

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

ALBERTO DOS SANTOS NASCIMENTO

Suspensão e anulação de nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República pelo Supremo Tribunal Federal na perspectiva do Ativismo judicial

Brasília – DF

2020

ALBERTO DOS SANTOS NASCIMENTO

Suspensão e anulação de nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República pelo Supremo Tribunal Federal na perspectiva do Ativismo judicial

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho para obtenção do título de Mestre em Direito constitucional

BRASÍLIA

2020

ALBERTO DOS SANTOS NASCIMENTO

Suspensão e anulação de nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República pelo Supremo Tribunal Federal na perspectiva do Ativismo judicial

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho para obtenção do título de Mestre em Direito constitucional

BANCA EXAMINADORA

Doutor Ilton Norberto Robl Filho

Prof. Orientador

Doutor Saul Tourinho Leal

Prof. Avaliador 2

Doutor Rodrigo Luis Kanayama

Prof. Avaliador 3

Em memória
À minha, mãe, Elenita, pessoa a frente do seu tempo.

RESUMO

Atualmente ocorre no Brasil um aparente conflito entre Poderes, mais especificamente entre o Tribunal constitucional e o Executivo, no que diz respeito às nomeações em cargos políticos de indicação da Presidência da República pelo Presidente. Há uma corrente que entende que o Supremo Tribunal Federal ao anular essas nomeações interfere na competência privativa do Presidente da República com Ativismo judicial. A opinião pública no geral tem uma perspectiva de onipotência do judiciário a partir da análise de tais interferências, o que parece não coadunar com a ideia de separação entre os poderes constituídos, sendo melhor analisar a partir as ingerências da Suprema corte como interdependência positivista. Dessa forma, o objetivo central é responder se o STF é um Tribunal “ativista”. Para responder tais questões, o estudo da doutrina, análise da jurisprudência, e estudos de casos são indispensáveis. Por fim, será investigado se as decisões do Supremo não possuem possui valência política consistente, atuando os juízes dentre de seus pressupostos legais legitimados por decisões que são corroboradas histórica e socialmente, bem como amparadas na Constituição.

Palavras-chaves: Ativismo judicial; separação de poderes; conflito de competências; revisão judicial.

ABSTRACT

Currently, there is an apparent conflict between branches of government in Brazil, more specifically between the Supreme Court and the Executive, with regard to appointments to political posts nominating the President of the Republic by the President. There is a current that understands that the Supreme Federal Court, by canceling these appointments, interferes in the private competence of the President of the Republic with judicial activism. Public opinion in general has a perspective of omnipotence of the judiciary based on the analysis of such interferences, which does not seem to be consistent with the idea of separation between the constituted powers, being better to analyze the Supreme Court's interference as positivist interdependence. Thus, the central objective is to answer whether the STF is an "activist" Court. To answer such questions, the study of doctrine, analysis of jurisprudence, and case studies are indispensable. Finally, the decisions taken in the scope of the Supreme Court do not have consistent political validity, the judges acting within their legal presuppositions legitimized by decisions that are historically and socially corroborated, as well as supported by the Constitution.

Keywords: Judicial activism; separation of powers; conflict of competences; judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O SISTEMA PRESIDENCIALISTA DE GOVERNO	14
1.1 Origem, características e desenvolvimento	14
1.2 O Presidencialismo de coalizão.....	20
2 PODERES DO PRESIDENTE REPÚBLICA NO BRASIL	34
2.1 Ato administrativo e decisão administrativa na esfera da Presidência da República	34
2.2 Vinculação e discricionariedade.....	39
3 DO CONTROLE JUDICIAL AO ATIVISMO	46
4 O STF ENTRE A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES INTERPRETATIVOS.....	54
4.1 Separação de decisão política de decisão jurídica.....	64
4.2 limites morais da jurisdição constitucional.....	66
4.3 Necessidade de fundamentação das decisões judiciais.....	67
4.4 Ativismo judicial ou interpretação conforme a Constituição.....	67
5. ESTUDO DE CASOS	71
5.1 Mandado de Segurança número 34.070 - Distrito Federal.....	71
5.1.1 Da legitimidade do Partido Político	721
5.1.2 O desvio de finalidade.....	73
5.1.3 A decisão liminar	73
5.2 Reclamação 29.508 do Distrito Federal – O caso Cristiane Brasil.....	74
5.2.1 A decisão da Ministra Cármen Lúcia.....	75
5.3 Mandado de Segurança número 37.097 do Distrito Federal – O caso Ramagem	77
5.3.1 Da legitimidade do Partido Político	78
5.3.2 O desvio de finalidade.....	78
5.3.3 A decisão liminar	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca investigar se o Supremo Tribunal Federal ao anular e suspender nomeações e posses em cargos políticos da Presidência da República interfere na competência privativa do Presidente praticando o que se denomina “Ativismo judicial”, uma vez que tais nomeações compõem o rol das competências privativas do Presidente da República asseguradas no artigo 84 da Constituição do Brasil.

Essa questão é importante, porque, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito e republicano em sua forma de governo, exige-se que haja equilíbrio na distribuição de poder, de maneira a não desequilibrar a democrática.

Deve-se ponderar o instituto de freios e contrapesos que equilibra a atuação dos Poderes constituídos para que haja equilíbrio nas decisões tomadas. A partir disso, foi que a Constituição brasileira estabeleceu formalmente as funções de cada Poder. Ao STF, órgão máximo do Poder Judiciário, por exemplo, compete, precipuamente, a guarda da Constituição, além de julgar nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros, nos termos do art. 102, inc. I, a e b, da CF de 1988.

A separação de poderes buscada como dispositivo de responsabilização nas democracias modernas tem sido considerado essencial para a boa governança, pelo menos essa foi a ideia quando Montesquieu escreveu “Do Espírito das Leis”, publicado em 1748. Montesquieu sugeriu que a soberania popular estivesse igualmente presente no Legislativo, no Executivo e no Judiciário. Três dimensões que são refletidas na divisão de funções para permitir freios e contrapesos entre Poderes. A separação de poderes ajuda a conter o abuso de poder.

Feitas essas considerações, estabeleceu-se alguns problemas que nortearão a presente pesquisa: 1) “Pratica o chamado Ativismo judicial o Supremo Tribunal Federal quando interfere na competência privativa do Presidente da República para nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República?”; 2) Quais os limites de atuação do STF sobre indicações políticas privativas do Presidente da República?; 3) Existe um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, mais notadamente entre o Judiciário e os demais Poderes?

O objetivo geral da presente pesquisa foi traçado como: Determinar se as decisões do STF que suspendem e anulam nomeações e posse em cargos de Ministro de Estado e outros cargos políticos de alto escalão da Presidência da República configuram Ativismo judicial.

Os objetivos específicos foram assim traçados: 1) Definir e delimitar quais são as competências privativas do Presidente da República com fundamento na Constituição Federal e nos atos políticos de governabilidade; 2) Estabelecer uma linha histórica de decisões do STF e compará-las em cada período; 3) Investigar se as decisões do STF são de natureza política ou se possuem amparo na Constituição.

Com base nos questionamentos e objetivos estabelecidos, foram lançadas as seguintes hipóteses:

H(1) O termo Ativismo judicial é usado tanto na retórica política quanto na pesquisa acadêmica. No uso acadêmico, o Ativismo judicial é tratado como sendo o “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”. Seria apenas a disposição de um juiz de anular um ato administrativo de um agente político de outro Poder ou anular um precedente judicial sem fundamentação constitucional. Dessa forma, quando o Tribunal constitucional anula nomeações e posse em cargos políticos feitas pelo Presidente da República, não possui caráter político ativista a decisão fundamentada em princípios constitucionais ou na lei.

H(2) O termo ativismo é usado tanto na retórica política quanto na pesquisa acadêmica. No uso acadêmico, Ativismo judicial é tratado como sendo “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”. Os juízes ativistas reforçam seus próprios pontos de vista sobre os requisitos constitucionais. Dessa forma, a partir dos estudos feitos, é possível deduzir que a interferência do Tribunal constitucional sobre as nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República, possui caráter político ativista quando extrapolam os limites constitucionais, atuando os juízes em conformidade com suas próprias convicções deixando de lado, ainda, que, momentaneamente, a clássica divisão de poderes.

Na verdade, tenta-se investigar se o poder discricionário do Presidente da República para nomeação e posse em cargos políticos da Presidência da República, mesmo no âmbito de sua competência privativa, seria passível de controle judicial pelo STF, e, em que condições, esse controle seria ou não Ativismo judicial

No primeiro capítulo, será investigado o sistema presidencialista de governo na estrutura federalista tentando esclarecer suas origens e características, bem como seu desenvolvimento no regime republicano, passando pelas origens dos poderes do Presidente da República e o Presidencialismo de coalizão.

As considerações postas no primeiro capítulo são uma baliza normativa, política e histórica acerca das competências privativas do Presidente da República, principalmente quando se trata de nomeações em cargos políticos da Presidência da República.

Já no capítulo segundo, será abordada a natureza jurídica do poder discricionário do Presidente da República para nomeação e posse em cargos de Ministro de Estado e de alto escalão na Administração Pública federal, ou seja, avaliar-se-á a questão do ato, se vinculado ou discricionário, mais a teoria do ato administrativo, sempre na perspectiva que sendo o Brasil um Estado Democrático de Direitos e Estado constitucional, o exercício de qualquer poder somente mostra-se legítimo quando compatível com a Constituição Federal.

Para compreensão da natureza jurídica do poder discricionário do Presidente da República, ou seja, se discricionário ou vinculado, o estudo da doutrina e a análise de decisões do STF serão fundamentais.

Diante dessa realidade, cumpre antecipar que o desenvolvimento do Direito e da política permitiu a leitura da Constituição não apenas na sua dimensão formal, mas, principalmente, na dimensão material pela aplicação de princípios constitucionais isso, certamente, pode gerar conflito entre Poderes.

No terceiro capítulo, será analisada a possibilidade do controle judicial ou não no poder discricionário do Presidente da República, vale dizer, nas nomeações em cargos de Ministros de Estado e alto escalão da Presidência. Para tanto, o estudo da doutrina e a contextualização da interpretação da Constituição pela aplicação de princípios constitucionais ganham relevo nessa temática.

Atualmente no Brasil, há diversos casos de anulações de nomeação e posse em cargos de Ministro de Estado e de outros cargos de alto escalão da Presidência da República, isso, certamente, impactou na clássica separação poderes modificando a relação entre o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, pois há quem defenda que o STF não encontra limites no controle judicial sobre os atos discricionários do Presidente da República.

Mas diante da realidade do Presidencialismo de coalizão onde os Partidos Políticos que representam interesses de grupos corporativistas levam o chefe do Poder Executivo a utilizar o poder discricionário para promover nomeações em cargos políticos da Presidência da República com interesse diverso daquele consagrado no artigo 84 da Constituição Federal ou um cenário no qual os interesses pessoais do Presidente da República sobejam o interesse público, nesses casos, o controle judicial do STF parece legítimo.

Diante das análises suscitadas, impõem-se alguns problemas de pesquisa: O poder discricionário do Presidente da República deve mesmo ser imune ao controle judicial? Esse controle está sujeito somente ao STF ou a outro Poder como, por exemplo, o Legislativo?

De fato, todas essas questões refletem em alguma medida a importância do controle judicial no Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional, bem como o respeito ao

poder discricionário do Presidente da República, porque, se de um lado, não se justifica o exercício de um poder discricionário de um Presidente da República equiparado a Rei, do outro, não faria sentido controle judicial sem limites.

Na verdade, no Estado constitucional a interpretação da Constituição não acontece apenas pela forma prescrita pelo positivismo jurídico, mas, na sua dimensão substancial, na qual os princípios constitucionais não podem ser dissociados da atividade interpretativa do Tribunal, isso, em alguma medida, tem reflexo no controle judicial dos atos discricionários do Presidente da República e na atividade do Poder Legislativo.

Convém lembrar que a atividade interpretativa do Tribunal constitucional não só teve reflexo na relação com os demais Poderes, como também permitiu a concretização e reconhecimento de direitos fundamentais mesmo sem ser prescrito em lei como, por exemplo, no julgamento Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 de 2015, na qual o Plenário do STF reconheceu “a figura do estado de coisas inconstitucionais para o sistema penitenciário brasileiro, a fim de assegurar a integridade física e moral dos custodiados”.

Fica claro, dessa forma, que a Constituição que antes era interpretada considerando somente seu processo histórico, agora seja aproximada da realidade social pela aplicação de princípios constitucionais.

Nota-se, assim, que, atualmente há um espaço para se repensar tanto a clássica teoria da separação de poderes como a atividade do Tribunal constitucional no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional, pois o desenvolvimento do Direito e da política possibilitou a interpretação da Constituição pela aplicação de princípios constitucionais. Assim, se de um lado, as nomeações em cargos políticos da Presidência tratam-se de ato privativo do Presidente da República asseguradas na Constituição, do outro, a ausência de limites no exercício desse poder parece justificar o controle judicial pelo STF.

Mas a mudança de paradigma a envolver a separação de poderes não só refletiu no controle judicial dos atos administrativos, como também possibilitou a existência de um verdadeiro sistema de freios e contrapesos a ponto de possibilitar, por exemplo, que o Presidente da República apresente Projeto de lei ou legisle por Medida Provisória, isso, certamente, modificou a relação entre os três Poderes do Estado, porque as funções do Poder Legislativo foram repartidas com o chefe do Poder Executivo sem falar na possibilidade do controle judicial pelo Tribunal constitucional.

Na verdade, o desenvolvimento do Direito e da política refletiu na construção do Estado constitucional fazendo com que as Cortes constitucionais se empenhassem na concretização da Constituição para efetivar sua força normativa pela aplicação de princípios

constitucionais, além de representar verdadeiro vetor de efetivação de direitos fundamentais para aprimorar a democracia.

Mas não se pode perder de vista que sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito todos os Poderes encontram limites na Constituição Federal, inclusive, o STF. Disso, fica claro, portanto, que o controle judicial nos demais Poderes deve ser visto com cautela, dada a possibilidade da interferência indevida do Poder Judiciário na competência dos demais Poderes.

Avalie-se, então, a implantação do Presidencialismo de coalizão no Brasil. Nesse fenômeno, o que importa são as condições preestabelecidas entre o Presidente da República e Partidos Políticos em razão da governabilidade, o que na ótica da política renderia no máximo considerações morais, porém, na esfera jurídica, pode levar ao controle judicial pelo Tribunal constitucional quando, por exemplo, o poder discricionário é exercido para nomeação em cargo de Ministro de Estado de aliado político com desvio de finalidade e abuso de poder.

Assim, quando o poder discricionário do Presidente da República é utilizado com desvio de finalidade e abuso de poder a intervenção do Tribunal constitucional parece legítima, porque o poder de discricionário do Presidente da República assegurado na Constituição Federal não é considerado apenas no aspecto formal e em razão da governabilidade, mas, a sua constitucionalidade depende da harmonia com valores substanciais emanados da sociedade mais a finalidade da norma Constitucional que concedeu tal poder.

Em verdade, o que deve ser considerado nas nomeações de cargos políticos da Presidência República são fins do chefe do Poder Executivo, ou seja, fins que quando confrontados com princípios republicanos se mostrem razoáveis.

A Constituição do Brasil no seu artigo primeiro reconhece a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e no seu artigo segundo consagra a harmonia e independência dos Poderes. A partir dessa constatação, fica claro que os Poderes são harmônicos e independentes, mas, que o desenvolvimento do Direito e da política, como já dito, permitiu a leitura da Constituição pelo STF pela aplicação de princípios que, em alguma, pode refletir na relação dos Poderes.

A proposta do quarto capítulo consiste na análise do Mandado de Segurança que suspendeu a nomeação do ex-presidente Lula ao cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, da Reclamação ao STF que vetou a posse da Deputada Federal Cristiane Brasil no cargo de Ministra do Trabalho e, finalmente, a análise do Mandado de Segurança que suspendeu a nomeação do Delegado da Polícia Federal Alexandre Ramagem ao cargo de Diretor Geral da

Polícia Federal para, então, aferir se o STF no controle do poder discricionário do Presidente da República em nomeações em cargos políticos da Presidência pratica Ativismo judicial.

O presente estudo não busca censurar a atuação do Supremo Tribunal Federal na anulação, suspensão e posse de nomeações em cargos políticos da Presidência da República, tampouco trabalha para não reconhecer a competência do Presidente da República para nomeações em cargos de Ministro de Estado e outros cargos da Presidência da República, mas, tem como objetivo geral investigar se o STF pratica Ativismo judicial quando anula nomeações do Presidente da República.

Ora, o que se espera numa democracia é que todos os Poderes sejam submetidos ao sistema de freios e contrapesos, entretanto, o papel de uma Corte constitucional nos dias que correm é de extrema importância, porque além de garantir direitos fundamentais estabiliza e racionaliza o sistema jurídico pela aplicação de princípios constitucionais.

