



## O QUE OS CASOS DE LULA E RAMAGEM TÊM EM COMUM? A SUSPENSÃO DO PROVIMENTO DE CARGOS POLÍTICOS DO EXECUTIVO PELO STF, O ATIVISMO E A MINISTROCRACIA

### WHAT DO THE LULA AND RAMAGEM CASES HAVE IN COMMON? THE SUSPENSION OF THE PROVISION OF POLITICAL POSITIONS OF THE EXECUTIVE BY THE STF, ACTIVISM AND MINISTROCRACY

<i>Recebido em</i>	01/08/2023
<i>Aprovado em:</i>	16/08/2023

**Peter Panutto<sup>1</sup>**

**André Grossi<sup>2</sup>**

#### RESUMO

O presente trabalho analisa as decisões monocráticas, ambas em sede liminar, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, as quais suspenderam, respectivamente, os atos administrativos discricionários de nomeação do então ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro da Casa Civil (Mandado de Segurança nº 34.070/DF) e de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da

<sup>1</sup> Professor Titular do PPGD da PUC-Campinas. Doutor e Mestre em Direito - Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (2015 e 2012). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Foi Diretor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas de 01 de fevereiro de 2010 a 31 de janeiro de 2018. Membro do Grupo de Pesquisa Saúde, Direito e Vulnerabilidades, com atuação na Linha de Pesquisa Cooperação Internacional e Direitos Humanos. Pós-doutorado pelo Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, sob a supervisão do professor doutor Conrado Hübner Mendes. Secretário de Justiça de Campinas-SP.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2006). Procurador do Estado de Minas Gerais (2007). Procurador Federal (2007-2015). Mestre em Direito pela PUC-Campinas. Atualmente é Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos.



Polícia Federal (Mandado de Segurança nº 37.097), pelos Presidentes da República no exercício do cargo em cada ocasião, embasadas no uso de princípios constitucionais administrativos, para afastar as regras constitucionais que atribuem competência privativa ao Chefe do Executivo para a prática de tais atos, sob a alegação de desvio de finalidade. A análise terá como referencial teórico a Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Utilizamos a metodologia de estudo de caso, partindo da análise desses julgamentos concretos, e tem como resultado esperado chegar a conclusões sobre a existência ou não do uso imotivado dos princípios pelo Judiciário, bem como pelo poder individual de cada Ministro do STF em moldar a política nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Separação de poderes. Teoria dos Princípios. Ativismo. Ministrocracia.

#### ABSTRACT

The present work analyzes the monocratic decisions, both in preliminary injunction, of the Justices of the Supreme Federal Court (STF) Gilmar Mendes and Alexandre de Moraes, how they suspended, respectively, the discretionary administrative acts of appointment of former President Lula to the position of Minister of the Civil House (Writ of Mandamus nº. 34.070/DF) and Alexandre Ramagem for the position of Director General of the Federal Police (Writ of Mandamus nº 37.097/DF), by the Presidents of the Republic in the exercise of the position on each occasion, based on the use of administrative constitutional principles, to rule out constitutional rules that attribute private competence to the Chief Executive for the practice of such acts, under the allegation of misuse of purpose. The analysis will have as theoretical reference the Theory of Principles by Robert Alexy. We use the case study methodology, starting from the analysis of these concrete judgments, and the expected result is to reach conclusions about the existence or not of the unmotivated use of the principles by the Judiciary, as well as the individual power of each STF Minister to shape the national policy.

**KEYWORDS:** Separation of powers. Theory of Principles. Activism and Ministerocracy.



## INTRODUÇÃO

Em decisão monocrática, prolatada em 19 de abril de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes acolheu o pedido liminar em mandado de segurança, para suspender o ato administrativo do Presidente da República de nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.

Decisão semelhante também foi tomada pelo Ministro Gilmar Mendes, em decisão liminar individual, datada de 18 de março de 2016, na qual foi determinada a suspensão da nomeação do então ex-presidente Lula ao cargo de Ministro de Estado da Casa Civil.

De imediato, ambas as decisões causaram polêmica, gerando debates acalorados acerca de sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a expressa previsão constitucional da competência privativa do Presidente da República para prover os cargos do poder Executivo federal, na forma do artigo 84, XXV, da CRFB/88 e da Lei nº 9.266/96, artigo 2º-C, que se refere especificamente ao cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, bem como ao artigo 84, I, da CRFB/88, no caso dos Ministros de Estado, os quais devem ser escolhidos e nomeados privativamente pelo Presidente da República.

