

Parecer

Análise de possibilidade de tomada de providências em face do Presidente da República, Michel Temer, e Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal

Trata-se de questionamento quanto à viabilidade, bem como de possibilidade, de tomada de providências, judiciais ou não, em face do então Presidente da República Michel Temer, diante de recentes acontecimentos políticos que noticiam, *em tese*, sua coparticipação e tráfico de influência em relação a grandes empresários e empresas ligadas ao governo brasileiro, notadamente a Joesley Batista, JBS e Odebrecht; e relativamente a Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, o qual presidiu o julgamento junto ao Tribunal Superior Eleitoral, no período entre 06 e 09 de junho do corrente ano, das Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJEs) 1547-81 e 1943-58, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) 7-61 e a Representação por captação ou gasto ilícito de recurso (RP) 8-46, propostas pelo PSDB e que questionaram a idoneidade da campanha eleitoral realizada pela chapa Dilma-Temer nas eleições presidenciais de 2014.

O julgamento, por um placar de quatro votos a três, culminou na improcedência dessas ações constitucionais e, conseqüentemente, na manutenção do mandato presidencial de Michel Temer. Questiona-se, em relação a Gilmar Mendes, cujo voto foi o verdadeiro fator decisivo e que desempatou o julgamento, se a conduta do magistrado foi idônea e correta juridicamente, o que, assim como relativamente ao primeiro questionamento, tentará ser respondido de maneira suficientemente satisfatória.

Foram utilizados, para os fins concernentes a esta análise, jurisprudência, doutrina e consulta a relatos jornalísticos recentíssimos, os quais acabaram por influenciar o raciocínio e a fundamentação que será adiante deslindada.

Por derradeiro, insta consignar que, muito embora os assuntos sofram de uma imbricação muito forte entre si (dois temas que,

querendo ou não, envolvem doses muito fortes tanto de Direito quanto de Política), escolheu-se separá-los para fins didáticos.

Pois bem.

I. Michel Temer

É de conhecimento notório e amplamente noticiado que, na data de 18 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal retirou o sigilo das delações premiadas de executivos, bem como dos efetivos donos, da JBS, empresa investigada no âmbito da Operação Lava-Jato. Eis que, nos “anexos” (termo técnico utilizado no âmbito das delações premiadas previstas na Lei nº 12.850/2013), isto é, nos meios de prova trazidos pela colaboração de Joesley Batista, estava um áudio que representava um encontro do empresário com o presidente, realizado mais cedo este ano no Palácio do Jaburu. Ao que tudo indica, ao falar “Tem que manter isso, viu?”, o Presidente parecia concordar com uma aparente compra do silêncio do ex-deputado federal e ex-presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha.

Isso foi o suficiente para que, poucos dias após a quebra do sigilo das delações, o Supremo Tribunal Federal autorizasse, formalmente, a abertura de inquérito policial em face do Presidente da República tendo como base os anexos da colaboração premiada de Joesley Batista. Aí incluída, obviamente, o áudio da conversa, o qual foi, posteriormente, desconsiderado (pelo menos por enquanto) como meio efetivo de prova, pela mesma Suprema Corte, diante da ausência de uma efetiva perícia realizada sobre o arquivo, o que poderia pôr em xeque suas confiabilidade e legitimidade como elemento de prova.

Há poucos dias, entretanto, em relatório parcial da Polícia Federal, [opinou-se](#) pela existência de indícios de materialidade criminosa, bem como de autoria, o que já, pelo menos em tese, autorizaria o oferecimento de denúncia por parte da Procuradoria-Geral da República na pessoa de seu Procurador-Geral.

Pois bem.

Em questionamento (a razão de ser do presente e humilde estudo), sustenta-se a existência de um decreto presidencial, ou de qualquer outro ato do Presidente da República, em que este se compromete a fixar um verdadeiro critério objetivo para a nomeação de Ministros de Estados. Essa atitude do Chefe do Executivo é auto explicável: ao verificar-se a lista dos Ministros nomeados logo no início de seu governo interino, ainda em maio de 2016, 08 dos 28 Ministros de Estados estavam ou sob investigação ou já eram réus em processos criminais, o que lhes conferiam, rapidamente, foro privilegiado.

