular de qualquer das Presidências, nem a possibilidade de, impedido o primeiro da ordem de substituição, vir a ser chamado o subsequente, com a quebra do sistema, com menosprezo para esta ou aquela Casa. Repita-se: a previsão encerra ênfase à importância das Casas Legislativas e deste Tribunal. Está excluída a substituição do titular da cadeira de Presidente da Câmara, do Senado, do Supremo, bem como passar-se ao segundo da cadeia de substitutos ante o fato de o primeiro, na ordem preferencial, ser réu. Os detentores dos cargos que viabilizam a substituição, unicamente eles – os titulares –, devem guardar, necessariamente, a possibilidade de virem a exercer o cargo de Presidente da República.

Ante o alcance do texto constitucional, julgo procedente o

ADPF 402 MC-REF / DF

pedido formalizado na inicial desta arguição de descumprimento de preceito fundamental para assentar o entendimento segundo o qual aqueles que figurem como réus em processo-crime no Supremo não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do Presidente da República.

Essa óptica foi endossada por cinco ministros, formada a maioria absoluta dos membros do Supremo, estando a conclusão do exame suspensa em virtude de pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

A decisão que submeto ao referendo tem o seguinte teor:

[...]

2. Observem os dados alusivos à tramitação deste processo e precedente de minha lavra. Recebi-o, por distribuição, em 3 de maio de 2016. À época, presidia a Câmara dos Deputados o parlamentar Eduardo Cunha. Ante a delicadeza extrema da matéria e a urgência notada, conferi preferência para imediata apreciação, pelo Plenário, como convém, do pedido de concessão de medida acauteladora, a implicar o entendimento segundo o qual réu – e o Deputado já o era – não pode ocupar cargo compreendido na linha de substituição do Presidente da República. Na sessão do dia 4 seguinte, informei ao Presidente do Tribunal, ministro Ricardo Lewandowski, encontrar-me habilitado a votar. Perguntou-me sobre a divulgação de que o processo estaria na bancada, para exame, na sessão imediata, de quinta-feira, 5 de maio. Disse que sim, considerada a publicidade dos atos judiciais.

Surgiu situação de maior emergência. O ministro Teori Zavascki, na ação cautelar nº 4.070/DF, acolhera pedido do Procurador-Geral da República e implementara, de quarta para quinta-feira, liminar não só afastando o citado parlamentar da Presidência da Câmara como também do exercício do mandato. Entendeu-se que o Colegiado deveria pronunciar-se sobre o referendo, ou não, da medida. Ante o referendo e indagado

ADPF 402 MC-REF / DF

sobre a urgência da análise da pretensão da Rede, veiculada nesta arguição, informei não persistir. A razão foi simples: já não havia réu ocupando cargo na linha de substituição do Presidente da República.

O processo teve sequência para, aparelhado, haver o julgamento de fundo. Foi inserido na pauta de 3 de novembro de 2016, tendo sido apregoado no mesmo dia. Proferi voto acolhendo o pleito formulado, prejudicado aquele alusivo ao afastamento do Presidente da Câmara. Acompanharam-me os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, seguindo-se, presente o escorço de cinco votos a zero, o pedido de vista do ministro Dias Toffoli. O decano, ministro Celso de Mello, direcionou à Presidência o desejo de antecipar o voto. Fê-lo, prolatando o sexto voto no sentido dos outros cinco, sendo alcançada a maioria absoluta de seis votos – seis a zero. Os seis ministros concluíram pelo acolhimento do pleito formalizado na inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assentar não poder réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Presidente da República.

O tempo passou, sem a retomada do julgamento. Mais do que isso, o que não havia antes veio a surgir: o hoje Presidente do Senado da República, senador Renan Calheiros, por oito votos a três, tornou-se réu, considerado o inquérito nº 2.593. Mesmo diante da maioria absoluta já formada na arguição de descumprimento de preceito fundamental e réu, o Senador continua na cadeira de Presidente do Senado, ensejando manifestações de toda ordem, a comprometerem a segurança jurídica. O quadro é mais favorável do que o notado, no segundo semestre do Ano Judiciário de 2015, na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.326. Após o voto que proferi, deferindo a liminar, e o voto do ministro Luiz Edson Fachin, acompanhando-me, pediu vista a ministra Rosa Weber. Acolhi o pleito de urgência, em decisão individual, e, até hoje, não houve

ADPF 402 MC-REF / DF

a continuidade do exame, embora a Colega tenha devolvido o processo para reinclusão em pauta.

Urge providência, não para concluir o julgamento de fundo, atribuição do Plenário, mas para implementar medida acauteladora, forte nas premissas do voto que prolatei, nos cinco votos no mesmo sentido, ou seja, na maioria absoluta já formada, bem como no risco de continuar, na linha de substituição do Presidente da República, réu, assim qualificado por decisão do Supremo.

3. Defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado o senador Renan Calheiros. Com a urgência que o caso requer, deem cumprimento, por mandado, sob as penas da Lei, a esta decisão.

O tema de fundo já foi definido, sem qualquer ressalva sequer, pelo Colegiado Maior. Colho da decisão liminar relativa à ação cautelar nº 4.070, relator o ministro Teori Zavascki, acórdão publicado no Diário da Justiça de 21 de outubro de 2016, referendada pelo Pleno, o seguinte trecho:

18. A esses ingredientes concretos, que evidenciam um incomum comportamento ao que tudo indica, concertado pelo atual Presidente da Câmara dos Deputados de um grupo de parlamentares, no aparente afã de desqualificar pessoas, empresas e políticos que se disponibilizaram a colaborar com a elucidação das tramas potencialmente ilícitas que são objeto de vários inquéritos de competência deste Supremo Tribunal Federal em que figura como investigado, sempre, o Deputado Federal Eduardo Cunha, a todos esses elementos já redundantemente descritos, vieram a se somar outros dois episódios recentes, que agudizaram os riscos que a figura do investigado impõe para a credibilidade das principais

ADPF 402 MC-REF / DF

instituições políticas do País.

O primeiro dos fatos a destacar corresponde à instauração, pelo Senado Federal, de processo de *impeachment* contra a Presidente da República. Como se sabe, nas hipóteses de impedimento ou vacância (art. 80, da Constituição) do Presidente da República e do Vice-Presidente, a Constituição Federal comete ao Presidente da Câmara dos Deputados o encargo de assumir a Presidência da República. É o Presidente da Câmara dos Deputados a primeira autoridade alheia ao Poder Executivo que, pela Constituição, deverá ser convocada para chefiar o Estado, o Governo e a Administração Federal nas hipóteses de indisponibilidade temporária dos ocupantes naturais da Presidência. Trata-se de possibilidade estatisticamente irrelevante em contextos normais de institucionalidade. Não é, porém, o que experimentamos na atualidade, em que a Presidente da República se acha na iminência de ser suspensa de suas funções por determinação do Senado Federal.

Com o afastamento da Presidente da República de suas funções, o Presidente da Câmara dos Deputados será conseqüentemente alçado à posição de primeiro substituto da Presidência da República, o que torna uma eventual convocação a exercer esse papel, ao menos em afastamentos temporários do novo titular, quase certa.

Para se qualificar ao exercício da substituição, porém, parece elementar que deverá o Presidente da Câmara dos Deputados cumprir com requisitos mínimos para o exercício da Presidência da República. É indispensável, como a própria Constituição se ocupou de salientar, que seja ele brasileiro nato (art. 12, § 3º, II). É igualmente necessário que o Presidente da Câmara dos Deputados não figure como réu em processo penal em curso no Supremo Tribunal Federal. Isso porque, ao normatizar as responsabilidades do Presidente da República, o texto constitucional precatou a honorabilidade do Estado brasileiro contra suspeitas de desabono eventualmente existentes contra a pessoa investida no cargo, determinando sua

ADPF 402 MC-REF / DF

momentânea suspensão do cargo a partir do momento em que denúncias por infrações penais comuns contra ele formuladas sejam recebidas pelo Supremo Tribunal Federal. A norma suspensiva não teria qualquer sentido se a condução do Estado brasileiro fosse transferida a outra autoridade que também estivesse sujeita às mesmas objeções de credibilidade, por responder a processo penal perante a mesma instância.

Diante dessa imposição constitucional ostensivamente interditiva, não há a menor dúvida de que o investigado não possui condições pessoais mínimas para exercer, neste momento, na sua plenitude, as responsabilidades do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, pois ele não se qualifica para o encargo de substituição da Presidência da República, já que figura na condição de réu no Inq 3983, em curso neste Supremo Tribunal Federal. A rigor, essa conclusão (a limitação do mandato de Presidente da Câmara dos Deputados) não exigiria qualquer promoção ministerial, tanto assim que ela sequer chegou a ser pleiteada pelo Procurador-Geral da República. Todavia, diante das circunstâncias atípicas experimentadas, é prudente ceder à deselegância dos pleonasmos para afirmar, nesta oportunidade, que os ocupantes de cargos integrantes da linha sucessória da Presidência da República jamais poderão exercer o encargo de substituição caso estejam respondendo a processos penais.

Aliás, é de se lamentar que o texto constitucional não tenha universalizado expressamente esta regra de suspensão funcional imediata para os casos de instauração de processo penal contra os ocupantes de cargos de liderança máxima em outros poderes, nomeadamente aqueles cujo processamento e julgamento cabe ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (art. 5º, II, do RISTF). Afinal, embora não implique consequências no plano estrito da culpabilidade, o juízo de recebimento da denúncia, quando coletivamente aferido, sem divergência no ponto, por onze integrantes da mais alta magistratura do País, é indicativo de uma atmosfera de incertezas que insufla suspeitas sobre o compromisso do poder com o interesse público. O

ADPF 402 MC-REF / DF

afastamento, quando motivado por essas razões, é uma alternativa para proteger o elemento público da função, como asseverou o Min. Cezar Peluso, no voto proferido no INQ 2424:

Como já deixei assentado no julgamento da questão de ordem suscitada nos autos do HC nº 90.617 (Rel. Min. GILMAR MENDES , DJ de 06.09.2007), este afastamento não é medida destinada a acautelar o processo-crime, nem a garantir-lhe resultado útil.

Cuida-se, isto sim, de expediente preordenado à tutela do conceito público do próprio cargo ocupado pelo magistrado acusado em processo-crime, e, como tal, não viola a garantia constitucional chamada de presunção a inocência (art. 5º, inc. LVII).

Trata-se, ademais, de norma editada em favor do próprio acusado, sabendo-se do grave ônus que lhe pesa e representa o responder a processo criminal. E que tende também a dar-lhe tranqüilidade, protegendo-o, no curso da ação penal, de ilações indevidas quanto à inteireza das decisões que viesse a proferir antes de ser julgado.

Poder-se-ia objetar que esse entendimento não é compatível com o que foi adotado pelo Tribunal quando recebeu a denúncia contra o requerido, no Inq. 3983, onde ficou assentado que a ele embora terceiro na linha de substituição da Presidência da República -, é inaplicável a imunidade penal temporária conferida pela Carta Magna ao Presidente da República (CF, art. 86, § 4º). A objeção é infundada, pois as situações são, na verdade, inteiramente diversas. O cargo de Presidente da República que ostenta a tríplice condição de Chefe de Estado, de Governo e da Administração Pública Federal - é obtido por voto popular direto, o que lhe confere qualificação especialíssima de estabilidade, sendo substituído, se for o caso, pelo Vice-Presidente, também eleito pelo voto popular. Não há como equipará-lo, portanto, com o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, escolhido por eleição

ADPF 402 MC-REF / DF

interna de seus pares, que apenas esporádica e temporariamente exerce, por substituição, a Presidência da República. O Presidente da Câmara, dada a natureza e forma de indicação para esse cargo, fica sujeito, sem maiores percalços, a dele ser removido e substituído em nova eleição interna, caso deixe de atender aos requisitos indispensáveis ao seu exercício. É por isso que, conforme lembrado naquele julgamento, a jurisprudência do Supremo tem assentado que *a norma consubstanciada no art. 86, § 4º, da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita (...)* (Inq 672 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 16/4/1993). Nessas circunstâncias, não devia mesmo ser conferida ao requerido a imunidade de que trata o art. 86, § 4º da CF. A solução constitucional é outra: caso tenha contra si recebida denúncia ou queixa-crime, como aqui ocorreu, deixa ele de ostentar condição indispensável para assumir, em substituição, o cargo de Presidente da República.

Reitero, o pronunciamento foi confirmado à unanimidade pelo Pleno, sem ressalvas, evidenciando a consolidação, no Colegiado Maior, do entendimento adotado no ato ora submetido a referendo.

Sob o ângulo da urgência, admitida quanto ao Presidente da Câmara, faz-se presente considerado o Presidente do Senado. É ele, hoje, na linha de substituição, o segundo, como era antes o da Câmara – porque não há o Vice-Presidente da República que outrora figurava na linha de substituição. Qual é a diferença? Não há qualquer diferença. Descabe adotar a máxima condenável dos dois pesos e duas medidas, do uma no cravo, outra na ferradura, o critério de plantão. O processo não tem capa, tem conteúdo. O mesmo tratamento dado, pelo Plenário, com idênticas Constituição e composição, à situação jurídica do Presidente da Câmara, cumpre ser implementado relativamente ao Presidente do Senado. Fora isso é a variação inconcebível, o total desprestígio para o Supremo aos olhos da comunidade jurídica, acadêmica e política, alfim da sociedade. Hoje, encontra-se desafiado, no que sequer conseguiu notificar o Presidente, o Vice-Presidente e o Primeiro Secretário do

ADPF 402 MC-REF / DF

Senado da decisão proferida, que não se fizeram em lugar não sabido, ficando o triste exemplo para os jurisdicionados em geral.

O Supremo não pode despedir-se do dever de tornar prevacente a óptica já adotada – o foi no corrente ano – sem que isso importe provocação ao Poder Legislativo. Caso provocação haja, está na inconcebível, intolerável, grotesca postura de desrespeitar ao extremo ordem judicial, recusado, até mesmo, o simples ciente nos mandados de notificação expedidos.