Diante desse cenário normativo, a decisão de suspensão do ato do agente público constitucionalmente competente passou a ser objeto de curiosidade. Afinal, qual seria o fundamento para se afastar regra expressa da CRFB/88, haja vista que, na classificação de José Afonso da Silva (1999), a norma que prevê a nomeação de Ministros de Estado é de eficácia plena, e a do artigo 84, XXV é de eficácia limitada, mas já complementada por legislação infraconstitucional, cuja única restrição imposta se refere à previsão de que o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal seja privativo de Delegados integrantes da classe especial da carreira?

Assim, o desenvolvimento do presente artigo tratará do seguinte problema: o afastamento de regras constitucionais concretas de competência privativa do Presidente da República, para a nomeação de cargos do Poder Executivo, pode ser objeto de controle



pelo STF, tendo como parâmetro os princípios gerais que regem a administração pública? Essas decisões monocráticas representam efetivação do mecanismo constitucional de freios e contrapesos ou transbordam para o ativismo e concentração exacerbada de poderes no Judiciário?

Para responder ao problema, utilizaremos o método do estudo de caso, pois partiremos da análise de dois casos concretos, no Mandados de Segurança nº 37.097 (suspensão da nomeação de Alexandre Ramagem) e nº 34.070/DF (suspensão da nomeação de Lula), bem como das razões de decidir desses julgados, para avaliar os efeitos dessas decisões no quadro constitucional de repartição de poderes.

## 2 FUNDAMENTOS DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS DO STF

### 2.1 MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DA NOMEAÇÃO DO DIRETOR-GERAL DA POLÍCIA FEDERAL ALEXANDRE RAMAGEM RODRIGUES – MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.097/DF

Nesse mandado de segurança, o ato apontado como coator pelo impetrante, Partido Democrático Trabalhista, foi a nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal, sob o seguinte fundamento jurídico:

do ponto de vista do pressuposto subjetivo da impetração, o direito líquido e certo que reclama proteção jurisdicional, consiste na **moralidade administrativa em sentido estrito** (CF, art. 5º, LXXIII e 37, caput), que é interesse juridicamente tutelado, mas de caráter transindividual, difuso entre os titulares de direitos políticos (cidadania) (p. 02, grifamos).

Nas alegações do impetrante, há o reconhecimento de que a competência é do Presidente da República para o provimento dos cargos públicos federais (CF, art. 84, XXV), no que se insere à nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal (Lei Federal 9.266/1996, art. 2º-C).

No entanto, argumenta-se que essa regra deve ser relativizada, tendo em vista que “o exercício dessas competências não pode se operar segundo finalidade diversa do



interesse público e, muito menos, em prejuízo da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXIX, e 37, 'caput')" (p. 01).

Acolhendo, portanto, os pedidos do Mandado de Segurança, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, em sede de medida liminar, suspendeu o ato de nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal, pelo Presidente da República, sob a alegação de que a CRFB/88, ao constitucionalizar os princípios básicos da Administração Pública, permitiu a revisão constitucional dos atos administrativos discricionários. Sustenta que:

a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade da revisão judicial é impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional, inclusive no tocante as nomeações para cargos públicos, que devem observância não somente ao princípio da legalidade, mas também aos **princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público.**" (p. 07, grifamos).

Fundamenta o Ministro relator, ainda, que o Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não fica restrito ao "princípio da legalidade do ato administrativo, devendo entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo" (p. 08). Sustenta que o Judiciário deverá decidir "verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica do ato administrativo com os fatos" (p. 09).

Admite o Ministro Alexandre de Moraes, assim, que os atos administrativos discricionários sejam apreciados pelo Poder Judiciário quando forem utilizados para atingir fim diverso daquele que a lei fixou, ou seja, o uso indevido da conveniência e oportunidade administrativas, o que caracteriza desvio de finalidade.

Como provas, o relator aponta a entrevista do então Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, o qual afirmou que a substituição do Diretor da Polícia Federal se daria para que se pudesse ter "interferência política", "ter uma pessoa do contato pessoal dele", "que pudesse ligar, colher informações, colher relatórios de inteligência" (p. 11). Considera, ainda, mensagens do aplicativo WhatsApp transmitidas por um canal de TV, também apresentadas pelo então Ministro da Justiça.



Em conclusão, o Ministro relator proferiu a seguinte decisão:

Verifico a probabilidade do direito alegado, pois, em tese, apresenta-se viável a ocorrência de **desvio de finalidade** do ato presidencial de nomeação do Diretor da Polícia Federal, em inobservância aos **princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e do interesse público** (p. 11, grifamos).

