

Artigos

Recebido: 13.04.2022

Aprovado: 11.09.2024

Publicado: 12.2024

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v12i3.9760>

O Supremo Tribunal Federal e as nomeações de Ministros de Estado: moralidade constitucional ou “suprema” arbitrariedade?

Uriel de Almeida Vasconcelos

Universidade do Extremo Sul Catarinense

<https://orcid.org/0000-0001-7243-2329>*Pedro Germano dos Anjos*

Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC

<https://orcid.org/0000-0001-7474-8482>

Resumo: Recentemente, a intervenção do Judiciário sobre atos de matriz discricionária tem se tornado uma constante na dinâmica política brasileira. O fenômeno constitucionalista pátrio reserva ao órgão julgador atuação central na delimitação de controvérsias sociais e políticas, o que, indeclinavelmente, irradia à cúpula dos demais poderes. Pautando-se por uma atitude crítica permanente, a presente pesquisa promove um recorte epistêmico-contemporâneo (2016- 2020) na jurisprudência dos Tribunais Superiores - em especial, o Supremo Tribunal Federal - com o intuito de efetivar uma análise qualitativa em torno da suspensão do ato de nomeação de Ministros de Estado por decisões judiciais. Para tal, embasa-se em revisão bibliográfica e documental exploratória, cujo levantamento doutrinário coaduna julgados e obras de relevância acadêmica ao diagnóstico do controverso teor decisório replicado. Conclui pela existência de um controle judicial casuístico dos atos políticos, apto a violar os princípios constitucionais da separação dos poderes, da moralidade e da eficiência administrativa.

Palavras-chave: Discricionabilidade; Moralidade; Controle Judicial; Separação dos Poderes.



The Supreme Court and the Ministers of State's appointments: constitutional morality or "supreme" arbitrariness?

Abstract: Recently, the intervention of the Judiciary on acts of discretionary matrix has become a constant in the Brazilian political dynamics. The constitutionalist phenomenon in the country reserves to the judging body a central role in the delimitation of social and political controversies, which, undoubtedly, radiate to the summit of other powers. Guided by a permanent critical attitude, this research promotes a contemporary epistemic approach (2016-2020) in the jurisprudence of the Superior Courts - in particular, the Federal Supreme Court - to carry out a qualitative analysis around the suspension of the nomination act of ministers of state for judicial decisions. To this end, it is based on an exploratory bibliographic and documentary review, whose bibliographic survey is in accordance with judged and works of academic relevance to the diagnosis of the controversial content of replicated decision. It concludes that there is a case-by-case judicial control of political acts, capable of violating the constitutional principles of the separation of powers, morality and administrative efficiency.

Keywords: Discretion; Morality; Judicial Control; Separation of Powers.

Introdução

Com origens na Carta Magna Estadunidense, o surgimento do sistema presidencialista remonta as deliberações perpetradas pelo 2º Congresso Continental da Filadélfia (1775), responsável por conclamar os cidadãos à batalha contra o sulismo escravocrata durante a Guerra Civil Americana. Encerrado o conflito, a independência do país foi formalmente declarada em 04 de julho de 1776, onde, já no ano seguinte, proclamava-se a Constituição dos Estados Unidos, instituindo a separação entre os três Poderes do Estado, a forma republicana de governo e, posteriormente, a posse do primeiro presidente eleito, George Washington, em 1789.

No Brasil, o presidencialismo foi o sistema majoritário no decorrer da República, interrompido, brevemente, por um período parlamentarista na vigência do mandato do ex-presidente João Goulart (1961/1963) e ao longo dos 21 (vinte e um) anos de ditadura militar no país (1964/1985). Sob a égide da atual Carta Magna, o Estado brasileiro, via plebiscito, adotou o sistema presidencialista de governo, aprovado com ampla maioria frente às demais alternativas - 55,67% dos eleitores que compareceram às urnas¹.

A alteração da aludida sistemática, inclusive, já foi matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vide o Mandado de Segurança nº 22.972, ajuizado em 1997, pelo até então deputado federal Jacques Wagner. Institucionalmente, a estrutura diretiva pátria é dotada de significativa tradição unipessoal, onde o Presidente da República, para além da ordenação superior da Administração Pública, concentra as competências de chefia de Estado e de Governo. No Executivo Federal, a administração inclui ainda os Ministros de Estado, cidadãos investidos em cargos de confiança no governo para auxiliar no

¹ A confirmação do Presidencialismo enquanto sistema de governo foi o resultado do plebiscito de 1993 no Brasil, ocorrido em 21 de abril do respectivo ano: Tribunal Superior Eleitoral. Plebiscito de 1993. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993>. Acesso em 10 fev. 2024.

comando da dinâmica estatal e elaborar políticas públicas em prol do país.

Ante a própria natureza da função em apreço, a nomeação e exoneração de um Ministro constitui ato administrativo de exercício discricionário, eximindo o responsável de expor os pressupostos de fato e de direito que fundamentaram sua decisão. Pautando-se por critérios de conveniência e oportunidade, compete apenas ao Presidente da República efetivar o provimento do cargo público em relevo, observados, naturalmente, o lapso temporal de seu mandato e os requisitos legais preconizados pelo artigo 87, *caput*, da Carta Magna pátria: (a) ser brasileiro; (b) faixa etária acima de vinte e um anos e (c) pleno exercício dos direitos políticos. Não obstante tal imperativo constitucional, sucessivas controvérsias foram vivenciadas nos últimos cinco anos (2016-2020) da realidade político-institucional brasileira, haja vista o assente protagonismo da Suprema Corte inviabilizando as designações do Executivo.

O interesse pelo exame da temática lastreia-se na notoriedade que permeia tal ato. Nomear um ministro, dentre outras implicações, significa segmentar o governo em favor de maior eficiência e produtividade, atribuindo a indivíduo competente e legalmente habilitado a condução de determinada área, o que - conseqüentemente - repercute no progresso do Estado e na própria qualidade de vida da população. Por sua vez, sob um enfoque principiológico, malgrado a competência privativa do Presidente da República (art. 84, I da Constituição Federal da República - CRFB/88), decisões limitativas ao exercício do juízo discricionário (que não se confunde com arbitrário) têm sido uma constante no país.

Indeclinavelmente, a proeminência de tal cenário fomenta o debate em torno da legitimidade constitucional e democrática do Judiciário para intervir nas indicações do Executivo. Questiona-se se, em detrimento da opção de autoridade eleita por milhões de cidadãos, não se estaria tolhendo nomeações de indivíduos revestidos dos requisitos legais. Bem verdade, indaga-se como uma corte, não legitimada pelos mecanismos de participação democrática (v.g. - voto popular), detenha, ainda que indiretamente, tamanho grau de domínio político. Aliás, há de se sopesar a própria influência e os riscos de submeter o panorama político pátrio aos alvedrios do órgão julgador, cuja simples “canetada” detém o condão de comprometer a soberania popular e a própria separação dos poderes.

A assunção do órgão julgador sobre atos de matriz discricionária provoca inquietações. A par disto, a temática dos princípios constitucionais consagrados no artigo 37 da Constituição Federal assume relevo extraordinário, os quais, *in casus*, detiveram de força coercitiva suficiente para rechaçar disposição expressa de idêntica envergadura constitucional (artigo 87).