A resposta teria vindo, como ora se sustentou, na forma de um decreto presidencial ou qualquer outro ato do Presidente em que se fixou um dito critério objetivo: o afastamento dos Ministros estaria condicionado ao recebimento das denúncias pelo Juízo penal competente. Antes disso, ou seja, na fase pré-processual de inquérito, eles estariam com seus cargos garantidos.

Sustentou-se, da mesma forma, que esse critério fosse também estendido, por questão de moralidade e de isonomia, ao próprio Presidente da República, idealizador desse juízo de discernimento.

Entretanto, em que pese a alegação de existência de um decreto, um olhar sobre a [página na internet](#) do Palácio do Planalto confere a ideia de que inexistente tal ato normativo – pelo menos algum decreto presidencial responsável pela obrigatoriedade da adoção dessas medidas diante do recebimento de denúncias envolvendo Ministros de Estado. Conferiu-se os decretos exarados nos anos de 2017 e 2016 (até maio de 2016, data de sua posse como, até então, presidente interino). Não se encontrou nada nesse sentido. Em verdade, as únicas menções a Ministros nos decretos desse período se reportam a substituição de cargos nos Ministérios do governo.

Mesmo que se considerasse, por um momento, a possibilidade de adoção de um decreto para esses fins – fixação de limites para a nomeação de Ministros de Estado – seria flagrantemente inconstitucional, já que não é prevista pelo disposto no art. 84, IV, da Constituição, inciso que trata da possibilidade de promulgação de leis e demais atos normativos, bem

como sobre a expedição de decretos que visem à regulamentação dessas mesmas leis e demais atos normativos federais.

Isto é, para que seja cabível a existência de um decreto presidencial com essa natureza e fim, seria necessário que esse mesmo decreto presidencial regulamentasse uma lei federal previamente sancionada, a qual não existe. Na verdade, inclusive se lei lançada nesses termos existisse, ela também seria inconstitucional, eis que a questão aqui tratada - nomeação de Ministros de Estado - já é tratada como competência privativa do Presidente da República pelo art. 84 da CF/88, uma norma de eficácia imediata e plena e que independente de regulamentação infraconstitucional para esses fins.

Sendo incontroversa a inexistência de decreto presidencial nesses termos - e, caso existisse, sua flagrante inconstitucionalidade - basta analisar se qualquer outro ato do Presidente da República manifestando a vontade de adoção desse critério objetivo de nomeação de Ministros bastaria para vincular a Presidência e demais Administração Pública Federal.

Eis que a Constituição traz, em um rol taxativo no art. 59, o que compreende o processo legislativo:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Eis que nem mesmo os decretos presidenciais estão elencados como elementos do processo legislativo - supostamente

democrático e com ênfase na vontade popular – destacando-se, entretanto, a Medida Provisória exarada nos termos do art. 62 da Constituição.

Isso significa que, nem mesmo uma nota informativa lançada por até mesmo a Secretaria de Comunicação da Presidência da República possui força vinculante – isto é, de lei. Lembre-se que o Direito – o que efetivamente obriga e coage numa sociedade – é somente aquilo produzido e dito pelas instituições jurídicas.

Na verdade, o critério objetivo formulado pelo Presidente Temer foi anunciado não numa nota do Palácio do Planalto, tampouco por intermédio de um decreto presidencial, mas sim num discurso oficial feito por ele, na data de 13 de fevereiro de 2017, conforme [noticiado](#) pela Folha de São Paulo e [corroborado em reportagem](#) pelo jornal Nexô. Cite-se trecho do discurso que aborda melhor o assunto:

Se houver denúncia, o que significa um conjunto de provas que eventualmente possam conduzir ao seu acolhimento, o ministro que estiver denunciado será afastado provisoriamente. Logo depois, se acolhida a denúncia, aí sim a pessoa se transforma em réu na Operação Lava Jato e o afastamento é definitivo. Se alguém se converter em réu, será afastado independentemente do julgamento final.

Eis que, apesar de toda essa digressão, nada dessas considerações importam realmente. Eis que discursos e notas oficiais não vinculam a Administração – assim como acontece com os decretos, que podem ser inclusive revogados se assim dispor a Administração. O que foi dito pelo Presidente á época, fevereiro de 2017, não o vincula necessariamente, ainda que por mais imoral que isso possa parecer à primeira vista. *C'est la vie*.