Receio o amanhã, caso prevaleça visão acomodadora, dando-se o certo por errado, o dito pelo não dito, o abandono total do princípio básico constitucional segundo o qual réu em processo-crime da competência originária do Supremo não pode ocupar cargo na linha de substituição do Presidente da República, seja de Presidente da Câmara – como já foi proclamado, a uma só voz, na ação cautelar nº 4.070/DF, em liminar cumprida, pela manhã, e confirmada, à tarde, do ministro Teori Zavascki –, seja do Senado ou mesmo do Supremo.

A Constituição é una, sendo a Lei Maior do povo brasileiro, a todos submetendo indistintamente. Apanha a situação do Presidente do Senado como apanhou a do Presidente da Câmara. Fora isso é distinguir sem fundamento fático, sem fundamento socialmente aceitável, sem fundamento constitucional. É reescrever casuisticamente a Constituição Federal, fazendo-o em benefício de certo réu, hoje a presidir o Senado da República e a reunião conjunta das duas Casas, o Congresso Nacional, guardando a condição de, a qualquer momento, ausente o Presidente da República, o da Câmara, tomar assento como Chefe de Governo, Chefe de Estado, em verdadeiro deboche institucional – o senador Renan Calheiros.

Frise-se que não cabia inovar considerada a Carta Federal. Não cabia, diminuindo-se a importância do Senado, simplesmente afastar o Presidente, o senador réu Renan Calheiros, da linha de substituição, continuando a presidir o Senado e o Congresso. A previsão constitucional não encerra a possibilidade de pular-se este ou aquele integrante da linha quando, então, réu o Presidente da Câmara se passaria ao do Senado e,

ADPF 402 MC-REF / DF

também réu, ao do Supremo, surgindo, sendo réus os três, o vácuo, o nada constitucional.

A interpretação nada mais revela do que o já famoso “jeitinho brasileiro”, a meia sola constitucional, com desprezo inexcedível ao previsto. O Texto Maior implica relevo, deferência, não à pessoa, ao ocupante do cargo, mas à Casa por ele personificada.

O pulo apontado como saída para o impasse, decorrente do fato de não se haver respeitado decisão do Supremo – a liminar –, sequer recebendo, os destinatários das notificações, o Presidente, senador Renan Calheiros, o Vice-Presidente, senador Jorge Viana, e o Primeiro Secretário da Mesa, senador Vicente Alves, o oficial de justiça – servidor Wessel Teles de Oliveira –, fere de morte a Lei das leis da República, fragiliza o Judiciário, significando prática deplorável.

Alfim, implica a desmoralização ímpar do Supremo. O princípio constitucional envolvido passa a ser um nada jurídico, a variar conforme o cidadão que esteja na cadeira, tendo surtido efeitos relativamente ao Presidente da Câmara, deputado Eduardo Cunha, como surtiu na dicção do ministro Teori Zavascki, cumprida antes do referendo, subscrita por todos os ministros que hoje integram o Supremo, mas não para o senador Renan Calheiros. A que custo será implementada essa blindagem pessoal, inusitada e desmoralizante, em termos de pronunciamento judicial?

Com a palavra o Colegiado, os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Que cada qual, senhor de uma biografia, senhor da busca da credibilidade, do fortalecimento do Supremo como instituição maior, autor da história a constar dos Anais do Tribunal, cumpra o dever decorrente da cadeira ocupada, prestando contas à história, às gerações futuras, implacáveis testemunhas.

Não há falar em indevido afastamento, no campo monocrático, de Presidente de outro Poder, mas, sim, na observância estrita da Constituição Federal, consoante interpretação já assentada e executada pelo Supremo.

Ante o quadro, presente o impensável – o desrespeito a uma decisão

ADPF 402 MC-REF / DF

judicial, a um pronunciamento do Supremo –, proponho o referendo da medida acauteladora implementada, ficando prejudicado o agravo interposto.

Encaminhem cópia deste voto ao Procurador-Geral da República, consideradas as posturas adotadas pelos destinatários das notificações, com sinalização de prática criminosa.

É como voto.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, hoje, ao que tudo indica, pensa o leigo que o Senado da República é o senador Renan Calheiros. Explico: ante a liminar – e não cheguei a tanto –, cancelou-se não só encontro natalino, como também, no dia de ontem, a Sessão Plenária, procedendo-se de igual forma quanto à Sessão de hoje. Diz-se que, sem ele – e a esta altura está sendo tomado como salvador da pátria amada –, não se terá a aprovação de medidas emergenciais, visando combater o mal maior, que é a crise econômica-financeira, a provocar desalento, a provocar ausência de esperança aos jovens que são projetados, colocados nesse mercado desequilibrado de trabalho, com oferta excessiva de mão de obra e escassez de empregos. Quanto poder!

Faço justiça ao senador Renan Calheiros ao dizer que ele não me chamou de "juizeco". Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República.

Presidente, feitas essas observações que ficarão registradas, consignadas no acórdão que vier a ser formalizado pelo Colegiado, vamos ao voto.

07/12/2016

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Ministro, se Vossa Excelência me permite. Então fica retificada a parte
dispositiva do voto proferido na sessão anterior, quanto ao mérito, no
sentido de Vossa Excelência estar...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Desejo explicitar,
Senhora Presidente, que se faz necessário **adequar** a parte dispositiva de
meu voto aos fundamentos que a ele deram suporte, **quando proferido**
na sessão plenária de 03/11/2016.

Com essa adequação, restarão harmonizados os fundamentos
reveladores da conclusão de meu voto, em ordem a explicitar os limites
da parte dispositiva, que traduzirá, *então*, com fidelidade, as
consequências, naturais e *necessárias*, decorrentes da motivação que
claramente expus na sessão plenária de 03/11/2016.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Julgando parcialmente procedente e mantido o voto na sua integralidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente, Senhora
Presidente. Para que a parte dispositiva *garde harmonia* com os
fundamentos inequívocos de meu voto, ela deverá ser proclamada para
que dela conste que **julgo parcialmente procedente** o pedido formulado
na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **para
consignar** *que os substitutos eventuais* do Presidente da República **a que se
refere** o art. 80 da Constituição, **caso ostentem** a posição de réus criminais
perante esta Corte Suprema, **ficarão unicamente impossibilitados** de exercer

ADPF 402 MC-REF / DF

o ofício de Presidente da República, embora conservem a titularidade funcional da chefia e direção de suas respectivas Casas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, uso a palavra apenas para fazer uma pequena correção no voto que proferi.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Referi-me à data do início do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental como 3 de dezembro. Corrijo – 3 de novembro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não. Ficará retificada.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente; eminente Ministro-Relator, Vice-Decano; eminente Ministro Celso de Mello, nosso Decano, que inaugura parcial divergência em relação ao voto do Ministro Marco Aurélio. Saúdo, portanto, a ambos, que constituem posições luminosas para a orientação e o debate neste Colegiado, especialmente falando da parte que me toca. Saúdo, também, os ilustres advogados que aqui fizeram a sustentação, como sempre escorreita, e que constitui uma contribuição relevante ao desate jurídico de matérias sensíveis como esta. Também, permito-me saudar os eminentes Pares e o ilustre Procurador-Geral da República.

Aliás, no ensejo, presto um esclarecimento, eis que Sua Excelência mencionou o protocolo de uma medida cautelar na seara penal, cuja relatoria a mim incumbe. Informo que o protocolo da respectiva medida cautelar - e evidente que o Procurador-Geral da República não disse o inverso, mas apenas deixou registrado - foi protocolado e chegou ao meu gabinete após o Ministro Marco Aurélio ter deferido a liminar, que hoje aqui se encontra em debate para referendo. Só para evidenciar isto: o Ministro Marco Aurélio deferiu no dia 5; a medida cautelar chegou ao meu gabinete, ontem, 6, e hoje, 7, esse Colegiado se encontra a debater o referendo ou não da medida cautelar, cujo conteúdo, de algum modo, se sobrepõe ao conteúdo do que o Ministério Público Federal pede naquela sede cautelar. Deixo apenas o registro do esclarecimento.

Senhora Presidente, como se vê, já há duas posições em relação a este tema: a do eminente Ministro-Relator, que traz a liminar deferida para a apreciação e referendo e a do eminente Ministro Celso de Mello, que inaugura a divergência ao referendar em menor extensão a liminar deferida, vale dizer, ao referendar a liminar deferida na exata medida de entender incompatível a posição de réu acusado em ação penal

ADPF 402 MC-REF / DF

instaurada com a substituição do Presidente da República, mas não incompatível com o exercício da Presidência, neste caso, do Senado Federal.

Eu irei fazer uma síntese da declaração de voto, desde logo, antecipando, Senhora Presidente, que não vou declinar uma terceira ou quarta posição acerca disso, irei ao final aderir, pelas razões que exporei, a uma ou a outra das posições que já foram aqui expostas com o brilho de costume.

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO - PMDB
ADV.(A/S)	: MARCELO DE SOUZA DO NASCIMENTO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE - PHS
AM. CURIAE.	: PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL - PTN
AM. CURIAE.	: PARTIDO PROGRESSISTA - PP
AM. CURIAE.	: PARTIDO REPUBLICANO BRASILEIRO - PRB
ADV.(A/S)	: CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: SOLIDARIEDADE - SDD
AM. CURIAE.	: PARTIDO SOCIAL CRISTÃO - PSC
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. O Supremo Tribunal Federal tem como limite a própria Constituição, não está acima dela, nem pode dela se apartar.

2. O exame da controvérsia decorrente do deferimento de liminar de afastamento determinado monocraticamente por Ministro do STF do Presidente do Senado Federal também deve estar precisamente circunscrito ao texto constitucional.

3. À luz da Constituição, o Chefe do Poder Executivo que se torne réu em ação penal, por delito a ele imputado na vigência do seu mandato, fica suspenso das funções da Presidência da República (artigo 86 da CRFB).

4. À luz da Constituição, o Presidente do Senado Federal que seja réu em face de denúncia ou queixa-crime recebida por infração penal comum, não pode substituir, na ordem respectiva de substituição, o

ADPF 402 MC-REF / DF

Presidente da República (artigo 80 combinado com o artigo 86, parágrafo primeiro, da CRFB).

5. À luz da Constituição, o Presidente do Senado, substituto eventual do Presidente da República, em face de tal prerrogativa de substituição, não pode ser Presidente do Senado e não deter, diante da condição de réu, a prerrogativa de substituir o Presidente da República. A propósito, reitero o voto que proferi quanto ao mérito do julgamento da presente ADPF, na assentada de 3 de novembro próximo passado, quando acompanhei o eminente Relator sobre a compreensão segundo a qual é incompatível com a Constituição o exercício do cargos previstos na linha de substituição do Presidente da República, conforme disposto no artigo 80 da Constituição da República, ostentar a condição de réu em processo criminal.

Ao analisar a questão de fundo da ADPF, assim expus minha compreensão sobre o tema, de modo que em juízo de referendo da medida liminar outra não poderia ser minha conclusão.

Se dúvida não há quanto à compreensão dessa impossibilidade, impende enfrentar argumento sobre o termo inicial da produção dos efeitos da liminar em pauta.

6. Caberia indagar se haveria forma e prazo para que tal impossibilidade se chancelasse; registre-se que é de 45 dias o lapso temporal, nos termos do parágrafo quarto do artigo 53 da Constituição, para que o Senado Federal, após a notificação de ciência dada pelo Supremo Tribunal Federal do recebimento da denúncia contra Senador (inclusive se no exercício da Presidência daquela Casa), pelo voto da maioria dos seus membros, suste ou não o andamento da ação penal em decorrência de pedido de partido político nela representado.

Em face de tal prazo previsto no parágrafo quarto do artigo 53 da Constituição, determinação judicial de afastamento do Presidente do Senado que se tornou réu em ação penal perante o STF emergiria tese segundo a qual somente poderia, nos termos estritos da Constituição, produzir seus efeitos diante da negativa de sustação da ação penal pelo próprio Senado, em deliberação da maioria, ou pelo transcurso daquele

ADPF 402 MC-REF / DF

prazo sem qualquer deliberação.

Se esse caminho fosse possível, em conclusão ter-se-ia que o Senado Federal, nesse termos, prazo dentro do qual pode decidir, ou não, obstar os efeitos de ação penal instaurada em face de Senador Presidente daquela Casa. Antes de decorrido tal prazo, diante do comando do artigo 2º da Constituição, que prevê e impõe independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, seria válida, mas com efeitos por aquele prazo limitados, decisão que afaste o Presidente do Senado em face da condição de réu em ação penal.

Não é de todo irrazoável essa interpretação que coloco em debate. Com efeito, tenho que o constituinte reformador (Emenda Constitucional nº 35), ao atribuir exclusivamente ao Poder Judiciário o juízo sobre a formação da culpa, caminhou na direção de melhor harmonizar as respectivas competências dos poderes, sem, contudo, inviabilizar o juízo político que compete ao Poder Legislativo, nos casos agudos de controle de um poder sobre o outro. Ocorre, porém, -e melhor examinada a questão-, que tal matéria não foi suscitada de modo nítido e inequívoco nesse sentido. Sustentar-se-ia ademais eventual inversão da natureza dessa cláusula de extintiva em suspensiva na ordem de produção de efeitos. Avançar, no presente caso, sem prejuízo do exame em hipótese futura, especialmente em respeito ou deferência ao Poder Legislativo, pode provocar que se tome interpretação como atividade legislativa do Judiciário, o que é inadmissível.

9. Não é e nem pode ser o Supremo Tribunal Federal um poder legislador. O Supremo interpreta e julga de acordo com a vigente Constituição, nada mais, nada menos.

10. Sob esses fundamentos, exclusivamente, é que se referenda, pois, a conclusão de afastamento contida na liminar concedida pelo e. Relator.