Sem pretensão de esgotar a temática e ciente dos desafios metodológicos de efetivar uma análise de precedentes no âmbito da Suprema Corte, o presente estudo se propõe a examinar qualitativamente as decisões proferidas em contraponto ao histórico doutrinário e jurisprudencial, as quais, a despeito de suas particularidades, fundamentaram-se, em essência, sob uma alegada inobservância aos princípios da moralidade, impessoalidade e do interesse público, ante um alegado “desvio de finalidade do ato”.

Para tanto, indaga-se sobre a própria influência da carga subjetiva do julgador nas hipóteses em relevo, a par da tradicional teoria da limitação do poder discricionário do intérprete de Kelsen, bem como o contrassenso a visão solipsista do magistrado, reverberada pelo jurista Lênio Streck em sua Teoria da Decisão.

O recorte contemporâneo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal propiciará um rico campo ao presente estudo, sobre o qual, observando-se o teor das decisões proferidas, vislumbrar-se-á desde entendimentos díspares à casos análogos, cerceando-se prerrogativas políticas com base em uma interpretação heterodoxa, dificilmente autoaplicável, até, mais recentemente, os desdobramentos de um

juízo decerto paradigmático à República.

Revisitando a separação dos poderes: particularidades do panorama brasileiro

Sob a influência dos princípios concebidos no bojo da Revolução Francesa, sem olvidar das próprias contribuições oriundas do pensamento inglês e norte-americano, evidencia-se na base do Constitucionalismo Moderno significativa orientação técnica pela limitação do Poder do Estado, pautada por fins garantísticos². Para tanto, reclama-se que, a despeito da constituição enquanto um texto escrito, documental, haver-se-ia também a necessidade de que a conotação da Carta Magna fosse conduzida pelo desiderato de coibir práticas arbitrárias³.

Destarte, os cânones do Constitucionalismo Moderno originaram uma profusão de princípios, os quais, em grande medida, conduziram os arranjos políticos das democracias ocidentais. Inserindo-se no aludido contexto, a denominada doutrina ou teoria da separação dos poderes corporificou o maior escopo à limitação do arbítrio estatal. Tradicionalmente, erige-se a separação dos poderes enquanto um fenômeno moderno, consagrada no teor das primeiras constituições escritas. Felizmente, o esforço de diversos teóricos não relegou ao esquecimento contribuições do período helenista à aludida formulação doutrinária. Na própria obra de Aristóteles já se visualizavam referências a divisão entre as funções desempenhadas pelos Poderes do Estado:

[...] *em todo governo, existem três poderes essenciais*, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição [grifo nosso]⁴.

As contribuições do pensamento aristotélico propiciaram a base do que seria desenvolvido nos séculos seguintes, antevendo o espírito e as próprias raízes da separação de poderes na antiguidade. O entendimento pela abjunção de tarefas repartia o poder na República Ateniense em: (1) deliberativo (2) Executivo (3) judiciário. Assim, a classificação empregada pela Cidade-Estado grega proporcionou relevante esboço teórico às formulações do período moderno.

De todo modo, não obstante a importância dos escritos desenvolvidos sob a égide do pensamento helênico, não se deve olvidar do advento de divergências expressivas entre a obra do autor grego e os fundamentos modernos do princípio da separação de poderes. Sob tal ótica, destaca-se que o fenômeno constitucionalista da antiguidade, diferentemente do reverberado no contexto dos séculos XVIII e XIX, não apresentava como alicerce a limitação do arbítrio estatal ou mesmo a proteção das liberdades individuais - questões inatas ao desenvolvimento da teoria de Montesquieu. Além disso, pontua-se a inexistência de menção expressa do filósofo estagirita nos modelos teóricos de Locke ou Montesquieu, responsáveis por delinear significativa parcela do conteúdo constante na hodierna separação funcional dos Poderes do Estado. Aliás, a própria impossibilidade de acúmulo de funções diversas no mesmo indivíduo

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 51.

⁴ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 127.

- pedra angular do conceito – não foi tratada no período helenista⁵.

De maneira análoga, outros estudiosos, para além de negar a identidade tratada acima, foram também responsáveis por tecer novos contornos à hermenêutica do constitucionalismo antigo. Por esse ângulo, Vile⁶ esclarece que, em verdade, a grandiosidade da obra aristotélica à divisão de funções reside no conceito de uma Constituição Mista, cuja confluência de interesses dos mais diversos grupos sociais (deliberativo, executivo, judicial) embasou a distribuição de poderes, especialmente porque fundamentou a construção da ideia do “*King in parliament*”.

Ocorre que o contexto político vigente na Inglaterra do século XIII já demonstrava uma clara tendência pela contenção dos arbítrios do monarca, ante a consonância com um modelo misto de Constituição. Assim, a Magna Carta de 1215 trazia a perspectiva do “*King in parliament*”, conselho que reunia as figuras do Monarca, da Nobreza e da Câmara dos Comuns, aglutinando os mais distintos estratos sociais existentes. Nos séculos seguintes, as tensões oriundas de uma “monarquia limitada”, fenômeno não vivenciado pelos demais países europeus - absolutistas - fomentaram importantes lutas históricas no cenário inglês, vitais ao posterior desenvolvimento do Estado Constitucional Inglês e a elaboração daquilo que ficou conhecido como o princípio da separação dos poderes no âmbito da Inglaterra setecentista⁷.

Com a devida vênia a todas as contribuições helenistas, é imprescindível reconhecer como ponto de partida à moderna separação funcional dos poderes os ensinamentos propostos pelo filósofo inglês John Locke, em sua obra Segundo Tratado do Direito Civil. Em seu livro, teoriza a existência de uma divisão entre as prerrogativas do Estado, materializada a partir de um corpo legislativo, paralelo as funções executiva e federativa. Analisando tal conjuntura, Ferreira Filho⁸ elucida que o desenvolvimento dessa “reserva de funções” entre órgãos foi uma decorrência natural da evolução constitucional inglesa, dado o compromisso da revolução gloriosa com a revisão dos poderes dominantes à época.

Aliás, cabe ainda frisar a inexistência de um Poder Judiciário propriamente dito na obra do mestre inglês - principal argumento para consolidar Montesquieu enquanto pai da teoria moderna. Para Locke⁹, a função jurisdicional estaria situada no próprio âmbito do Poder Legislativo, haja vista a antiga concepção inglesa que enquadrava a decisão jurídica enquanto mera expressão de imperativos legais aos casos concretos. Por consequência, não se reservava o devido relevo aos magistrados, bem como a importância de se garantir uma maior estruturação institucional do corpo jurídico que circunda juízes e cortes. Assim, em que pese considerar de suma relevância o arquétipo de divisão funcional dos poderes desenvolvido ao longo da obra lockeana, é inegável reconhecer nos escritos de Montesquieu a teoria mais símile à realidade do constitucionalismo moderno¹⁰.

A simples leitura do iluminista francês traz todo o constructo de uma separação funcional do aparato estatal, delineando a presença de três poderes harmônicos, distintos e independentes entre si: (1) legislativo; (2) Executivo; (3) judiciário. O ineditismo reverberado em sua obra se, por um lado,

⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1978.

⁶ VILE, Michael John Charles. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.