Fundamenta, ainda, que o *fumus boni iuris* está demonstrado na instauração de inquérito para apuração de eventuais práticas de possíveis crimes delatados pelo Ministro da Justiça. E que o *periculum in mora* estaria na irreparabilidade do dano, em virtude da posse estar prevista para uma data próxima, quando o Diretor-Geral passaria a ter amplos poderes para comandar a instituição.

Posteriormente, houve a edição de Decreto Presidencial anulando a nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo, ocasionando a perda de objeto do Mandado de Segurança e tornando permanente o efeito da medida liminar, sem que houvesse julgamento do mérito pelo Plenário ou Turma do STF.

Em suma, essas foram os principais fundamentos encontrados na decisão monocrática a ser analisada. Passaremos, em seguida, para o segundo caso concreto que servirá para enfrentamento do problema posto neste trabalho.

## 2.2 MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DA NOMEAÇÃO DO MINISTRO DA CASA CIVIL LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA - MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.070/DF

Trata-se de medida cautelar, em sede de Mandado de Segurança, que visava anular os efeitos da nomeação do então ex-presidente Lula ao cargo de Ministro de Estado da Casa Civil.

Alegou o impetrante que a nomeação realizada pela então Presidente Dilma Rousseff era eivada de nulidades, uma vez que havia desvio de finalidade, qual seja, conferir prerrogativa de foro privilegiado ao nomeado, impedindo curso de investigações da operação Lava Jato. Argumentou o impetrante, ainda, que o ato administrativo violava



o **princípio da moralidade**, previsto no artigo 37 da CRFB/88, bem como a regra do juiz natural e do devido processo legal.

Ao julgar as medidas liminares, o Ministro Gilmar Mendes decidiu que houve desvio de finalidade no ato da nomeação e que:

nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os **princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público *lato sensu*** (p. 17, grifamos).

No tocante à infringência do ato impugnado aos princípios constitucionais, decidiu Gilmar Mendes que o princípio da moralidade deve pautar qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministros de Estado, conforme os artigos 37 e 87, ambos da CRFB/88.

Argumentou o Ministro que os atos imorais praticados, são ilícitos atípicos e devem ser proibidos, pois:

a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, **destoam da razão que a justifica**, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir **coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico** e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade (p. 19, grifamos).

Portanto, decidiu o Ministro que os atos praticados pela então Presidente Dilma Rousseff, com finalidade diversa (confessados extrajudicialmente por meio de nota da secretaria de comunicação) e os processos judiciais que estavam envolvendo o então ex-presidente Lula, são dados objetivos e “seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar **fraude à Constituição**” (p. 20, grifamos).

Assim, por haver indícios suficientes de desvio de finalidade, o Ministro deferiu a liminar para suspender os efeitos da nomeação de Lula ao cargo de Ministro da Casa Civil.



Cabe ressaltar, ainda, que o Mandado de Segurança foi posteriormente extinto, sem resolução de mérito, por perda de objeto, face ao Decreto Presidencial de exoneração de Lula para o cargo, razão pela qual a decisão liminar individual ganhou definitividade.

### 3 MINISTROCRACIA E O USO IMOTIVADO DE PRINCÍPIOS

De início, é importante destacar que o presente trabalho não pretende discutir o acerto ou não do mérito das decisões descritas no tópico anterior. O que se objetiva é verificar se houve uma interferência desequilibrada do Poder Judiciário em ato típico e privativo do Executivo, bem como os efeitos práticos dessa decisão, quando tomada em sede monocrática.

Nesse sentido, é importante destacar que a CRFB/88 desenhou um STF fortalecido, em especial no que concerne à possibilidade de exercer o *judicial review*, em relação aos atos dos demais Poderes. No entanto, começa a ganhar destaque na doutrina o aspecto individualizado e descentralizado desses poderes, os quais passaram a ser exercidos majoritariamente por decisões individuais dos Ministros, sem a participação do plenário ou de órgãos colegiados do Tribunal (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).

Dessa forma, o Poder que foi desenhado pelo constituinte para ser exercido pelo Supremo enquanto instituição, com base em votações majoritárias ou qualificadas, passou a ser exercido através do poder de decidir liminares monocráticas<sup>3</sup>, o poder de liberar ou não essas liminares para revisão das Turmas ou do plenário e também o poder de bloqueio de julgamentos, através de pedidos de vistas, sem prazo para devolução de processos, e de definição de agenda, o que justificaria a denominação desse poder de “ministrocracia” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).

---

<sup>3</sup> O número de decisões liminares monocráticas, no Supremo, é hoje muito maior do que o número de decisões liminares colegiadas. Entre 2010 e 2017, foram 20.830 individuais e apenas 177 decisões colegiadas (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).