É como voto.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI:**

1. Início cumprimentando o Min. Marco Aurélio pela disposição e pela presteza de trazer à consideração do Plenário o referendo da medida liminar por ele deferida. Por se tratar de provimento em ação de controle concentrado, de caráter eminentemente objetivo, e por versar questão de elevada estatura institucional, com delicadas consequências no plano das relações entre poderes do Estado, é mesmo o Plenário da Suprema Corte o órgão habilitado a dar a última palavra a respeito. Certamente o fará, como tem feito ao longo de sua história em situações dessa natureza, com serenidade, com prudência, com responsabilidade e, sobretudo, com a devida reverência à lei e à Constituição. Em nada contribui para um julgamento sereno e seguro – muito antes pelo contrário, só serve para prejudicar – a manutenção de um cenário político e social tenso, que propicia a manifestação pública de críticas pejorativas de caráter pessoal ou que incentiva até mesmo propostas de descumprimento de ordem judicial, inimagináveis num estado de direito, por menos que se concorde com a decisão judicial.

Aliás, Senhora Presidente, faço um parêntese para manifestar meu profundo desconforto pessoal com um fenômeno que infelizmente tem se banalizado, tem se generalizado, em que juízes, em desacordo com a norma expressa da Lei Orgânica da Magistratura, tecem comentários públicos e depreciativos a decisões de outros juízes, relacionados a processos em curso. Infelizmente, esse é um fenômeno que não depõe a favor da Instituição. Não é que as decisões judiciais não possam ser criticadas. Pelo contrário, é salutar que as decisões judiciais sejam objeto de análise, inclusive em manifestações públicas, por qualquer pessoa ou por qualquer órgão de imprensa. Todavia, há uma limitação na Lei Orgânica da Magistratura, expressa, em relação a processos em curso,

ADPF 402 MC-REF / DF

que imuniza esse tipo de decisão e, principalmente, a pessoa que a proleta, de crítica pública de outros colegas. Não estou me referindo especificamente a nenhum caso. Estou falando de um fenômeno que infelizmente está se generalizando e banalizando. A mim, isso causa um profundo desconforto pessoal.

A presteza do Ministro Marco Aurélio em trazer essa matéria ao Plenário servirá, tenho certeza, para afastar esse nefasto cenário. Não tenho dúvida de que, seja qual for a decisão que aqui for tomada hoje, ela representará, não uma decisão deste ou daquele juiz, mas a decisão da Suprema Corte do País, e com essa autoridade haverá de ser acatada e cumprida fielmente. A sabedoria clássica dos romanos já preconizava que “Roma locuta, causa finita” e, portanto, “tollitur quaestio”. Assim ocorrerá com o caso que aqui estamos julgando. E a fiel observância do que aqui vier a ser decidido não significará submissão de quem quer que seja à vontade pessoal de qualquer de seus juízes, nem, simplesmente, à subserviência de um Poder do Estado ao Poder Judiciário. Significará, nada mais, nada menos, que a devida reverência à Constituição da República, o que é inafastável no estado democrático de direito.

2. O que está agora em julgamento é se a liminar concedida atendeu aos requisitos próprios. Apenas isso. É claro que, enquanto vigente, a liminar deveria ser cumprida fielmente. Se por alguma razão isso não ocorreu, o fato deve ser apurado com as devidas consequências. Todavia, não é isso que nesse momento está em discussão. Aqui, o que está em exame é apenas a higidez da liminar, tal como concedida e é nesses limites que faço a sua apreciação. Quando, em sessão anterior, votei no mérito do presente caso, reportei-me a voto proferido na MC 4070, de minha relatoria, em que se decidia a respeito do pedido de afastamento do Deputado Eduardo Cunha do cargo de deputado e, portanto, da própria presidência da Casa. Entre outros fundamentos, enunciei o seguinte:

18. A esses ingredientes concretos, que evidenciam um incomum comportamento ao que tudo indica, concertado pelo

ADPF 402 MC-REF / DF

atual Presidente da Câmara dos Deputados de um grupo de parlamentares, no aparente afã de desqualificar pessoas, empresas e políticos que se disponibilizaram a colaborar com a elucidação das tramas potencialmente ilícitas que são objeto de vários inquéritos de competência deste Supremo Tribunal Federal em que figura como investigado, sempre, o Deputado Federal Eduardo Cunha, a todos esses elementos já redundantemente descritos, vieram a se somar outros dois episódios recentes, que agudizaram os riscos que a figura do investigado impõe para a credibilidade das principais instituições políticas do País.

O primeiro dos fatos a destacar corresponde à instauração, pelo Senado Federal, de processo de *impeachment* contra a Presidente da República. Como se sabe, nas hipóteses de impedimento ou vacância (art. 80, da Constituição) do Presidente da República e do Vice-Presidente, a Constituição Federal comete ao Presidente da Câmara dos Deputados o encargo de assumir a Presidência da República. É o Presidente da Câmara dos Deputados a primeira autoridade alheia ao Poder Executivo que, pela Constituição, deverá ser convocada para chefiar o Estado, o Governo e a Administração Federal nas hipóteses de indisponibilidade temporária dos ocupantes naturais da Presidência. Trata-se de possibilidade estatisticamente irrelevante em contextos normais de institucionalidade. Não é, porém, o que experimentamos na atualidade, em que a Presidente da República se acha na iminência de ser suspensa de suas funções por determinação do Senado Federal.

Com o afastamento da Presidente da República de suas funções, o Presidente da Câmara dos Deputados será consequentemente alçado à posição de primeiro substituto da Presidência da República, o que torna uma eventual convocação a exercer esse papel, ao menos em afastamentos temporários do novo titular, quase certa.

Para se qualificar ao exercício da substituição, porém, parece elementar que deverá o Presidente da Câmara dos

ADPF 402 MC-REF / DF

Deputados cumprir com requisitos mínimos para o exercício da Presidência da República. É indispensável, como a própria Constituição se ocupou de salientar, que seja ele brasileiro nato (art. 12, § 3º, II). É igualmente necessário que o Presidente da Câmara dos Deputados não figure como réu em processo penal em curso no Supremo Tribunal Federal. Isso porque, ao normatizar as responsabilidades do Presidente da República, o texto constitucional precatou a honorabilidade do Estado brasileiro contra suspeitas de desabono eventualmente existentes contra a pessoa investida no cargo, determinando sua momentânea suspensão do cargo a partir do momento em que denúncias por infrações penais comuns contra ele formuladas sejam recebidas pelo Supremo Tribunal Federal. A norma suspensiva não teria qualquer sentido se a condução do Estado brasileiro fosse transferida a outra autoridade que também estivesse sujeita às mesmas objeções de credibilidade, por responder a processo penal perante a mesma instância.

Diante dessa imposição constitucional ostensivamente interditiva, não há a menor dúvida de que o investigado não possui condições pessoais mínimas para exercer, neste momento, na sua plenitude, as responsabilidades do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, pois ele não se qualifica para o encargo de substituição da Presidência da República, já que figura na condição de réu no Inq 3983, em curso neste Supremo Tribunal Federal. A rigor, essa conclusão (a limitação do mandato de Presidente da Câmara dos Deputados) não exigiria qualquer promoção ministerial, tanto assim que ela sequer chegou a ser pleiteada pelo Procurador-Geral da República. Todavia, diante das circunstâncias atípicas experimentadas, é prudente ceder à deselegância dos pleonasmos para afirmar, nesta oportunidade, que os ocupantes de cargos integrantes da linha sucessória da Presidência da República jamais poderão exercer o encargo de substituição caso estejam respondendo a processos penais.

Aliás, é de se lamentar que o texto constitucional não tenha universalizado expressamente esta regra de suspensão

ADPF 402 MC-REF / DF

funcional imediata para os casos de instauração de processo penal contra os ocupantes de cargos de liderança máxima em outros poderes, nomeadamente aqueles cujo processamento e julgamento cabe ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (art. 5º, II, do RISTF). Afinal, embora não implique consequências no plano estrito da culpabilidade, o juízo de recebimento da denúncia, quando coletivamente aferido, sem divergência no ponto, por onze integrantes da mais alta magistratura do País, é indicativo de uma atmosfera de incertezas que insufla suspeitas sobre o compromisso do poder com o interesse público. O afastamento, quando motivado por essas razões, é uma alternativa para proteger o elemento público da função, como asseverou o Min. Cezar Peluso, no voto proferido no INQ 2424:

“Como já deixei assentado no julgamento da questão de ordem suscitada nos autos do HC nº 90.617 (Rel. Min. GILMAR MENDES , DJ de 06.09.2007), este afastamento não é medida destinada a acautelar o processo-crime, nem a garantir-lhe resultado útil.

Cuida-se, isto sim, de expediente preordenado à tutela do conceito público do próprio cargo ocupado pelo magistrado acusado em processo-crime, e, como tal, não viola a garantia constitucional chamada de presunção a inocência (art. 5º, inc. LVII).

Trata-se, ademais, de norma editada em favor do próprio acusado, sabendo-se do grave ônus que lhe pesa e representa o responder a processo criminal. E que tende também a dar-lhe tranqüilidade, protegendo-o, no curso da ação penal, de ilações indevidas quanto à inteireza das decisões que viesse a proferir antes de ser julgado.”

Poder-se-ia objetar que esse entendimento não é compatível com o que foi adotado pelo Tribunal quando recebeu a denúncia contra o requerido, no Inq. 3983, onde ficou assentado que a ele - embora terceiro na linha de substituição da Presidência da República -, é inaplicável a imunidade penal

ADPF 402 MC-REF / DF

temporária conferida pela Carta Magna ao Presidente da República (CF, art. 86, § 4º). A objeção é infundada, pois as situações são, na verdade, inteiramente diversas. O cargo de Presidente da República – que ostenta a tríplice condição de Chefe de Estado, de Governo e da Administração Pública Federal - é obtido por voto popular direto, o que lhe confere qualificação especialíssima de estabilidade, sendo substituído, se for o caso, pelo Vice-Presidente, também eleito pelo voto popular. Não há como equipará-lo, portanto, com o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, escolhido por eleição interna de seus pares, que apenas esporádica e temporariamente exerce, por substituição, a Presidência da República. O Presidente da Câmara, dada a natureza e forma de indicação para esse cargo, fica sujeito, sem maiores percalços, a dele ser removido e substituído em nova eleição interna, caso deixe de atender aos requisitos indispensáveis ao seu exercício. É por isso que, conforme lembrado naquele julgamento, a jurisprudência do Supremo tem assentado que *a norma consubstanciada no art. 86, § 4º, da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita (...)* (Inq 672 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 16/4/1993). Nessas circunstâncias, não devia mesmo ser conferida ao requerido a imunidade de que trata o art. 86, § 4º da CF. A solução constitucional é outra: caso tenha contra si recebida denúncia ou queixa-crime, como aqui ocorreu, deixa ele de ostentar condição indispensável para assumir, em substituição, o cargo de Presidente da República.

3. Portanto, resulta claro meu entendimento, semelhante ao que foi adotado pelo Ministro Marco Aurélio, de que o recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal inibe o acusado, não apenas do exercício da Presidência da República, mas também de qualquer dos cargos que, segundo a Constituição, vinculam-se de modo direito na linha de sucessão ou de substituição da Presidência.

ADPF 402 MC-REF / DF

4. Reconheço, todavia, que essa específica questão não foi clara e definitivamente decidida pelo Tribunal, onde há manifestações no sentido de que, nesses casos, haveria apenas inibição para o exercício da Presidência da República, mas não, necessariamente, para o cargo que o acusado exerce em seu órgão próprio, Câmara dos Deputados, Senado Federal ou Supremo Tribunal Federal. Por ocasião do julgamento da AC 4070, essa matéria foi enfrentada, inclusive de minha parte, como um dos fundamentos para a medida então adotada, não, porém, como fundamento exclusivo. De todo o modo, qualquer que seja a orientação há um ponto comum de convergência: o de que o recebimento da denúncia pelo STF importa impedimento para o exercício do cargo de Presidente da República. Nesse limite, portanto, não se pode negar a relevância do direito invocado no pedido de liminar.

5. Por outro lado, o deferimento de liminares supõe, como requisito essencial, também a existência de “periculum in mora”, ou seja, a presença concreta de risco iminente de dano grave, que deve ser estancado ou inibido. Essa função instrumental das medidas de urgência – de afastar a ocorrência ou a cessação de um dano grave e irreparável – é que dá a elas suporte constitucional. Afinal, são medidas que, por sua própria natureza, importam interferência na esfera jurídica das pessoas antes que elas tenham tido a oportunidade de exercer o direito constitucional de ampla defesa e de contraditório, como, aliás, ocorreu no caso. Ou seja, são medidas que restringem, em maior ou menor grau, o direito fundamental inscrito no art. 5º, LIV e LV da Constituição, restrição essa que somente se justifica quando houver necessidade de preservar outro direito fundamental de igual hierarquia, que, no caso das medidas de urgência, é o direito à efetividade da jurisdição. Isso significa dizer que as medidas de tutela de urgência somente se justificam se indispensáveis a harmonizar a convivência e harmoniosa desses direitos fundamentais quando ocorre fenômeno concreto de colisão entre eles. Mesmo em tal caso, a medida de urgência há de observar o princípio da menor restrição possível àqueles direitos, devendo, portanto, ficar contidas nos limites

ADPF 402 MC-REF / DF

minimamente necessários a estancar a ocorrência de eventual dano irreparável.

6. No caso em exame, que é processo objetivo, o Presidente do Senado somente passou a figurar no cenário processual quando a demanda já estava em pleno curso, em fase de julgamento e figurou apenas como alvo de medida de urgência. Não sendo ele parte na relação processual – que, em princípio, não comporta exame de situações concretas – qualquer provimento que importe restrição a seus domínios jurídicos há de estar revestido de cuidados ainda maiores, notadamente no que diz respeito ao exame do risco de dano irreparável que pode vir a ser por ele causado até que a causa seja definitivamente julgada. Ora, não parece defluir da sua condição de Presidente do Senado, já em fim de mandato, outro risco de dano à ordem institucional que não o eventual exercício, nesse período, do cargo de Presidente da República.

7. Em suma, tenho como certo que os requisitos para a concessão da medida liminar se fazem presentes em relação ao exercício da Presidência da República. É em relação a esse ponto que se verifica a concorrência da relevância do direito e do risco de dano. É, portanto, nesses limites que proponho seja referendada a decisão aqui submetida a referendo e nesse aspecto, pelos motivos indicados, meu voto é pelo referendo parcial. É o voto.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, vou fazer juntada do voto escrito, que é um tanto quanto extenso. Meu voto, pedindo vênia ao eminente Relator e ao Ministro Luiz **Edson Fachin**, que o acompanhou, é exatamente nos limites de referendar a medida cautelar em menor extensão, tal qual trazido no voto do Ministro **Celso de Mello**.