⁷ COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira**. Tese de doutorado. Orientador: NEVES, Marcelo da Costa Pinto. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. 201f. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/completa_revisitacao_do_principio_da_separacao_de_poderes.pdf. Acesso em: 08 fev. 2020.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 164.

⁹ LOCKE, *op. cit.*

¹⁰ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

emancipou institucionalmente a função jurisdicional, o qual deveria ser confiado ao povo e submetido a renovações periódicas, também defendeu um estrito caráter exegeta à tal atividade, onde o exercício da magistratura não deteria o condão de efetivar livremente a produção jurídica, limitando-se ao papel de “boca da lei”¹¹.

A pedra angular dos escritos de Montesquieu foi justamente alocar diferentes funções a titulares distintos, cuja autonomia estaria vinculada a toda uma estrutura institucional de freios e contrapesos, coibindo abusos e arbitrariedades. Inclusive, tal separação teceu os contornos de significativa parcela do conteúdo do constitucionalismo moderno, onde a existência de mecanismos de controle recíproco do poder, a despeito das novas roupagens e alterações nas conjecturas sociais, ecoa desde o arcabouço teórico clássico até os moldes da atualidade.

Por outro lado, mesmo a tradicional divisão tripartite dos poderes consagrada na obra de Montesquieu sofreu transformações fundamentais no seu entendimento, passados mais de duzentos anos de sua caracterização clássica. No Brasil, sobretudo diante da experiência pós-constituente de 1988, identifica-se uma considerável proeminência entre os Poderes, onde o avanço das funções atípicas exercidas pelo Judiciário assume relevo extraordinário, explicado, dentre outros fatores, pela incumbência atribuída ao órgão julgador de fiscalizar (e por vezes assumir) a concretização de direitos herdados do Estado Social¹².

No ambiente nacional, os imperativos de uma constituição dirigente, recheada de metas e programas sociais, aliados a um quadro normativo de semântica fluida, vaga, fomentaram um cenário de maior liberdade do intérprete, cujos desdobramentos, equivocadamente, acarretaram em significativo alargamento da discricionariedade hermenêutica, além da real possibilidade de criação do direito por parte dos tribunais - verificada, inclusive, em uma excessiva “abertura de sentido” do texto constitucional, locupletada, com recorrência, por ato voluntarista do intérprete¹³.

Em seus estudos, Cappelletti¹⁴ ressalta esta estrutura aberta do aparato legal enquanto uma “poderosa causa da acentuação que, nessa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”. Pois bem, é justamente a análise dessa peculiaridade das democracias ocidentais que propiciará o cenário adequado à compreensão do assente protagonismo do Supremo Tribunal Federal inviabilizando as designações do Executivo, ante sua intrínseca relação com o Constitucionalismo Moderno e, mais recentemente, ao fenômeno neoconstitucionalista, além da Judicialização da política, a Politização da Justiça e o próprio Ativismo Judicial.

Sob a égide de tal sistemática, o ato de nomeação de Ministros de Estado não passaria imune à influência do referido cenário de protagonismo judicial. Escolhidos dentre brasileiros - não necessariamente natos, ressalvada a exceção expressa para o Ministro da Defesa - em pleno exercício de seus direitos políticos e maiores de 21 anos, pontua-se que, dentro do exercício da direção superior da Administração Federal, compõem um conjunto de auxiliares do Presidente da República. Em regra, o gabinete de ministros é constituído por parlamentares integrantes da base aliada ao Governo, cujo cargo, naturalmente, é ainda de livre nomeação e exoneração, a qualquer tempo, à critério do chefe do Executivo

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹² *Ibidem*.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2011.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 42.

- demissibilidade *ad nutum* (CF, art. 84, I).

Não obstante a envergadura constitucional dos poderes atribuídos ao chefe do Executivo, o considerável teor “principiológico” reverberado em recentes julgados da Suprema Corte, impossibilitando a nomeação de indicados para o cargo de Ministro de Estado, por si só, é passível de questionamentos quanto a sua legitimidade democrática, bem como endossa a reflexão acerca dos seus desdobramentos frente a harmonia e equilíbrio inter poderes. Não de outro modo, decorrência natural é analisar possíveis zonas de conflito e tensão entre o Poder Judiciário, a judicialização da política e o ativismo judicial.

Desequilíbrio institucional e constrangimento inter poderes: entre julgados e o papel do Supremo Tribunal Federal (2016-2020)

No interregno dos anos 2016-2020, observou-se significativa expansão do controle judicial sobre atos de matriz discricionária. A suspensão das nomeações do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva à Casa Civil pela então presidente Dilma Rousseff (março/2016), do Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República, Wellington Moreira Franco (fevereiro/2017) e da deputada do PTB (RJ) Cristiane Brasil para o cargo de Ministra do Trabalho (janeiro/2018) no governo de Michel Temer, bem como, mais recentemente, de Alexandre Ramagem à chefia da Polícia Federal (abril/2020), em que pesem suas especificidades, aponta, em certa medida, pela proeminência de um dos três Poderes perante os demais.

Não obstante as tensões inerentes a um cenário político pré-impeachment, realmente não se esperava que a expedição de decreto na edição extra do diário oficial ainda reverberasse com tamanho primor no âmbito da Corte Constitucional pátria. Em março de 2016, no âmago da Operação Lava Jato, o ex-juiz federal Sérgio Moro propiciou a divulgação de áudios interceptados pela Polícia Federal (posteriormente anulada, bem verdade, pelo próprio relator da Operação no Supremo – ministro Teori Zavascki – em decisão cautelar na Reclamação nº 23.457), cujo conteúdo expunha diálogo informal travado entre a então presidente Dilma Rousseff com o senhor ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva¹⁵.

À época, frente às investigações, interpretou-se que a ex-presidente condicionou o cargo de Ministro de Estado da Casa Civil aos alvedrios do companheiro de partido, instruindo-o acerca da possibilidade de recorrer ao termo de posse “em caso de necessidade”. Em que pese a própria controvérsia em volta da utilização de tal instrumento à consecução de direitos difusos – *in casu*, a moralidade administrativa – igualmente impressiona a manutenção de comportamentos institucionais dissonantes frente a casos símiles¹⁶.

Ocorre que, quando do julgamento do caso Lula-Dilma, o ministro Gilmar Mendes, em caráter liminar, não relutou ao proferir decisão monocrática com o intuito de suspender a eficácia da nomeação do ex-presidente à chefia da Casa Civil, sustentando a existência de vício no ato administrativo em relevo, o qual supostamente haver-se-ia incorrido em desvio de finalidade¹⁷.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23457 – Agravo Regimental**. Reclamante: Presidente da República. Reclamado: Juiz Federal Da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Relator (a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Brasília, 27 set. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcf23457.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2020.

¹⁶ A disciplina do mandado de segurança individual e coletivo é regida pelas disposições da Lei Federal nº 12.016/09. A priori, o parágrafo único do art. 21 do aludido diploma normativo não aborda a matéria dos direitos difusos, restando silente quanto a sua utilização ante tais prerrogativas – há previsão expressa apenas à tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos.

¹⁷ SOUZA, Rafael Bezerra de. Um Supremo e duas medidas: uma análise comparada dos casos Lula e Moreira Franco. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 1, n. 2, 2016, p. 306-318.