Em verdade, observa-se que há um liame sensível entre a competência da Jurisdição constitucional e a interferência nas funções dos demais Poderes, por isso é necessário investigar com cuidado se o STF ao anular nomeações em cargos políticos da Presidência da República pratica mesmo Ativismo judicial.

Por certo, o debate a envolver a atuação do Supremo Tribunal Federal deve ser encarado com ponderação, pois democracia num sentido amplo não significa somente o direito de participação do cidadão na condução do Estado por meio de eleição, plebiscito e referendo, mas, pelo funcionamento harmônico dos Poderes e, principalmente, pela atividade do Tribunal constitucional na guarda da Constituição.

Finalmente, a metodologia empregada consiste em uma pesquisa exploratória com base em fontes bibliográficas e decisões do Supremo Tribunal Federal, jurisprudência, análises do posicionamento de renomados autores constitucionais e ainda informações de fontes como jornais, periódicos e artigos acadêmicos que abalzem a construção argumentativa. O método adotado, quanto aos procedimentos é dedutivo, com pesquisa bibliográfica alinhada à temática proposta. Ander-Egg (1978, p.28) define pesquisa bibliográfica como “o procedimento reflexivo sistemático e crítico, que permite descobrir novos fatos ou dados, relações ou leis, em qualquer campo do conhecimento”. Por fim, para melhor elucidar os questionamentos suscitados, far-se-á uso de estudos de casos.

1 O SISTEMA PRESIDENCIALISTA DE GOVERNO

1. 1 Origem, características e desenvolvimento

Antes de qualquer debate acerca da interferência do STF na competência privativa do Presidente da República para nomeação e posse em cargos políticos da Presidência, torna-se necessário investigar as origens dos poderes do Presidente da República.

O sistema presidencialista de governo foi debatido na Convenção da Filadélfia de 1787 quando Hamilton (1840, p.194) destacou a necessidade de um governo energético para conservação da União, além do mais, destacou três pontos importantes, que seriam as funções de governo federal, o grau de poder para executá-las e a pessoa sobre a qual esse poder deveria obrar. Tais poderes, segundo os federalistas, estariam voltados para consolidação da independência das ex-colônias inglesas, bem como para solução de problemas de ordens econômicas, sociais e militares.

Os federalistas destacaram, ainda, que as principais funções da União estariam voltadas para defesa de todos os Estados-membros, para proteção da República contra ataques internos e externos mais a regulação do comércio com as nações estrangeiras. Foi pensado, também, os poderes essenciais da União na defesa comum, que seriam os de levantar tropas, construir e equipar frotas, bem como prescrever leis para governar. Para Hamilton (1840, p.194-202), todos esses poderes deviam ser ilimitados, pois seria impossível prevê ou fixar a extensão das variedades dos meios necessários para satisfação dos objetivos que foram propostos.

Não ficaram fora da apreciação federalista os poderes do Presidente da República para nomeação de funcionários públicos. Nesse sentido, Hamilton (1840, p.139) defendeu que o Presidente com o consentimento do Senado tivesse poderes para nomear Embaixadores, Ministros, Cônsules e juízes de Tribunais superiores e, ainda, dispor de poderes para nomear todos os empregados públicos que não fosse autorizado pela Constituição, mas por lei ordinária. Por essa razão, alguns doutrinadores e estudiosos do direito constitucional suscitam dúvida quanto a legitimidade do Poder Judiciário para anular as nomeações em cargos políticos feitas pelo Presidente da República, pois como já sinalizado as nomeações em cargos políticos da Presidência da República são de competência privativa do Presidente da República.

O próprio caso Marbury versus Madison apesar de inaugurar o controle difuso de constitucionalidade das leis e ato administrativos dos demais Poderes levou Marshall a decidir

que o Poder Judiciário não seria competente para interferir no poder discricionário do Presidente da República para nomeações em cargos públicos.

Nesse caso, a Judiciary Act of 1789, lei que autorizava a Suprema Corte Norte Americana a expedir *writ of mandamus*, foi declarada inconstitucional a partir da interpretação de John Marshall que concluiu pela incompatibilidade da lei com a Constituição dos Estados Unidos. Esse caso foi cercado de polêmica nos Estados Unidos por uma possível ilegitimidade da Suprema Corte em controlar os atos dos demais Poderes, uma vez que o poder dos juízes não tinha respaldo no voto popular. (CARLOS SOUTO, 2019, pp. 91-120)

Tal caso é relevante para história do direito constitucional e para anulação em cargos políticos da Presidência da República no Brasil que, aliás, é tema desse estudo, a partir de duas abordagens: (i) Primeira pela possibilidade de o Poder Judiciário agir na defesa da supremacia da Constituição, exercendo controle judicial nas funções do Presidente da República e declarando inconstitucionais alguns atos; (ii) A outra, seria pela possibilidade de o Presidente da República em flagrante desacordo com a Constituição editar atos administrativos de nomeação em cargos políticos da Presidência da República.

Assim, se por um lado, o controle de constitucionalidade pode favorecer uma interferência indevida do Poder Judiciário nas funções do Presidente da República, de outro, sem o controle de constitucionalidade o Presidente da República pode dispor seus poderes com arbitrariedade.

Dos sistemas políticos mundiais, o sistema de governo presidencialista é o mais comum e popular (formas de governo). Este sistema tem suas origens no sistema presidencial americano de 1787 que criou o cargo de "presidente" como chefe de Estado.

A palavra "presidente" é derivada do latim *praesidens*, que significa "governador" (AMORIN NETO, 2006).

A primeira vez que o título de "presidente" foi usado para denotar um chefe de Estado foi na Constituição dos Estados Unidos de 1787, art. II Seção I da qual prevê que o 'Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América', que 'ocupará seu cargo durante o mandato de quatro anos (U.S. Const.)

Do contexto histórico do Presidencialismo no âmbito da federação americana, fica claro que ao chefe do Poder Executivo foram concedidos excessivos poderes em razão da governabilidade, não por acaso Hamilton, Madison e Jay (2004, p.456) ao final da Convenção da Filadélfia de 1787 destacaram que "estaria chegado ao fim a atividade de exame dos poderes conferidos ao supremo magistrado do executivo com a certeza que, a Convenção tentou conciliar até onde foi possível a forma republicana com os poderes do governo."

Dessa realidade, nota-se que a intenção federalista era implantar a República, porém, houve dúvida quanto a compatibilidade dos excessivos poderes do chefe do Poder Executivo com o regime democrático e republicano de governo, pois os poderes do presidente poderiam comprometer a soberania popular. Em meio a essas incertezas, os federalistas tentaram verificar se a soberania popular estava suficientemente afiançada no plano proposto pela Convenção e se a responsabilidade do Poder Executivo se encontrava suficientemente estabelecidas. (HAMILTON, MADISON E JAY, 2004, p. 450-456)

A preocupação dos federalistas foi além ao cogitar que o mau uso dos poderes conferidos ao chefe do Poder Executivo, seria contido com eleições de quatro em quatro anos mais perda do cargo e a inabilitação para qualquer outro emprego, além da perda de bens. O chefe do Poder Executivo seria, ainda, submetido à fiscalização da legislatura.

O constitucionalista brasileiro Alexandre de Moraes (2019, p.23) refletindo a concentração de poderes do Presidente da República destacou que o presidente como os antigos reis ingleses que vieram antes dele acabou sendo não só uma pessoa, mas também uma instituição. Não obstante esse agigantamento do cargo de Presidente da República, os mecanismos de controle constitucional mostraram-se atuantes em face dos abusos presidenciais.

O nobre constitucionalista destaca ainda que a partir do seu surgimento o presidencialismo passou a caracterizar-se, basicamente, pela união da chefia de Estado e de governo em uma única figura – o Presidente – que, escolhido, direta ou indiretamente, passou a ocupar posição central de destaque na solução dos negócios do Estado (MORAES, 2019, p. 24- 45).

De tudo até aqui mostrado, fica evidente que o presidencialismo caminhou em direção a República com um Presidente eleito pelo voto e com mandato periódico de quatro anos, além de se subordinar à uma Constituição pela independência e harmonia entre Poderes e pela aplicação de princípios constitucionais.

Mas sendo o sistema presidencialista de governo um sistema que concentrou poderes no chefe do Poder Executivo (chefe de Estado, chefe político, chefe da administração pública federal, etc) é previsível que numa democracia o excesso de poder pode conflitar com os demais Poderes, entretanto, a questão do excesso de poder quanto às nomeações em cargos políticos da Presidência deve ser relativizado por tratar-se de ato discricionário do chefe do Poder Executivo.

Em razão da democracia os mandatos do Presidente da República são fixos e, em alguns casos, também são impostos limites ao número de mandatos que um presidente pode

servir. Na América, por exemplo, o mandato do Presidente da República é de quatro anos, e nenhum Presidente pode servir mais de dois mandatos consecutivos. Na Coreia do Sul, o presidente pode ser eleito para um mandato de cinco anos, sem possibilidade de reeleição, enquanto nas Filipinas, um presidente pode servir apenas por um único mandato de seis anos.

Ao contrário dos sistemas parlamentares de governo, onde o governo da época (incluindo o primeiro-ministro) pode ser eleito e destituído a qualquer momento por um voto de não confiança no Parlamento, o Presidente da República não é facilmente destituído.

Deve-se ressaltar que o Poder Legislativo não tem poder para destituir o presidente, embora tenha poder para instituir processos de *impeachment* contra ele. Por exemplo, na Áustria, a Assembleia federal (*Bundesversammlung*) pode acusar o presidente iniciando um referendo (Art. 60 (6) Constituição da Áustria: 1920, reinstaurado em 1945.) ou iniciando um processo no Tribunal constitucional contra o presidente por violação da Constituição (Art. 142 (2) (a) Constituição austríaca).

Em vários países, a decisão de *impeachment* de um presidente é tomada pela Câmara baixa da legislatura, e o "julgamento" do presidente é conduzido pela Câmara alta. Por exemplo, na Colômbia, a decisão de *impeachment* do presidente deve ser aprovada pelo voto de não menos da metade dos membros da câmara ou da casa dos representantes (Art. 199 Constituição da Colômbia: 1991) e o julgamento do presidente no senado. O presidente só pode ser destituído se a moção de destituição for garantida pelo voto de pelo menos dois terços dos membros votantes no Senado.

Há Estados que o 'julgamento' pode ser perante um Tribunal Constitucional. Na Venezuela, o Supremo Tribunal de Justiça tem poderes para decidir se o presidente deve ser cassado e, portanto, destituído (artigos 233 e 266 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela).

Em tempos mais recentes, foram feitas tentativas de *impeachment* de Presidentes em Madagascar (1996), Nigéria (2002), Filipinas (2004), Rússia (1998–1999), Taiwan (2000), Coreia do Sul (2004) e Lituânia (2004) (Pérez-Liñán 6; Baumgartner e Kada) (OXCON, 2020) (tradução livre).

Nesse ponto, há uma correspondência entre os motivos que levaram a Convenção Norte americana de 1787 a conceber excessivos poderes ao chefe do Poder Executivo com os excessivos poderes do Presidente da República concebidos pela Constituição brasileira de 1988. Ou seja, tanto nos Estados Unidos como no Brasil fatores de ordem política e econômica, entre outros, foram as causas dos excessivos do poderes do Presidente da República.

Mas não se pode negar o êxito do sistema presidencialista nos Estados Unidos. O país atualmente é uma potência mundial econômica, além de ter contribuído na consolidação da independência das ex-colônias inglesas. Deve-se ponderar que mesmo no presidencialismo pode haver uma sobreposição de poder, como nas ditaduras onde o presidente exerce poder quase que absoluto sobre as demais instâncias de poder

Também o professor Paulo Ricardo Schier em artigo intitulado “Presidencialismo de coalizão: Democracia e governabilidade no Brasil” aponta que há no sistema parlamentarista de governo vários mecanismos de contenção de conflito entre o Poder Executivo e Legislativo, o que torna o Parlamentarismo um sistema de governo um meio de legitimação democrática, principalmente, pela possibilidade do voto de desconfiança com a queda do Gabinete e, em alguns casos, a dissolução do Parlamento (SCHIER, 2016).

Dessa realidade, é possível notar que no Parlamentarismo o Gabinete de Ministros se move em torno do cidadão que o elegeu e não das convicções pessoais do governante. De igual modo, o gabinete somente se mantém no poder enquanto digno da confiança do povo, além de o próprio parlamentar ao perder a confiança do eleitor declarar sua demissão.

O sistema admite, ainda, um chefe de governo e um chefe de Estado, sendo o chefe de Estado uma espécie de Poder moderador com poderes para pedir a dissolução do Parlamento. No sistema parlamentarista, portanto, não há concentração de poderes no chefe de governo, o que faz crer que se trata de um sistema mais democrático que o presidencialismo pela afinidade com o eleitor.

Esses aspectos são importantes para perceber que apesar de a estrutura federalista ter conferido ao chefe do Poder Executivo excessivos poderes a dinâmica do Direito e da política estão mitigando os poderes do Presidente da República tanto pela atuação do Tribunal constitucional na interpretação da Constituição que reflete no controle de constitucionalidade, bem como em decorrência das condições preestabelecidas no Presidencialismo de coalizão.

Assim, para se compreender as anulações e suspensões em cargos políticos da Presidência da República pelo STF, que é objeto desse estudo, é preciso refletir que na interpretação da Constituição o Tribunal busca concretizar os sentidos emanados do texto constitucional, bem como concretizar princípios constitucionais republicanos, o que, em alguns casos, se pode confundir com interferência indevida nas funções do Presidente República pela prática de Ativismo judicial.

O Ativismo judicial que será estudado adiante é tratado pela doutrina como sendo o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional (RAMOS, 2018, p.141). A decisão judicial ativista pode ocorrer quando da ausência de limites do Tribunal nas

funções de outro Poder sem fundamentação no texto da Constituição, com isso, as anulações em cargos políticos da Presidência da República quando tendente a prevalecer a vontade do chefe do Poder Executivo sobre a soberania popular, por exemplo, pode justificar interferência do STF pela falta de correspondência do ato administrativo com o primado do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional.

De certo modo, as anulações e suspensões em cargos políticos da Presidência da República pelo STF em, alguma medida, parece se comunicar com a falta de consenso que tiveram alguns federalistas ao questionarem a compatibilidade dos excessivos poderes do chefe do Poder Executivo com a democracia republicana quando da Convenção da Filadélfia de 1787.

Logo, se de um lado, os federalistas tinham receio dos excessivos poderes do chefe do Poder Executivo e debateram a sua responsabilização com a perda do cargo, perda de bens e eleição a cada quatro anos (HAMILTON, MADISON e JAY, 2004, p. 450-456), do outro, não se justifica na atualidade que no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional o exercício do poder discricionário do Presidente da República seja exercido a margem dos sentidos projetados no texto da Constituição e de princípios constitucionais. Disso constata-se que, tanto na criação do federalismo como na atualidade, os limites do poderes do Presidente da República foram objeto de debate.

De certo modo, o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito contribuiu para uma dinâmica que vai além da proteção de direitos fundamentais e da separação de poderes ao permitir a interpretação da Constituição pela aplicação de princípios constitucionais. Na verdade, foi o primado da soberania popular que nos últimos anos legitimou os Tribunais constitucionais a atuarem na valorização de princípios constitucionais subordinando o poder discricionário do chefe do Poder Executivo à soberania popular. Nessa perspectiva, a eficácia do poder discricionário para nomeação em cargos políticos da Presidência da República está vinculado aos princípios constitucionais e republicanos.

Aliás, o desenvolvimento do sistema presidencialista em direção ao Estado Democrático de Direito implementou a possibilidade de eleição direta, embora algumas Repúblicas presidenciais já tenham adotado o voto indireto e algumas Repúblicas parlamentares tenham adotado o voto direto. O voto direto representa um mandato mais poderoso e legítimo, porque vem do povo.

O sistema presidencialista também pode funcionar como um fator de prevenção ao abuso de poder, pois, os poderes Executivo e Legislativo estão separados e podem se monitorar mutuamente. No sistema parlamentarista, por exemplo, há também um problema

com o baixo poder do veto, pois, para anular o veto, basta a maioria simples dos votos. No entanto, no sistema presidencial, você precisa maioria absoluta de votos, o que demonstra que o Presidente precisa construir uma maioria parlamentar sólida.

Finalmente, não resta dúvida que o sistema presidencialista de governo concebeu excessivos poderes ao Presidente da República o tornando semelhante à um Rei eleito, mas que o sistema presidencialista de governo se desenvolveu em direção à República e, posteriormente, em direção ao Estado Democrático de Direito e ao Estado constitucional, diante disso, há conflito na conciliação dos poderes do Presidente da República com a atividade do Tribunal constitucional.