Farei, em razão da relevância da matéria, em breve, o meu gabinete divulgar no *site* do Supremo este meu voto, terminada a sessão de julgamento, e estarei no gabinete à disposição do Plenário, caso seja necessária alguma outra deliberação ainda nesta noite de hoje.

Meu voto acompanha, com a devida vênia, o voto da divergência.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de referendo à medida cautelar deferida pelo Relator no âmbito da ADPF nº 402, ajuizada pela Rede Sustentabilidade.

Após petição aviada pela autora em 5/12/2016, na qual reitera o pedido liminar constante do item 55, b, da exordial (“seja reconhecida, em caráter provisório, a impossibilidade de que pessoas que respondem ou venham a responder a ação penal instaurada pelo STF assumam ou ocupem cargos em cujas atribuições constitucionais figure a substituição do(a) Presidente da República”), o Ministro Marco Aurélio, Relator, deferiu a medida cautelar determinando o afastamento do Senador Renan Calheiros do cargo de presidente do Senado Federal (mas não do mandato de senador da República).

A decisão em referência tem como fundamento a circunstância de o Senador Renan Calheiros ter se tornado réu em ação penal após recebimento parcial da denúncia no Inquérito nº 2.593. Assenta-se, ademais, na existência de maioria absoluta formada no julgamento do mérito desta ADPF, no sentido da procedência do pedido.

É o breve relato.

Invoca-se, a título de **periculum in mora**, o risco de permanência do Senador da República Renan Calheiros, “réu, assim qualificado por decisão do Supremo”, na linha de substituição do Presidente da República.

No processo civil, o **periculum in mora** encontra-se ligado à inevitável dilação temporal entre o início do processo e a tutela jurisdicional final e ao perigo resultante dessa demora para o bem jurídico tutelado, em decorrência da alteração da situação de fato.

O **periculum in mora**, portanto, vincula-se a um fator temporal,

ADPF 402 MC-REF / DF

ainda que parte da doutrina advirta que sua tônica não está propriamente na morosidade natural da prestação jurisdicional, mas sim no conceito de perigo, que, por si só, seja capaz de colocar em risco a efetividade do direito ou do interesse protegido.

Na espécie, o interesse juridicamente protegido é a higidez da linha sucessória do presidente da República.

Ocorre que não se vislumbra nenhum risco iminente a essa higidez, haja vista que não há notícia de que, em horizonte próximo, se dará a ausência concomitante do presidente da República e do presidente da Câmara dos Deputados, a qual poderia ensejar a convocação do presidente do Senado Federal para a substituição em questão, o que torna ausente, a meu ver, a existência de **periculum in mora** na espécie.

Quanto ao mérito da decisão liminar, **com a devida vênia ao eminente Relator, não compartilho do mesmo entendimento.**

Não discordo da compreensão de que a previsão de suspensão do presidente da República de suas funções (art. 86, § 1º, da Constituição Federal) encontra, de fato, fundamento na moralidade pública e no princípio republicano, revelando o intuito de preservar a dignidade de relevante função pública ante o recebimento de ação penal pelo STF. Eis o teor da referida norma constitucional:

“Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.”

No entanto, **não avanço ao ponto de afirmar que a existência de ação penal em curso torne o acusado inabilitado para titularizar os**

ADPF 402 MC-REF / DF

cargos referidos no art. 80 da Constituição Federal. Isso porque me parece um passo demasiadamente largo em face do que efetivamente há na Constituição Federal acerca da matéria.

Com efeito, a Carta Federal, no citado art. 86, § 1º, determina que o presidente da República ficará suspenso de suas funções quando recebida a denúncia ou queixa pelo STF. No entanto, a plena compreensão do preceito passa pela leitura dos §§ 2º e 4º do citado artigo, **in verbis**:

“§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, **cessará o afastamento do Presidente**, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

(...)

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, **não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções**”.

Da leitura do § 2º, observa-se que **a existência de ação penal em curso não acarreta a perda do cargo de presidente da República, mas tão somente o afastamento de seu titular, por período que não pode exceder 180 (cento e oitenta) dias, devendo esse retornar ao cargo se, decorrido tal período, o julgamento não tiver sido concluído.**

Ives Gandra Martins ressalta a circunstância de que, não obstante afastado do cargo na forma do art. 86 § 1º, da CF/88, **o denunciado continua a ostentar a condição de titular do cargo de presidente da República, não havendo a perda do mandato:**

“A suspensão não implica perda do mandato, mas apenas a impossibilidade de exercer suas funções, vale dizer, o Presidente da República continua sendo o primeiro mandatário da Nação, mas não poderá dirigir o País.

Aquele que o substituir, nos termos dos artigos anteriores, estará apenas no exercício das funções presidenciais, como estaria nos impedimentos naturais, tais como viagens, doenças, etc. Será, de rigor, Presidente com a plenitude das funções, **mas**

ADPF 402 MC-REF / DF

sem o batismo oficial, não podendo sequer as fotografias oficiais ser substituídas, visto que a suspensão das funções não implica a perda de mandato.

O sucessor interino é o Presidente, não podendo ser declarado titular do cargo, nada obstante o exercício de todas as prerrogativas do primeiro mandatário” (**Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. Saraiva, 2000. v. 4, tomo II, p. 437 – grifo nosso).

Portanto, o afastamento referido no art. § 1º do art. 86 da Carta atual não detém o atributo da definitividade. Trata-se de providência de natureza acautelatória e reversível, pois o presidente retorna ao exercício de suas funções caso o julgamento não seja concluído no prazo.

É o que se tem, inclusive, desde o regime constitucional anterior (art. 83, § 2º, da Constituição de 1969), que previa prazo menor para o afastamento (60 dias) e determinava o arquivamento do processo caso não houvesse julgamento após o decurso do prazo constitucional.

E não poderia ser diferente, considerando que milita em favor do presidente da República a presunção de inocência, tendo em vista seu *status* de mero réu em ação penal, não havendo, até esse momento, sentença penal condenatória transitada em julgado que afaste tal presunção (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Diante disso, fica claro que a Constituição Federal de 1988 não assentou a **absoluta incompatibilidade** entre a existência de ação penal em curso e o exercício da presidência da República. A consequência do recebimento da denúncia não é a perda do mandato, e sim o afastamento do titular do cargo, providência que pode ser revertida caso não ocorra o julgamento dentro do prazo.

Vejamos, agora, o que dispõe o § 4º do art. 86 da Carta Magna. Segundo esse preceito, **a responsabilização do titular da Presidência da República, durante o exercício do mandato, só ocorre em razão de atos praticados no exercício das atribuições que são inerentes ao cargo**, não podendo ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

ADPF 402 MC-REF / DF

A Constituição Federal, portanto, veda que o presidente da República seja criminalmente responsabilizado por **infrações penais cometidas antes do início do exercício do mandato, ou, se cometidas no exercício do mandato, que não guardem correlação com as funções de presidente da República.**

Nesse sentido, vide AP nº 305/DF-QO, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 18/12/92:

“AÇÃO PENAL - PRESIDENTE DA REPÚBLICA - ATOS ESTRANHOS À FUNÇÃO PRESIDENCIAL - FATOS SUPOSTAMENTE DELITUOSOS COMETIDOS DURANTE A CAMPANHA ELEITORAL DE 1989 - CF, ART. 86, § 4º - DISCIPLINA DO TEMA NO DIREITO COMPARADO - IMUNIDADE TEMPORÁRIA DO CHEFE DE ESTADO À PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO - PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL NÃO AFETADA PELA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE 'IMPEACHMENT' NO SENADO FEDERAL - INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM.

O art. 86, § 4º, da Constituição, ao outorgar privilégio de ordem político-funcional ao Presidente da República, excluiu-o, durante a vigência de seu mandato - e por atos estranhos ao seu exercício -, da possibilidade de ser ele submetido, no plano judicial, a qualquer ação persecutória do Estado. **A cláusula de exclusão inscrita nesse preceito da Carta Federal, ao inibir a atividade do Poder Público, em sede judicial, alcança as infrações penais comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Chefe do Poder Executivo da União, bem assim aquelas praticadas na vigência do mandato, desde que estranhas ao ofício presidencial.**

- A norma consubstanciada no art. 86, § 4º, da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita, do que deriva a sua inaplicabilidade a situações jurídicas de ordem extrapenal.

- A Constituição do Brasil não consagrou, na regra positivada em seu art. 86, § 4º, o princípio da irresponsabilidade

ADPF 402 MC-REF / DF

penal absoluta do Presidente da República. O Chefe de Estado, nos ilícitos penais praticados 'in officio' ou cometidos 'propter officium', poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a 'persecutio criminis', desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos Deputados (...)."

Outrossim, como decidido pelo Plenário desta Corte no HC nº 83.154/SP, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 21/11/03:

"(...) 1. O que o art. 86, § 4º, confere ao Presidente da República não é imunidade penal, mas imunidade temporária à persecução penal: nele não se prescreve que o Presidente é irresponsável por crimes não funcionais praticados no curso do mandato, mas apenas que, por tais crimes, não poderá ser responsabilizado, enquanto não cesse a investidura na presidência. 2. Da impossibilidade, segundo o art. 86, § 4º, de que, enquanto dure o mandato, tenha curso ou se instaure processo penal contra o Presidente da República por crimes não funcionais, decorre que, se o fato é anterior à sua investidura, o Supremo Tribunal não será originariamente competente para a ação penal, nem conseqüentemente para o **habeas corpus**[,] por falta de justa causa para o curso futuro do processo (...)."

Entendido isso, percebe-se que **o afastamento cautelar dá-se em razão da existência de processo penal acerca de atos praticados no exercício da função presidencial. É como se a denúncia recebida colocasse o titular do cargo sob suspeição para o exercício de tais funções, razão pela qual se torna necessário o afastamento.**

Conclui-se, mais uma vez - agora, a partir da análise do § 4º do art. 86 da CF/88 -, que não existe uma **incompatibilidade absoluta** entre a existência de ação penal em curso e o exercício da presidência da República. Com efeito, **a pessoa que seja réu em ação penal por crime não relacionado à função (em processo instaurado, por exemplo, antes da posse) pode, inclusive, titularizar a presidência da República, sendo plenamente elegível para o cargo.** É o que se conclui a partir da leitura

ADPF 402 MC-REF / DF

conjunta do mencionado preceito e o que dispõe a lei de inelegibilidades.

Com efeito, segundo a Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010, **somente** se considera inelegível, para qualquer cargo, **aquele que seja condenado, em decisão transitada em julgado ou em decisão proferida por órgão judicial colegiado, pela prática dos crimes elencados no art. 1º, inciso I, alínea e, cujo teor é o seguinte:**

“Art. 1º São inelegíveis:

I - **para qualquer cargo:**

(...)

e) os que forem condenados, **em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado**, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

3. contra o meio ambiente e a saúde pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

8. de redução à condição análoga à de escravo; (Incluído

ADPF 402 MC-REF / DF

pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

9. contra a vida e a dignidade sexual; e (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).”

Nesse quadro, nota-se que o afastamento referido no § 1º do art. 86 se compreende dentro da lógica da atuação do titular do cargo de presidente da República, sendo um afastamento ligado exclusivamente a ações praticadas no exercício do cargo.

Ora, no regime constitucional aplicável aos parlamentares e aos ministros do STF, inclusive aos respectivos presidentes, admite-se o processamento por crime comum não relacionado ao exercício de suas funções. Esta Suprema Corte, inclusive, já teve a oportunidade de assentar que:

“A previsão constitucional do art. 86, § 4º, da Constituição da República se destina expressamente ao Chefe do Poder Executivo da União, não autorizando, por sua natureza restritiva, qualquer interpretação que amplie sua incidência a outras autoridades, nomeadamente do Poder Legislativo” (Inq 3.983, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 12/5/16).

Por essa razão, qualquer tentativa de transpor a previsão de afastamento do presidente da República para titulares de outros cargos sem que haja previsão constitucional gera complexidades inerentes à transposição de uma norma de determinado universo temático para outro completamente distinto.

Com efeito, a tese proposta pelo Relator assenta-se na premissa de que a mera condição de réu perante o Supremo Tribunal Federal é condição suficiente para determinar o afastamento do parlamentar do exercício da presidência da respectiva Casa Legislativa e, por conseguinte, da linha sucessória presidencial.

Todavia, não se delimita, seguindo o modelo constitucional

ADPF 402 MC-REF / DF

estabelecido para o titular do cargo de presidente da República, quais são os crimes que terão o condão de determinar esse afastamento.

No caso específico do Senador Renan Calheiros, contra o qual foi proferida a medida cautelar, a ação penal parcialmente recebida pelo Tribunal contempla fatos praticados anteriormente ao mandato atual de presidente do Senado e ao atual mandato de senador da República.

Fica, então, a dúvida a respeito da natureza dos crimes que podem ensejar a incompatibilidade entre o ser denunciado e o exercício dos cargos de presidente da Câmara, do Senado ou do Supremo Tribunal Federal. **Nesses casos, também se aplica o critério do § 4º? Ou eventuais afastamentos ocorrerão em razão do recebimento da denúncia pelo STF em relação a qualquer tipo de crime?**

Da forma como decidido no caso em análise, com o recebimento da denúncia pelo STF, qualquer crime, praticado ou não na vigência do mandato parlamentar, relacionado ou não ao exercício da função de presidente, tem o condão de afastar o parlamentar da linha sucessória e, mais ainda, da própria presidência da casa legislativa.

A título de exemplo, caso recebida a denúncia, um homicídio culposo praticado antes da vigência do mandato parlamentar ou mesmo no exercício no mandato ensejaria o afastamento da linha sucessória da Presidência da República e da Presidência da Casa legislativa. Isso, com a devida vênia, não se mostra minimamente razoável.