Porém, como dito, nenhuma dessas considerações possuem um impacto substancial na realidade. É que, até agora, Temer é somente investigado pela Polícia Federal, faltando a si um próprio requisito objetivo desse critério construído por ele mesmo – o recebimento de denúncia formal por Juízo competente, isto é, o Supremo Tribunal Federal. Impossível, até o momento, a aplicação dessa verdadeira regra não escrita ao Presidente.

Um raciocínio diverso a este também encontraria problemas considerando, ainda, outros fatos. A imunidade conferida ao Chefe do Executivo Federal pela Constituição de 1988 é extensa. O recebimento de denúncia contra o Presidente da República, versando ela sobre infração penal comum (corrupção, no caso de Temer), somente acontecerá após autorização de 2/3 (ou seja, maioria absoluta) dos membros da Câmara dos Deputados. Somente assim o processo será instaurado no Supremo Tribunal Federal e, nos termos do art. 86, § 1º, I, da Carta da República, ele será suspenso de suas funções pelo período máximo de 180 dias, sem prejuízo de retorno caso o processo se delongue por mais que isso.

Levando isso em consideração ao caso concreto, mesmo que, na perspectiva mais otimista, segundo a qual o oferecimento da denúncia se dará nos próximos dias ou semanas, a adoção de qualquer medida diferente do que já ocorre seria infrutífera, já que existe, atualmente, procedimento investigativo correndo contra o Presidente, no bojo do qual já existe relatório parcial da Polícia Federal como dito acima.

É assim, sem mais nem menos, que se entende pela inefetividade de adoção de medidas em face dessa situação. Em parte porque (i) inexistente decreto ou qualquer outro ato vinculante que obrigue Michel Temer a usar, contra si, critério que inclusive veio a ser inutilizado por ele próprio posteriormente em seu governo; (ii) já existem procedimentos investigatórios em trâmite no STF, havendo a perfeita faculdade puramente política da Câmara dos Deputados em aceitar ou rejeitar futura e eventual denúncia em face do atual Presidente.

É o que se tinha para informar sobre esse caso em particular.

II. Gilmar Mendes

Um segundo questionamento objeto desse estudo diz respeito à atuação do Ministro do STF Gilmar Mendes, que presidiu o julgamento, no Tribunal Superior Eleitoral, das Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJEs) 1547-81 e 1943-58, a Ação de Impugnação de Mandato

Eletivo (AIME) 7-61 e a Representação por captação ou gasto ilícito de recurso (RP) 8-46, que culminaram na improcedência dos intentos de ver a cassação da chapa Dilma-Temer, restando, assim Michel Temer em seu cargo.

Questiona-se, assim, o decoro e a juridicidade do voto de desempate de Mendes, sendo considerado, por muito, como o voto que salvaguardou Temer.

Inicialmente, cumpre abordar o que tem sido dito, mesmo que de maneira velada, sobre o julgamento como um todo realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral – sem, aqui e por enquanto, realizar distinção entre os votos dos Ministros: tem-se a ideia, muito difundida, de que o julgamento teria sido político. Não foram poucas vezes em que se difundiu o pensamento de que Gilmar Mendes, de filiação ideológica e partidária ao PSDB e, inclusive, como amigo do Presidente, teria *forçado* uma apreciação diferente das matérias e dos fatos jurídicos tratados naquelas ações.

Cumpre transcrever o que Roberta Gresta e Fernando Neisser disseram, logo no início, numa [análise extensa](#) (e excelente, diga-se) do julgamento do TSE¹:

Parte dos que se frustraram desabafa: “a decisão foi política, não jurídica”. Apesar do ineditismo de se haver julgado o mérito de pedido de cassação dirigido contra um mandato presidencial, aquela afirmação é o mais frequente bordão dito ao final de julgamentos da Justiça Eleitoral. Seja quando se conclui pela cassação, seja quando se conclui pela manutenção do eleito, é muito possível que se ouça esse veredicto. Mas o que anima esse tipo de afirmação?