Por sua vez, já em 2017, perpassado pouco mais de um ano da decisão abordada, o entendimento favorável reverberado pelo decano da Suprema Corte – ministro Celso de Mello – pela nomeação e posse de Wellington Moreira Franco ao cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, mostrou-se deveras emblemático à ciência jurídica. Alvo de nada menos que 34 citações defronte os desdobramentos da Operação Lava Jato, Moreira Franco ocupava o posto de Secretário-Executivo no Programa de Parcerias em Investimentos – PPI, no governo do ex-presidente Michel Temer. Paralelo aos avanços das investigações e posterior homologação das delações premiadas de um total de 77 (setenta e sete) executivos da Odebrecht, abriu-se espaço a um célere movimento de reforma ministerial na agenda política pátria, cuja constituição de três novos ministérios aliada à posição de proeminência e liderança reservara ao Secretário direito à prerrogativa de foro¹⁸.

Ainda no bojo dos Tribunais Superiores – porém em nível infraconstitucional – o entendimento do vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Humberto Martins, pela regularidade do ato de posse da então deputada federal Cristiane Brasil (PTB-RJ) para o cargo de Ministra de Estado do Trabalho teceu novos contornos ao já inquietante “caldo” de entendimento jurídico difundido em torno da suspensão das nomeações de Ministros de estado.

Na data de 04/1/2018, o ex-presidente Michel Temer indicou a referida parlamentar à chefia do Ministério do Estado do Trabalho, decisão está de notória repercussão popular, haja vista a existência contra si de pelo menos 06 (seis) ações populares, ajuizadas em distintas subseções judiciárias federais do Estado do Rio de Janeiro. Não obstante o raciocínio obstativo da 4ª Vara Federal de Niterói - ratificado, inclusive, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) - o ministro acatou o aduzido pela Advocacia Geral da União, a qual ressaltou a literalidade do artigo 4º da Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), anuindo que prévias condenações em processos trabalhistas, a princípio, não constituiriam requisito legal impeditivo à nomeação, frente à ausência de previsão legal¹⁹.

Para tanto, o ministro Humberto Martins fundamentou sua decisão no entendimento hodierno acerca da discricionariedade administrativa - ínsita a nomeação para o cargo de Ministro de Estado. Ocorre que o Chefe do Executivo detém de liberdade na escolha do seu corpo diretivo, cuja suspensão da posse, ainda que discutível, careceria de embasamento jurídico-legal que justificasse a medida. Destarte:

[...] não há qualquer previsão normativa de incompatibilidade de exercício de cargo ou função pública em decorrência de uma condenação trabalhista [...] não é aceitável que decisões liminares suspendam atos de nomeação e de posse, **sem clara comprovação de violação ao ordenamento jurídico** (grifo nosso)²⁰.

Mais recentemente, conflagrou-se um novo entrave em torno da tão controvertida prerrogativa do Executivo de nomear membros ao alto escalão das funções do Estado - agora na Primeira Turma do Supremo. No Mandado de Segurança nº 37097/DF, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), o ministro Alexandre de Moraes proferiu liminar suspendendo a nomeação do delegado federal -

¹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.609**. Relator: Ministro Celso de Mello, Data de julgamento: 14/02/2017, Data de Publicação: DJe-031 16/02/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34609.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Suspensa decisão que impedia posse de Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho**. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-01-20_12-01_Suspensa-decisao-que-impedia-posse-de-Cristiane-Brasil-no-Ministerio-do-Trabalho.aspx. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Suspensão de Liminar e de sentença nº 2.340 – RJ 2018/0010771-6**, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Data de Publicação: DJ 16/02/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548974876/suspensao-de-liminar-e-de-sentenca-sls-2340-rj-2018-0010771-6>. Acesso em: 20 abril 2020.

Alexandre Ramagem - ao cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. O impetrante sustentava a existência de um quadro de abuso de poder no ato administrativo em apreço, sob a forma do desvio de finalidade - análogo ao verificado nos casos Lula/Moreira Franco. Segundo o partido, a indicação de Ramagem configuraria um afastamento do exercício legal das competências constitucionais, cuja nomeação, em verdade, seguiria em desacordo com o interesse público, nítida afronta a moralidade administrativa²¹.

Com efeito, a relevância de tais julgados auxilia na compreensão da proeminência jurídico-política reservada aos Tribunais Superiores pátrios - especialmente a Suprema Corte - cuja influência institucional se mostra hábil a modificar substancialmente todo o panorama político do país. O paralelo entre os julgamentos Lula/Moreira Franco/Cristiane Brasil/Ramagem expôs uma disparidade de decisões em curtíssimo lapso temporal, questionando-se acerca da própria legitimidade e coerência de posicionamentos no âmbito da Corte Constitucional brasileira - especialmente quando se detecta um Superior Tribunal de Justiça pautado pela estrita legalidade em seus entendimentos²².

Em apertada síntese, a controvérsia dos casos se pautou pelo alegado (in) adimplemento de requisitos constitucionais de base principiológica - *in casu*, a moralidade administrativa ante o desvio de finalidade no ato de nomeação. No entanto, a despeito da equivalência fática verificada, a divergência de entendimentos nas decisões liminares proferidas (MS nº 34.070, 34.071, 34.609 e 37097) despontou de acentuada monta, exigindo-se maiores considerações e a devida abordagem científica - as quais, minimamente, espera-se que sejam contempladas a seguir.

Por si só, a própria análise do caso Lula já evidenciara significativa mudança de paradigma frente à temática em apreço. Ilustrando tal cenário, pontua-se que em 2004, quando do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 196.184, de relatoria da ex-ministra Ellen Gracie²³, não se aceitava o mandado de segurança coletivo como instrumento hábil à tutela de interesses e direitos difusos, quanto mais quando houvesse controvérsias em torno da legitimidade ativa *ad causam* de partidos políticos no seu manejo (polêmica persistente nos debates reverberados pela doutrina e jurisprudência pátrias no estudo dos remédios constitucionais).

Não bastasse o caráter controverso do remédio constitucional empregado - frente uma interpretação ampliativa em favor da plausibilidade de Mandado de Segurança impetrado por Partido Político (enquanto mecanismo processual congênere a Ação Civil Pública ou a Ação Popular) - sobressaem-se ainda sérios questionamentos acerca do próprio entendimento jurídico repercutido pelos Ministros da Suprema Corte, haja vista todo um histórico de precedentes judiciais distintos em torno da matéria.

Nos termos do assentado pela doutrina e jurisprudência, o precedente judicial é constituído de dois elementos principais: (1) a *ratio decedendi*, também intitulada de *holding*, e o (2) *obter dictum*. Em essência, o precedente é pautado pela *holding* (*ratio*): trata-se do seu componente principal, a norma extraída da realidade fática responsável por irradiar efeitos em toda a sistemática jurídica. Em território tupiniquim, os tribunais superiores costumam referenciá-la enquanto “motivos determinantes” ou “razões de decidir”,

²¹ OYAMA, Érico. **Sem Precedentes**: há base jurídica na suspensão da nomeação de Ramagem para a PF? 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/sem-precedentes/sem-precedentes-ha-base-juridica-na-suspensao-da-nomeacao-de-ramagem-para-a-pf-30042020>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²² STRECK, Lênio Luiz. Do apelo ao senso comum aos poderes de fato: o novo Direito 3.0 que legitima o arbítrio ou ‘quando a episteme vira doxa’. In: PRONER, C. *et al.* (org.). **Comentários a um acórdão anunciado**: o processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras Expressões, 2018, p. 115-126.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 196.184/AM**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ, 27 out. 2004. Publicado no Diário da Justiça de 18 fev. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234964>. Acesso em: 5 dez. 2023.

corporificando fundamento necessário e suficiente para justificar uma orientação jurisdicional²⁴.