Como se vê, a decisão liminar elastece excessivamente a norma constitucional, atingindo agentes públicos que ela não contempla e hipótese fática que ela própria não prevê. Nesse ponto, concordo com Lênio Streck, que aduziu, em texto do dia 6/12/16:

“(…) A Constituição estabelece no artigo 86 que somente o presidente da República é que deve ser afastado do cargo caso vire réu em ação penal comum perante o STF durante o exercício do cargo. No caso, o STF fez uma superinterpretação (sobreinterpretação) do texto. Por ela, todos que estiverem na linha de sucessão e que se transformem em réus também devem ser afastados. Ora, caso o presidente da República

ADPF 402 MC-REF / DF

fosse réu antes de tomar posse como presidente, nem a ele se aplicaria o artigo 86, por ter o crime sido cometido antes do mandato. Já estaríamos fora da hipótese do artigo 86, portanto. No caso de Renan, o caso é anterior ao seu mandato atual e anterior ao mandato do atual Presidente da República. O que quero dizer é que a Constituição fala em perda de cargo no caso do presidente da República que vire réu. A analogia, neste caso, é construção de um novo texto. Uma emenda constitucional. O presidente do Senado somente poderia vir a ser impedido de assumir o cargo se o processo fosse decorrente deste mandato (crime cometido no exercício do seu mandato quando processado). Impedido de assumir. E não ter seu cargo de presidente cassado” (Não há previsão constitucional para afastamento de Renan Calheiros. **Consultor Jurídico**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-06/streck-nao-previsao-constitucional-afastamento-renan?imprimir=1o>. Acesso em 6/12/16).

Veja-se que, enquanto a Constituição determina que o afastamento do presidente da República se dará em razão de ação penal acerca de atos praticados no exercício da função, a medida liminar deferida o foi em ação penal relativa a fatos praticados no mandato anterior do Senador Renan Calheiros na Presidência da respectiva Casa.

Ademais, em passo que a Carta de 1988 estabelece apenas o afastamento cautelar e temporário do presidente da República (pelo prazo de 180 dias), o qual continua a titularizar o cargo de chefe do Poder Executivo, propugna-se a absoluta incompatibilidade do acusado não somente com o exercício da Presidência da República, mas também com o exercício da presidência do Senado.

Essa última constatação parece especialmente problemática, pois evidencia que a **interpretação conferida na liminar ora analisada cria verdadeira hipótese de inelegibilidade para os cargos de presidente dos órgãos mencionados no art. 80 da Constituição.**

Vide a gravidade da situação: a partir do que há na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 64/1990, um réu em ação penal por

ADPF 402 MC-REF / DF

crime comum pode concorrer à Presidência da República, ser eleito e efetivamente exercer o cargo, caso ainda não haja condenação por órgão colegiado, ao passo que, caso vingue a interpretação defendida pelo Relator, a mesma circunstância pode tornar o parlamentar ou o ministro do STF denunciado inelegível para a presidência das respectivas Casas.

Dessa perspectiva, me parece que, caso venha a se fixar a referida tese, este Tribunal **estará exercendo excessiva ingerência, em especial, no âmbito do Poder Legislativo, estabelecendo distinção entre deputados e senadores no que tange à possibilidade de ingressar à presidência da respectiva Casa.**

Com efeito, entendo que a decisão liminar resulta em intervenção judicial relativamente à escolha dos presidentes das Casas Legislativas pelos parlamentares, com a inclusão de um requisito para o exercício da função não previsto na Constituição nem nos regimentos internos das Casas, cerceando-se, assim, a livre escolha dos deputados e senadores dos seus respectivos presidentes.

Ressalte-se que a única exigência que a Constituição da República fez em relação aos presidentes desses órgãos foi a de serem brasileiros natos, na forma do art. 12, § 3º, da Constituição, exigência análoga a que se faz para o presidente e o vice-presidente da República (CF/88, art. 12, § 3º, I e III).

De igual modo, nos regimentos internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, também não há nenhum tipo de distinção entre os deputados e os senadores para fins de eleição para a presidência das Casas, estabelecendo-se tão somente o procedimento de eleição.

Ademais, no meu sentir, impedir que o parlamentar que responda a ação penal perante o STF possa ser presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal equivale a conferir, em última análise, um desvalor ao mandato do parlamentar, retirando-lhe parte das prerrogativas de sua representatividade política, criando-se deputados e senadores de primeiro e segundo graus.

Vale ressaltar, outrossim, que a previsão de afastamento cautelar contida no art. 86, § 1º, da Carta Federal constitui uma exceção drástica,

ADPF 402 MC-REF / DF

legitimamente estabelecida pelo constituinte originário, ao já mencionado princípio da presunção de inocência, sediado materialmente no art. 5º, LVII, CF/1988, cuja redação é clássica nas Constituições brasileiras: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Como tive a oportunidade de assentar no julgamento da medida cautelar nas ADC nº 43 e 44, Pleno, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, julgada em 5/10/16,

“(…) o princípio constitucional da presunção de inocência se concretiza como **norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento**”.

Como **norma probatória**, presunção de inocência significa que o ônus da prova recai inteiramente sobre o órgão acusador, a quem incumbe demonstrar, de forma suficiente, a existência dos fatos em que se lastreia a hipótese acusatória. O acusado, portanto, não tem o ônus de provar sua inocência.

Como **norma de juízo**, a presunção de inocência orienta e conforma o momento decisório, no qual o juiz analisa a suficiência ou a aptidão da prova da materialidade e da autoria de uma infração para formar seu convencimento. Um dos mais significativos desdobramentos da presunção de inocência como norma de juízo é o **in dubio pro reo**: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais, deve favorecer o imputado.

Por fim, como **norma de tratamento**, a presunção de inocência significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado por esse princípio, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem [ser] a esse equiparado.

Em sua mais relevante projeção como norma de tratamento, a presunção de inocência implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena”.

ADPF 402 MC-REF / DF

Da mesma forma, já se assentou que

“o princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes” (HC 95.886, Rel. Min. **Celso de Mello**, Segunda Turma, DJe-228, de 4/12/09).

Assim, caso se acolha a tese propugnada pelo autor da ADPF, estaremos, **por meio de interpretação judicial, ampliando desmedidamente uma exceção a um princípio fundamental da Constituição.**

Mas há, ainda, outros questionamentos que, naturalmente, decorrem da premissa exposta na concessão da cautelar no sentido da incompatibilidade da existência de ação penal em curso no STF com a assunção das funções de presidente da República.

Cito, por exemplo, a situação do vice-presidente da República, o qual, por força do art. 79 da Constituição Federal, deverá substituir o presidente nos impedimentos ou suceder-lhe na hipótese de vacância. O que se deve fazer no caso de ação penal em curso contra o vice-presidente da República?

Na linha do que se defende na cautelar, deverá ele ser afastado do cargo; em verdade, perderá o mandato, já que o vice tem como função precípua exatamente substituir o Presidente da República em sua ausência.

Nesse caso, nem sequer seria possível afastá-lo temporariamente, na forma do § 1º do art. 86, da CF/88 ou aplicar a ele a imunidade prevista no § 4º, uma vez que, na linha da jurisprudência da Corte, esse regramento não pode ser estendido a outras autoridades (ADI 1.021, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ de 24/11/95).

Outrossim, **também considero equivocada a tese de equiparação**

ADPF 402 MC-REF / DF

entre os requisitos de permanência na presidência da República com os requisitos para a própria titularidade dos cargos previstos no art. 80 da Constituição Federal, o que reconduz à indagação acerca da extensibilidade, a tais cargos, de outros requisitos inerentes ao cargo de presidente da República.

Com efeito, partindo desse raciocínio de que os ocupantes dos cargos integrantes da linha sucessória à presidência da República devem ostentar as características necessárias à titularidade da chefia do Poder Executivo, **teríamos que exigir dos aspirantes à presidência da Câmara, por exemplo, a idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos, não obstante a idade mínima para ser elegível como deputado federal seja 21 (vinte e um) anos.**

Como já destacado, em meu sentir, esta Corte estaria criando um requisito para assunção dos cargos de presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal sem que haja qualquer previsão na Constituição, na legislação ordinária ou no regimento das Casas.

Parece-me que a propugnada inelegibilidade para os cargos que figurem na linha sucessória da presidência da República como efeito do recebimento de denúncia pelo STF, além de constituir consequência demasiadamente gravosa diante do que há na Constituição Federal, representa um salto interpretativo muito largo, o qual nos colocará diante de questões de difícil solução, como as apresentadas acima.

Em suma, senhores Ministros, entendo, neste juízo provisório, que **aqueles que figuram como réus em processo crime no Supremo Tribunal Federal podem ocupar cargo integrante da linha sucessória ou de substituição do presidente da República, embora não possam substituir o titular desse cargo nas hipóteses do art. 80 da Constituição Federal.**

Se a finalidade principal, repita-se, é assegurar o resultado útil do processo e a higidez da linha sucessória, seria suficiente obstar, provisoriamente, que o atual Presidente do Senado Federal sucedesse o presidente da República, substituindo-se a autoridade impedida pela

ADPF 402 MC-REF / DF

subsequente, de acordo com a ordem estabelecida no art. 80 da Constituição. Essa medida, em meu sentir, já seria suficiente para manter a higidez da função de presidente da República com o mínimo de intervenção desta Suprema Corte nas prerrogativas do Poder Legislativo.

Ademais, com a devida vênia, não entendo que a sucessão **per saltum** da autoridade pertinente afronte a Constituição. Primeiramente, porque a substituição do presidente da República não é a única nem a mais relevante das funções exercidas pelos presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, os quais, na verdade, só exercem essas funções de forma pontual ou transitória. Segundo, porque devemos reconhecer ser situação bastante comum que essas autoridades possam estar momentaneamente impedidas de desempenhar a função de presidente da República, inclusive por questões pessoais, hipótese em que normalmente já se chamam os subsequentes.

Ademais, o fato de estar respondendo a ação penal perante o STF também é circunstância temporária, uma vez que o mandato de presidente das respectivas casas é transitório, com duração de 2 anos, e o processamento da ação penal tem que findar, seja com o arquivamento dos autos, com a absolvição ou a condenação do acusado.

A meu sentir, fora da hipótese constitucionalmente prevista que autoriza o afastamento automático do presidente da República em razão do mero recebimento da denúncia – o que já disse ser medida excepcional e exclusiva para o presidente da República -, somente mediante a demonstração concreta do **periculum libertatis**, vale dizer, da situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado, será possível determinar-se o afastamento do presidente da Casa Legislativa de suas funções, com fundamento nos arts. 282 e 319, VI, do Código de Processo Penal, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência como norma de tratamento.

Dessa feita, seria necessário demonstrar o fundado receio de reiteração delitiva ou de que o acusado esteja a valer-se de sua condição de presidente da Casa Legislativa para obstruir a colheita de provas ou impedir a regular tramitação da ação penal, como o fez o Ministro **Teori**

ADPF 402 MC-REF / DF

Zavascki - em decisão referendada pelo Plenário desta Corte, inclusive por mim - na AC nº 4.070/DF-Ref (DJe de 20/10/16), relativa ao então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha. No entanto, no caso concreto ora em análise, não houve nenhuma demonstração nesse sentido.

Para finalizar, Senhora Presidente, gostaria de ressaltar que não tenho dúvidas de que o presente caso apresenta profundas implicações para o anseio social por práticas políticas éticas e pela recriminação de agentes que se mostrem desafiadores da moralidade. Esse discurso ético tem, por conseguinte, forte apelo nas instâncias extrajudiciais, e nós, magistrados da Suprema Corte, não ficamos alheios a esses processos e ao impacto dessas emanções coletivas sobre nossa forma de enxergar os problemas trazidos ao Poder Judiciário.

No entanto, a despeito dessas considerações, precisamos manter o equilíbrio na atuação da Corte, sem ultrapassar o limite da separação dos Poderes, pedra de toque do nosso sistema constitucional.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, o denominado *princípio da justeza* ou da *conformidade funcional* visa impedir, “em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida”. Ao ver do renomado constitucionalista português, a interpretação da Constituição “não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido” (**Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.097/1.098).

Ante o exposto, **acompanho, em parte, o eminente Relator e referendo a medida cautelar em menor extensão, no sentido de, desde logo, afastar o atual Presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros, da linha sucessória do cargo de presidente da República, nas hipóteses do art. 80 da Constituição Federal.**

É como voto.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, cumprimento a todos e relembro que, no voto que proferi na assentada de 3 de novembro último, acompanhei o eminente Relator em seu juízo de procedência quanto ao pedido remanescente. A compreensão que afirmei na oportunidade, em exegese teleológica e sistemática do texto constitucional, em especial dos artigos 80 e 86 da Constituição, foi a de que "(...) aquele que não reúne os requisitos subjetivos para exercer a Presidência da República tampouco pode assumir ou permanecer em qualquer dos cargos inscritos na respectiva linha de substituição (art. 80). Embora se trate, aqui, de uma vedação relacionada ao preenchimento de condição subjetiva do ocupante do cargo, mostra-se plenamente objetiva no tocante à sua aferição, por independender de qualquer juízo de valor ulterior - ostentar ou não a condição de réu em ação penal instaurada ou em trâmite no Supremo Tribunal Federal".

Vale dizer, Senhora Presidente, eu votei em controle concentrado de constitucionalidade, especificamente em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, consagrando a tese de que "(...) a assunção ou a permanência em cargo na linha sucessória" - ou de substituição - "da Presidência da República exige, do seu ocupante, que esteja apto a ocupar, a qualquer tempo, a Presidência, caso isso se faça necessário" - e com todas as atribuições e responsabilidades a ele inerentes.

Como pontuei - e insisto neste aspecto: "Deflui da sistemática constitucional, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica, que aquele que não reúne os requisitos subjetivos para exercer a Presidência da República tampouco pode assumir ou permanecer em qualquer dos cargos inscritos na respetiva linha de substituição (art. 80)."

Nessa medida, Senhora Presidente, tendo endossado essa tese - diverso seria, repito, se encampasse a respeitabilíssima posição do

ADPF 402 MC-REF / DF

eminente Decano, o Ministro Celso de Mello -, não tenho como, em função da estatura constitucional e da relevância de que ela se reveste, uma vez submetida a liminar pelo eminente Ministro Marco Aurélio ao referendo dessa Suprema Corte, deixar de acompanhá-lo.