Assim, com base nessa literatura, independentemente do acerto ou desacerto das decisões descritas no tópico anterior, podemos chegar à primeira conclusão de que as mesmas são expressões claras da presença da ministocracia, haja vista que, por meio de decisões individuais, os Ministros do STF promoveram relevantes alterações na realidade política com suas decisões, na medida em que limitaram a livre escolha de agentes públicos (Ministro da Casa Civil e Delegado-Geral da Polícia Federal) responsáveis pela tomada de decisões políticas relevantes em seus respectivos órgãos, capazes de influenciar na definição de políticas públicas pelo Poder Executivo.

Essa transferência do poder de decidir da instituição (STF) para seus ministros, de forma descentralizada e individualizada, fica comprovada pelas circunstâncias fáticas dos dois julgados analisados: em ambos, a decisão liminar alterou a realidade política do país e ganhou definitividade<sup>4</sup>, sem que precisasse passar pelo plenário do Supremo.

Além da constatação desse exercício ministocrático de poder individual pelos Ministros do STF, as decisões se mostram relevantes para uma segunda discussão, a respeito da possibilidade de afastamento de normas-regras objetivas da CRFB/88 com base em normas-princípios de conteúdo geral.

Isso porque, ao ler as decisões do tópico anterior, esperava-se uma exposição clara dos fundamentos fáticos, relacionando-os aos fundamentos jurídicos, já que se trata de afastamento de regra constitucional explícita de competência, com uma quebra na regra típica da separação dos poderes.

Ocorre que, ao contrário, os fundamentos principais das decisões consistem na argumentação genérica da aplicação dos princípios constitucionais gerais que regem a Administração Pública.

---

<sup>4</sup> Quanto ao então ex-Presidente Lula: "[...] Tendo em vista a publicação, no Diário Oficial da União de 12.5.2016 (Seção 2, p. 1), da exoneração do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, está prejudicada a presente ação mandamental, em razão da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, do RISTF). Revogada a medida liminar anteriormente deferida (eDOC 20). Publique-se" (MS 34.070). Já Alexandre Ramagem teve sua nomeação anulada, por Decreto Presidencial. Ambas as anulações ocorreram sem que as liminares fossem julgadas por órgão colegiado do STF.



E essa utilização de princípios gerais para o afastamento de normas-regras, identifica uma similaridade de exercício do *judicial review* do STF com a atuação de Aharon Barak, juiz da Suprema Corte Israelense, que é apontado como um ativista judicial extremo pela doutrina (POSNER, 2020).

Assim, diante do problema posto nesse trabalho, entendemos pertinente buscarmos a separação feita por Alexy (2008, pg. 85), segundo o qual “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. E como distingui-los? Para o autor (ALEXY, 2008, p. 86):

há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

De acordo com Robert Alexy (2008, p.103-104), uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* dos princípios. Segundo o autor, princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Princípios representam razões que podem ser afastadas por outras razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem sobre a extensão de seu conteúdo, em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

Pontua o autor que no caso das regras o raciocínio é diverso: estas exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, haja vista que têm uma determinação da extensão de seu conteúdo, no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve (ALEXY, 2008, p.104).

Um princípio, afirma, cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e



simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior a um princípio contrário daquele que sustenta a regra (já dotada de maior concreção, pelo próprio legislador).

Ou seja, em nossa compreensão da Teoria dos Princípio de Alexy, não seria possível afastar a regra da competência privativa do Presidente da República para o provimento dos cargos, nos casos citados, atribuindo-se um peso maior aos princípios gerais da moralidade e da impessoalidade, do que o peso da separação dos poderes, concretizado em uma regra de competência objetiva posta, vinculante e vigente.

Nesse contexto, atentando-se às estruturas democráticas delineadas na CRFB/88, é possível e relevante se introduzir os conceitos de rigidez e flexibilidade de um ordenamento jurídico, segundo os quais “um ordenamento jurídico é tão mais rígido quanto mais forte for o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais coisas forem reguladas por meio delas” (ALEXY, 2008, p.105). Nesse sentido, conclui peremptoriamente o autor:

a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras. (...) Ainda assim, o caráter *prima facie* **das regras**, que se baseia na existência **de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas** para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e **muito mais forte** (ALEXY, 2008, pg.106, grifamos).

Assim, não se pode afastar uma regra claramente definida, simplesmente por meio de carga argumentativa valorativa feita para suportar um princípio com alto grau de generalização, pois isso viola o princípio formal da competência e da separação dos poderes.