A sistemática que permeia a aplicação dos precedentes, para além de revisitar a consolidação de um histórico judicial, igualmente retrata um juízo de prognose. Significa construir a base jurídica do que ser-se-á aplicado *a posteriori*, cuja responsabilidade do magistrado engloba ainda os inúmeros jurisdicionados futuramente impactados pela matéria controvertida. Cabe ao juiz vislumbrar um “auditório universal”, cuja presença de um infindável número de sujeitos se acentua na árdua tarefa de convencê-los. Ocorre que a decisão não se exaure na dinâmica intrínseca do processo, no limite subjetivo das partes diretamente envolvidas: o entendimento ali reproduzido, em verdade, detém o condão de ser alçado ao status de norma geral - o que, por consequência, deveria ensejar o devido zelo e diligência em todo o processo de construção discursiva da sentença²⁵.

A par disto, Miranda²⁶ explicita que, frente à ocorrência de uma base fática similar, impõe-se a aplicação da “[...] regra jurídica consubstanciada na *ratio decidendi* do caso precedente” ou - ao menos - um significativo processo de convencimento e argumentação para justificar a ausência de identidade inter casos, bem como a distinção de seus fatos relevantes (“*material facts*”) ou o raciocínio extraído da fundamentação (“*substantive rationales*”). Destarte, a ocorrência de precedentes por si só já fundamentaria a necessidade de um caminho metodológico meticuloso à formação de um juízo decisório por parte do magistrado. Todavia, quando ainda se reveste de matéria jurídico-política controversa, assentada em um imbricado cenário de entendimentos díspares em curtíssimo espaço de tempo, a superação (ou não) de determinado paradigma certamente carece de maior relevo.

Ante a presença de um consolidado histórico de prestação jurisdicional na temática, inicialmente, o órgão julgador deveria analisar se há similitudes entre o caso em julgamento e o(s) precedente(s). Verificada a aproximação, procede-se com a análise da *ratio decidendi* firmada nas prévias decisões, a partir da qual o juiz deverá aplicá-la a situação concreta ou superá-la (*overruling* e *overriding*) - mediante operacionalização argumentativa criteriosa. Por outro lado, quando a comparação resultar na hipótese de distanciamento entre o caso e o julgado, trata-se então de um fenômeno distintivo (*distinguish*), circunstância autorizativa à não observância do precedente - quando muito, sua aplicação extensiva (*ampliative distinguishing*)²⁷.

Não obstante tal entendimento, observou-se pelo estudo dos casos mencionados que a sistemática de precedentes não foi devidamente observada pela Suprema Corte, reclamando maior aperfeiçoamento funcional. No caso Lula, à guisa de exemplo, o ministro Gilmar Mendes instituiu significativo processo de revisão cognitiva e operacional em favor de nova interpretação conforme à Constituição para o art. 21, da Lei Federal nº 12.016/09. Todavia, com o intuito de assegurar efetividade ao mandado de segurança coletivo à proteção dos direitos difusos, em verdade, não se identificou o devido esforço argumentativo em favor de uma “aplicação das técnicas de superação do precedente (*overruling* e *overriding*), haja vista a vagueza e a indeterminação do critério da “finalidade partidária” como *distinguishing*”²⁸.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

²⁵ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014. p. 202.

²⁶ MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Precedentes judiciais: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes**. 2017. 216f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

²⁷ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.2.

²⁸ SOUZA, Rafael Bezerra de. Um Supremo e duas medidas: uma análise comparada dos casos Lula e Moreira Franco. **Teoria**

Por seu turno, contrapondo-se a novel decisão de seu colega de turma, o decano Celso de Mello, no julgamento do caso *Moreira Franco*, ressaltou o entendimento majoritário consolidado no âmbito da Suprema Corte Pátria. Opondo-se frontalmente à legitimidade ativa dos partidos políticos à impetração de mandado de segurança coletivo, anuiu que, para além da inexistência de autorização legal, pontuou ainda que o reconhecimento absoluto deste direito às agremiações partidárias ocasionaria um desvirtuamento do fito jurídico do remédio constitucional em relevo, o qual não deveria oportunizar aos partidos a impugnação de quaisquer atos emanados do Poder Executivo.

Não bastasse o carácter controverso do presente instrumento jurídico, manuseado à tutela de direitos difusos - sem olvidar do próprio procedimento cognitivo *sui generis* supramencionado (reformatação de matéria consolidada jurisprudencialmente) - a base principiológica reverberada nos referidos julgados para justificar a existência de finalidade alheia aos cânones legais deu azo a graves questionamentos em torno dos critérios de validade da nomeação (*in casus*, moralidade e impessoalidade) aplicados pela Suprema Corte brasileira, cuja análise de um factível (des)caminho da jurisdição constitucional, irremediavelmente, angariou considerável querela no debate político-jurídico pátrio, gerando nova espécie de problema a ser enfrentado: os limites cognitivos de um controle da discricionariedade administrativa.

Controle judicial da discricionariedade administrativa: do ativismo ao solipsismo decisório

As reflexões em derredor da discricionariedade dos atos do Executivo são vastas e plurissignificativas, onde a própria doutrina jurídica já se investiu de critérios distintos à sua classificação. O pleno exercício de tal prerrogativa, por si, exerce influência fundamental no âmbito da Administração Pública, cuja concessão de maior liberdade ao gestor, com frequência, concretiza seus parâmetros de atuação.

Sob tal ótica, invariavelmente, faz-se imperativo tutelar a autonomia do Executivo à nomeação de um Ministro de Estado, dada sua relevância a própria manutenção da estabilidade institucional e política em um Estado Democrático de Direito - tal qual se propõe o Brasil. Não de outro modo, a possibilidade de intervenção do Judiciário estimula debate acalorado, trazendo à tona uma série de questionamentos acerca da legitimidade (ou não) do órgão julgador interferir diretamente em competência que, por expressa previsão constitucional, é reservada ao chefe do Executivo federal²⁹.

No que toca à definição da discricionariedade, há de se pontuar o relevante *discrímen* efetivado por Karl Engisch³⁰, especificando o conteúdo jurídico do instituto em três conceitos: indeterminados, normativos e os discricionários. O primeiro remonta à pluralidade de sentidos do texto legal, o qual exigiria um contínuo esforço interpretativo. Por seu turno, a acepção normativa denota-se a partir do ordenamento jurídico, extraindo seu sentido não apenas da existência de normas - mas sim pelo empenho operacional à sua aplicação no caso concreto. Dissertando acerca do último sentido, o jurista alemão explicita que a discricionariedade pode ser administrativa ou judicial - por certo não encontrar óbices no ordenamento jurídico brasileiro.

Apartando-se da revisão judicial, todavia, K. Engisch inova na discussão doutrinária, caracterizando a discricionariedade legítima (cita-se, aquela exercida dentro de determinados limites jurídicos), enquanto ato válido e insindicável. Assim, as contribuições de Engisch solidificaram um

Jurídica Contemporânea, v. 1, n. 2, 2016, p. 306-318.