Por isso, pedindo vênua respeitosa a todos os que entendem de forma diversa, reiterando a minha admiração pelo eminente Relator e por todos os Ministros da Corte, endossando o desconforto externado no voto do Ministro Teori Zavascki pela desqualificação que se faz às pessoas, em lugar de se debater e de eventualmente criticar ou se contrapor às posições jurídicas externadas, eu referendo a medida liminar nos moldes como foi deferida pelo eminente Relator.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Ministros.

Senhora Presidente, à semelhança dos demais Pares, eu também procurei resgatar algumas notas do voto oral que proferi no momento do julgamento da ADPF, quando alguns votos - em número de seis - foram adiantados. Naquela oportunidade, eu efetivamente me adstringi ao fato de que o substituto do Presidente da República deve sofrer as mesmas interdições do substituído. Daquela ocasião, eu resgatei das notas taquigráficas:

Se o Presidente da República é afastado ante o recebimento de denúncia pelo Supremo Tribunal Federal nas infrações penais comuns ou, ante o juízo de admissibilidade pelo Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, desafia qualquer interpretação sistemático-teleológica bradar em fortes instintos que seus substitutos possam ocupar o exercício da chefia do Executivo, ainda que temporariamente.

Disse eu, acrescentando mais adiante:

Seria um contrassenso incompatível com toda essa teleologia cancelar a assunção, ainda que temporária, de pessoas que não logram observar os padrões de conduta indissociáveis do cargo de Presidente da República.

Sem prejuízo de definir aquilo que procurei apreciar dentro da máxima de que "o juiz julga dentro daquilo que foi pedido", eu também me recordo que esse fato que hoje nós estamos abordando é atualíssimo. Porque os jornais noticiam que, na Coreia do Sul, a Presidente Park Geun-hye foi exatamente denunciada criminalmente por corrupção e tráfico de influência no caso conhecido como "*Choi Soon Gate*", em

ADPF 402 MC-REF / DF

referência à amiga da Presidente. E há lá uma comoção popular para que a presidência da República não seja exercida por alguém que tenha uma denúncia recebida. Exatamente, foi sobre esse contexto que nós deliberamos naquela assentada e que foram colhidos os seus votos.

Agora, aqui, nós estamos no campo da medida cautelar; nós estamos no campo da tutela de urgência. Então, eu gostaria de enfrentar esse tema da tutela de urgência; mas não sem antes me associar a todos quantos se manifestaram em relação aos merecidos elogios em razão dos atributos notórios do Ministro Marco Aurélio, em relação à sua independência, à sua cultura e à sua exaço no exercício das suas funções. Eu tenho inclusive a honra de tê-lo conhecido há muitos anos, sendo certo que ele, aliás, compareceu à minha posse no tribunal de alçada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência muito menos concorda com a autofagia, não é?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É. Pois bem. Então, muito embora o Ministro Marco Aurélio tenha esse dom de nos interpelar, mesmo nos elogios, vota vencido. Eu gostaria, então, de abordar essa questão relativa à tutela de urgência.

Em primeiro lugar, Senhora Presidente, eu gostaria de destacar que cada um tem a sua ótica de análise. Então, num primeiro plano, eu me associo também ao voto do Ministro Marco Aurélio, quando se insurge quanto a um eventual descumprimento da decisão judicial.

Eu gostaria de lembrar que, exatamente no presente momento em que se elaborou o novo Código de Processo Civil, fez-se introjetar um elemento existente no sistema da *common law*, referente ao atentado à dignidade da jurisdição, que se denomina, lá, de *content of law*. Então, aqui, o art. 77 do novo Código de Processo Civil dispõe que "*constitui ato atentatório à dignidade da Justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis,*" aplicar também uma multa. Ou seja, o Direito brasileiro consagrou, no novo Código de Processo Civil, a criminalização do descumprimento das decisões judiciais, que era uma ideia já defendida de há muito no sistema anglo-saxônico através das

ADPF 402 MC-REF / DF

*injunctio*ns, cujo tema foi melhor tratado, em toda a doutrina, pelo professor Aldo Frignani, fazendo uma comparação entre essas medidas no sistema da *civil law* e da *common law*. E, neste particular, estamos absolutamente de acordo.

Com relação à tutela de urgência em si, Senhora Presidente, eu verifico aqui que o Supremo Tribunal Federal, na medida cautelar na ADI 5.316, assentou que, no controle abstrato de constitucionalidade, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil, porque, de uma forma ou de outra, nós estamos diante de uma ação que provoca a prestação jurisdicional. Pois bem, e o que diz o Código de Processo Civil? "*Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação...*", trata de tutela antecipada que, na verdade, é uma tutela do próprio direito material, que é o que se trata *in casu*. Então, na tutela antecipada, diz o legislador que é preciso que haja uma exposição suficiente, robusta, sobre o "*perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo*". Pois bem. Esse perigo de dano e esse perigo ao resultado útil do processo não se fazem presentes, porque, efetivamente, o Supremo Tribunal Federal, até então com seis votos a zero, já afastou a possibilidade de intromissão do Presidente do Senado na cadeia de substitutos da Presidência da República. Então, esse *periculum in mora* não há.

Partamos, então, para o campo do *fumus boni juris*. Como o nosso eminente Decano destacou, e vamos dizer que em essência eu vou sintetizar, não há, na Constituição, esse consectário imediato de que, recebida a denúncia, além de não poder substituir, deve ser imediatamente afastado. Não há essa previsão constitucional, porque, analogicamente, o que há é um procedimento sujeito ao contraditório - também previsto no novo CPC -, que dá ensejo a defesas para depois, então, a própria Casa Legislativa afastar o parlamentar. Poder-se-ia dizer: "Bom, mas por que o próprio Judiciário não pode afastar?" Realmente, é uma perplexidade que eu também manifestei no caso do Mensalão: nós condenamos os parlamentares, mas foi vencedora a tese, neste Plenário, de que quem cassava era o Parlamento e não o Supremo Tribunal Federal. Então, não há nada de ritual em entender que isso é uma atribuição do

ADPF 402 MC-REF / DF

Parlamento. E, nesse particular, mitiga-se muitíssimo o denominado *fumus boni juris*. Mitiga-se sobremodo esse *fumus boni juris*. Primeiro, porque nós não dispusemos sobre isso na deliberação colegiada que alcançou seis votos. E segundo, porque a Constituição, que é a regra *mater* do exercício dos direitos políticos, não prevê esse afastamento, que não podemos construir por analogia. Não podemos construir por analogia!

Por outro lado, e também me chamou muito atenção e merece destaque esse aspecto, verifico que, no caso, ocorre o *periculum in mora* inverso. Por quê? Tendo em vista a inexistência de previsão constitucional de afastamento, e tendo em vista uma agenda política nacional que clama por socorro e por deliberação imediata, nós estamos vivendo, quer queiramos ou não, uma anomalia institucional. Os próprios eminentes advogados, brilhantes advogados, que assumiram a tribuna, ressaltaram que, na visão de Suas Excelências, a normalidade institucional seria a retirada do poder do Presidente do Senado. Mas o momento atual é de anormalidade institucional. É um momento em que, de alguma forma, há uma perplexidade quanto a essa cláusula, que o nosso Decano aqui destacou, sobre a harmonia e a independência dos Poderes.

E, na verdade, o *periculum in mora* é inverso, porque já há uma agenda do parlamento sob a qual o Judiciário não pode ter a menor ingerência, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, onde, se existe instância hegemônica, ela deve ser o Poder Legislativo.

Por último, Senhora Presidente - também acompanhando um pouco do desconforto do Ministro Teori Zavascki -, eu gostaria de deixar aqui bem assentado que qualquer um de nós, dentro da sua percepção própria, que verificasse a presença dos requisitos para a concessão de tutela de urgência, não teríamos o mais tênue temor. Nós não estamos agindo com temor nem com receio. Estamos agindo com a responsabilidade política que se nos impõe.

E com esses fundamentos, Senhora Presidente, eu peço vênias ao Ministro-Relator e acompanho a divergência aberta pelo nosso Decano.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Muito obrigado, Senhora Presidente. Inicialmente, eu gostaria de manifestar publicamente meu especial apreço pelo eminente Ministro Marco Aurélio, que sempre agiu como juiz com maior desassombro, especialmente neste sensível caso que ora estamos debatendo.

O Ministro Marco Aurélio - e é preciso proclamar isto *urbe et orbi* -, ao deferir a liminar, agiu estritamente dentro das competências que a Constituição e a lei lhe atribuem. A ADPF está prevista, como todos nós sabemos, no art. 102, § 1º, da Constituição Federal; a possibilidade da outorga ou do deferimento de liminares encontra-se consignado no art. 5º da Lei 9.882/99, cujo *caput* diz o seguinte:

"Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental".

E o § 1º, no qual o eminente Ministro-Relator Marco Aurélio se apoiou, assenta o seguinte:

"§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno".

Trata-se, como todos nós sabemos - fazemos isso quase que diariamente -, de um juízo privativo do Relator, de caráter emergencial, e matizado, sobretudo, pela mais ampla discricionariedade, que obedece

ADPF 402 MC-REF / DF

apenas - como Sua Excelência gosta de enfatizar - a ciência e a consciência de seu prolator, e que se sujeita apenas ao posterior exame do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O que fez Sua Excelência, o Ministro-Relator Marco Aurélio, interpretando esse dispositivo da lei de regência, com a liberdade que tem que ter um magistrado: entendeu que estavam presentes os requisitos para a concessão da liminar. E fez mais, ato contínuo, requisitou pauta para que o assunto fosse debatido em Plenário, mais não podia fazer Sua Excelência.

Cumprimento o Ministro Relator, Marco Aurélio, não apenas pela coragem que teve em deferir essa liminar, segundo entendia que devia ser outorgada, naquele momento em que se debruçou sobre a questão, mas também por cumprir, estritamente, não apenas a lei, mas o Regimento Interno da Casa, ao pedir pauta para que o assunto fosse discutido pelo Plenário. Eu me congratulo com Sua Excelência pelo excelente trabalho que fez, e vejo que todos nós, a todo momento, enfrentamos essa contingência, de manhã, à tarde, à noite, nos finais de semana, temos que decidir questões urgentes. E, evidentemente, a apreciação destas questões urgentes comportam várias perspectivas.

Eu farei um voto muito resumido, mas eu quero voltar a dizer, e talvez tenha que repetir um pouco algumas coisas que já foram ditas pelos eminentes magistrados que me precederam, que a Lei 9.882 autoriza o Supremo Tribunal Federal a conceder liminares, por maioria absoluta, em se tratando de ADPFs.

Acontece, e isso foi, agora, muito bem verticalizado pelo eminente Ministro Luiz Fux, que as liminares possuem alguns requisitos. Basicamente dois requisitos, quaisquer: o *fumus boni iuris*, a fumaça do bom direito; e o *periculum in mora*, o perigo da demora.

ADPF 402 MC-REF / DF

A fumaça do bom direito traduz-se na exigência de plausibilidade jurídica do pedido daquele que requer uma medida liminar. E o perigo na demora consubstancia-se na possibilidade concreta, isso que é importante, da ocorrência de dano ou prejuízo de difícil reparação.

No caso que nós estamos examinando, a fumaça do bom direito, segundo o partido requerente, baseia-se nos seis votos já proferidos na ADPF 402 e ainda no - digo com todo respeito - suposto precedente representado pela AC 4.070, relatada pelo Ministro Teori Zavascki, na qual foi afastado o então Presidente da Câmara dos Deputados.

Qual foi o perigo na demora apontado pelo requerente? É que este estaria demonstrado pela possibilidade de o Presidente do Senado vir a assumir a Presidência da República, somando-se a isto o fato dele ter se tornado réu perante o Supremo Tribunal Federal.

No tocante à plausibilidade jurídica da tese defendida pelo requerente, pelo partido requerente, verifico que, embora significativos os seis votos já proferidos na ADPF 402, estes ainda são provisórios. Isso porque o julgamento daquela ação ainda não findou, diante do pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, sendo possível, a teor do que decorre do § 2º do art. 315 do Regimento Interno dessa Casa, a alteração do voto de qualquer magistrado da Casa até a proclamação final do resultado. Vossa Excelência mesmo sempre enfatiza esse aspecto e é isso que consta do nosso Regimento Interno que deve guiar as nossas ações.

Então, o pedido de vista serve não apenas para que o magistrado que tenha uma certa dúvida, no caso concreto que esteja sendo debatido pelo Plenário, possa aprofundar-se naquilo que se discute, mas também para que possa, eventualmente, trazer novos argumentos e, eventualmente, alterar o posicionamento de seus Colegas de Plenário.

Eu mesmo, e todos sabem, não votei e nem firmei convicção ainda

ADPF 402 MC-REF / DF

sobre a questão de fundo em debate naquela ADPF - eu estava, naquela ocasião, ausente justificadamente, fazendo a palestra de abertura, no Sexto Encontro Nacional dos Magistrados Estaduais em Porto Seguro, na Bahia, exatamente no momento em que ocorria o julgamento.

Quanto à AC 4.070, relatada pelo Ministro Teori Zavascki, eu observo que o Presidente da Câmara foi afastado - é claro, há uma série de outros argumentos, que Sua Excelência agora mesmo acaba de aduzir -, basicamente, por estar interferindo nas investigações a que estava sendo submetido e foi afastado com fundamento no art. 309, VI, do Código de Processo Penal, e art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, que rege a tramitação das ações penais originárias nesta Casa.

Relativamente ao perigo na demora, eu anoto que o recorrente, com toda a vênia, não trouxe aos autos nenhum dado concreto que corroborasse tal requisito, salvo a circunstância de o STF ter recebido a denúncia contra o Presidente do Senado. Observo, no entanto, não há nenhuma indicação de que o Presidente da República venha a ser substituído pelo Presidente do Senado num futuro próximo. Ainda que o Presidente da República tivesse a necessidade de, a curto prazo, afastar-se do cargo, o seu substituto imediato seria o Presidente da Câmara, nos termos do que estabelece o art. 80 da Constituição Federal, como ressaltou o nosso eminente Decano.