1.2 O Presidencialismo de coalizão

A relação de dependência entre Poder Executivo e Legislativo adquiriu relevância em razão do Presidencialismo de coalizão, que nas palavras de Sergio Abranches (1988, p. 9-18) se desenvolve em torno da Presidência da República e do Poder Legislativo a partir da combinação de alianças multipartidárias do governo no Congresso como fiadora de um pacto parlamentar com o Presidente com vistas à implementação de uma agenda de compromissos políticos do governo.

O autor ressalta que tal relação sinaliza o reflexo de um processo histórico-sociológico de uma sociedade complexa, fragmentada, desigual e pluralista que reflete a combinação de presidencialismo, multipartidarismo e um sistema eleitoral fundado em critério proporcional com lista aberta e federalismo.

O Presidencialismo de coalizão seria, portanto, uma espécie de acordo prévio pelo qual os Partidos Políticos estariam empenhados no apoio a projetos do Poder Executivo sob determinadas condições previamente estabelecidas a serem negociadas no momento da votação de cada projeto (ABRANCHES, 1988, p.77).

Essa realidade traz à tona a deficiência do sistema representativo brasileiro porque o povo somente se mostra representado na forma e na substância não. Imagine-se, por exemplo, a ideia de democracia a partir da inclusão do povo nas decisões políticas por meio de seus representantes. Isso seria verdadeira utopia, pois os Partidos Políticos no Brasil atuam como vetores de interesses de grupos de poder.

Nesse contexto, fica claro que o eleitor ao transferir poder aos representantes por meio do voto fica literalmente “à mercê da sorte”, pois uma vez eleitos, Presidente da República e parlamentares, ainda, que, democraticamente, não poderá o eleitor contar que façam coalizões

entre si para realização de políticas públicas republicanas e democráticas, dada possibilidade de os interesses de grupos de poder manipular o sistema representativo por meio dos Partidos Políticos.

Essa realidade traz à tona a fragilidade da democracia brasileira, pois no Presidencialismo de coalizão tanto o Parlamento como Presidente da República governam desprezando o sistema representativo.

A questão do Presidencialismo de coalizão pode ser melhor compreendida a partir das considerações feitas por Argelina Cheibub Figueiredo em artigo Coalizões governamentais na democracia brasileira. Para autora, Presidentes não apenas formam coalizões governamentais, mas, também, as alteram ao longo de seus mandatos procurando construir uma base de apoio no Poder Legislativo em razão da governabilidade. (CHEIBUB FIQUEREDO, 2012).

Assim, sendo objetivo do Presidente obter apoio na legislatura em razão da governabilidade, um dos meios de alcançar isso, por óbvio, seria a negociação dos cargos de Ministro de Estado e outros cargos de alto escalão da Presidência da República.

Nesse contexto, as relações entre Poder Executivo e Legislativo se desenvolvem em torno das coalizões onde o Presidente nomeia correligionário partidário em cargo de Ministro de Estado ou em outros postos de alto escalão em troca de apoio político na legislatura.

Um das razões que tem levado o presidente a adotar o Presidencialismo de coalizão segundo o professor Paulo Ricardo Schier seria a combinação do multipartidarismo e sistema de eleição proporcional com composições parlamentares fragmentadas, o que torna a democracia problemática porque no Presidencialismo de coalizão os Partidos Políticos não alcançam mais do que 20% das vagas do Poder Legislativo (SCHIER, 2016).

Disso é possível concluir que, quando o partido do Presidente da República alcança mais de 60% das cadeiras no Parlamento a extinção do Presidencialismo de coalizão é certa, tornando o sistema de representação eleitoral mais democrático, pois o presidente governa sem a necessidade de acordos políticos preestabelecidos.

Mas como o partido do presidente não alcança a maioria das cadeiras no congresso, o chefe do Poder Executivo busca apoio no Parlamento para implementação de uma agenda política, o que torna a democracia onerosa por envolver acordos clientelistas e patrimonialistas no qual o interesse particular se impõe ao interesse público.

Nesse ponto, é que haveria uma intervenção do Tribunal constitucional ao anular nomeações e posse em cargos políticos de alto escalão da Presidência da República. Melhor explicando, as relações em troca de apoio na legislatura capitaneadas pelo Presidencialismo de coalizão podem ensejar desvio de finalidade com consequente intervenção do Tribunal

constitucional para compatibilizar o ato administrativo de nomeação em cargos políticos com a Constituição.

A questão da distribuição de cargos políticos da Presidência da República não é contemporânea. O Legislativo foi na Primeira República instrumento essencial do clientelismo por meio da manipulação de verbas e cargos políticos. (ABRANCHES, 1988, p.37).

Fica claro, assim, que o sistema presidencialista no Brasil encontra problemas de legitimação democrática desde o surgimento da República e teve na distribuição de cargos políticos um incremento para satisfação de interesses patrimonialista e clientelista de grupos de poder. Isso expõe as feridas do Presidencialismo de coalizão e se traduz na subtração da democracia, pois a transferência de poder que o povo concede ao Presidente da República e aos demais representantes é substituída por interesses de grupos de poder movidos pelo Presidencialismo de coalizão.

Apesar das imperfeições em torno do Presidencialismo de coalizão, há quem defenda que essa forma de fazer política é necessária. Isso não seria possível se não fosse a costura da coalizão majoritária que se constrói pela formação de gabinetes de Ministros e pela negociação de outros cargos políticos (BATISTA, 2016, p.127,134 e 141).

O Presidencialismo de coalizão reflete bem a relação simbiótica entre Poder Executivo e Poder Legislativo. O Presidente da República pelo apoio da maioria parlamentar no Congresso e em razão da governabilidade costura alianças com Partidos Políticos que podem lhe valer distribuição de Ministérios e outras nomeações em cargos políticos da Presidência da República, além da liberação de emendas orçamentárias à partidos aliados, o que torna a governabilidade no sistema presidencialista de governo financeiramente dispendiosa para democracia, mas que funciona por facilitar que o Presidente governe com poucos adversários políticos.

A história revela que pelo menos no Brasil a implantação da agenda política do Presidente da República está vinculada ao apoio político do presidente no Congresso. Os governos Fernando Collor de Mello, Fernando Henrique Cardoso, Lula e Dilma Rousseff são exemplos que refletiram a importância da formação de uma maioria de apoio ao presidente no Congresso. Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff foram exemplos de governos de pouca identificação com o Presidencialismo de coalizão e sofreram *impeachment*, enquanto os governos FHC e Lula implantaram boa parte da agenda política.

Retrocedendo historicamente, é possível afirmar que desde o início da República brasileira, a maioria dos Presidentes, de certa forma, praticou o Presidencialismo de

Coalização. Foi assim na República Velha, a chamada República do Café com Leite, com forte influência dos vínculos entre os indicados à Presidência da República e produtores de café e seus representantes no Parlamento.

Se percorrermos a história da chamada “República Velha” e mais especificamente a primeira Constituição republicana, percebe-se que essa possibilitou, de um lado, a consolidação do regime político instaurado pouco antes e, de outro, a hegemonia das oligarquias estaduais na condução dos rumos políticos do país pelo menos até 1930, excluindo do cenário político a maior parte da população brasileira. (ABRANCHES, 1988, p. 41-70)

De certa forma, essa sistemática de vínculos entre a política e setor produtivo refletiu na República brasileira já na Constituição de 1824, pois se constitui uma República sem povo onde as oligarquias por meio dos Partidos Políticos defendiam seus interesses econômicos e políticos para se manter no controle do Estado.

Pode-se dizer que a operação lava-jato não mostrou nada de novo, apenas desnudou os esquemas e os tornou público.

Como bem lembrado por Sérgio Abranches (2018, p. 41) o Presidencialismo no Brasil foi forjado em bases clientelista e patrimonialista, com a ajuda de um sistema multipartidarismo que pode levar o presidente a realizar nomeações de correligionários em cargos político da Presidência da República com desvio de finalidade.

Para Schier (2016, p.287) a distribuição de acesso aos benefícios, nesta fase, não atende apenas a critérios partidários. A questão federativa exerce aí determinada influência. Para o autor, cargos de relevância são costumeiramente distribuídos para representantes de Estados mais fortes economicamente ou politicamente (SCHIER, 2016, p.287). Tal situação demonstra o quanto a estabilidade de um governo presidencialista pode fraquejar, haja vista a necessidade de uma miríade relações políticas que lhe dêem sustentação. Relações estas que vão transitar do apoio incondicional à polarização política, dependendo do humor sazonal influenciado por questões de política interna, à fatores econômicos entre outros.

No entanto, considerar que mesmo com vícios atinentes ao “modelo de governança por coalização”, tais coalizões multipartidárias estáveis podem ser construídas em regimes presidencialistas, mesmo se o país tiver um sistema partidário fracamente institucionalizado, o que não é o caso brasileiro. “Presidencialismo de coalizão” tem, portanto, uma resposta estratégica e específica às restrições sistêmicas. Sob este esquema, o Presidente eleito diretamente atua como um formador de coalizão e usa suas prerrogativas de nomeação para recrutar ministros de outros partidos a fim de implementar sua agenda política.

No Brasil, tornou-se rotina para os presidentes presidir sucessivas coalizões de governo dentro de seus mandatos para ajustar seu apoio no Congresso. Paralelamente a distribuição de cargos no gabinete, os presidentes também usaram outros mecanismos para resolver conflitos entre os membros da coalizão e manter o controle do processo legislativo.

A combinação de todas essas características constitui um modelo de governo que se afasta significativamente do puro presidencialismo existente nos Estados Unidos, único e não representativo de todo o conjunto das democracias presidencialistas.

Esta variante do presidencialismo latino-americano, portanto, demonstra que coalizões são possíveis nas democracias presidencialistas, presidentes de minorias não são necessariamente fracos e uma lógica de confronto nem sempre prevalece nas relações dos sistemas presidencialistas. No entanto, o presidencialismo de coalizão pressupõe um grau limitado de polarização política, o que torna possível a cooperação entre Partidos Políticos em um amplo espectro ideológico. Um presidente que segue as regras e reconhece os limites de seu status como presidente minoritário tem tendência a compartilhar o poder. Presidentes de minorias podem ser tentados a usar seus amplos poderes de emergência e definição de agenda para legislar sozinhos, mas isso pode colocá-los em apuros, como aconteceu com Fernando Collor de Melo em 1992.

O apoio insuficiente do partido no Congresso pode se tornar um problema para os presidentes, especialmente aqueles que enfrentam outros desafios (como uma situação econômica difícil, escândalos, descontentamento popular e mobilização pública) e exibem liderança fraca.

Devido ao caráter eleitoral do cargo, o Presidente da República é central para o sistema político, de modo que o humor do eleitorado é fundamental na busca do apoio parlamentar e da construção de uma agenda positiva para o país.

Mesmo o *impeachment*, que exige maioria especial de dois terços nas duas câmaras, outra maioria no Senado, é o mecanismo excepcional de resolução de conflitos disponível nas constituições presidenciais, pode se assemelhar a um voto de censura, como no caso da saída do presidente Fernando Lugo do poder no Paraguai.

Mas de tudo que foi mostrado convém destacar um ponto entre o Presidencialismo de coalizão e o sistema parlamentarista de governo, porque ambos são importantes na relação de governabilidade, embora o sistema parlamentarista seja realmente democrático. Enquanto o Presidencialismo de coalizão, pelo menos no Brasil, não é. Os interesses de grupos de poder já começam antes mesmo da eleição, pois é a partir da coligação partidária que se determina o tempo de cada coligação no horário político gratuito no rádio e na televisão, sem contar que

os parlamentares nomeados Ministros terão influência no governo para liberação de emendas orçamentárias em pro de seus Estados o que, certamente, rende capital político entre seus eleitores. Isso facilita o êxito em nova eleição.

Por sua vez, o sistema parlamentarista de governo é bem elaborado por colocar o povo no centro de seu funcionamento. Nesse sistema não há negociação de cargos políticos em razão da governabilidade, pois o governo colegiado tem a confiança do Parlamento que também deve ter a confiança do povo e, quando perde, o Gabinete de Ministros é dissolvido. Outra característica relevante é que o Parlamento quando perde a confiança do povo pode ser dissolvido pelo poder moderador na figura do Rei ou Presidente da República que convoca nova eleição. Com se percebe no sistema parlamentarista há democracia de verdade, no Presidencialismo de coalizão a democracia é aparente.

Para Schier (2016, p.290) “No parlamentarismo o interesse e controle da coalizão é do parlamento. No presidencialismo o interesse, e o controle da coalizão, é do presidente”. Dessa forma, tem-se que o no presidencialismo o chefe do Executivo tem um poder semelhante ao de um “Rei”, com a diferença de que esse poder é contrabalançado pelo Judiciário e Legislativo.

Nota-se, portanto, que ambos os sistemas são importantes para governabilidade, com a diferença que o sistema parlamentarista de governo é realmente democrático enquanto, que, a democracia no Presidencialismo de coalizão é aparente. Isso pode levar o Tribunal constitucional a interferir no poder discricionário do presidente para nomeações em cargos políticos da Presidência da República com propósito de compatibilizar o ato de nomeação com a Constituição democrática.

No presidencialismo o presidente é alçado ao mandato por meio do voto popular construído numa relação partidária de enlaces diversificados. Tais enlaces são a característica principal do presidencialismo de coalizão. Assim, a lógica das coalizões é uma imposição quase institucional, pois abarca uma combinação de hiperpresidencialismo, multipartidarismo eleições para o parlamento com critério proporcional e federalismo (ABRANCHES, 1988, p-5-34).

A partir dessas relações partidárias, das relações políticas diversificadas com o eleitorado é que se constrói uma agenda de governo denominada plano de governo. E o instrumento para operacionalizar esse plano de governo, ou projeto de governo, são as chamadas políticas públicas.

Para Macêdo (2018) “Políticas públicas são ações e programas que são desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar em prática os direitos previstos na Constituição Federal e em outras leis”.

Para executar as políticas públicas o chefe do Executivo contará com recursos oriundos de um orçamento público, de um rol leis e decretos que vão abalzar sua conduta e de pessoas nomeadas em posições estratégicas para “tocar” seu plano de governos. Os cargos são estratégicos, pois administram orçamentos bilionários e projetos de grande visibilidade governamental. O orçamento do Ministério da Infraestrutura em 2020, por exemplo, foi de R\$ 7,7 bilhões de reais (CNT, 2019). Paulo Schier (2016, p.291) cita os estudos de Carlos Pereira e Bernardo Mueller (PEREIRA & MUELLER, 2002) que demonstram que o instrumento central da coalizão governante está vinculado ao comportamento estratégico do Presidente da República na disciplina orçamentária

Configura-se, então, não apenas uma relação de confiança entre o nomeado e aquele que o nomeou, mas uma relação política de envergadura, assentadas em relações construídas por interesses partidários e de manutenção do poder, o que configura plenamente o nosso Presidencialismo de coalizão.

Ocorre que tais relações são dinâmicas, pois o governo político está sob constante avaliação da opinião pública e, conseqüentemente, de seu eleitorado.

Ressalta-se que nessa relação imbricada entre Legislativo e Executivo o Judiciário não intervém, salvo quando instigado por violação a Constituição. Isso acontece, por exemplo, quando “as políticas públicas são mal elaboradas e os serviços públicos são mal prestados, são insuficientes” (SCHIER, 2016, p.260).

Assim, as nomeações políticas se configuram como uma importante “moeda de troca” na construção dos vínculos de apoio ao Presidente da República. Por mais que se pense em uma estrutura de cargos técnicos, no formato do Presidencialismo de coalizão é simplesmente inviável que cargos estratégicos possam ficar nas mãos de indivíduos tidos como simplesmente técnicos, sem vínculos partidários, sem relações políticas ou tidas como isentos.

Deve-se considerar ainda que o Presidente eleito traz consigo, naturalmente, um capital político que precisa ser mantido por meio de suas relações partidárias. Esse capital político não se mantém ao longo do tempo, tende a enfraquecer. Então, para perpetuá-lo é necessária a ampliação de uma base de apoio, o que se consegue nomeando aliados para cargos estratégicos.

O campo político é caracterizado por inúmeras formas de articulações para composição de alianças que dão sustentação ao governo. Um exemplo bem recente na nossa

democracia foi exposto na Ação Penal 470 quando “o Supremo entendeu que houve desvio de recursos públicos e fraude em empréstimos, com a finalidade de se alimentar um esquema de corrupção com a promessa de que parlamentares votassem a favor de projetos de interesse do governo nos primeiros anos da gestão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva” (G1, 2014).

Deve-se ressaltar que a alternância de poder, uma das principais características das democracias, leva a uma disputa acirrada entre partidos, que envolve uma ampla e complexa rede de relações que se sobrepõem, o que pode levar a desvios tais quais o identificado na ação penal 470. Nesse caso, era a manutenção de um projeto de poder.

De fato, a renovação das elites políticas faz parte do jogo de poder e de sua alternância, o que é válido e salutar, ainda que com distorções como a elencada no parágrafo anterior. Cabe ao Judiciário e aos poderes constituídos “corrigir” os desvios com mecanismos que lhe são próprios.