Para o autor, a possibilidade de um **modelo puro de princípios** relativiza todo o ordenamento. E a análise que faz, no contexto alemão, tem relevante pertinência no contexto brasileiro:

As objeções contra um tal **modelo puro de princípios** são óbvias. A principal delas sustenta que **esse modelo não levaria a sério a Constituição escrita**. Essa objeção baseia-se sobretudo no fato de que um modelo puro de princípios passaria ao largo da regulação diferenciada que a Constituição alemã contém



sobre as restrições a direitos fundamentais. O constituinte rejeitou expressamente uma cláusula geral de restrição e dotou cada garantia de direito fundamental com regras muito distintas acerca de possíveis restrições. O Tribunal Constitucional Federal, que, de um lado, trata as normas de direitos fundamentais como princípios, ressalta, de outro lado, a importância dessas regras quando faz menção a uma "cuidadosa regulação das restrições, ajustada à natureza de cada um dos direitos fundamentais". Na medida em que um modelo puro de princípios não leva a sério essa regulação, é possível criticá-lo por ser contrário ao texto constitucional. Ele substituiria vinculação por sopesamento e, com isso, ignoraria o caráter da Constituição alemã como uma "Constituição rígida" com pretensão de clareza normativa e univocidade (ALEXY, 2008, p.122-123, grifamos).

É importante esclarecer que este trabalho também não defende um modelo exclusivo de regras, nos quais os atos legislativos e administrativos seriam insindicáveis. Quanto a esse **modelo puro de regras**, avalia Alexy (2008) que o mesmo não supre todos as complexas demandas interpretativas de um ordenamento jurídico e, por isso, o modelo que adote regras e também princípio parece o mais adequado.

No entanto, dentro desse modelo misto, o qual foi adotado pela CRFB/88, pondera Alexy (2008) que as regras têm primazia, e não o contrário, de forma que se possa levar as normas da Constituição "a sério", o que no caso das decisões liminares analisadas não ocorreu, haja vista que foi dado primazia aos princípios:

A exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição. E é apenas uma parte desse postulado, porque, dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por elas estabelecidos são normas constitucionais. **Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras** (ALEXY, 2008, p.140, grifamos).

Conforme pontua o autor, não se afasta a relevância dos princípios. Desde que estes não sejam usados, para afastar a vontade do legislador constituinte, já definida em normas-regras objetivas:

Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de 'princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por



isso, compatível com regras bastante distintas. Assim, **quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios**. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. **É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios** (ALEXY, 2008, p. 140, grifamos).

E analisando os dois julgados monocráticos acima, sob o marco teórico de Robert Alexy, não restam dúvidas de que se trata de uma regra sendo afastada pela suposta preponderância de princípios gerais, o que parece contrastar frontalmente com a sua teoria, em especial no que tange à concorrência de aplicação entre regra e princípio, diante de casos concretos.

Nesse ponto, observa-se que, apesar da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy ser uma peça chave para a atribuição de força normativa aos princípios constitucionais, em contraponto à percepção dessas normas como programáticas e simples diretrizes gerais aos legisladores, ele não defende a sobreposição de princípios gerais em face de regras objetivas. Ao contrário, ele se posiciona expressamente no sentido da prevalência da regra, sob pena de se substituir um valor objetivado nesta, por outro valor atribuído casuisticamente pelo julgador e que pode ser justificado em um princípio geral.

A decisão liminar do Ministro Alexandre de Moraes trata, basicamente, das especificidades do regime jurídico público, pautado na supremacia do interesse público e na legalidade, expondo o conteúdo principiológico geral da CRFB/88.

Em essência, mesmo citando os princípios previstos no caput do artigo 37, da CRFB/88, ressaltando sua natureza constitucional, explanando sobre o princípio da motivação, não há individualização de atos e sua contraposição normativa, a ponto de viabilizar tal intervenção em outro poder da República.

E o mesmo vício pode ser apontado na decisão do Ministro Gilmar Mendes, ao impedir a posse do então ex-Presidente Lula no cargo de Ministro da Casa Civil, fundada em princípios e razões gerais para afastar uma regra objetiva, com argumentos que podem justificar qualquer tipo de decisão, à exemplo da alegação de que o ato



administrativo “destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente” ou que tal ato “poderia configurar fraude à Constituição” (MS 34.070, p. 20), em desapego aos valores objetivados pelas normas-regras no sistema jurídico brasileiro, em especial do art. 84, I, da CRFB/88.