Então, a rigor - e aqui eu sou obrigado a repetir um argumento já veiculado pelo Ministro Luiz Fux -, bem sopesadas as coisas, Senhora Presidente, o *periculum in mora*, a meu ver, é inverso, ante a possibilidade concreta de o Presidente do Senado, cujo mandato termina dentro de pouco menos de sessenta dias, vir a ser afastado do cargo sem que qualquer dos dois feitos que acabo de mencionar - a ADPF e a ação penal - tenham chegado a seu termo.

Ocorre que existe, nos autos, um pedido alternativo formulado pelo

ADPF 402 MC-REF / DF

autor na inicial da ADPF, que torna possível, sem que se decida, desde logo, o mérito da ação - porque nós estamos em sede de cautelar e eu não poderia adiantar-me agora, dando a minha opinião relativamente ao mérito, porque ainda não votei -, reconhecer-se, conforme o pedido alternativo que a Rede fez, "em caráter provisório, a impossibilidade que pessoas que respondam ou venham a responder ação penal instaurada no STF assumam ou ocupem cargos que envolvam, nas suas concretas circunstâncias, a função de substituto imediato do ou da Presidente da República".

Então, Senhora Presidente, em face desses modestíssimos e ligeiros argumentos, sensível aos substanciosos argumentos do Relator, Ministro Marco Aurélio, eu referendo a liminar em menor extensão, apenas para impedir a substituição do Presidente da República por alguém que responda a processo criminal perante esta Corte.

É como voto.

07/12/2016

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero, Senhora Presidente, antes de mais nada, manifestar o meu integral e absoluto respeito pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, cuja judicatura, nesta Suprema Corte, ao longo de mais de 26 anos de brilhante, qualificada e diligente atuação, sempre se destacou por sua irrepreensível dedicação à causa pública e modelar reverência ao primado da Constituição e à prevalência das leis desta República.

Sejam, portanto, essas as minhas primeiras palavras no início deste voto.

Desejo esclarecer, de outro lado, Senhora Presidente, que o voto que proferi na sessão plenária de 03/11/2016 apoiou-se, fundamentalmente, no reconhecimento de que os substitutos eventuais do Presidente da República – o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal –, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte (condição que assumem uma vez recebida a denúncia ou a queixa-crime), ficarão impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, muito embora conservem a titularidade funcional dos cargos de direção de suas respectivas Casas.

Esse aspecto que ora estou ressaltando foi por mim enfatizado no voto em referência e, por haver entendido que essa seria a posição do eminente Ministro Relator, destaquei, na parte dispositiva de meu voto, que acompanhava, integralmente, a manifestação de Sua Excelência.

Lendo, agora, o voto escrito do eminente Relator, observo que Sua Excelência, em suas conclusões, foi além de minha compreensão a respeito

ADPF 402 MC-REF / DF

da controvérsia, **pois deixou assentado** “(...) o entendimento segundo o qual aqueles que figurem como réus em processo-crime no Supremo não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do Presidente da República”.

Por isso, Senhora Presidente, **desejo explicitar**, a partir dos próprios fundamentos que deram suporte ao voto por mim proferido na sessão plenária de 03/11/2016, **que é a seguinte a parte dispositiva** de meu pronunciamento: **julgo parcialmente procedente** o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **para consignar** que os substitutos eventuais do Presidente da República **a que se refere** o art. 80 da Constituição, **caso ostentem** a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, **ficarão unicamente impossibilitados** de exercer o ofício de Presidente da República, **embora conservem** a titularidade funcional da chefia e direção de suas respectivas Casas.

Feito esse registro, que objetiva meramente adequar a parte dispositiva de meu voto aos fundamentos que me orientaram na sessão plenária de 03/11/2016, e pedindo licença a Vossa Excelência, Senhora Presidente, **e também** aos eminentes Ministros **que me precedem** na votação da matéria **concernente ao referendo** da douta decisão proferida pelo eminente Ministro Relator, **gostaria**, se me for permitido, **de antecipar** o meu voto sobre essa questão.

Antes, porém, **parece-me oportuno**, em face das circunstâncias que cercam este julgamento, **fazer algumas observações** que reputo adequadas ao presente momento.

Tenho para mim que é pela **compreensão do alcance e do significado do princípio da separação de poderes** que se viabiliza, no plano da organização institucional do Estado, **a concretização do respeito** ao comando inscrito na Constituição Federal **no sentido** de que os Poderes da República, **embora independentes, não de ser harmônicos entre si**.

ADPF 402 MC-REF / DF

Desse modo, Senhora Presidente, **torna-se imperioso reconhecer que essa é uma realidade política** que se mostra essencial à compreensão mesma do nosso mecanismo de governo.

É por isso que os representantes do Povo brasileiro, **reunidos** em Assembleia Nacional Constituinte **para instituir** um Estado Democrático de Direito, **ao elaborarem** a Constituição que nos rege, **mostraram-se** atentos e sensíveis à experiência histórica das sociedades políticas e **fizeram consagrar**, na Constituição da República que promulgaram, **fiéis** à nossa própria tradição constitucional, **um princípio revestido de fundamentalidade marcante no plano** das relações institucionais entre os órgãos da soberania nacional, **vale dizer**, entre o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

A Constituição Federal, **ao dispor** sobre a configuração institucional do Estado brasileiro, **proclama** que os poderes da República são independentes. **Não obstante** esse grau de autonomia, os Poderes do Estado – que, *na realidade*, são interindependentes – **devem manter convívio harmonioso** em suas relações institucionais, para que, **do respeito recíproco** entre as diversas instâncias de poder, **possam resultar, como normalmente tem ocorrido, práticas governamentais** cujo paradigma constante **resida no respeito consciente** aos grandes princípios proclamados pela Constituição.

Esta Suprema Corte tem a exata percepção de que a harmonia entre os poderes da República **qualifica-se, bem por isso, como valor constitucional a ser permanentemente preservado e cultivado**. Mais do que mero rito institucional, **o convívio harmonioso** – e reciprocamente respeitoso – **entre** os poderes do Estado **traduz** indeclinável obrigação constitucional **que a todos se impõe**.

ADPF 402 MC-REF / DF

Nesse contexto, torna-se essencial reconhecer a soberania da Constituição e a supremacia da ordem político-jurídica nela plasmada, proclamando-lhe, sempre, a superioridade sobre todos os atos do poder público e sobre todas as instituições do Estado, a significar que parlamentares, administradores e magistrados devem-lhe incondicional e permanente reverência.

É importante ter presente, bem por isso, que o Parlamento recebeu dos cidadãos não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Poder, desde que respeitadas as exigências formais e os limites materiais estabelecidos pela Constituição Federal.

O Poder Legislativo, ao desempenhar a sua tríplice função – a de representar o Povo, a de formular a legislação da República e a de controlar as instâncias governamentais de poder –, jamais poderá ser acoimado de transgressor da ordem constitucional, pois, na realidade, estará exercendo, com plena legitimidade, os graves encargos que lhe conferiu a própria cidadania.

De outro lado, o Judiciário, quando interviém para conter os excessos do poder e assegurar as franquias constitucionais, exerce, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgide o princípio da separação de poderes.

Torna-se fácil concluir, pois, que o normal desempenho, pelos Poderes do Estado, das prerrogativas institucionais que lhes foram legitimamente atribuídas não implica qualquer gesto de desrespeito ou de transgressão aos postulados maiores fundados na Constituição da República.

Nisso reside a essência do princípio da separação de Poderes em qualquer regime democrático sujeito ao império da lei.

ADPF 402 MC-REF / DF

A submissão de todos nós à supremacia da Constituição **representa fator essencial** de preservação da ordem democrática, por cuja integridade **devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo.**

No Estado Democrático de direito, *por isso mesmo*, Senhora Presidente, **não há espaço para o voluntário e arbitrário desrespeito ao cumprimento das decisões judiciais, pois a recusa** de aceitar o comando emergente dos atos sentenciais, **sem** justa razão, **fere** o próprio núcleo conformador e legitimador da separação de poderes, **que traduz – vale sempre insistir nessa asserção – dogma essencial inerente** à organização do Estado **no plano** de nosso sistema constitucional.

O **inconformismo** com as decisões judiciais **tem**, *no sistema recursal*, o meio legítimo de impugnação das sentenças **emanadas** do Poder Judiciário.

Contestá-las por meio de recursos **ou** de meios processuais idôneos, **sim; desrespeitá-las** por ato de puro arbítrio **ou** de expedientes marginais, **jamais, sob pena de frontal vulneração** ao princípio fundamental **que consagra** o dogma da separação de poderes.

Uma Constituição escrita – *cabe lembrar* – **não configura** mera peça jurídica, **nem representa** simples estrutura de normatividade, **nem pode caracterizar** um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações, **pois a Constituição, que há de refletir o espírito do tempo, traduz** um documento político-jurídico **da maior** importância, sob cujo império **hão de reger-se** as relações entre os Poderes do Estado **e hão de resolver-se e superar-se** quaisquer situações de eventuais atritos **ou** fricções de ordem institucional.

ADPF 402 MC-REF / DF

Um dos pontos de partida para manter-se o convívio harmonioso entre os Poderes da República **situa-se** no cumprimento de decisões judiciais, **pois desobedecer** sentenças do Poder Judiciário **significa praticar** gesto inequívoco de desprezo **inaceitável** pela integridade e pela supremacia da Lei Fundamental do nosso País.

É, pois, **com esse espírito**, *permanentemente voltado à necessidade de fazer prevalecer* a superioridade da Lei Fundamental do Estado *e de sempre conviver em harmonia recíproca* com os demais Poderes da República, **que devemos todos prosseguir** no desempenho das altas funções que nos confiou o Povo deste País, **a quem devemos servir** *com fidelidade e com o melhor de nossos esforços*.

A importância do Poder Legislativo **e** do Poder Judiciário, **tanto quanto** do Poder Executivo, **na estrutura institucional** em que se organiza o aparelho de Estado **assume** significativo relevo político, histórico e social, **pois não há**, *na história das sociedades políticas*, **qualquer** registro de um Povo que, **despojado** de um Legislativo **e** de um Judiciário independentes, **tenha conseguido preservar** os seus direitos **e conservar** a sua própria liberdade.

Com essas observações, Senhora Presidente, **passo a apreciar** a proposta de referendo **formulada** pelo eminente Ministro Relator.

Sabemos todos que a figura institucional do Presidente da República ocupa **posição central** no contexto do regime político que entre nós vigora. Essa **tem sido uma constante histórica**, ao longo do constitucionalismo republicano, **desde** o golpe de estado **que conduziu** à proclamação da República, em 15 de novembro de 1889.

É interessante observar *que todas as constituições republicanas brasileiras*, **com a só exceção** da Carta autocrática de 10 de novembro de 1937, **previram** o afastamento cautelar do Presidente da República, **quando**

ADPF 402 MC-REF / DF

instaurado, contra ele, processo de natureza político-administrativa (“impeachment”) ou processo de índole penal.

Todos esses estatutos constitucionais republicanos **impuseram** ao Presidente da República o *afastamento cautelar* do desempenho das atribuições **inerentes** ao ofício presidencial, **na hipótese de instauração, contra ele**, de processo penal condenatório **resultante** do recebimento, *pelo Supremo Tribunal Federal*, da acusação **formulada por suposta prática** de infração penal comum.

As razões pelas quais as Constituições brasileiras, **excetuada** a Carta Política de 1937, **impuseram** o *afastamento preventivo ou cautelar* do Presidente da República **apoiam-se na necessidade de preservar-se a própria respeitabilidade das instituições da República e a própria dignidade institucional** do ofício presidencial, **residindo**, nesses valores, **o fator primordial** subjacente a essa medida extraordinária.

A Constituição Federal, **promulgada** em 1988, **estabelece**, *na linha de nossa tradição republicana*, que, **admitida** a acusação contra o Presidente da República, por 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara dos Deputados (CF, art. 51, I), **será ele submetido**, *nas infrações penais comuns*, a **juízo** perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 86, “caput”).

Tratando-se de infração penal comum, **e sendo recebida** a denúncia **ou** a queixa-crime por esta Suprema Corte, **ficará** o Presidente da República **suspenso** de suas funções **pelo prazo** de 180 (cento e oitenta) dias (CF, art. 86, § 1º, I).

Se, porém, decorrido esse prazo constitucional, o juízo **não estiver** concluído, **cessará o afastamento cautelar** do Chefe do Poder Executivo da União, **sem prejuízo do regular prosseguimento** do processo penal contra ele (CF, art. 86, § 2º).

ADPF 402 MC-REF / DF

Vê-se, portanto, que se registra, em tal situação, a suspensão cautelar e automática do exercício do mandato presidencial, que traduz, em referido contexto, consequência natural e necessária do recebimento da acusação criminal por decisão desta Suprema Corte, que é o juiz natural do Presidente da República nas infrações penais comuns.

A cláusula constitucional inscrita no art. 86, § 1º, da Carta Política torna claro o sentido de intencionalidade do constituinte que quis impor ao Presidente da República o afastamento cautelar (e temporário) do desempenho do mandato presidencial, considerada, em essência, como destacou o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, a exigência de preservação da respeitabilidade das instituições republicanas, que constitui, na verdade, o núcleo que informa e conforma esse processo de suspensão preventiva.

É por isso que entendo que os substitutos eventuais do Presidente da República, se tornados réus criminais perante o Supremo Tribunal Federal, não poderão ser convocados para o desempenho transitório do ofício presidencial, pois não teria sentido que, ostentando a condição formal de acusados em juízo penal, viesses a dispor de maior poder jurídico, ou de maior aptidão, que o próprio Chefe do Poder Executivo da União, titular do mandato presidencial.

Em tal situação, incide, sobre referidos substitutos eventuais, a mesma razão que justifica o afastamento preventivo do próprio Presidente da República do exercício de seu mandato executivo.

Em uma palavra: se o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal tornarem-se réus criminais perante esta Corte Suprema, em razão do recebimento de denúncia ou de queixa-crime, ficarão eles impedidos de exercer, mediante substituição, o ofício de Presidente da República, pois nada poderá justificar que meros substitutos eventuais desempenhem

ADPF 402 MC-REF / DF

essa função **quando** a Constituição simplesmente nega ao próprio titular do mandato presidencial essa possibilidade.