Nesse sentido, Saéz e Freidenberg (2002, p.150), em sua obra intitulada “Partidos Políticos na América Latina”, inferem que “os partidos na América Latina continuam estruturando a competição e dando forma aos resultados eleitorais; (...) ajudam a costurar acordos em torno de políticas governamentais (muitas vezes de maneira conjuntural, como alianças fantasmas e até por políticas específicas, mas o fazem)”.

Esse espaço peculiar, o partidarismo político, é habitado, muitas vezes por longos períodos, por agentes que se diferenciam quanto às suas origens sociais e credenciais educacionais, riqueza, idade ou trajetórias profissionais, gênero ou raça. No Brasil, principalmente no período pós-ditadura, ficou bem evidente essa prolixidade de agentes políticos. O espaço anteriormente reservado a dois Partidos Políticos no período da ditadura, Arena e MDB, agora é amplo e comporta uma diversidade de legendas que refletem a multiplicidade e heterogeneidade da própria sociedade brasileira.

Os agentes que se profissionalizaram no campo político, aí permanecendo e vivendo, “da” e “pela” política (WEBER, 2003), são claramente muito diferentes dos cidadãos comuns, sobretudo aqueles cuja relação com a política é apenas intermitente.

No entanto, esses agentes também se diferenciam entre si pelo fato de que aqueles que entraram no campo político e nele se enraizaram não contam nem utilizam os mesmos recursos.

É, portanto, importante explicar o capital político está na origem da profissionalização política e, por conseguinte, na distribuição dos cargos políticos estratégicos, alguns dos quais atraem mais atenção que outras por sua importância social.

A formação do ministeriado, chamado de primeiro escalão, é a moeda de ouro na troca de relações com os partidos políticos e demais aliados no Presidencialismo de coalização brasileiro. Uma faceta política controversa e que gera questionamentos quanto sua validade fática, mas não jurídica.

Não há dúvida de que o acesso ao campo político por meio de cargos eletivos ou nomeados, bem como sua permanência no mesmo por longos períodos é resultado de uma complexa e imbricada construção político-partidária.

Como facilmente se pode imaginar, o capital político disponível para os agentes interessados em uma carreira política é sempre limitado pelos recursos disponíveis de sua ampliação e aquilo que pode oferecer de contrapartida àqueles que incorporam seu discurso e resolvem nele acreditar, seja por meio do voto, seja por doações financeiras, ou de outros “benefícios” advindos do estar no poder.

Uma vez que o acesso ao campo político foi conquistado pela ocupação de uma posição, as cartas da produção e reprodução do capital político assim adquirido são jogadas estrategicamente.

Na regra do Presidencialismo de coalizão fica claro que cada voto partidário dado a um projeto governista, por exemplo, é um meio de acumular capital político, cuja natureza, pode-se dizer, é subjetiva. É precisamente por esta razão que o valor do capital político, como o do capital econômico, depende das decisões estratégicas, principalmente quando o voto do legislador envolve questões singulares e importantes para o país. Esse exemplo é apenas um dos vários na estrutura política da produção do valor do capital político. De fato, não se pode ignorar que o contexto político influencia no capital político efetivamente detido por um agente, como, por exemplo, o que aconteceu com no recente *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff que não conseguiu angariar uma base de apoio que pudesse sustentá-la no poder. Nesse sentido, de acordo com Schier (2016, p.256) foi a inexistência de efetiva coalizão que conduziu ao *impeachment* de Dilma Rousseff.

Para as nomeações disponíveis ao Presidente da República, tem-se duas situações a partir do exposto: 1) cargos de servidores efetivos; 2) cargos decorrentes de nomeações políticas. A primeira situação diz respeito aqueles cargos em que se exige nomeação por meio de concurso público.

Nesse caso, o presidente não tem o poder de nomeá-los diretamente, salvo aqueles cargos dentro dessas estruturas designados como DAS. O servidor nomeado possui uma carreira e está sujeito a uma legislação específica. A segunda situação é a de livre nomeação e

exoneração e diz respeito aos laços político-partidários, ou mesmo ideológicos, com aquele que o nomeia.

Figueiredo (2012, p.164) traz uma análise interessante de “posições ministeriais” por período, anterior à nova república e posterior a esta até o primeiro mandato do governo Luiz Inácio Lula da Silva. Os quadros 1 e 2 sumarizam o número de postos por governo em cada período considerando apenas o detentor do cargo:

Quadro 1. Número de posições ministeriais, por tipo e por coalizão governamental – 1946-1964

Coalização/Presid ente	Ministério	Departamentos Subministeriais (Secretarias)	Ministérios Extraordinários	Total
DUTRA I	7	-	-	7
DUTRA II	7	-	-	7
DUTRA III	7	-	-	7
VARGAS I	8	-	-	8
VARGAS II	8	-	-	8
VARGAS III	8	-	-	8
CAFÉ FILHO	8	-	-	8
CAFÉ FILHO	8	-	-	8
N.RAMOS	8	-	-	8
JK I	8	-	-	8

JK II	8	-	-	8
QUADROS	10	-	-	10
GOULART I (NEVES I)	10	-	-	10
GOULART II (NEVES II)	10	-	-	10
GOULART III (B.ROCHA)	10	-	-	10
GOULART IV (H.LIMA)	10	-	1	11
GOULART V	10	-	2	12
GOULART VI	10	-	1	11
GOULART VII	10	-	1	11

*Excluídos ministérios militares. Fonte: (FIGUEIREDO, 2012, p.164)

O quadro 2 são os cargos políticos a partir da Nova República, até o primeiro mandato do presidente Lula da Silva.

Quadro 2. Número de cargos ministeriais, por tipo e por coalizão governamental - 1988-2007

Coalização/Presidente	Ministérios	Departamentos Subministeriais (Secretarias)	Ministérios Extraordinários	Total
SARNEY 2	18	3	1	22

COLLOR 1	9	7	-	16
COLOR 2	9	7	-	16
COLLOR 3	9	7		16
COLLOR 4	11	7	1	19
FRANCO 1	18	3		21
FRANCO 2	18	3		21
FRANCO 3	18	3		21
CARDOSO I 1	18	2	1	21
CARDOSO I 2	18	2	3	23
CARDOSO II 1	19	7	3	29
CARDOSO II 2	21	5		26
LULA I 1	24	6	1	31
LULA I 2	24	7	-	31
LULA I 3	24	7	-	31
LULA I 4	24	7	-	31

LULA I 5	24	6	-	30
----------	----	---	---	----

*Excluídos ministérios militares. Fonte: (FIGUEIREDO, 2012, p.164)

Os quadros mostram uma evolução no número de ocupantes no primeiro escalão governamental, bem como uma ampliação de nomeações para as secretarias e ministérios extraordinários, principalmente no período que corresponde à Nova República¹.

Assim, infere-se que a distinção principal entre a nomeação decorrente de concurso público e a nomeação política são a relevância estratégica dos cargos, a precariedade do nomeado na função do cargo político, ausência de carreira e, principalmente, deve estar alinhado ao discurso do chefe do executivo.

Um exemplo recente mostra que a situação “precária” do nomeado político. Em maio de 2020, o médico ortopedista, e ex-deputado federal, Luiz Henrique Mandetta foi nomeado, em janeiro de 2019, pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro Ministro da Saúde, e se tornou popular no auge da Pandemia por Covid-19, o que causou atritos com o presidente levando a sua demissão em abril de 2020.

No caso em tela, não havia uma relação partidária que pudesse sustentar o então ministro em sua posição e seu capital político pesou a favor de sua demissão pelo não alinhamento às posições tomadas pelo chefe do executivo em relação à pandemia em curso.

Por esses motivos, para a teoria do Direito, de acordo com Cléve (2014), citado por Paulo Schier (2016, p.261) “o Presidencialismo de Coalizão é uma doença a ser extirpada, que impede a existência de serviços públicos eficientes, que impede a formulação de políticas públicas coerentes e adequadas”, pois, prevalece os interesses privados em detrimento dos interesses públicos e os da coletividade (CLÉVE, 2014).

Percebe-se, portanto, a importância do Presidencialismo de coalizão para governabilidade do Brasil, sem, contudo desprezar o papel do Tribunal constitucional na estrutura do Estado Democrático de Direito, pois os acordos políticos costurados em razão do Presidencialismo de coalizão tornam o sistema político brasileiro aparentemente democrático, mas substancialmente precário por favorecer os privilégios de grupos de poder que usam Partidos Políticos para perpetuá-los.

¹ **Nova República**, ou Sexta **República** Brasileira, é o período da História do Brasil que se seguiu ao fim da ditadura militar aos dias atuais. É caracterizado pela ampla democratização política do Brasil e sua estabilização econômica. ... A partir de então passou a fazer parte do atual período histórico, a Era da Globalização.

No Presidencialismo de coalizão, portanto, apesar de o povo ter o direito de votar, não se encontra verdadeiramente representado no Congresso Nacional, tampouco pelo Presidente da República, por isso, a ausência de uma democracia substancial mais o desvio de finalidade no exercício dos poderes do Presidente da República são causas de interferência do STF nas funções dos demais Poderes.

Construir uma maioria legislativa no nosso modelo bicameral é uma construção que se inicia antes do mandato presidencial. No presidencialismo de coalizão controlar uma das duas casas legislativas pode não ser suficiente para um presidente garantir a aprovação das políticas públicas e projetos governamentais.

Existe uma dinâmica e fluída relação no Presidencialismo de coalizão em que, diferente do parlamentarismo, em que o parlamento elege o primeiro ministro, no presidencialismo o povo elege o presidente para o Executivo, e os parlamentares para o legislativo, levando ambos a trabalharem paralelamente, mas sem um vínculo formal.

Relações sinérgicas entre a formação de coalizões e a estabilidade política em regimes presidencialistas foram mostradas neste trabalho. A necessidade de recorrer à negociação confere aos governos de coalizão uma postura de fragilidade, porque indica pouca autonomia, ou uma necessidade de ter que ceder espaços de poder a terceiros alheios ao mandato presidencial. Negociar a formulação de leis com os aliados políticos não implica, de fato, renunciar à realização de políticas públicas, mas é uma forma de contrabalançar o poder do chefe do executivo, além de ampliar o debate com as forças de coalizão.

Esse modelo de presidencialismo, típico da América Latina, é controverso, difícil de avaliar, posto que apesar de afastar o fantasma das ditaduras, é extremamente conflituoso, pois que gera tensões permanentes entre Executivo e Legislativo, e, agora, também o Judiciário que é sempre chamado a intervir por meio de decisões que sempre desagradam a um dos lados em oposição.

2 PODERES DO PRESIDENTE REPÚBLICA NO BRASIL

2.1 Ato administrativo e decisão administrativa na esfera da Presidência da República

A primeira observação a se fazer nesse tópico é que todo ato administrativo está sujeita ao controle judicial desde que esteja eivado de vício ou ilegalidade.

Na verdade, isso corresponde ao princípio da separação de poderes com sistema de freios e contrapesos no qual na função legislativa o Poder Legislativo elabora as leis; em sua função administrativa, cabe ao Poder Executivo implementá-las e ao Judiciário verificar e avaliar se a administração está realmente cumprindo ou não essas leis.

O Judiciário como terceiro poder soberano não se envolvia na função típica dos demais Poderes, tampouco controlava os atos administrativos da Administração pública. Qualquer controle judicial nos atos da Administração pública estava fora de questão.

Com o desenvolvimento do Direito em direção ao Estado Democrático de Direito e ao Estado constitucional, mais a necessidade de transparência nos gastos públicos, a exigência de aprimoramento dos mecanismos de fiscalização e controle, acabou por se construir todo um arcabouço de regras e conceitos jurídicos que regem a Administração pública.

Dessa forma, o controle administrativo dos atos administrativo está em primeira instância a cargo da própria Administração pública, que pode revogar ou anular seus atos, conforme dispõe a súmula 346 do STF “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (STF, 2000). Ainda nessa esteira, o STF já assentou no julgamento do Recurso Extraordinário número 594.296 do Estado de Minas Gerais que “Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados, porém se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo” (STF, 2011). Mais recentemente, a Ministra Cármen Lúcia ratificou os posicionamentos anteriores ao afirmar que “diante de indícios de ilegalidade, a Administração deve exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em contrariedade ao princípio da segurança jurídica” (STF, 2014).

Em alguns casos a doutrina reconhece que mesmo o ato ilegal poderá ser convalidado pela Administração quando da sua anulação incorrer prejuízo maior que a ilegalidade do ato. (DI PIETRO, 2011, p.239)

Já a apreciação judicial dos atos administrativos decorre, em parte, da súmula 473 que em seu trecho final indica que “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los,

por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, **e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial**" (STF, 1970) (grifo nosso).

De igual modo, a doutrina entende que os atos ilegítimos estão sujeitos ao controle da legalidade pelo Poder Judiciário. Por ato ilegítimo entende-se aqueles que não atende aos requisitos do ato administrativo, ou que, de alguma forma, apresentam lacunas nos requisitos de sua validade, quais sejam: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade ou, ainda, não atendam aos pressupostos do ato: sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalidade. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, pp.363-384).

Merecem destaque nesse contexto, os vícios relativos ao desvio finalidade e abuso de poder que atingem o ato administrativo pela relação direta com o tema desse estudo. Para Maria Silvia Zanella Di Pietro, o desvio de poder ou desvio de finalidade definidos pela lei nº 4.717/65 se verifica quando “o agente pratica o ato visando fim diverso daquele previsto, explicitamente ou implicitamente na regra de competência. (DI PIETRO, 2011, p. 245)

Ora, diante da constatação de que o desvio de finalidade e o abuso de poder perpetrado pelo agente competente na prática do ato administrativo podem ensejar na invalidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário, a pergunta que se coloca é: Em que medida o STF ao anular e suspender nomeações e posse em cargo de Ministro de Estado e, em outros cargos de altos escalões da Presidência da República, feitas, por exemplo, com a finalidade de atrair a competência do STF em processo criminal para réu adquirir foro diferenciado em razão da prerrogativa do cargo seria Ativismo judicial?

Já está pacificado que “não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos...” (BRASIL, 2013). Ou seja, os atos administrativos podem ser invalidados ou anulados, num primeiro plano pela própria Administração pública, em segundo momento pelo Poder Judiciário, que avalia não o mérito do ato, mas sua conformação com a lei e o Direito.

Deve-se ressaltar ainda que de acordo com a jurisprudência dominante, inexistente juízo de discricionariedade na aplicação de sanções disciplinares (servidores públicos), podendo nesses casos haver uma intervenção judicial pontual:

Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, **de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais**. Precedente (STJ, 2009) (grifo nosso).

Os atos administrativos no Brasil abrangem as três esferas de poder. As três esferas praticam atos concernentes às suas atribuições. Deve-se atentar para o fato de que no Poder

Executivo temos uma situação peculiar. O chefe do Executivo pratica atos administrativos e atos políticos.

Começamos avaliando os atos administrativos do chefe do Executivo. O Poder Executivo no Brasil é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado. Essa competência decorre do artigo 76 da Constituição de 1988.

Abaixo a transcrição do art. 84 da Carta Magna:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (EC no 23/99 e EC no 32/2001)

I – nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX – decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X – decretar e executar a intervenção federal;

XI – remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII – exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV – nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI – nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII – nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII – convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX – celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI – conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII – enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a

abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;
 XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;
 XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;
 XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição. (BRASIL, 1988).

O parágrafo único do art. 84 assim “conclui”:

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador- -Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações (BRASIL, 1988).

Vamos nos ater aqui apenas a alguns incisos, mais precisamente o inciso I, IV e XXV do art. 84 da Constituição Federal. De acordo o art. 76 da Constituição, combinado com o inciso I do art. 84, ao Presidente é conferida com exclusividade a direção superior da Administração federal auxiliado por seus Ministros, inciso I. Essas atribuições, seja na condição de Chefe de Estado ou Chefe de Governo, são exclusivas do Presidente da República e estão voltadas para atender a conveniência e oportunidade em razão da governabilidade.

É bom destacar que o STF já declarou ao Presidente da República “a posição de chefe supremo da Administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado”, *in verbis*:

Os arts. 76 e 84, I, II e VI, *a*, todos da CF, atribuem ao presidente da República a posição de chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os ministros de Estado. Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela EC 32/2001, que permite expressamente ao presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao decreto atacado. (BRASIL, 2004).

Quanto ao inciso IV, como chefe do Executivo e dentro de suas atribuições inscritas no art. 84 da Constituição, pode haver uma intervenção judicial quanto aos decretos, mas tipicamente de legalidade e não de inconstitucionalidade:

Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. (BRASIL, 2012).

Pode ainda o Presidente delegar a seus Ministros aplicar pena de demissão a servidores públicos federais, nos termos do inciso XXV do art. 84 da Constituição:

Esta Corte firmou orientação no sentido da legitimidade de delegação a ministro de Estado da competência do chefe do Executivo Federal para, nos termos do art. 84,

XXV, e parágrafo único, da CF, aplicar pena de demissão a servidores públicos federais. (...) Legitimidade da delegação a secretários estaduais da competência do governador do Estado de Goiás para (...) aplicar penalidade de demissão aos servidores do Executivo, tendo em vista o princípio da simetria. (BRASIL, 2014).

Por fim, o art. 85 da Constituição traz o rol de crimes de responsabilidade imputados ao Presidente da República no exercício de seu mandato. Cabe destacar aqui o inscrito no parágrafo único: “Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento” (CF, 1988). A lei 1.079, de 10 de abril de 1950 é o mecanismo legal que regula o processo de julgamento do chefe do Executivo federal.

Deve-se considerar aqui que para além do art. 85, a Câmara Federal e o Senado são responsáveis pela fiscalização dos atos do Poder Executivo como, por exemplo, julgar as contas do presidente e do vice-presidente da república aprovar indicações políticas do Presidente da República à Procuradoria-Geral da República, TCU e Banco Central do Brasil.

A supervisão e controle são os mecanismos a equilibrar a balança do poder. O controle exercido por um órgão externo e independente, como o TCU, também confere uma legitimidade técnica ao controle feito pelo legislativo.

Do exposto nos artigos 84 e 85 da Constituição é possível afirmar que os atos do Presidente da República, sejam administrativos ou mesmo políticos, como a nomeação de um Ministro de Estado, estão sujeitos ao controle do judiciário e controle do legislativo.

Esse modelo de fiscalização é uma preocupação genuinamente democrática, em particular, aqueles que defendem o princípio constitucional da democracia devem defender a supervisão independente, tanto do Judiciário quanto do Legislativo.

A Administração tem a tarefa de fazer cumprir a lei em todas as partes do país, em todos os momentos e com respeito a todas as pessoas. Somente quando a Administração respeita a lei e age de acordo com ela é que o povo está realmente em posição de dirigir o destino do Estado. Garantir isso é uma das funções mais importantes do controle administrativo e judicial.

Convém destacar que como regra, as normas constitucionais asseguram a competência privativa do Presidente da República para suas atribuições, isso significa que essas competências não podem ser repartidas com o Poder Legislativo e, em tese, não podem também sofrer interferência do Poder Judiciário, dada a independência e harmonia dos Poderes estabelecida no art.2º da Constituição de 1988, nota-se, portanto, que o controle judicial nas atribuições do Presidente da República será exceção.

2.2 Vinculação e discricionariedade

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.424) se refere a ato vinculado como aquele em que Administração não dispõe de liberdade alguma posto que a lei já regulou em todos os aspectos o comportamento a ser adotado pelo administrador. Enquanto os atos discricionários seriam aqueles que a lei deixa ao administrador certa liberdade para escolher entre os vários meios legais e por critérios próprios, aquele que deve ser utilizado para satisfação do interesse público.

Fica claro, assim, que no ato vinculado não há liberdade de escolha quanto ao melhor meio para satisfação do interesse público, enquanto, que, no ato discricionário há liberdade de escolha do administrador como meio adequado de conveniência e oportunidade. O ponto em comum entre a discricionariedade e a vinculação é satisfação do interesse público.

Essas considerações iniciais se comunicam com o tema das anulações e suspensões das nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República pelo STF, porque ao mesmo tempo em que a competência privativa do Presidente da República, assegurada no art. 84 da Constituição, tem caráter discricionário, em alguma medida, parece razoável o controle judicial para compatibilizar o ato de nomeação de Ministro de Estado com a Constituição. No Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional mostra-se razoável considerar que não há poder discricionário com liberdade total.

Para melhor compreensão da natureza jurídica da competência privativa do Presidente da República para atos de nomeação e posse em cargos políticos da Presidência República, se discricionários ou vinculados, há necessidade se considerar pelo menos dois momentos no desenvolvimento da política e da Direito.

O primeiro, diz respeito à evolução histórica do federalismo e os excessivos poderes conferidos ao chefe do Poder Executivo no sistema presidencialista de governo. O segundo seria o desenvolvimento do Direito no contexto do Estado Democrático Direito e no Estado constitucional. Esse último permitiu a interpretação da Constituição pela aplicação de princípios constitucionais, como, consequência lógica, os Tribunais constitucionais passaram a interferir nos atos discricionários do Presidente da República para compatibilizá-los com a Constituição.

Nota-se, assim, que a interpretação mecanicista da Constituição base do positivismo jurídico foi substituída pela doutrina pós-positivista para permitir a concretização da Constituição na sua dimensão substancial por princípios constitucionais.

Vimos no primeiro capítulo desse estudo que o sistema presidencialista foi o sistema de governo adotado na construção do recém Estado federado americano para solução de problemas econômicos, sociais e políticos das treze ex-colônias inglesas, bem como para consolidação da sua independência contra forças inglesas. (MORAES, 2013, p.6-20).

Nesse contexto, pode-se inferir que os excessivos poderes do chefe do Poder Executivo foram idealizados em razão da governabilidade, mas, que, no contexto de um Estado Democrático de Direito e Estado constitucional pode sofrer limitação de um Tribunal constitucional.

Na criação original do sistema presidencialista, desnecessário seria cogitar se as competências do chefe do Poder Executivo tratavam-se de ato vinculado ou discricionário, pois tais competências apesar de inscritas na Constituição republicana, não havia espaço para qualquer questionamento e controle judicial.

O exercício do poder discricionário do Presidente da República não era vinculado a qualquer ordem jurídica em razão da governabilidade, até porque, o Presidente da República tinha poderes de Rei.

Ora, tendo o sistema presidencialista de governo matriz ideológica na antiga monarquia, é possível arriscar que tanto no passado como no presente as convicções pessoais do chefe do Poder Executivo tendem a prevalecer sobre a soberania do povo e do interesse público, pois mesmo na República o Presidente depois de eleito governa por convicções pessoais. Dessa forma, fica evidente que o poder discricionário do presidente pode ser exercido com arbitrariedade mesmo com restrições inscritas numa Constituição.

Como já destacado, no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional tanto os atos discricionários como vinculados convergem para satisfação do interesse público e, portanto, a prática do arbítrio pelo Presidente da República no exercício do poder discricionário em nada se toca com um regime republicano e democrático.

Outro ponto a ser considerado e talvez o mais importante dentro da análise do poder discricionário do Presidente da República é a substituição do paradigma da interpretação da Constituição pelo silogismo do positivismo jurídico por uma interpretação constitucional calcada em valores substanciais e princípios constitucionais como limitadores do poder do Estado.

Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito as leis são submetidas ao reconhecimento da constitucionalidade não só na forma sobre a produção, mas, também, sobre o seu significado, seja qual for o conteúdo e seu significado. Para Ferrajoli (1999, p.101, *apud* MARIN, 2012, p.114-115) A interpretação judicial da lei é juízo sobre a própria

lei, sendo que o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.

Por óbvio, a validade de todas as normas no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional está condicionada a compatibilidade com a Constituição tanto no aspecto formal como na substância.

Isso nos remete ao tema desse estudo para se colocar a seguinte pergunta: Será que a nomeação do Delegado da Polícia Federal Alexandre Ramage feita com possível propósito de interferir nas funções judiciárias da Polícia Federal, compreende o exercício do poder discricionário do Presidente da República, ou se trata de arbítrio e desvio de finalidade e ato inconstitucional?

Essa questão encontra resposta na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello quando o autor faz ver que o poder discricionário mesmo conferindo margem de liberdade ao administrador está vinculado à satisfação do interesse público e deve ser exercido nos limites da lei. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.426)

Não resta dúvida da competência privativa do Presidente República para nomeação e posse do Diretor Geral da Polícia Federal. Tal competência está amparada na Constituição e na lei 13.047 de 02 de dezembro de 2014².

Na verdade, “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de alguns atos. Isso porque, nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e a competência.” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.424)

Com essas considerações, é possível inferir que o ato discricionário é vinculado à lei que o criou e, portanto, a margem de liberdade própria do poder discricionário desvinculada da lei seria desvio de finalidade a justificar o controle judicial.

Isso traz-nos novamente a reflexão sobre a independência de poderes estabelecida no artigo 2º da Constituição do Brasil, bem como que os poderes do Presidente da República conferidos no artigo 76 e 84 da Constituição em alguma medida estão limitados pelas regras do Estado Democrático de Direito do Estado constitucional, conforme já estudado.

Na verdade, o desenvolvimento do Direito vinculou o poder discricionário do Presidente da República a princípios constitucionais e a lei que estabelece o exercício da discricionariedade. Assim, seja na condição de Chefe de Estado ou de governo o poder

² Altera as Leis nos 9.266, de 15 de março de 1996, que reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências a Lei 9.264, de 7 de fevereiro de 1996.

discricionário do Presidente não é absoluto e, portanto, se vincula à lei que o criou e aos princípios constitucionais.

A título de exemplo, suponhamos que o Presidente da República no Brasil por motivo de vontade pessoal pretendesse remover um servidor público a partir do exercício do poder discricionário, certamente, ato administrativo seria anulado pelo Poder Judiciário por desvio de finalidade e ausência de motivação republicana. Dito de outro modo, o princípio da impessoalidade é um valor da sociedade brasileira assegurado no artigo 37 da Constituição Federal e se encontra acima de qualquer convicção pessoal de qualquer autoridade pública.

Nota-se, assim, que os princípios constitucionais ao lado da soberania popular e da supremacia e do interesse público impedem que o poder discricionário do chefe do Poder Executivo seja exercido com arbítrio.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a razão do Estado Democrático de Direito vai além da proteção de direitos fundamentais e da separação de poderes. Mas, como lembrado pelo Ministro Alexandre de Moraes ao apreciar o Mandado de Segurança 37097 do Distrito Federal, fez ver que o direito encontra limites no Direito. Em linhas gerais, seria a contenção do arbítrio do poder político pela soberania popular e supremacia do interesse público.

Nesse contexto, não faria sentido um sistema de governo que mesmo tendo origem na monarquia, mas, que, se desenvolveu em direção à República conceber poder discricionário ao Presidente da República com total liberdade o equiparando a um de “Rei eleito”.

A discussão sobre os limites do poder discricionário na Administração pública não é exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Almiro do Couto e Silva (2015, 174-184) investigou a questão da liberdade do administrador considerando a existência ou não de um ponto em comum entre poder discricionário e conceitos indeterminados no contexto do ordenamento austríaco e alemão. O referencial teórico do direito austríaco foi Bernazik e Tezner. Quanto à investigação na Alemanha se restringiu à Lei Fundamental da Alemanha Federal.

Segundo o autor, Bernazik justificava o poder discricionário pela existência de elementos técnicos inerentes à atividade administrativa que comportavam diversas opiniões pela existência de conceitos indetermináveis, mas, apenas uma solução seria acertada, havendo, portanto, uma deficiência cognitiva e, por isso, impedia a atuação do Poder Judiciário.

Quanto à Tezner, sugere que este teria feito a distinção entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminável ao criticar a Corte Administrativa da Áustria, que, considerava como poder discricionário da Administração pública e insuscetível de revisão

judicial casos de conceitos jurídicos indeterminados como “interesse público”, “conveniência”, “necessidade” etc. (COUTO E SILVA, 2015, p. 174-184).

Já no âmbito do ordenamento jurídico alemão, os conceitos jurídicos indetermináveis seriam passíveis de controle judicial quanto à correção pois só existirá uma única resposta correta, mesmo diante de conceitos indeterminados. Em relação ao exercício do poder discricionário, salienta que, *a priori*, é limitado pela lei, a qual o fixo e, portanto, não seria admissível revisão judicial se os limites legais forem respeitados. (COUTO E SILVA, 2015, p.174-184)

Dessa análise, não resta dúvida que no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional os atos com liberdade discricionária devem ser compatíveis com valores republicanos impregnados na sociedade brasileira e com a lei que permite certa liberdade de escolha do administrador. O desvio de finalidade e abuso de poder nas nomeações de cargos políticos da Presidência da República são ilegítimos na democracia.

Mas o que seria objetivamente um desvio de finalidade ou abuso de poder no exercício do poder discricionário?

A doutrina faz referência aos institutos como sendo a manipulação do poder evadindo-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra que se encontra alicerçada. Em suma: o ato maculado desse vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de ante o objetivo da norma habilitante. (...) Trata-se, pois de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dele discrepou. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.970).

Com isso, fica claro que quando STF anula nomeações e posse de Ministro de Estado e de outros agentes públicos com vista a conter o desvio de finalidade no exercício do poder discricionário do Presidente da República não seria Ativismo judicial, ao contrário, a atuação do Tribunal, nesses casos, representa vetor para concretização da democracia por não permitir que prevaleça o interesse pessoal do Presidente da República em detrimento da confiança que lhe foi creditada pelo do povo (eleitor).

Mas, se por outro lado, o Tribunal ao interferir na liberdade de escolha do Presidente da República determinar, por exemplo, que este entre várias escolhas possíveis seja obrigado seguir uma interferindo no mérito da conveniência e oportunidade do Presidente da República estaria configurado o Ativismo judicial por violação ao artigo segundo da Constituição Federal.

No Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional a liberdade de escolha do Presidente da República conferido no exercício do poder discricionário não é absoluta diante do interesse público.

Ademais, o princípio da razoabilidade como sinaliza Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.108) impede o administrador da prática da excentricidade e critérios pessoais para satisfação de paixões individuais, está, portanto, condicionado à satisfação do interesse público. O autor entende por razoabilidade o senso racional de pessoas equilibradas respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.108).

A partir dessas considerações, reflita-se novamente a nomeação do Delegado da Polícia Federal Alexandre Ramagem ao cargo de Diretor Geral do órgão feita possivelmente para interferir nas funções de polícia judiciária da Polícia Federal. Será que a intervenção do STF nesse caso violou a separação de poderes por impor limite ao poder discricionário do Presidente da República?

A título de reflexão, ninguém conseguiria entender no Estado Democrático de Direito ou Estado constitucional um Presidente da República, ainda, que, democraticamente eleito dispor do poder discricionário para não atender interesse público. Isso, certamente, não encontra explicação no princípio da soberania popular, tampouco nos demais princípios republicanos da Constituição do Brasil.

Na verdade, a motivação do exercício do poder discricionário pelo Presidente da República determina sua compatibilidade ou não com a Constituição. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p.220) a inexistência dos motivos ou a veracidade dos fatos que ensejaram o ato discricionário pode ensejar na sua anulação. Os exemplos trazidos conduzem a conclusão de que o poder discricionário do chefe do Poder Executivo vem sendo limitado gradativamente não só pelo Direito constitucional como também pelo Direito administrativo.

Na democracia, o poder discricionário do chefe do Poder Executivo deve ser exercido em razão da governabilidade e para satisfação do interesse público não podendo se prestar ao arbítrio unipessoal do Presidente da República. Constata-se, assim, que o excessivo poder do presidente conferido no contexto do federalismo foi em razão da governabilidade de um Estado que necessitava consolidar sua independência e resolver problemas sociais, políticos e econômicos. De igual modo, os poderes outorgados ao Presidente da República nos artigos 76 e 84 da Constituição do Brasil, apesar de possuírem caráter discricionário, foram concedidos para promoção da governabilidade, não para satisfação da vontade pessoal do Presidente da República e de grupos de poder na manutenção de privilégios.

Mas onde estariam os limites do Tribunal constitucional ao interferir na competência privativa do Presidente da República assegurada no artigo 84 da Constituição Federal? Será que o Tribunal ao anular nomeação e posse de cargos políticos da Presidência da República também não estaria abusando do poder da Jurisdição constitucional?

Tal questão tem levado à insatisfação da doutrina a ponto de Lenio Streck (2015, p.107) advertir que há um desvirtuamento do termo pós-positivismo por se confundir com “abertura interpretativa”, “ativismo” e protagonismo de juízes que já não são a boca da lei.

É claro que, apesar de legítimo o controle judicial na competência privativa do Presidente da República para compatibilizar o poder discricionário com os sentidos projetados no texto constitucional e nos princípios constitucionais, não se pode esquecer que o poder do Presidente da República para nomeação em cargos políticos tem previsão constitucional e que o STF por integrar a estrutura do Estado Democrático de Direito e um Estado constitucional se encontra sujeito aos limites da Constituição, mas Conrado Hübner Mendes (2013, p.131) adverte que a Constituição por ser norma de ordem superior à política só teria sentido se tivesse protegida por um guardião.

Na verdade, os limites do STF estariam em fundamentar as decisões judiciais no texto da Constituição. A decisão fundamentada é, por assim dizer, a essência do Estado de Direito porque permite a racionalização do ordenamento jurídico trazendo segurança jurídica ao jurisdicionado pela previsibilidade das decisões judiciais.