Em ambos os casos, foi argumentado a possibilidade de nulidade dos atos de nomeação, editados pelos Presidentes da República respectivos, pelo suposto desvio de finalidade. Contudo, em nossa avaliação, ambos os Ministros se esquivaram de expor os motivos da decisão. Ou seja, não há observância ao princípio da motivação, necessário para justificar o afastamento de uma regra objetiva, por valores gerais eleitos pelos julgadores.

Assim, podemos concluir que referidas decisões são casos de um típico ativismo judicial, nas espécies “*Result-Oriented Judging*” e “*Striking Down Arguably Constitutional Actions of Other Branches*” como pontua Kmiec (2004, p. 1441-1477), que se caracteriza, em tradução livre, pelo julgamento orientado por resultados, e ainda na espécie escrita pelo autor, como a derrubada de atos constitucionais de outras esferas governamentais.

Kmiec (1996, p. 1.464), ao falar do ativismo em atos constitucionais de outras esferas, cita o Professor Lino Graglia: “By judicial activism I mean, quite simply and specifically, the practice by judges of disallowing policy choices by other governmental officials or institutions that the Constitution does not clearly prohibit.” Ou seja, que por ativismo judicial, entende-se a prática dos juízes de não permitir escolhas políticas por parte de agentes ou instituições governamentais, que não são proibidas pela Constituição.

No que concerne ao julgamento orientado pelo resultado, ocorre quando a) o julgador tem um motivo anterior oculto para tomar a decisão; b) a decisão parte de alguns parâmetros de correção (KMIEC, p.1476). O autor indica que o julgador decide primeiro, e só então constrói os fundamentos que sustentam a decisão já tomada.

Com base nessa literatura, entendemos que o ativismo se torna prejudicial quando viola a separação dos poderes. E se torna grave quando tal violação vem desacompanhada de motivação adequada. Isso porque, além de ultrapassar as barreiras



tênuas do universo jurídico para o político, o faz sem o devido cuidado de justificar a legitimidade jurídica da intervenção judicial.

Destarte, percebe-se que há, por parte de ambos os julgadores, em suas decisões, a incorrência na violação ao princípio constitucional apontado como atos coatores, ou seja, a falta de motivação adequada para justificar o afastamento de uma regra objetiva, sem sequer declará-la em desconformidade com a Constituição.

Isto porque o ordenamento pátrio inadmite a mera menção genérica de princípios, em substituição da vontade do legislador, que previu expressamente a competência privativa do Presidente da República para a nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal, (CRFB/88, artigo 84, XXV e Lei Federal nº 9.266/1996, artigo 2º-C), bem como dos Ministros de Estado (artigo 84, I, da CRFB/88).

Carlos Ari Sundfeld classifica princípios como indeterminações normativas extremas. De acordo com o autor, quando o juiz se vale de princípios para julgar, dada sua indeterminação, assume tanto o "ônus da competência" quanto o "ônus da regulação". No primeiro, devem existir elementos especiais de ordem institucional que o justifique. E no segundo, deve explicitar a regra geral aplicada, suas alternativas e consequências positivas e negativas. (SUNDFELD, 2012, p. 206). O autor inadmite que isso seja feito sem a devida motivação. Isto porque o princípio da motivação se aplica integralmente ao Poder Judiciário, e não há dubiedade de interpretação neste ponto, ante a expressa previsão constitucional (CRFB/88, artigo 93, IX). Com base nas críticas feitas pelo autor (SUNDFELD, 2012), quanto à aplicação aleatória de princípios, entendemos inadequadas as decisões de suprimir regras constitucionais e legais, com base em princípios gerais, sem que fossem apontados de forma individualizada as supostas violações a tais princípios, ainda mais em sede liminar e monocrática, como ocorreu com ambas as decisões examinadas.

Nas palavras de Streck (2013), a dogmática jurídica é composta por um conjunto de técnicas, transformada em linguagem oficial pela comunidade jurídica. Para ele, um conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, tornam a atividade refém da cotidianidade e acrítica.



Sua crítica à dogmática jurídica busca justamente romper o reformismo principiológico e trazer um modelo mais rigoroso de avaliação dos argumentos teóricos produzidos pelo campo jurídico, permitindo inovações na aplicação dos princípios, os aplicando quando houver omissão legislativa, ou seja, quando não houver regra específica (STRECK, 2013, p. 04).

Caso contrário, a ordem jurídica se resume aos princípios e a atividade jurídica do julgador é ampliada de tal forma que a produção legislativa se esvazia. Relativizando-se, assim, a representação democrática.

Pois bem, se vê que o debate acerca da legitimação da revisão constitucional não deixa de ser atual e efervescente, pois a reiteração de decisões que interferem drasticamente no cenário político nacional, traz à tona a falta de controle destes excessos, quando originados de Ministros do STF.