Disso resulta que os agentes públicos **que detêm** as titularidades funcionais **que os habilitam**, constitucionalmente, **a substituir** o Chefe do Poder Executivo da União em caráter eventual, **caso tornados réus criminais** perante esta Corte, **não ficarão afastados**, “*ipso facto*”, dos cargos de direção **que exercem** na Câmara dos Deputados, no Senado Federal **e** no Supremo Tribunal Federal. *Na realidade*, **apenas sofrerão interdição** para o exercício do *ofício de Presidente da República*.

Em consequência, e *como revelam os próprios fundamentos de meu voto* proferido em 03/11/2016, **a substituição** a que se refere o art. 80 da Constituição Federal **processar-se-á** “*per saltum*”, **de modo a excluir aquele** que, *por ser réu criminal perante o Supremo Tribunal Federal*, **está impedido** de desempenhar o *ofício de Presidente da República*.

Isso, contudo, *vale enfatizar*, **não impede nem obsta** que esse substituto eventual, **embora inabilitado** para o exercício temporário da função de Presidente da República, **continue** a desempenhar a função de Chefia *que titulariza* na Casa a que **pertence**: a Câmara dos Deputados, o Senado Federal **ou** o Supremo Tribunal Federal.

Assim, e *tendo em consideração os fundamentos que deram suporte ao voto que proferi em 03/11/2016*, **entendo**, com a devida *vênia*, **que não se justifica o afastamento cautelar** do Senhor Presidente do Senado Federal da posição para a qual foi eleito por seus pares, **ainda mais porque incorrente**, segundo penso, **situação configuradora** de “*periculum in mora*”, **pois**, na eventualidade do impedimento do Senhor Presidente da República, **a convocação para substituí-lo recairá**, *observada a ordem de vocação estabelecida no art. 80 da Carta Política*, na pessoa do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **inexistindo**, *desse modo*, **razão** para adotar-se medida tão extraordinária **como a imposta** pela decisão em causa.

ADPF 402 MC-REF / DF

Tenho para mim que, **se** situação caracterizadora de “*periculum in mora*” houver, **referir-se-á** ela a uma típica hipótese de “*periculum in mora*” em sentido inverso, **pois não há dúvida** de que a medida cautelar **deferida**, “*incidenter tantum*”, **na presente** sede processual **poderá inibir ou interferir** no funcionamento da Câmara Alta do Congresso Nacional, **afetando-lhe** as atividades institucionais **e projetando-se, ante os inevitáveis reflexos políticos daí resultantes, com grande impacto** sobre a própria agenda legislativa do Senado Federal, **em contexto** no qual se destaca, **de modo preocupante, a crise gravíssima e sem precedentes** que assola o nosso País.

De qualquer maneira, no entanto, a adoção de medida tão grave e excepcional como o afastamento cautelar do próprio Chefe do Poder Legislativo da União não poderia ter sido ordenada, **segundo penso, sem que se lhe propiciasse, ao menos, o direito básico, que assiste a qualquer cidadão** desta República, **consistente** na prerrogativa de exercer o direito de defesa, **neste compreendidos todos os atributos que lhe são inerentes, como a garantia do contraditório e do devido processo legal, tal como o reconhece a própria jurisprudência constitucional desta Corte Suprema (RDA 97/110 – RDA 114/142 – RDA 118/99 – RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 253/2002 – RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.), cujos inúmeros e sucessivos julgados reiteradamente proclamam e advertem** que o Estado, **em tema de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer** a sua autoridade **sem** considerar, **no exercício de sua atividade, o postulado** da plenitude de defesa, **pois o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer medida estatal que importe em limitação de direitos exige a fiel observância da garantia fundamental do devido processo legal.**

ADPF 402 MC-REF / DF

Desse modo, Senhora Presidente, **peço vênia** ao eminente Relator, **para, não obstante** a sua sempre douta manifestação, **referendar apenas em parte, em menor extensão**, a decisão ora em exame, **consignando que os substitutos eventuais** do Presidente da República **a que se refere** o art. 80 da Constituição, **caso ostentem** a posição de réus criminais **perante** esta Corte Suprema, **ficarão unicamente impossibilitados** de exercer o ofício de Presidente da República, **embora conservem** a titularidade funcional da chefia e direção de suas respectivas Casas, **a significar, no presente julgamento**, que **não** se justifica o afastamento cautelar **do atual** Presidente do Senado Federal, **o Senador Renan Calheiros**.

É o meu voto.

07/12/2016

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Também queria iniciar o meu voto, como não poderia deixar de ser - já me manifestei -, trazendo uma palavra, não em nome do Tribunal, porque todos se manifestaram, mas de solidariedade ao trabalho desenvolvido pelo Ministro Marco Aurélio no curso de sua carreira. Qualquer decisão judicial, como não poderia deixar de ser, desagrada, e o desagrado pode levar a qualquer tipo de observação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Por favor!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Muito menos minha higidez mental!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O trabalho realizado pelo juiz é sempre um trabalho árduo, um trabalho difícil, e, por isso mesmo, nem sempre reconhecido. Mas, como somos um Colegiado, acho que temos que estar unidos - e tenho feito, reiteradamente, esta afirmativa - não apenas entre nós - o que às vezes é até mal interpretado, porque fica parecendo que sermos unidos é ruim ou conversarmos é ruim. Enfim, é certo que é da união e da reunião das pessoas que, nas divergências, nós podemos chegar ao consenso em benefício da melhor prestação jurisdicional.

Também não gostaria de deixar de atentar, aqui, neste momento especial que vivemos no Brasil, para a busca da conciliação e do respeito integral à Constituição brasileira, como um dos seus pilares, e para o respeito integral que este Poder Judiciário e este Supremo Tribunal Federal, no curso de sua história, demonstram quanto à independência e, em especial, à harmonia dos Poderes, que jamais foi, em qualquer momento, conspurcado e nem tende a isso. O que não significa que nós

ADPF 402 MC-REF / DF

tenhamos, em algum momento, possibilidade de renunciarmos aos nossos deveres, ao nosso juramento de cumprir a Constituição, de defender as leis da República e de aplicá-las, como exercício estrito das nossas obrigações, às quais nos encontramos vinculados. O que não significa, em nenhum momento, desrespeito a qualquer dos Poderes. Nem aceitaríamos, evidentemente, que o nosso comportamento fosse assim interpretado, porque o testemunho histórico deste Tribunal é nesse sentido. Portanto, é em benefício do Brasil e da garantia da Constituição, de que somos guardiões por norma expressa da Constituição, que, neste momento, impõe-se de uma forma muito especial a prudência do Direito e dos magistrados, o que estamos tentando, reiteradamente, fazer: atuar com o máximo de respeito e observância dos pilares da República e da democracia.

Como estamos vivendo momentos mais difíceis economicamente, financeiramente, isto pode levar a compreensões e a comportamentos que em nada contribuirão para que a gente tenha o fortalecimento das instituições democráticas, republicanas e federativas do Brasil, que é o compromisso, tenho certeza, de todos os agentes públicos, de todos os servidores públicos e de todos os cidadãos brasileiros.

O Brasil tem sido um permanente aprender e um saber de repente, como diria o nosso poeta que partiu essa semana, Ferreira Gullar, que dizia que "uma parte de mim é permanente, outra parte, se sabe, é um saber de repente". Parece que, no Brasil, nós temos que aprender esse saber de repente, porque somos surpreendidos, a cada momento, com incompreensões a respeito de nossas atitudes. E reitero que é preciso que tenhamos cuidado para não nos conduzirmos, nós todos, 204 milhões de brasileiros, no sentido de nos unirmos para sair desta fase e deixar um Brasil melhor, pelo menos, para os que vierem depois de nós.

Como aqui já foi dito pelo Ministro Celso de Mello, nosso querido Decano, ordem judicial há de ser cumprida. E há de ser cumprida para que a gente tenha a ordem jurídica prevalecendo e não o voluntarismo de quem quer que seja. Ordem judicial pode ser discutida, é discutida, há recursos, e, no Brasil, excesso de recursos, para que isso aconteça. O que

ADPF 402 MC-REF / DF

fica difícil é verificar que, às vezes, viram-se as costas a um oficial de Justiça, que é uma forma de dar as costas ao próprio Poder Judiciário, em um exemplo não edificante para uma sociedade que precisa, cada vez mais, educar-se no sentido do civismo e da convivência pacífica. Quando este oficial de justiça e quando estes agentes públicos que dão as decisões judiciais no cumprimento dos seus deveres se veem maltratados, de alguma forma, no sentido de ter as costas de outros órgãos viradas; quando é do Supremo, é virar as costas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário. E tenho, Senhores Ministros, buscado, nestes 10 anos, na condição de Juíza - e acho que muitos aqui são testemunhas -, permanentemente abrir as portas para que a gente tenha um convívio mais fácil, para que se possa entrar um no pensamento do outro, e até na divergência do outro, para a gente chegar a consensos, sem os quais não há possibilidade de construção deste Brasil solidário, que está no art. 3º da Constituição. E, nesta tentativa, portanto, não espero algo diferente de qualquer Poder, e tenho certeza que todos os Poderes querem a construção de um Brasil muito melhor.

Por isso, faço essas observações iniciais para reafirmar a minha crença na tentativa de união e reunião de nós todos que somos, como servidores públicos, integrantes de um mesmo Brasil, de um Poder que tem os órgãos de manifestações e de competências diferentes, entretanto, todos - e o Poder é uno no Estado - com o mesmo objetivo e apenas com atribuições diferentes. Mas todos nós subordinados, submetidos, rigorosamente, ao que está posto na Constituição.

Acho que os cidadãos brasileiros hão de ficar tranquilos, que se há alguém que não pode aceder e nem descumprir leis é exatamente o Poder Judiciário; e é isso que estamos a fazer permanentemente.

No que se refere à liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio - e que agora é objeto de referendo -, também, como o Ministro Ricardo Lewandowski, ainda não votei no mérito, razão pela qual deixo de me manifestar sobre a parte que, no momento oportuno, haverei de exarar o voto, mas ponho-me de acordo com a liminar deferida. Aquele que, estando em condição de réu - e que, portanto, na condição de eventual

ADPF 402 MC-REF / DF

substituto que pode ser chamado -, não pode exercer o cargo que tenha, entre as suas atribuições, exatamente esta. Entretanto, como foi realçado aqui em mais de uma ocasião, o deferimento de uma liminar, antes do término do julgamento e antes da finalização do inquérito, no qual se tornou réu o interessado - no caso, no exercício agora, do Presidente da Câmara -, faz com que, nos estritos termos da Lei, não possa deferir, nesta parte, a liminar - tal como posto pelo Ministro Decano - pela circunstância de que a Lei também exige requisitos muito estritos para que se possa, desta forma, fazer com que o afastamento seja imediato e determinado sem o cumprimento dos prazos que são fixados nos termos dos Regimentos e das normas de outro Poder. Como lembrei, é da independência e harmonia dos Poderes que nós teremos que extrair as diretrizes para a fixação do julgamento e para a definição do julgado.

Por isso, peço vênias ao Ministro-Relator para acompanhar o voto inicialmente divergente do Ministro Decano, acatando e ratificando a liminar na parte que se refere a que todo aquele que, detendo um mandato, e esteja em linha de substituição do Presidente da República, o qual, se tiver denúncia recebida, há de ser afastado, há de ser aplicado. Isto não me leva ao afastamento automático e imediato - que é a segunda parte -, tão somente pela circunstância de não haver o *periculum in mora*, o perigo da demora, a urgência qualificada, que a legislação exige. Sem embargo de - como está essa primeira parte, ratificada agora por maioria, seis votos, e os outros três votos a ratificam porque o Ministro-Relator deferiu, e foi ratificada por todos, portanto, na primeira parte, à unanimidade - o próprio órgão senatorial poder adotar as medidas necessárias, conforme o entendimento que vier a fixar, mas no espaço específico daquela Casa, deixando que isto seja ali deliberado.

Portanto, pedindo vênias, mais uma vez, ao Ministro-Relator, apenas nesta parte do afastamento automático e não de conceder que a própria Casa adote as providências que entender cabíveis, eu referendo a liminar parcialmente para assentar que eventuais substitutos ficam impossibilitados de exercer cargo na linha de substituição do Presidente da República, o que deverá, liminarmente, ser cumprido.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA (41458/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO - PMDB

ADV.(A/S) : MARCELO DE SOUZA DO NASCIMENTO (0023180/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE - PHS

AM. CURIAE. : PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL - PTN

AM. CURIAE. : PARTIDO PROGRESSISTA - PP

AM. CURIAE. : SOLIDARIEDADE - SDD

AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIAL CRISTÃO - PSC

AM. CURIAE. : PARTIDO REPUBLICANO BRASILEIRO - PRB

ADV.(A/S) : RICARDO MARTINS JÚNIOR (54071/DF)

Decisão: O Tribunal **referendou**, em parte, a liminar concedida, para assentar, por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, e, por maioria, **nos termos** do voto do Ministro Celso de Mello, **negou** referendo à liminar, **no ponto** em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas, **no que foi acompanhado** pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), **vencidos** os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que referendavam integralmente a liminar concedida. **Prosseguindo** no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, **não** referendou a medida liminar na parte em que ordenava o afastamento imediato do **senador Renan Calheiros** do cargo de Presidente do Senado Federal, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, **vencidos** os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, restando prejudicado o agravo interno. O Ministro Celso de Mello ajustou a parte dispositiva de seu voto de mérito, proferido na assentada anterior, aos fundamentos dele constantes, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, mantidos os termos de seu voto. Declarou-se suspeito o Ministro Roberto Barroso. Ausente,

justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, em face da participação na 25ª Sessão do Conselho de Estados Membros do Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (Idea), realizada em Estocolmo, Suécia. Falaram, pela requerente, REDE SUSTENTABILIDADE, o Dr. Daniel Sarmento; pelo Senado Federal, o Advogado-Geral do Senado, Dr. Alberto Cascais; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 07.12.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário