

**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 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 “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 hão 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 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 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 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 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 precavou 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 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 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.

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, 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. Hoje, encontra-se desafiado, no que sequer conseguiu notificar o Presidente, o Vice-Presidente e o Primeiro Secretário do Senado da decisão proferida, ficando o triste exemplo para os jurisdicionados em geral.

O Supremo não pode despedir-se do dever de tornar prevalecente a óptica já adotada – o foi no corrente ano – sem que isso importe

ADPF 402 MC-REF / DF

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 e confirmada 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 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, 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

ADPF 402 MC-REF / DF

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 assentada e executada pelo Supremo.

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

ADPF 402 MC-REF / DF

com sinalização de prática criminosa.

É como voto.

Em revisão