Dito de outro modo, constitui-se abuso de poder quando o Tribunal constitucional na aplicação de princípio não traz fundamento constitucional na decisão. Nesse sentido, artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal traz como característica marcante do Estado brasileiro a limitação do Poder Judiciário pela necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

No Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional a legitimidade do Tribunal constitucional para o controle judicial das nomeações e posses em cargos políticos da Presidência da República decorre da Constituição, isso fica evidente da leitura do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que impõe ao Poder Judiciário agir diante da lesão ou ameaça de direitos. Isso não significa que a Jurisdição constitucional deva interferir de forma ilegítima no poder discricionário do Presidente da República invadido a esfera política do chefe do Poder Executivo.

Os atos políticos do Presidente da República como Chefe de Estado e de governo gozam de plena legitimidade constitucional e não podem ser objeto de controle judicial, salvo quando exercidos fora dos limites da Constituição, conforme já explanado.

O exercício do poder discricionário do Presidente da República é vinculado aos princípios da moralidade administrativa, razoabilidade e impessoalidade, todos decorrentes da supremacia do interesse. Em suma, a discricionariedade é a liberdade dentro da lei. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.426)

Chegamos ao final de mais uma seção refletindo o poder discricionário do Presidente da República para nomeação e posse em cargos de indicação política privativos da Presidência no contexto do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional.

É necessário frisar que no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional a regra é a independência entre Poderes, disso, fica claro, que, a atuação do Supremo Tribunal Federal também está limitada pela independência dos Poderes assegurada na Constituição. Na verdade, a ausência de limites e desvio de finalidade é sempre um perigo para a democracia, sobre o tema, o professor Paulo Bonavides (2009, p.145) fez vê que “o poder soberano do monarca se extraviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais e políticas perdendo a legitimidade”.

Tal exemplo traz-nos a reflexão quanto aos atos praticados pelo Chefe do Executivo em determinados momentos históricos. A administração pública não é um feudo onde há livre exercício de suas razões em detrimento das necessidades coletivas mais urgentes. No exercício do seu mandato, o Presidente da República tem seus atos vinculados à lei, à moralidade pública, a probidade, à decência e ao compromisso prestado de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro.

3 DO CONTROLE JUDICIAL AO ATIVISMO

O controle judicial da atividade discricionária da Administração Pública é tema que durante muito tempo foi objeto de discursão, pois havia posição no sentido da impossibilidade desse controle e posição favorável.

No Brasil, mesmo com essa discursão o art. 5º, inciso XXXV da Constituição proclama o princípio da inafastabilidade da Jurisdição ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disso fica claro, que o Poder Judiciário é legitimado no controle difuso e concentrado dos atos administrativos dos demais Poderes.

O tema em estudo na presente pesquisa tem como foco as anulações e suspensões de nomeação e posse em cargos políticos da Presidência da República pelo STF. Se de um lado, os artigos 76 e 84 da Constituição Federal asseguram ao Presidente da República o poder discricionário para nomear e dar posse em cargos de Ministro de Estado e a gerência da

Administração federal, do outro, o STF a partir do controle judicial pode estar interferindo no poder discricionário do Presidente da República. É o que vamos analisar e avaliar.

Vimos que a separação de poderes é consagrada no artigo segundo da Constituição Federal e se firma pela distribuição das competências dos Poderes. Assim, há funções exclusivas do Presidente da República como também dos demais Poderes, mas a própria Constituição autoriza a interferências de um Poder no outro.

Isso significa que, o Poder Executivo exerce controle sobre Poder Judiciário ao nomear Ministros do STF, ou, ainda, pela possibilidade de o Poder Legislativo exercer controle sobre o Poder Executivo fiscalizando seus gastos ou impondo veto à algumas iniciativas típicas, como, por exemplo, a rejeição de Medida Provisória. Já o STF tem competência para o controle difuso e concentrado das leis e atos normativos dos demais Poderes.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito com as competências dos Poderes estabelecidas na Constituição Federal, alguns questionamentos são pertinentes e relevantes: Pratica o chamado Ativismo Judicial, o Tribunal constitucional, quando interfere em nomeações privativas do Presidente da República?; 2) Quais os limites de atuação do STF sobre indicações políticas privativas do Presidente da República?; 3) Existe um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, mais notadamente entre o Judiciário e os demais Poderes?

Tais questionamentos refletem dois momentos. O primeiro, diz respeito ao comando normativo do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que veda a inércia do Poder Judiciário diante de lesão ou ameaça de direito. O Poder Judiciário, portanto, está obrigado a agir quando a Constituição for posta em risco ou, ainda, quando presente risco à direitos. A segunda seria algum vício apontado pelo eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.965-970) como motivos determinantes, finalidade e causa do ato administrativo.

Os motivos determinantes do ato administrativo, segundo o autor supracitado, levam o Poder Judiciário a aferir a legalidade dos motivos que ensejaram o ato discricionário, bem como se o ato se compatibiliza com os princípios constitucionais (BANDEIRA DE MELO, 2008, p.965-970). Assim, a ausência de motivação idônea ou ausência da veracidade que fundamente o ato administrativo pode levar a anulação pelo Poder Judiciário mesmo tendo caráter discricionário.

Nesse sentido, a liberdade discricionária de qualquer agente público ou do Presidente da República para nomeação em cargos políticos é vinculada aos motivos os quais o ato administrativo se originou. A validade do ato administrativo, portanto, depende da

compatibilidade dos motivos que o ensejaram com a lei que concedeu a outorga da discricionariedade.

A partir disso, já se pode arriscar que o poder discricionário do Presidente da República não é ilimitado e tem como pressuposto de legitimidade os limites da lei que concedeu a outorga e a Constituição com seus princípios. Nessa perspectiva, imagine-se, por exemplo, os episódios de nomeações de Ministros de Estado e de outros cargos de alto escalão da Presidência da República que foram anuladas ou suspensas pelo STF. Todas as nomeações desafiaram a Constituição, ou porque feriu a razoabilidade, ou por violar a moral administrativa pelo desvio de finalidade.

O desvio de finalidade indica que o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.970). Com isso, fica evidente que o ato administrativo tem uma finalidade a ser observada, não podendo o administrador público dela se desviar.

A nomeação do Delegado de Polícia Federal, Alexandre Rodrigues Ramagem, indicação do Presidente Jair Messias Bolsonaro, por exemplo, pode ser um exemplo de desvio de finalidade a ser considerado, pois da análise dos fatos nota-se que dias antes da sua nomeação, o ex-ministro da Justiça Sergio Moro denunciara o Presidente da República de interferir nas funções da polícia judiciária da Polícia Federal com a troca do Diretor geral.

A respeito do tema, o STF já decidiu pela possibilidade de controle judicial no poder discricionário dos agentes políticos. Nesse sentido, veja-se decisão no Recurso Extraordinário número 573.616 do Estado do Paraná

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário, interposto com suporte na alínea a do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão assim ementado (fls. 43): “(...) A administração pública estadual possui discricionariedade para optar entre a nomeação ou a eleição para o preenchimento do cargo de diretor de escola pública. O limite de tal discricionariedade se restringe a 'opção' pela nomeação direta do diretor da escola pelo chefe do poder executivo 'ou' pela realização de eleições.” 2. Pois bem, a parte recorrente alega ofensa ao inciso II do art. 37 da Constituição Federal. (...)“**AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I – Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II – Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III – Agravo improvido.” 5. E no particularizado caso dos autos, a instância judicante de origem deu correta interpretação ao caput do art. 37, da Lei Maior, **aplicando a teoria da****

vinculação do administrador ao motivo determinante do seu ato, na linha do Gaston Gese. Leia-se do julgado, na parte que interessa ao deslinde da causa: **“Seja ato vinculado ou discricionário, deve-se sempre, continuamente, observar o princípio da legalidade e, sobretudo, o princípio da finalidade.** Ministrado por Rivero e Waline, o princípio da legalidade se encontra fortemente imbricado ao *pouvoir discrétionnaire*, sustentando os ilustres juristas que não existem degraus de discricionariedade, uma vez que este 'poder' não pode ser mais ou menos discricionário, pois é a lei que baliza os limites do juízo discricionário, a fim de que não caia a Administração Pública no campo da arbitrariedade, a qual revela verdadeira agressão à ordem jurídica (RIVERO, J. WALINE, J. Obra citada, p.89). Por esse motivo é manifestamente inaceitável a assertiva de que o ato referente à escolha de diretor de escola passou a ser ato totalmente discricionário (...) (STF, 2011)

Da realidade trazida, fica claro que a doutrina e jurisprudência admitem a possibilidade do controle judicial no poder discricionário do Presidente da República. Assim, quando o ato de nomeação em cargo político da Presidência da República afrontar a Constituição ou diante do desvio de finalidade o controle judicial pode ser uma alternativa para racionalizar o ato administrativo no ordenamento jurídico aferindo sua compatibilidade ou não com a Constituição Federal.

Mas, por outro lado, doutrina e jurisprudência também apontam os limites do controle judicial nos atos discricionários. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p.219), por exemplo, não há restrição ao Poder Judiciário controlar o ato administrativo vinculado, pois, tratam de atos definidos em lei e, por isso, caberia ao Poder Judiciário examinar em todos os aspectos a conformidade do ato com a lei.

Com relação aos atos discricionários anota a possibilidade de controle judicial, porém, respeitando as prerrogativas conferidas à autoridade administrativa pelo legislador quanto à liberdade de escolha dos vários meios que podem ser empregados na satisfação do interesse público (DI PIETRO, 2011, p.219-220).

Por óbvio, é a questão do mérito do ato administrativo discricionário que não pode ser objeto de controle judicial. Na verdade, o Poder Judiciário não seria competente para imiscuir-se na liberdade de escolha conferida ao administrador para decidir quanto à conveniência e oportunidade dos vários meios disponíveis para satisfação do interesse público.

Sobre o tema, o STF no Habeas Corpus 72.851, assim ementou sua posição:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRATICADO POR ESTRANGEIRO - APLICABILIDADE DA LEI Nº 6.815/80 - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - SÚDITO COLOMBIANO - EXPULSÃO DO TERRITÓRIO NACIONAL - MEDIDA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE PROTEÇÃO À ORDEM PÚBLICA E AO

INTERESSE SOCIAL - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - ATO DISCRICIONÁRIO - ANÁLISE, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA CONVENIÊNCIA E DA OPORTUNIDADE DO ATO - IMPOSSIBILIDADE - CONTROLE JURISDICIONAL CIRCUNSCRITO AO EXAME DA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO ATO EXPULSÓRIO - INOCORRÊNCIA DE CAUSAS DE INEXPULSABILIDADE - ART. 75, II, DA LEI Nº 6.815/80 - INEXISTÊNCIA DE DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À PERMANÊNCIA NO BRASIL - PLENA REGULARIDADE FORMAL DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO - PEDIDO INDEFERIDO. - A expulsão de estrangeiros - que constitui manifestação da soberania do Estado brasileiro - **qualifica-se como típica medida de caráter político-administrativo, da competência exclusiva do Presidente da República**, a quem incumbe avaliar, discricionariamente, a conveniência, a necessidade, a utilidade e a oportunidade de sua efetivação. Doutrina. Precedentes. (...) - O controle jurisdicional do ato de expulsão não incide, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes, sobre o juízo de valor emitido pelo Chefe do Poder Executivo da União. A tutela judicial circunscreve-se, nesse contexto, apenas aos aspectos de legitimidade jurídica concernentes ao ato expulsório. (STF, 2009);

Do exposto até aqui, fica evidente que o poder discricionário do Presidente da República para nomeações em cargos políticos é vinculado aos fins buscados da lei que concedeu a outorga da discricionariedade e aos princípios constitucionais e, portanto, está sujeita ao controle judicial do STF. Mas quais os limites de atuação do STF sobre indicações políticas privativas do Presidente da República?

Apesar de a doutrina e jurisprudência admitirem o controle judicial no poder discricionário do Presidente da República, cabe uma reflexão nesse controle. Por exemplo, diante de um Presidente da República que foi eleito democraticamente e precisa de apoio no Congresso Nacional e em razão da governabilidade necessita nomear um Ministro de Estado com vistas a concretizar políticas públicas de promessas de campanhas feitas aos eleitores e de repente é impedido pelo STF sob alegação de violação ao princípio da moralidade administrativa. Esse controle é no mínimo discutível.

Essa questão é importante e tem chamada à atenção da doutrina brasileira quanto à prática de Ativismo judicial pelo Tribunal a ponto de Lenio Luiz Streck (2015, p.65-105) anotar que, o Ativismo judicial ocorre quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais subjetivos, subjetivistas (solipsistas). Continua chamando a atenção o fato de que “no Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios” em que cada ativista inventa um princípio novo” (STRECK, 2015, p. 65-105).

A partir da ideia de que Ativismo judicial representa a interferência do Poder Judiciário nas funções orgânicas de outro Poder (SILVA RAMOS, 2018, p.106) e que o STF tem cada vez mais buscado concretizar a Constituição pela aplicação de princípios

constitucionais, deve-se ter um cuidado peculiar na atividade do Tribunal, pois princípios constitucionais possuem alta carga de subjetividade e profunda abertura semântica que podem ensejar interferência indevida da Jurisdição constitucional nas funções dos demais Poderes, principalmente, nas nomeações de cargos políticos da Presidência da República.

A questão envolvendo o Ativismo judicial no contexto da aplicação de princípios constitucionais é sensível porque se encontra vinculado à atividade interpretativa do Tribunal, e como toda atividade de interpretativa pode comportar variados sentidos a interferência nos atos discricionário do Presidente da República deve acontecer nos limites do texto da constitucional.

A questão da interpretação da norma por princípios constitucionais possui elevado grau de subjetividade e abertura de significado, talvez por isso o professor Elival da Silva Ramos fez notar que um dos parâmetros de legitimidade da interpretação consiste na sua aderência ao texto constitucional (SILVA RAMOS, 2018, p.172-175). A questão da interpretação pela aplicação de princípios poderia ser menos arriscada se o legislador codificasse o princípio em norma escrita. Isso não afasta a interpretação da norma pelo Tribunal constitucional, mas, em alguma medida, contribui com a compreensão da decisão judicial tanto pelo cidadão leigo, como também pelos operadores do Direito.

Mas para responder se o controle judicial no poder discricionário do Presidente da República seria Ativismo judicial, um ponto importante deve ser considerado, qual seja, a contribuição do STF na democracia brasileira nas últimas décadas, principalmente em questões relativas à direitos fundamentais. O Supremo tem contribuído para a racionalização do sistema jurídico com decisões que protegeram direitos fundamentais, como a do Recurso Extraordinário número 591.054 de Santa Catarina, no qual, assentou a impossibilidade de Inquéritos penais em curso serem computados como maus antecedentes penais, como também reconheceu a constitucionalidade da reserva de vagas para negros e pardos nas Universidades Federais.

Outro exemplo foi o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 de 2015 que refletiu a importância do STF no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional. Nesse julgamento, o Tribunal interpretando a Constituição à luz de princípios constitucionais reconheceu o sistema carcerário brasileiro um sistema de coisas inconstitucionais por violação de direitos fundamentais da população carcerária ligados à dignidade humana.

Mas voltando à pergunta “quais seriam os limites do STF no controle judicial do poder discricionário do Presidente da República?”, a melhor resposta seria de que se encontra na Constituição Federal e seus princípios que tem como fonte a sociedade.

Na verdade, o desenvolvimento do Direito e da história favoreceu o surgimento do pós-positivismo jurídico para permitir a aplicação de princípios constitucionais pelo Tribunal constitucional na garantia de direitos fundamentais e na contenção do arbítrio do poder do Estado em todos os níveis.

Assim, seja na esfera política, administrativa, jurídica, econômica e social toda atividade estatal é disciplinada por princípios constitucionais, mas, observando-se os limites inscritos na Constituição Federal quanto à separação de poderes.

É claro que, o controle judicial no poder discricionário do Presidente da República deve ser visto com cautela dada a previsão artigo 84 da Constituição do Brasil que estabelece a competência privativa do Presidente da República para nomear Ministro de Estado, porém, tais nomeações devem ocorrer observando-se a finalidade da norma que concedeu a outorga da discricionariedade mais os princípios constitucionais decorrentes do Estado Democrático de Direito e o Estado constitucional.

Decorre, então, naturalmente que, a aplicação de princípios constitucionais como moralidade administrativa, razoabilidade e proporcionalidade na anulação e suspensão em cargos políticos da Presidência da República pelo STF pode causar a falsa impressão, principalmente nos formadores de opinião, de que houve usurpação da competência privativa do chefe do Poder Executivo quando considerado somente a interpretação da Constituição no aspecto lógico formal, mas, é preciso que se reconheça que o constitucionalismo contemporâneo rompeu com a interpretação da lógica formal da Constituição para possibilitar a interpretação por princípios constitucionais que aproximam a Constituição dos valores da sociedade.