Nessas decisões, estamos diante de dois casos concretos que desafiam a justificação da função contramajoritária: como legitimar democraticamente a decisão de um Ministro, para interferir de forma valorativa em competência privativa atribuída pela CRFB/88 ao Presidente da República? Quem deve ter a palavra final no julgamento dos **valores** que são mais adequados para a escolha da pessoa que iria exercer os cargos de Ministro da Casa Civil e de Delegado-Geral da Polícia Federal?

Por certo que a democracia não comporta apenas o posicionamento da maioria e o Poder Judiciário exerce este importante papel garantidor das minorias. Ocorre que há reiteração de controle de constitucionalidade de atos ou lei de outros Poderes que nada se referem à sua função contramajoritária ou à defesa de direitos fundamentais, como ocorreu nos casos em análise, em que pode ser aventado um objetivo de interferência política sobre o Poder Executivo.

Veja que há um afastamento das regras constitucionais para que sejam aplicados princípios norteadores da Administração Pública, sob o fundamento de potencial violação destes mesmos princípios.

Ou seja, o fundamento das decisões é evitar o desvio de finalidade dos atos administrativos. E para que não haja pessoalidade e imoralidade na nomeação dos



agentes públicos, afastam-se regras constitucionais e retira-se o poder de escolha dos valores adequados dos ocupantes dos cargos pelo Presidente da República.

Assim, esses casos permitem chegar à conclusão de que a posição de Robert Alexy (2008) parece ser a mais adequada para a harmonia entre os Poderes da República no Brasil, de forma que não se deve socorrer de princípios gerais quando há regra expressa e objetiva para a solução. E nestes casos, regras constitucionais.

Se assim não for, há uma mitigação da decisão política normativa a ponto de não haver mais necessidade de regras nas decisões judiciais, passando-se a solucionar as demandas unicamente por princípios gerais.

Assim, há que se buscar uma análise crítica quanto às razões do uso de cláusulas normativas indeterminadas, já que são necessários argumentos lógicos para justificar sua utilização para decisões concretas.

O que parece razoável é se afirmar que o Judiciário não pode atuar sempre, com irrestrita legitimidade. E quando há distorções, estas podem ser corrigidas na via recursal. Mas se a distorção vier do STF, a correção fica impossibilitada nesta seara.

Daí a necessária motivação adequada para o exercício do *judicial review* pelo STF, apontando os elementos especiais que a fundamentem. Essa motivação adequada deveria ser uma preliminar que fundamente sua competência, apreciando consequências, positivas e negativas, de sua intervenção, como defende Sundfeld (2012).

Um ponto a se pensar, na opinião do referido autor (SUNDFELD, 2012), é que a intervenção se justifica quando o próprio legislador se vale de conceitos indeterminados. A contrário senso, não caberia tal intervenção na hipótese de existência de regra. E menos ainda o afastamento de regra objetiva para aplicar princípio, sob pena de usurpação de competência legislativa, ainda que se fundamente na garantia dos direitos fundamentais, haja vista que quase tudo pode ser enquadrado neste fundamento, se embasado em princípios gerais do direito.

Se o legislador teve que fazer escolhas ao elaborar a regra, a opção política nela contida não parece ser passível de afastamento pelo Judiciário. Ademais, a indeterminação contida nas decisões analisadas facilita eventual mudança de



entendimento, pois o voluntarismo e o uso de princípios vagos, gerais e com teor de proteção aos direitos fundamentais são dificilmente refutados. Nesse sentido, afirma Sundfeld que “a verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz.” (SUNDFELD, 2012, pg. 225).

Na acepção de Streck (2013), não importa se o julgador é a favor ou contra determinada demanda. E sim quais critérios claros fundamentam sua decisão. Simplesmente afirmar que um ato administrativo ou lei não podem se sobrepor à Constituição, apontando algum princípio, soa como a substituição da vontade política por uma ideia melhor, do julgador, monocrática ou colegiadamente.

Importantes as considerações de Sundfeld:

Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial” (2012, p. 228-229).

O Judiciário tem, claro, seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades legislativas e administrativas, mas ele não é o Legislativo nem a Administração, e não pode substituí-los em tudo. Por isto não há solução' judicial para todos os problemas jurídicos: o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito; não lhe cabe construir, não é adequado que construa” (2012, p. 217).