Mais frequentemente, trata-se de uma reação à insatisfação com o resultado previamente esperado. O dispositivo da decisão, se contrário à expectativa do indivíduo, corre sério risco de ser tachado de “político”. Raramente promove-se o

¹ Os próprios autores da análise citada admitem, mas aqui também vale a pena mencionar: a análise é limitada aqui, logicamente, pela inexistência de um acórdão já publicado.

adequado teste de legitimidade de uma decisão judicial: o exame da fundamentação adotada na decisão.

Eis que o ponto fulcral do debate que se assentou no TSE dizia, entre tantas outras coisas, a respeito da utilização das colaborações premiadas da JBS aos processos eleitorais.

A dúvida que restou foi a seguinte: essas delações tratariam de provas novas (e, portanto, passíveis de juntada aos autos desde que observadas as garantias da ampla defesa e contraditório) ou se aquilo se tratava de modificação da *causa petendi* (trazendo, portanto, fatos novos às ações, o que seria vedado)², o que feriria de morte a estabilização da demanda, modalidade de garantia processual prevista no art. 329 do Novo Código de Processo Civil.

Quatro Ministros do TSE decidiram que a adoção de tais colaborações acabaria modificando a causa de pedir das ações, razão pelas quais elas não poderiam ser levadas em conta nos votos.

Outra questão trabalhada nos autos nos remete ao estudo da constitucionalidade do art. 23 da Lei Complementar nº 63/90, que autoriza o juiz eleitoral a procurar quaisquer indícios como elemento de prova. Trata-se de um juiz inquisitorial e, portanto, de constitucionalidade duvidosa, razão pela qual se remete à leitura da [análise acima referenciada](#) e que expõe, com maiores detalhes, a refutação de cada um dos argumentos do Ministro Relator Herman Benjamin.

Mesmo que não se analisasse, efetivamente, o mérito da decisão de Gilmar, o que foi feito, como se vê, a adoção de medidas

² Esse entendimento pode parecer um tanto quanto estranho à primeira vista, mas, numa visão hermenêutica mais moderna (pós-positivista inclusive), os conceitos de fato e de direito – classicamente concebidas como “questões de fato” e “questões de direito” não são mais tão inseparáveis assim. Eis que direito e fato não mais se separam portanto. Um estudo interessante nesse sentido, e que aborda especificamente a polêmica em torno da Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça, é o livro Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ, [presente no Arcos](#).

em face do Ministro, em razão da sua manifestação como magistrado, tem legalidade questionável.

Isso ocorre porque o art. 41 da LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/1979) dispõe que

salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

Essa disposição serve como uma garantia tanto de zelo profissional aos magistrados, já que o teor das decisões judiciais não pode ser questionado fora do próprio sistema recursal estabelecido pela Constituição e Códigos de Processos e leis esparsas, bem como à separação de poderes (art. 2º da Constituição).

Verifica-se que é impossível enquadrar o ato de Gilmar Mendes quando, pelo menos de maneira plausível, sua decisão fica, pelo menos juridicamente, de pé.

O voto de Gilmar Mendes, por mais impopular que seja, não faz com que ele incorra, por exemplo, em nenhuma das hipóteses que possam configurar um crime de reponsabilidade nos termos da Lei nº 1.079/1950.

Repita-se: por mais impopular que seja seu voto, criminalizar o voto de Gilmar resultaria na criminalização da própria jurisdição e o fim da imunidade de palavra de juízes.

Ressalte-se que existem meios constitucionalmente adequados para questionar a conduta de membros do Judiciário que agem de maneira ímproba. Vide o CNJ - Conselho Nacional de Justiça - CNJ, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Desta feita, sou da opinião de que, em nome da preservação da imunidade jurisdicional, bem como da separação dos poderes

prevista no art. 2º da Constituição, não existem medidas a serem tomadas em face de Gilmar Mendes em razão da prolação de seu voto³ nas Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJEs) 1547-81 e 1943-58, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) 7-61 e a Representação por captação ou gasto ilícito de recurso (RP) 8-46.

Sendo isso a informar, passo

À consideração superior,

Danilo

Marília, 21 de junho de 2017.

³ O que não impede, por óbvio, a averiguação da ocorrência de ilícitos em quaisquer outras oportunidades.