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracy*. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

³⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

significativo arcabouço teórico acerca da discricionariedade, sob o qual, indeclinavelmente, a doutrina brasileira contextualizou a temática em território nacional. Nessa banda, Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ igualmente transportou à discussão pátria uma perspectiva teleológica ao juízo discricionário, o qual, semelhantemente ao apontado pelo jurista alemão, não corporificaria mera prerrogativa do Executivo, mas um dever ínsito de atingir a finalidade que ensejou a prática do ato.

Pressuposto do ato administrativo, a finalidade consiste em elemento vinculado do poder-dever da administração, referindo-se à inafastabilidade entre a conduta do gestor e o objetivo que atenda ao interesse público em apreço. A justificativa é inteligível: ramo do direito público, o direito administrativo conduz os agentes públicos à consecução do interesse coletivo, balizado pela finalidade preconizada em lei, a qual, por si, impõe-se enquanto “força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico” - e é justamente um alegado (in)adimplemento desse fito finalístico que fundamentou uma recorrente ingerência do Judiciário³².

De modo sintético, a força motriz à repercussão jurídico-política dos presentes casos se assenta em um alegado “desígnio autônomo” do gestor, alheio ao interesse público. Tradicionalmente, a doutrina administrativista a conceitua enquanto um desvio de finalidade: trata-se de grave vício em um dos elementos de validade do ato jurídico, apto a contaminá-lo. Para tanto, exige-se, por parte do administrador, incontroverso patrocínio de interesses privados ou escusos durante sua atuação³³. Elucida-se ainda que o *animus* do agente é vital à sua caracterização, materializado na intenção deliberada de atingir fim diverso do preconizado por lei³⁴.

Por outro lado, mesmo com a existência de tamanho lastro doutrinário em torno da temática, não se inibiu uma atuação desmedida do órgão julgador, endossando a gravidade das polêmicas decisões recentemente protagonizadas pela Suprema Corte pátria. Pautando-se por diálogos oriundos de interceptações telefônicas ilegais, o Ministro Gilmar Mendes desconsiderou todo um histórico de jurisprudência consolidada na Suprema Corte - em consonância com a presunção de legitimidade e veracidade dos atos da Administração Pública. Não obstante o constructo teórico e decisional adepto a inexorável análise do dolo contido na conduta do gestor, o ministro replicou argumentação heterodoxa, advogando pela natureza objetiva do ato ilícito em relevo³⁵.

Sem adentrar (por ora) nos méritos da interpretação, nem mesmo o brevíssimo lapso temporal entre os julgados foi capaz de conter um posicionamento completamente díspar do seu colega de turma, o ministro Celso de Melo. Alinhando-se com o entendimento predominante, exigiu prova inequívoca da ilegalidade para fins de justificar uma conduta desviante do gestor, cujo ato de nomeação de um Ministro de Estado - revestido de aparente conformidade com o arcabouço legal - impõe ônus processual significativo a quem o questiona em juízo, incumbência essa não meramente ilidida por alegações conspiratórias ou juízos conjecturais³⁶.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

³² ANJOS, Pedro Germano dos. Os graus da discricionariedade da administração pública no âmbito do direito orçamentário. *In: Anais do XVII Congresso Nacional* – Brasília – Tema: “XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios”. Brasília: Anais do Conpedi, 2008, p. 3501-3518. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/quemsomos/eventos/>. Acesso em 10 maio 2023.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em mandado de Segurança 34.070**. Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 18/03/2016. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>. Acesso em 02 maio 2020.

³⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em mandado de Segurança 34.070**. Distrito Federal.

O paralelo dos casos em apreço (Lula – Moreira Franco) incide sobre a própria sistemática da prerrogativa de foro, enquadrada ou não enquanto “blindagem jurídica”. O ministro Gilmar Mendes, ante o teor dos áudios, avaliou que o ex-presidente Lula se encontrava na iminência de ser implicado em ulteriores investigações e ter uma possível prisão preventiva decretada, sendo a nomeação um artifício malicioso para dificultar a colheita probatória e a análise da situação. Sob tal ótica, deferiu liminar, sustentando que “aprovar” o ato de nomeação ensejaria um deslocamento de competência incompatível com a moralidade administrativo-constitucional.

De outra banda, o Ministro Celso de Melo divergiu frontalmente do reverberado por seu colega de turma. Em apertada síntese, enfatizou que a nomeação de um indivíduo à chefia de Ministério, por si só, não configuraria meio hábil para obstaculizar o andamento de investigações e ações penais. Asseverou ainda que, frente à carência de provas documentais idôneas quanto a um possível desvirtuamento da prerrogativa de foro, as alegações de vício da atividade administrativa, em verdade, configurariam uma afronta ao próprio princípio da presunção de inocência, inviabilizando o acesso a cargos públicos antes de decisão condenatória transitada em julgado³⁷.

Agravando um já intrincado ambiente de ingerência inter poderes, a assunção do órgão julgador sobre a direção da Polícia Federal se mostrou deveras paradigmática à República. Quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 37097/DF, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Ministro Alexandre de Moraes deferiu pedido de liminar pela invalidade do Decreto de nomeação do senhor Alexandre Ramagem Rodrigues, indicado para exercer cargo de chefia na aludida instituição de segurança pública. O Ministro acolheu as alegações do impetrante no sentido de que o Presidente Jair Bolsonaro se utilizaria do indicado para promover um aparelhamento particular no órgão - qualificado, por lei, como de Estado³⁸.

Epistemologicamente, contudo, tal razão não se identifica fundamento legal idôneo para afastar a designação de cargos pelo Executivo. *A priori*, a devida análise da nomeação de Alexandre Ramagem, salvo melhor juízo, resta intrínseca à matéria do desvio de poder. Tratando-se de inexorável incompatibilidade entre os imperativos legais e a finalidade do agente, ainda que se questione acerca da legalidade da indicação do presidente Bolsonaro, exige-se séria reflexão em torno da motivação jurídica do ato - não moral ou filosófica - para a configuração do desvio de poder, a depender de significativo processo de dilação probatória, frente a multiplicidade de variáveis que o permeia: grau de envolvimento dos indivíduos, características, contexto fático.

Em síntese, uma atuação dissonante do administrador deve ser verificada a partir de uma série de elementos de prova - cuja ausência é justamente o que vicia a decisão do Supremo. A decisão de Alexandre de Moraes sobreleva a conteúdo fático circunstâncias que, quando muito, deveriam se enquadrar enquanto meras suspeitas. Em sede de medida liminar, restringiu-se a produção de provas a publicações vinculadas pela mídia do ex-ministro Sergio Moro. O inteiro teor dos diálogos sequer foi conhecido ou periciado, que, por óbvio, não justifica o voto pelo desvio de poder. Para além das violações ao devido processo legal

Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 18/03/2016. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>. Acesso em 02 maio 2020.

³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em mandado de Segurança 34.070**. Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 18/03/2016. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>. Acesso em 02 maio 2020.