Como cabe ao próprio judiciário se auto limitar, há dificuldades de controle no que se refere aos atos decisórios do STF. E o autor, arrola limites que pareciam claros para a *judicial review*:

A jurisprudência vem elaborando, ao longo do tempo, parâmetros gerais para definir a extensão da competência do Judiciário. Vários deles traduzem uma concepção restritiva da intervenção judicial. São exemplos: a competência anulatória dos juízes é excepcional; os juízes não podem aumentar vencimentos de servidores públicos a título de garantir isonomia; os juízes não podem criar normas gerais novas para suprir omissões do legislador; os juízes não podem



administrar; e os juízes não podem impor prestações positivas ao Estado com base em normas programáticas (SUNDFELD, 2012, p. 218).

Até esses limites, que pareciam claros, estão sendo enfraquecidos com decisões como as analisadas, nas quais vemos juízes da corte máxima do Estado brasileiro tomando decisões aparentemente administrativas, em contrariedade com nosso modelo de república democrática constitucional, em dois claros exemplos de ministocracia.

O ativismo judicial manifestado nas decisões monocráticas, nos referidos julgados, permeia um ideário de poder pouco limitado dos Ministros do STF e, por consequência, fragiliza sua acepção jurídica e fortalece o argumento de que se trata de uma manifestação de poder. Um poder com controle diminuto e dificultoso de seus excessos, o que talvez demande uma revisão dos nossos sistemas de controle.

## CONCLUSÃO

A decisão, nos julgados analisados acima, ambos em sede monocrática, que suspenderam as nomeações pelo Presidente da República do Ministro da Casa Civil e do Diretor-Geral da Polícia Federal, com fundamentos em princípios gerais, sem a individualização dos atos apontados como coatores, em supressão às previsões constitucionais e legais da competência privativa do chefe do Executivo federal para as referidas nomeações, se mostra um ato de ativismo judicial, em prejuízo à ordem constitucional e, mais precisamente, à separação dos poderes.

Ademais, a substituição do exercício desses poderes do STF, enquanto instituição colegiada, por decisões monocráticas liminares, demonstra que o *judicial review* no Brasil se tornou um poder descentralizado em cada ministro, possibilitando interferências individuais na realidade política, de forma definitiva, em fenômeno que passou a ser denominado de ministocracia.

O exercício do *judicial review* se presta à efetivação do texto constitucional, entretanto, não pode significar a supremacia da vontade judicial em detrimento dos



Poderes Legislativo e Executivo, sob o pretexto de defesa da Constituição, mormente, sem a devida motivação adequada.

Nas palavras de Streck (2011), um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política ou de moral. Enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados).

Importante questão é que a jurisdição e a democracia têm que se compatibilizar, jamais duelar. Esse é o motivo pelo qual as decisões devem ter como base regras objetivas, quando estas se mostram presentes, e não em valores e opiniões do julgador, justificadas em princípios gerais.

Diante deste cenário, o ponto de debate parece ser como garantir a revisão constitucional e manter a harmonia entre os Poderes. O elemento democrático necessariamente permeia a manutenção da ordem constitucional. E a ingerência disforme do Poder judiciário nas decisões políticas garantidas pelo constituinte, não fortalece as relações institucionais.

Daí a necessidade de maior rigidez na possibilidade de revisão constitucional de decisões de outros Poderes, como é caso da competência para o provimento de cargos decisivos para a gestão pública, ou ao menos a definição de limites claros, traçados por critérios transparentes. E as hipóteses de aprimoramento desta relação entre os Poderes é fundamental para que o Supremo Tribunal Federal seja mais protetor da Constituição e menos criador de normas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Revista Novos**



**estudos CEBRAP.** São Paulo. Volume 37, n. 01, pgs. 13-32, Janeiro/Abril de 2018.  
Disponível em <http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003>

ESCOBAR, Diogo Rasia. **Democracia, direitos sociais e ativismo judicial.** 2014. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2014.

FONTANELLA, Henrique Ferronato. **Apreciação judicial do ato político no Direito brasileiro:** Da viabilidade de controle da intervenção federal nos Estados membros. 2018. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism,"* 92 CAL. L. REV. 1441, 1442 (2004). Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 16a. Edição. São Paulo: Malheiros, 2.003.

POSNER, Richard A., **Unlightened deposit. The Judge in a Democracy By Aharon Barak.** Disponível em: <https://newrepublic.com/article/60919/enlightened-despot>. Acesso em 20/05/2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros. 1.999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 3, p.557-584, jul. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **A verdade das mentiras e as mentiras da verdade.** Conjur, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari: **Direito Administrativo para Céticos: Princípio é preguiça?** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **A Constituição e o Supremo.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=919&tipo=CJ&termo=pluria> nual. Acesso em 15/05/2021.