Um fato histórico que revela bem importância da atividade interpretativa do Tribunal constitucional no controle de constitucionalidade por princípios constitucionais, embora não tenha relação com o tema desse estudo, mas merece destaque para melhor compreensão do controle de constitucionalidade foi o “caso dos atiradores do muro” lembrado por Dimitri Dimoulis (2012, p.13). Tal fato diz respeito aos soldados responsáveis pela guarda do Muro de Berlin que separava a Alemanha Ocidental da Alemanha Oriental. Os soldados recebiam ordem para atirar contra quem tentasse ultrapassar o Muro de Berlin. Isso levou a dezenas de mortes.

Após a anexação da Alemanha socialista, em 1989, os soldados foram julgados por crime contra humanidade e dos argumentos da defesa foi no sentido que a lei do país impunha o dever de atirar contra quem tentasse fugir da Alemanha, bem como o descumprimento dos deveres militares renderia punição.

Mesmo assim, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha Ocidental, segundo o autor, não acolheu o argumento da legalidade por entender que leis que contrariavam o princípio de justiça cultivado pela humanidade seriam inconstitucionais. Os soldados foram, então, condenados.

Assim sendo, imagine-se, por exemplo, no âmbito da nossa pesquisa um Presidente da República que realiza nomeações em cargo de Ministro de Estado somente por considerar o comando normativo do artigo 84 da Constituição do Brasil. Isso levaria o ordenamento jurídico brasileiro ao caos, principalmente pelas precondições estabelecidas no Presidencialismo de coalizão com interesses que confrontam a moralidade administrativa. Daí a importância do controle judicial no poder discricionário do Presidente da República pelo STF.

Certo é que, em muitos casos, parece existir um equívoco da comunidade jurídica e acadêmica quanto ao Ativismo judicial atribuído ao STF, porque o Direito justo não se trata apenas do direito escrito, mas o que caminha na direção de valores sociais. Numa rápida análise dos princípios republicanos da moralidade administrativa, razoabilidade e proporcionalidade, ninguém conseguiria justificar no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional o exercício de um poder discricionário que justificasse nomeações em cargos políticos com desvio de finalidade ou abuso de poder para beneficiar o réu em processo criminal.

No Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional a regra é a limitação de qualquer poder pela soberania do povo, separação de poderes e reconhecimento de direitos fundamentais e valores sociais em forma de princípios.

Resta evidente, portanto, que quando o STF anula ou suspende nomeações de cargos políticos da Presidência da República por violação a princípios constitucionais refletidos no desvio de finalidade e abuso de poder, não há Ativismo judicial. Ao contrário, há a concretização da Constituição a partir valores sociais que o povo (eleitor) depositou no governante pela outorga da representatividade. Poder discricionário, portanto, é legítimo quando atende os anseios do povo (eleitor) consagrados na Constituição da República.

Ainda que haja controvérsia quanto ao controle judicial do STF nas funções de outro Poder pela aplicação de princípios constitucionais, o Ativismo judicial só estaria caracterizado

pela ausência de fundamentação da decisão judicial na Constituição. Mas, é bom que se diga, que a fundamentação das decisões judiciais está vinculada ao princípio da segurança jurídica, pois não seria possível a existência do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional quando o juiz decide de maneira discricionária e sem fundamentar as decisões. Nota-se, portanto, que aí estaria o Ativismo judicial.

No Brasil o debate acerca da atuação do STF como “interventor” nas funções dos demais Poderes, especialmente na suspensão e anulação de nomeações em cargos políticos da Presidência da República ganha relevo a cada dia. Isso nos levar a refletir os limites do Tribunal na aplicação de princípios constitucionais, mas, também, a concepção de que no Estado constitucional não há poder discricionário sem subordinação a uma Constituição.

Finalmente, considerando que o Estado brasileiro aderiu à doutrina pós-positivista com a superação do paradigma da aplicação do direito a partir da supremacia do legislador, passando a adotar os princípios constitucionais como fontes legítimas do Direito, não seria possível admitir que o controle judicial realizado pelo STF Ativismo Judicial, principalmente nas anulações de nomeação e posse em cargos políticos de indicação da Presidência da República, quando presente o desvio de finalidade e o abuso de poder.

4 O STF ENTRE A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES INTERPRETATIVOS

Saindo um pouco da questão do controle judicial do STF na seara do Direito administrativo, momento em que foi possível constatar que as decisões do Tribunal nas nomeações de cargos políticos da Presidência da República não se trata de Ativismo judicial, pelo menos, quando fundamentadas na Constituição e seus princípios, abordaremos agora o problema da atividade interpretativa do Tribunal que, na maioria das vezes, constitui o principal problema do conflito entre Poderes por permitir a criação do direito, dando à entender, portanto, que o STF substitui o legislador.

Sendo assim, a primeira investigação a se considerar seria a de entender o significado de “interpretar”, que para Lenio Luiz Streck (2018, p.82) seria o mesmo que “compreender” ou dar sentido ou fundir horizontes. Diante disso, retomemos o (s) problema (s) que norteiam a presente pesquisa: 1) Pratica o chamado Ativismo judicial o Supremo Tribunal Federal quando interfere na competência privativa do Presidente da República para nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República?; 2) Quais os limites de atuação do

STF sobre indicações políticas privativas do Presidente da República?; 3) Existe um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, mais notadamente entre o Judiciário e os demais Poderes?

Em verdade, os poderes do Presidente da República mesmo tratando-se de discricionários e consagrados na Constituição não podem ser exercidos à margem dos sentidos emanados no texto constitucional, sentidos esses que devem ser reconhecidos pelo Tribunal constitucional a partir da interpretação criativa da Constituição.

A interpretação criativa constitui “fenômeno” intrinsecamente relacionado a postura mais ativa do Poder Judiciário ante a insuficiente, anacrônica e embotada atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como uma atuação mais intensa e substantiva do Poder Judiciário na concretização de direitos constitucionais.

Essa realidade dialoga com objeto do nosso estudo e precisa ser investigada para então se responder se a atividade interpretativa do STF ao anular e suspender nomeações em cargos políticos da Presidência da República seria mesmo Ativismo judicial por interferência na competência privativa do Presidente da República.

Assim, considerando que interpretar significa compreender e buscar o sentido do texto constitucional, considerando nossa Constituição Republicana, não seria legítimo o poder discricionário do Presidente da República para nomeações em cargos políticos voltadas para satisfação de seu interesse pessoais, assim sendo, não haveria qualquer excesso na interpretação do STF ao tentar compatibilizar o poder discricionário do Presidente da República com os sentidos projetados no texto da Constituição.

No caso Ramagem³, por exemplo, a acusação do ex- ministro da Justiça Sérgio Moro contra o Presidente da República na nomeação do Diretor Geral da Polícia Federal com objetivo de interferir nas funções de polícia judiciária da Polícia Federal, revela que apesar de o presidente ter sido eleito pelo voto popular, governa por convicções pessoais e pouco democráticas. Isso seria suficiente para interferência STF nas nomeações do chefe do Executivo a fim de salvaguardar a transferência de poder que o eleitor conferiu ao Presidente da República. Seria, portanto, a proteção da soberania popular emanada diretamente da Constituição brasileira com reflexo na consolidação da democracia pelo Tribunal.

No caso trazido, não se caracteriza Ativismo judicial a decisão do STF ao suspender a nomeação do delegado Ramagem ao cargo de Diretor Geral da Polícia Federal, ou seja, não houve qualquer desacerto na atividade interpretativa do Tribunal, ao contrário, reconhece-se a

³ Alexandre Ramagem Rodrigues é um delegado brasileiro, atual Diretor-Geral da Agência Brasileira de Inteligência

incompatibilidade do ato administrativo com os sentidos republicanos projetados no texto da Constituição brasileira, pois o objetivo da nomeação não era' outro senão desviar a PF do seu dever de atuar de acordo com o princípio republicano (CARDOSO, 2020).

Diante disso é possível inferir que o desenvolvimento do direito e da política permitiu a leitura da Constituição não apenas na sua dimensão formal, mas, principalmente, na dimensão material com o objetivo de alcançar os sentidos dela emanados, essa nova leitura da Constituição pelo Tribunal constitucional pode gerar conflitos entre Poderes. Assim, pode-se deduzir que a Constituição quando interpretada pelo silogismo do positivismo jurídico não autoriza qualquer interferência do STF nas nomeações de cargos políticos da Presidência da República, porém, quando interpretada à luz da atividade criativa em busca do sentido da norma constitucional permite a interferência do Tribunal nas funções de outro poder sem, contudo, significar Ativismo judicial, bastando, para tanto que decisão do Tribunal tenha fundamento na Constituição.

Mas a questão da intervenção do Poder Judiciário no Poder discricionário do Presidente da República não é contemporânea, a Constituição do Brasil de 1934, por exemplo, no seu artigo 68 dispunha que “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (BRASIL, 1934). Nesse ponto, interessante destacar que o desenvolvimento do Direito e da política permitiu a leitura da Constituição não apenas no seu aspecto formal, mas, também na sua substância. Tal realidade nos leva a reflexão que no passado se o Tribunal constitucional interferisse no poder discricionário do Presidente da República essa ocorrência seria Ativismo judicial, porém, a dinâmica da Direito como ciência social permitiu uma nova leitura da Constituição nas funções de outro poder pela interpretação criativa, sem, contudo, configurar Ativismo judicial.

O próprio caso *Marbury versus Madison* apesar de inaugurar a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade por uma Corte constitucional nos atos demais Poderes, refletiu também a impossibilidade da intervenção do Poder Judiciário no poder político discricionário do Presidente da República. Na verdade, a doutrina sinaliza que John Marshall teria feito uma distinção entre os poderes discricionários conferidos à Presidência República pela Constituição e, eventualmente, delegados aos Secretários de Estado, os quais não admitiam controle judicial. (CASSEB CONTINENTINO, 2015)

Mas como já constatado, o desenvolvimento do Direito levou as Cortes constitucionais a ultrapassarem a mera atividade de cognição do direito, permitindo a sua criação a partir da interpretação criativa da Constituição. Esse fenômeno, nas palavras do professor Elival da Silva Ramos (2018, p.157) ocorrera pala transformação do Estado Liberal em Estado

democrático social, levando à amplitude da atividade interpretativa e, conseqüentemente, a criação do direito pelas Cortes constitucionais. Esse novo papel das Cortes constitucionais, em alguma medida, pode se confundir com a substituição do legislador pela Jurisdição constitucional.

Certo é que, a interferência do Poder Judiciário em atos políticos de outro Poder sempre foi questão polêmica, pois uma coisa seria o Poder Judiciário, por exemplo, assegurar o direito fundamental à saúde previsto na Constituição do Brasil de 1988, mesmo sendo atribuição do Poder Executivo a prestação desse direito, o que, até certo ponto, mostra-se razoável a interferência do Tribunal por tratar-se de garantias fundamentais. Diferente seria o Poder Judiciário imiscuir-se no poder político discricionário do Presidente da República.

O professor Elival da Silva Ramos (2018, p.171) anota, ainda, que a criatividade dos juízes encontra óbice nos limites materiais de uma Constituição. Dito de outra maneira, a criatividade dos juízes seria limitada pelos sentidos emanados do texto Constitucional.

Não por acaso, Konrad Hesse (1991, p.23) sinaliza que os limites interpretativos do Tribunal constitucional estariam nas proposições jurídicas da própria Constituição. Segundo o autor, a finalidade de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em razão de mudanças em determinada situação fática.

Trazendo agora essas ponderações para o objeto do nosso estudo, ou seja, para as anulações em cargos políticos da Presidência da República pelo STF, é possível notar que o STF não pratica Ativismo judicial ao compatibilizar o poder discricionário do Presidente da República com os sentidos da Constituição democrática. Se não houvesse a interpretação criativa sobre o poder discricionário do Presidente da República, haveria possivelmente uma ruptura entre os poderes Presidente da República e o voto popular, pois o poder discricionário poderia ser exercido por convicções pessoais equiparando o Presidente da República à “um rei eleito”, o que à luz do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional mostra-se inconcebível.

Uma análise lógica e racional seria a interpretação criativa do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição do Brasil. Ali resta evidenciado que “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”, essa realidade permite concluir que os poderes do Presidente da República para nomeação em cargos políticos, mesmo discricionários estão vinculados ao sentido republicano da Constituição do Brasil, cabendo, portanto, ao STF na condição de guardião da Constituição concretizá-la.

Claro que a questão da nomeação em cargos políticos da Presidência da República é tormentosa por se encontrar vinculada a conceitos indetermináveis como, por exemplo, o

“poder discricionário”. Nesse particular, a primeira observação a ser considerada é a de que o constituinte originário conferiu ao Presidente da República poderes para nomeação em cargos políticos, assim sendo, do ponto de vista da interpretação formal ou gramatical, não haveria qualquer espaço para intervenção de um Tribunal nas funções do Presidente da República, entretanto, concretizar a Constituição a partir de uma interpretação criativa na busca do sentido da norma constitucional não parece interferência nas funções políticas de outro poder e, conseqüentemente, não seria Ativismo judicial.

Por outro lado, não seria compatível com um Estado Democrático de Direito e com um Estado constitucional “discricionariade” sem quaisquer limites, bem como a criação do direito pelo STF sem qualquer controle. Talvez por isso, Lenio Luiz Streck (2018, p.102) defende que discutir as possibilidades das decisões judiciais é uma questão de democracia. O autor aponta ainda que discricionariade nas decisões judiciais tenha potencial de transformar juizes em legisladores e o profundo subjetivismo nas decisões judiciais permite confundir o sentido da norma com a vontade do intérprete.

Disso fica claro que, o controle judicial do STF nas funções de outro Poder seria Ativismo judicial quando da decisão judicial prevalecer a convicções pessoais do magistrado, carente, portanto, de resposta no texto constitucional, ainda, que, o sentido atribuído pelo magistrado seja diverso do sentido gramatical da norma.

Mas com essas ponderações, seria razoável cogitar que as possíveis decisões “ativistas” do STF tomadas por Ministros daquele Tribunal, sejam na modalidade monocrática ou colegiada pode acontecer pela falência do sistema representativo brasileiro.

A degeneração do sistema representativo brasileiro no qual mesmo havendo participação do povo na transferência de poder aos seus representantes, seja ao Presidente da República ou ao parlamentar, permite que haja substituição dos interesses constitucionais e democráticos pela vontade pessoal do político.

Nesses casos, parece que a intervenção do Tribunal nas funções de outro Poder mostra-se legítimo em razão da democracia, mesmo sendo algumas decisões de caráter moral, como, por exemplo, a imposição da perda de mandato pela infidelidade partidária ao parlamentar ou a recente decisão que impediu a reeleição dos presidentes da Câmara e do Senado.

Essa linha de atuação do Tribunal Constitucional é uma forma de equilibrar o poder pessoal do político eleito e as relações entre os poderes constituídos, pois não faria sentido algum a norma constitucional declarar “que todo poder emana do povo e em seu nome será

exercido”, e na prática tanto os parlamentares quanto o Presidente da República exercerem seus poderes desconsiderando a transferência de poder conferida pelo eleitor.

Assim sendo, resta evidente que no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional a regra seria a limitação do poder pela soberania popular, o que faz acreditar que o poder discricionário do Presidente da República não se presta ao arbítrio de convicções pessoais ou de grupos políticos capitaneado pelo Presidencialismo de coalizão. A par dessa realidade, o exercício do poder discricionário somente é legítimo em razão da satisfação do interesse público. Disso fica claro que a interpretação do STF para concretizar o sentido de poder discricionário do Presidente da República com a Constituição republicana está longe de ser considerado Ativismo judicial.

É claro que o STF nos últimos anos assumiu um protagonismo sobre os demais poderes. Talvez por isso, o professor Inocêncio Mártires Coelho (2011, p.177) apontou que estaríamos caminhando para uma onipotência judicial, ou talvez um governo de juízes em que as decisões políticas vão se deslocando do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário.

Na verdade, o que deve ser discutido são motivos que levam o Tribunal assumir esse protagonismo político a ponto de interferir não apenas na competência privativa do Presidente da República para nomeações em cargos políticos da Presidência, como também nas funções do Poder Legislativo quando, por exemplo, impõe a perda do mandato ao parlamentar pela infidelidade partidária. Uma das respostas, com já visto, se encontra na concretização da Constituição pela interpretação criativa e na degeneração do sistema representativo brasileiro que pode levar o STF decidir pelo sentido moral questões jurídicas.

No caso das anulações em cargos políticos da Presidência da República, objeto desse estudo, fica claro que tais nomeações não se compatibilizaram com o sentido republicano da Constituição do Brasil pela ausência de limites do Presidente da República ao substituir o interesse público pela sua vontade pessoal e de grupos políticos que se formaram em razão do Presidencialismo de coalizão.

Convém lembrar, porém, que o “protagonismo” das Cortes constitucionais na criação do direito não é criação do STF. Na Alemanha, por exemplo, “a emergência de um Direito supra positivo posterior ao nazismo fez com que a Corte alemã aumentasse por sua própria conta suas funções, considerando-se competente para julgar até a própria Constituição dando-lhe a interpretação mais conveniente ao momento (FRANCO BAHIA, 2005).