³⁸ OYAMA, Érico. **Sem Precedentes**: há base jurídica na suspensão da nomeação de Ramagem para a PF? 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/sem-precedentes/sem-precedentes-ha-base-juridica-na-suspensao-da-nomeacao-de-ramagem-para-a-pf-30042020>. Acesso em: 15 jun. 2020.

e o caráter antidemocrático ao reservar à mídia o papel dos tribunais, questiona-se seriamente o efeito político de tal posicionamento: faz-se compatível com os cânones da Constituição vigente assegurar/pressupor caráter incontrovertido das informações divulgações pela imprensa, desprovidas de quebra de sigilos, perícias ou mesmo oitiva de testemunhas³⁹?

A resposta, à vista disso, é negativa. Nesse interregno, é papel da ciência jurídica refletir acerca da forma e extensão desta atuação do Judiciário, frente o risco de incorrer em ingerência e assunção do magistrado sobre a figura do governante. Sob tal ótica, instala-se um pernicioso quadro de ativismo judicial, o qual afronta diametralmente as prerrogativas reservadas ao governante eleito - manifestação da soberania popular. Hodiernamente, o paralelo entre a legalidade e as múltiplas concepções empregadas pelo intérprete encontram assento na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen⁴⁰.

Nos ensinamentos do jurista e filósofo austríaco, as inúmeras possibilidades de aplicação do direito pelo intérprete derivam da própria estrutura normativa em vigor, cujos entornos propiciam uma moldura sob a qual, o julgador, adstrito aos seus termos, detém uma infinidade de significações. Por seu turno, apesar da aparente legalidade assegurada pela teoria, a criação da moldura não ilidiu o subjetivismo do intérprete, cujos limites acabaram traçados pela sua própria pré-compreensão. Reservou-se a fronteira de aplicação do direito à vontade do julgador, concernente a sua própria filosofia da consciência. As escolhas - dentro da moldura que o mesmo delineou - traduziram, em verdade, o ápice da subjetividade, haja vista que “ele decide por ato de vontade, porque não há um critério - ou mesmo um macro critério - para distinguir, entre as possibilidades possíveis de interpretação, aquela que deve ser aplicada ao caso”⁴¹.

De maneira análoga, os presentes julgados estariam inseridos no bojo dos múltiplos sentidos à disposição do intérprete - responsável por extrair da moldura da norma seu fundamento de legalidade. Todavia, a adoção pura de tal sistema, com frequência, revela graves falhas na *práxis* judicial, cujo constructo hermenêutico resta precarizado ante a inexistência de argumentação racional pertinente. De fato, a exposição dessas decisões denuncia significativa problemática em torno do atual modelo de jurisdição constitucional, onde, sob o enfoque da crise hermenêutica do direito, há de ser questionado o próprio sentido reservado pelo Supremo aos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, os quais, *in casus*, detiveram de força coercitiva para afastar disposição expressa do mesmo texto legal (artigo 87).

Streck há muito sinaliza a necessidade de vigilância constante em *terrae brasilis*, onde “em tempos de (alegada) indeterminação do direito e de proliferação de teses que se advogam pós-positivistas, corremos o risco de fragilizar a autonomia do direito”⁴². Imbuído de tal espírito, desenvolve sua teoria em derredor da Tomada de Decisão racional, investindo em elementos como a prospecção e a descrição fenomenológica dos entendimentos aproveitados para justificar determinadas orientações jurídicas. Para tanto, o autor ressalta a importância de se efetivar o devido controle da interpretação, frente os novos paradigmas do texto constitucional, tal como o crescimento da jurisdição (quando comparada ao legislativo).

³⁹ STRECK, Lênio Luiz; SERRANO, P. **Constitucionalistas "espalha-rodas": o "caso Ramagem"**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/streck-serrano-constitucionalistasespalha-rodas-ramagem>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴¹ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da argumentação judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴² STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan. - abr. 2010.

De todo modo, é cediço reconhecer também a existência de determinado “contrassenso” à perspectiva de agigantamento do Poder Judiciário. Dado o Estado Democrático de Direito e a ênfase assegurada às Constituições democráticas - centro do ordenamento jurídico hodierno defende-se o próprio modelo da Carta Magna como corresponsável pela ascensão do órgão julgador, haja vista o papel de destaque reservado à jurisdição constitucional⁴³.

No Brasil, ressalta-se que a atual Constituição alargou substancialmente as competências do magistrado, dotando-o de extraordinários mecanismos de controle sob os atos dos demais poderes - inclusive com um vasto rol de ações abstratas e difusas de controle/fiscalização de constitucionalidade⁴⁴.

Assim, mitiga-se um possível direcionamento arbitrário do órgão julgador, cuja judicialização da política, em verdade, seria decorrência genuína do atual estágio da ciência jurídica, institucionalizada pelas disposições da própria Carta Magna pátria. Dissertando a respeito, Taylor⁴⁵ aponta que o Judiciário não precisou conquistar um espaço de decisão e influência, vez que “os tribunais receberam uma abundância de poderes na Constituição e somente depois tiveram que decidir como melhor os utilizar sem provocar reações dos poderes eleitos”.

Na mesma linha, o Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁶ não contabiliza o fenômeno da judicialização da política enquanto criação autônoma do Judiciário, o qual, em suas palavras, “[...] não decorreu de opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte, que se limitou a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”.

Por seu turno, ainda que se pondere a intrincada conjectura de alargamento constitucional das competências do Judiciário, bem como o crescimento exponencial de uma multiplicidade de demandas, faz-se salutar reconhecer o caráter deveras paradigmático de uma Suprema Corte que decide, no extremo, sobre sua competência e cuja iminência de questões políticas detém o condão de radicalmente transformar um panorama histórico de autocontenção para um cenário de ativismo proativo. Quando o STF, mediante a judicialização da política, assume e protagoniza o ambiente de decisões do Estado, a Corte o faz sobre os demais poderes majoritários, democraticamente eleitos, onde há de ser considerado um significativo risco de supremacia do órgão julgador perante o próprio texto constitucional. Nos ensinamentos de Oscar Vieira, seria o Supremo:

[...] responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias, até pelo reconhecimento doutrinário de temas judicializáveis⁴⁷.

No Brasil, identifica-se uma compreensão equivocada do papel da jurisdição constitucional, frente a produção democrática do direito. Relega-se à aplicação da literalidade legal um reducionismo positivista, sinônimo de atraso, já superado, quando, na verdade, atitude diversa poderia materializar verdadeira afronta à Constituição e demais dispositivos legais. Em verdade, o que não se deve tolerar é uma aplicação

⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracy*. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

⁴⁴ ANDRADE, Fernando Gomes de. **Da autolimitação ao ativismo judicial**: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal. 2016. 418 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, 2016.

⁴⁵ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, nº 2, p. 229-257, 2007, p. 244.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32.

⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracy*. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

oportunista do aparato normativo, moldada no individualismo do sujeito e consequentes alvedrios do órgão julgador⁴⁸.

À luz do ato de nomeação de Ministros de Estado, a não aplicação de uma regra em face de um princípio, a priori, exige um compromisso hermenêutico da comunidade jurídica – onde casos similares necessitam do mesmo tratamento, a fim de zelar pela coerência e integridade – preocupação essa, infelizmente, não fomentada pelo STF nos últimos anos (2016-2020) do panorama político-institucional brasileiro.

O fenômeno da principiologização acaba por ser revertido em alibi para um decisionismo, cuja atribuição de sentido é deslocada à consciência do intérprete, sujeitando-se ao individualismo e predomínio da linguagem - elemento integrante do imaginário de substrato considerável dos magistrados no Brasil. Em essência, a avaliação é subjetiva, intensificada, inclusive, por mixagens teóricas e abstrações equivocadas dos pensamentos de determinados *jusfilósofos*⁴⁹.

À título exemplificativo, mencionado fora de contexto, como se sua teoria reforçasse o paradigma subjetivista, esclarece-se que Dworkin⁵⁰ não fomenta interpretações resultantes do “espírito do juiz” e tampouco reserva ao magistrado, por si só, posição central ao regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Consciência, subjetividade, poder discricionário corporificam variantes de idêntica temática: a convicção pessoal enquanto critério norteador válido para o magistrado - agora refletida a partir de uma cisão estrutural entre regras e princípios, a qual incentiva uma “abertura de sentido” no texto constitucional à suspensão das nomeações para o cargo de Ministro de Estado. Indeclinavelmente, há fundado receio que tal posicionamento fomente uma aplicação casuística - *ad hoc* - dos princípios, dificultando a existência hermenêutica de um mínimo grau de generalização, além de sucessivas replicações equivocadas da exceção, desprovidas de “justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória”, o que acaba por relegar a hermenêutica constitucional aos alvedrios do magistrado do caso⁵¹.

Considerações Finais

O controle de finalidade deve ser legal, não político. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos - tal como a nomeação dos Ministros de Estado - impera no arcabouço normativo do país, cuja não incidência carece do devido esforço argumentativo e probatório. De todo modo, a análise recente de julgados da Suprema Corte sob a temática revelou um controverso quadro de abusos no exercício do poder decisório, especialmente quando a práxis judicial é maculada pela utilização de conteúdos normativos voluntarísticos, moldados à percepção do julgador.

Não obstante reiterada polêmica em torno da legitimidade jurídica e democrática do emprego do Mandado de Segurança Coletivo à tutela de direitos difusos, a disparidade de conclusões no âmbito do mesmo tribunal (em curtíssimo intervalo de tempo), suscita graves questionamentos - quiçá, vicissitudes - em torno das decisões prolatadas pela Suprema Corte.

⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁹ STRECK, L. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

⁵¹ STRECK, L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan. - abr. 2010.

Inexplicavelmente, fatores como o paralelo jurídico entre os casos, a base fática semelhante e o breve interregno entre as decisões - fulcrais ao hodierno exercício da hermenêutica constitucional - não influíram no posicionamento dos ministros, o que, por si, suscita debate acerca de determinado “ativismo seletivo” proveniente do Judiciário, responsável por tecer novos contornos nos processos de elaboração e preenchimento do conteúdo de princípios, sob a influência do âmago e convicções pessoais do julgador.

Tradicionalmente, atribui-se ao quadro de normas aplicáveis de Kelsen significativo relevo na dogmática jurídica, vez que reconhece legitimidade às inúmeras possibilidades de aplicação da lei em torno da hierarquia normativa de um Estado. Todavia, há de se ponderar a exacerbada carga subjetivista que – rotineiramente - incide na hermenêutica do intérprete. Identifica-se que a prévia concepção de mundo do agente detém o condão de desviá-lo de regras objetivas da sistemática processual, incorrendo em julgamentos e tomadas de decisão desprovidas de certo grau de previsibilidade - incompatível com as mais diversas fontes do direito (inclusive os precedentes).

Potencializada pela principiologização do Direito, Lênio Streck destaca como a judicialização da política se distancia do legítimo controle de legalidade dos atos provenientes do Poder Executivo. Para tanto, evidencia um campo decisório casuístico, onde o caráter aberto da Carta Magna dá azo a exacerbada carga de subjetivismo por parte do intérprete. Para além da ilegitimidade democrática, tal realidade origina um temerário quadro de insegurança jurídica e de deturpação da moralidade e da legalidade constitucional, paulatinamente agravado por um cotidiano de julgamentos distintos para casos símiles - evidenciado no horizonte de suspensão das designações de ministros.

Referências

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Da autolimitação ao ativismo judicial**: um estudo acerca releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal. 2016. 418 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, 2016.

ANJOS, Pedro Germano dos. Os graus da discricionariedade da administração pública no âmbito do direito orçamentário. In: **XVII Congresso Nacional – Brasília – Tema: “XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios”**. Brasília: Anais do Conpedi, 2008, p. 3501-3518. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/quemsomos/eventos>. Acesso em: 10 maio 2021.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 127.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Suspensão de Liminar e de sentença nº 2.340 – RJ 2018/0010771-6**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Data de Publicação: DJ16/02/2018). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548974876/suspensao-de-liminar-e-de-sentenca-sls-2340-rj-2018-0010771-6>. Acesso em: 20 abril 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.609**. Relator: Ministro Celso de Mello, Data de julgamento: 14/02/2017. Data de Publicação: DJe-031 16/02/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34609.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em mandado de Segurança nº 34.070**. Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 18/03/2016. Stf.jus, 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>. Acesso em 02 maio 2023.

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 23457 - Agravo Regimental**. Reclamante: Presidente da República. Reclamado: Juiz Federal Da 13ª Vara Federal De Curitiba/PR. Relator (a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Brasília, 27 set. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rc123457.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 196.184/AM**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ, 27 out. 2004. Publicado no Diário da Justiça de 18 fev. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234964>. Acesso em: 5 dez. 2023.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 51.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 42.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira**. Tese de doutorado. Orientador: NEVES, Marcelo da Costa Pinto. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. 201 f. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/completa_revisitacao_do_principio_da_separacao_de_poderes.pdf. Acesso em: 08 fev. 2023.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.2.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 164.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1978. (Coleção Pensadores).
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da argumentação judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Victor Vasconcelos et al. **Precedentes judiciais: a construção da ratio decidendi e o controle de aplicabilidade dos precedentes**. 2017. 216f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014. p. 202.

OYAMA, Érico. **Sem Precedentes**: há base jurídica na suspensão da nomeação de Ramagem para a PF? 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/sem-precedentes/sem-precedentes-ha-base-juridica-na-suspensao-da-nomeacao-de-ramagem-para-a-pf-30042020>. Acesso em: 15 jun. 2023.

SOUZA, Rafael Bezerra de. Um Supremo e duas medidas: uma análise comparada dos casos Lula e Moreira Franco. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 1, n. 2, 2016, p. 306-318.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ -Eletrônica**, Vol. 15 – n. 1 – p. 158-173 / jan. - abr. 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Do apelo ao senso comum aos poderes de fato: o novo Direito 3.0 que legitima o arbítrio ou ‘quando a episteme vira doxa’. In: PRONER, C. *et al.* (org.). **Comentários a um acórdão anunciado**: o processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras Expressões, 2018, p. 115-126.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; SERRANO, P. **Constitucionalistas "espalha-rodas": o "caso Ramagem"**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/streck-serrano-constitucionalistas-espalha-rodas-ramagem>. Acesso em: 20 nov. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Suspensa decisão que impedia posse de Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho**. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-01-20_12-01_Suspensa-decisao-que-impedia-posse-de-Cristiane-Brasil-no-Ministerio-do-Trabalho.aspx. Acesso em: 20 dez. 2023.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n° 2, p. 229-257, 2007, p. 244.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plebiscito de 1993**. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993>. Acesso em: 10 fev. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracy. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.