Refletindo acerca da separação de poderes na Alemanha, Bruce Ackerman faz ver que o sistema alemão moderno concede amplos poderes legislativos para um Chanceler forte, que

obteve apoio de uma maioria do *Bundestag*, mas as decisões de um Tribunal constitucional poderoso limitam este poder (ACKERMAN, 2009. p. 43).

Toda essa discussão é importante e demonstra a importância dos limites no exercício do poder em razão do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional, porém, não se pode desprezar a condição da Direito como ciência social e, portanto, sujeito às transformações e influências de valores incorporados à sociedade e projetados também na Constituição. Isso, certamente, pode levar o Tribunal constitucional a interpretar as normas constitucionais quanto a criação do direito positivo à luz de uma nova realidade social, podendo confundir o papel interpretativo-criativo do Supremo Tribunal Federal como Ativismo judicial.

Isso não significa que estamos a defender que um Presidente democraticamente eleito deva a todo instante ser impedido pelo STF de exercer sua competência privativa para nomeações em cargos políticos da Presidência da República, porque, caso isso ocorresse, seria a falência do próprio Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional, entretanto, a atividade interpretativa do Tribunal constitucional na busca de compatibilizar o poder discricionário do Presidente da República com os sentidos projetados no texto da Constituição não seria Ativismo judicial. Em verdade, as decisões do STF apesar de polêmicas têm contribuído para o fortalecimento da democracia brasileira por impedir não somente os abusos decorrentes do exercício do poder discricionário como também fortaleceu a democracia pelo reconhecimento de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Tribunal por meio da interpretação criativa vem democratizando os direitos fundamentais com decisões importantíssimas. Um bom exemplo foi a declaração de constitucionalidade da Lei 12.990 de 2014, ou seja, a constitucionalidade de uma lei que instituiu quota pra negros e pardos no serviço público. Isso certamente constitui-se um meio de inclusão social que concretiza a igualdade material do artigo 5º da Constituição Federal.

O reconhecimento da constitucionalidade das quotas raciais nas Universidades Federais é mais um exemplo de interpretação democrática da Suprema Corte, pois não seria democrático e republicano um país em que pretos e pardos não tivessem acesso ao ensino superior em número proporcional aos brancos nas Universidades Federais.

É claro que apesar de toda essa contribuição do Tribunal para democracia substancial, não se pode perder de vistas que o STF integra a estrutura do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional, por isso está sujeito também aos limites impostos pela Constituição.

Certo é que, o Tribunal constitucional ao exercer o papel de interprete da Constituição e das leis, deve buscar o sentido da norma projetado no texto da Constituição para preservar

os limites interpretativos balizados pelas proposições jurídicas da Constituição, sob pena de violação o princípio da separação de poderes e enfraquecimento do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional, apesar de Kelsen (2009, p.387) admitir que na aplicação do direito busca-se o sentido da norma, podendo também ser aplicado por ato de vontade, ou seja, em Kelsen o Direito se completa tanto pela atividade interpretativa com objetivo de se conhecer a finalidade de quem concebeu a norma, como pela atividade discricionária do julgador.

Em verdade, foi o positivismo jurídico do século XX que cedeu lugar ao novo constitucionalismo, isso é, a uma filosofia voltada à valorização da atividade interpretativa do Tribunal constitucional na concretização da Constituição por meio de valores sociais que permitem ultrapassar o sentido gramatical da norma constitucional com fins a sua concretização refletida sobre o mundo infraconstitucional.

Tais questões levam a pensar a aplicação do Direito a partir do formalismo técnico legal e, portanto, sem atividade interpretativa do Tribunal constitucional, o que, certamente, se afasta dos anseios de justiça presente numa sociedade verdadeiramente democrática, inclusive pela possibilidade de, em alguns casos, a lei ser aplicada para favorecimento de grupos de poder, bem como do Presidente da República dispor do poder discricionário para nomeações em cargos políticos sem considerar a transferência de poder que lhe foi conferida pelo eleitor. O caso do delegado Alexandre Ramagem, por exemplo, se encaixa nesse contexto.

Em verdade, apesar da polêmica envolvendo a atividade interpretativa de um Tribunal constitucional, tal atividade mostrou-se importante também no passado, isso se verifica a partir do período posterior a II Guerra Mundial. A esse respeito, Dimitri Dimoulis (2012, p.2) explica que após a Segunda Grande Guerra a maioria dos Tribunais na Alemanha firmou jurisprudência no sentido reconhecer que normas jurídicas que contrariassem o sentimento de humanidade e de justiça não teriam validade jurídica.

A partir de tal constatação, fica claro a importância da atividade interpretativa de um Tribunal constitucional na concretização da Constituição por impedir o mau uso do poder discricionário, entretanto, mesmo em razão desses direitos a Jurisdição constitucional encontra limites nas proposições jurídicas da constituição do Estado, isso porque não haverá Estado Democrático de Direito ou Estado constitucional se a interpretação do tribunal constitucional não encontrar limites na Constituição.

Nota-se, assim, que a evolução do Direito como ciência refletiu na atividade interpretativa do Tribunal constitucional, permitindo a implementação de um novo constitucionalismo que não admite aplicação pura e simples do formalismo técnico legal para

concretização da Constituição, mais, ainda, observa-se que a concepção do Poder Legislativo como única fonte da norma coletiva, foi mitigada pela atuação interpretativa do Tribunal constitucional.

Claro que o Tribunal constitucional não é ilimitado no Estado Democrático de Direito, entretanto, o Direito como ciência social impõe ao Tribunal constitucional a interpretação das leis com vistas a acompanhar os valores da sociedade, o que, certamente, faz do Tribunal constitucional legitimado na atualização do direito pela atividade interpretativa da Constituição e das leis.

Assim, o papel do Tribunal constitucional como interprete das leis e da Constituição é essencial para sobrevivência do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional, mas, mas onde estariam os limites interpretativos de um Tribunal constitucional ou de quem seria a última palavra na aplicação do Direito no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional? Seria do Poder Legislativo ou do Tribunal constitucional? Principalmente, tratando-se da discricionariedade do Presidente da República para nomeações em cargos políticos.

No Brasil, atualmente, há intenso debate na comunidade jurídica e acadêmica acerca da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, assim, há quem sustente que o Tribunal viola o princípio da separação de poderes pela interferência nas funções do Poder Legislativo e do Poder Executivo pela prática Ativismo judicial.

Lenio Streck (2015, p.109), por exemplo, chama de razões práticas na aplicação do Direito as decisões discricionárias do julgador sem observar o sentido da norma ou os princípios constitucionais possíveis de aplicação.

Certo é que, a atividade interpretativa do Tribunal tem levado a comunidade jurídica e acadêmica a defender que no Brasil o Estado Democrático de Direito e Estado constitucional estariam enfraquecidos pela atuação do Supremo Tribunal Federal, porque o Tribunal não encontra limites na interpretação da Constituição Federal e das leis.

Outra vez, Lenio Streck (2014, p.158) reflete que a atuação do Supremo Tribunal Federal põe em risco o Estado Democrático de Direito, pois o Tribunal tem participado cada vez mais incisivamente da vida política nacional, o que deveria ser exceção, porém insiste que um Poder Judiciário independente que funcione como efetivo garantidor dos direitos fundamentais é um marco definidor de um Estado Democrático de Direito.

Tais questões sempre foram importantes a ponto de Mauro Cappelletti (1999, p. 44.Tradução Aroldo Plínio Gonçalves) ressaltar que a atividade interpretativa do Tribunal constitucional diante do controle de constitucionalidade seria impossível uma análise

estritamente jurídico-científica ou completamente desinteressada e neutra, posto que o controle de constitucionalidade, por sua própria natureza, possui, também, conteúdo político.

Já Konrad Hesse (1991, p.23, tradução de Gilmar Ferreira Mendes) responderia que os limites interpretativos do Tribunal constitucional, estaria nas proposições jurídicas da Constituição.

Em verdade, a atuação do STF apesar de polêmica, em muitos casos tem fortalecido o Estado Democrático de Direito pelo reconhecimento de direitos fundamentais, mas, não se pode esquecer que normas coletivas emanadas de um Tribunal Constitucional somente serão legítimas quando observados os limites impostos pela Constituição em razão da harmonia e independência entre Poderes.

Diante dos argumentos até aqui expostos, nota-se que na atualidade a doutrina da separação de poderes evolui no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional permitindo a atividade interpretativa do Tribunal constitucional nas funções dos demais Poderes sem, contudo, significar Ativismo judicial.

Em verdade, o desenvolvimento do Direito refletiu uma nova separação de poderes levando o Tribunal constitucional a interferir pontualmente nas funções dos demais Poderes pela interpretação criativa da Constituição. Nesse novo paradigma de aplicação do Direito, a concretização da Constituição ocorre não mais pela interpretação gramatical da norma ou pela valorização dessa no seu sentido meramente formal, busca-se em verdade o sentido projetado no texto da Constituição.

Melhor explicando, suponhamos que o STF por meio da atividade interpretativa anule ou suspenda nomeação de Ministro de Estado que buscava se beneficiar pela prerrogativa da função atraindo a competência do STF em julgado de processo criminal, essa postura em nada se confunde com Ativismo judicial, pois o sentido do poder discricionário do Presidente da República projetado na Constituição foi concedido em razão da governabilidade. Não tratando, portanto, de Ativismo judicial tal decisão.

Outro exemplo seria se o Parlamento brasileiro por emenda constitucional buscase a abolir direitos individuais e a forma federativa do Estado brasileiro, ou seja, as cláusulas pétreas do Artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal. Tal proposta, certamente, seria contida pelo STF por não estar em consonância os sentidos republicanos e democráticos projetados na Constituição brasileira. Isso não seria Ativismo judicial.

Mas não se pode esquecer que no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional decisões judiciais devem ser fundamentadas e alicerçadas numa racionalidade, apesar da possibilidade da concretização da Constituição pela interpretação criativa. A

Constituição do Brasil, por exemplo, no seu artigo 93, inciso IX traz expressamente a possibilidade de nulidade das decisões judiciais carentes de fundamentação, isso leva a acreditar que o Ativismo judicial ocorre pelas decisões não fundamentadas, ausente, portanto, de fundamento na Constituição ou legislação infraconstitucional. Decisão sem fundamento mostra a vontade do interprete não os sentidos projetados na norma.

Não é demais lembrar que decisões políticas não devem nortear as Cortes constitucionais, porque a Justiça Constitucional possui seu âmbito de cognição voltado para Direito, ao passo que decisões políticas se amparam em “vontades”, sejam de grupos econômicos, filantrópicos e sociais, o que torna o Poder Legislativo verdadeiro representante de tais interesses considerando que foi eleito por uma pela regra de representação majoritária.

Veja-se, por exemplo, as normas de conteúdo programáticos esculpidas na Constituição de 1988, dentre elas as que obrigam os Municípios a investirem 25% da arrecadação da sua receita no desenvolvimento da educação básica, assim, se STF exigisse por meio de provocação o cumprimento da norma, seria decisão jurídica de conteúdo político, mas, sem Ativismo judicial.

Considera-se, portanto, que em um Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional nenhum Poder é ilimitado. Nesse ponto, cabe reafirmar Konrad Hesse (1991, p.23. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes) consignando que os limites interpretativos do Tribunal constitucional estariam nas proposições jurídicas da própria Constituição, assim, a última palavra na democracia seria da Constituição do Estado por meio de um Tribunal constitucional. Não do Tribunal pelo Ativismo judicial.

Finalmente, nota-se que o Estado brasileiro superou o paradigma da aplicação do direito a partir da supremacia do legislador, passando adotar a possibilidade da interpretação criativa da Constituição na qual é possível a interferência do STF no poder discricionário do Presidente da República e, em alguns casos, na atividade do Poder Legislativo, o que não se confunde com Ativismo judicial, entretanto, há de se ressaltar das lições de Hesse, que os limites interpretativos do Tribunal estariam nas proposições jurídicas da Constituição.

O próximo tópico traz-nos alguns marcos importantes como inibidores na interpretação criativa empregados na concretização da Constituição.

4.1 Separação de decisão jurídica de decisão política

No tópico anterior analisou-se de forma mais abrangente os limites interpretativos do Tribunal constitucional na concretização da Constituição e com reflexo, portanto, no poder

discricionário do Presidente da República para nomeação em cargos políticos da Presidência da República.

No presente tópico analisar-se-á de forma mais específica alguns marcos que devem ser observados pelo Tribunal constitucional na concretização da Constituição. O primeiro seria a separação entre decisão jurídica e decisão política.

A Justiça Constitucional deve abster-se de decisões políticas, entre elas estão aquelas que sofrem influência dos meios de comunicações em massa onde se encontram grupos de poder que possuem interesse no resultado do processo judicial. (OLIVEIRA JUNIOR e ROCHA SOUZA, 2020, p. 89/96)

Mas não se pode negar que a Constituição do Estado Democrático de Direito nasce da vontade política soberana do povo, com isso embora haja na Constituição valor político, a Justiça Constitucional na interpretação da Constituição deve buscar os valores nela contidos deixando questões políticas a cargo dos demais Poderes. Isso não significa, por exemplo, que o STF não seja legitimado para anular ou suspender nomeação em cargos políticos da Presidência quando em desacordo com os sentidos projetados no texto da Constituição, ou diante da promulgação de leis tirânicas editadas pelo Poder Legislativo não possa o Tribunal anulá-las para atender anseios da sociedade, compatibilizando os atos de outro Poder com os sentidos emanados do texto constitucional.

Nesse sentido, vale a reflexão de Konrad Hesse (1991, p.54) ao afirmar que “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser sua força normativa”.

Nesse ponto, nota-se uma correspondência entre as anulações e suspensões dos cargos políticos pelo STF com a força normativa da Constituição defendida por Hesse. Senão, vejamos. Qual seria o sentido de uma Constituição republicana e democrática no seio do Estado Democrático de Direito, como no caso Brasil, conferir poder discricionário ao Presidente da República sem qualquer controle. Não se deve esquecer, porém, que a Jurisdição constitucional deve se abster das decisões políticas não fundamentadas na Constituição.

É certo que a concretização da Constituição pelas Cortes constitucionais, principalmente na elaboração de seus enunciados normativos com eficácia *erga omnes*, e diante da omissão do Poder Legislativo em regulamentar matérias relacionadas à políticas públicas, por exemplo, torna a Justiça constitucional legítima na criação do direito, todavia, há de se realçar que decisões políticas não devem nortear as Cortes constitucionais na criação de

enunciados normativos por não possuírem âmbito de cognição na lei e no Direito. Decisões políticas se amparam em ato de “vontades”, sejam de grupos econômicos, filantrópicos etc.

Pode-se anotar finalmente, que no Estado Democrático de Direito vigora a regra da separação de poderes, no qual o Poder Executivo e Legislativo possuem como função típica a atividade política, daí que, o Judiciário na sua atividade típica judicante deve evitar decisões políticas.

4.2 Limites morais da Jurisdição constitucional

A moral está associada a convicções de comportamentos ditados por questões religiosas, culturais e filosóficas, ou seja, convicções de maiorias que se norteiam por esses valores, no entanto, não há nas sociedades um consenso daquilo que seria moral ou não.

A Jurisdição constitucional, portanto, deve abster de criar enunciados normativos sob a influência de fatores morais, isto porque o Poder Legislativo afigura-se como sendo o representante legítimo das maiorias e detentor do poder regulamentar de atos normativos que envolvam essas questões. (SANTANA Pedra, 2017, p.248/295).

É evidente que o Tribunal constitucional tem legitimidade para concretizar a Constituição a partir de valores sociais e dos sentidos emanados do texto constitucional. Daí que, mesmo havendo, por exemplo, arbitrariedade no exercício do poder discricionário do Presidente da República para nomeações em cargos políticos da Presidência da República, o controle judicial nas funções de outro se mostra mais adequado quando prevalecer o caráter jurídico na decisão e não o caráter moral.

Nesse sentido, importante destacar que o Poder Legislativo ao se defrontar com questões que envolvam valores culturais, morais e de cunho religioso seria o Poder legítimo a adentrar tais questões, é dizer, se esses valores devem ser objeto de norma positiva onde a iniciativa seria mais adequada a partir do Poder Legislativo.

A sociedade, então, desenvolve papel importantíssimo quando em voga os valores morais, assim, o Tribunal Constitucional deve evitar de imiscuir-se em questão de caráter moral.

Pode-se então concluir que o razoável quando questões morais criarem desassossego na sociedade, é deixar que a própria sociedade pelo dinamismo que possui, resolva tais conflitos, haja vista que até mesmo o Poder Legislativo na condição de representante legítimo da sociedade pode se deparar com questões de difícil compreensão.

4.3 Necessidade de fundamentação das decisões judiciais pelo Poder Judiciário

A característica marcante do Estado Democrático de Direito e do Estado Constitucional é a necessidade de obediência aos limites que devem ser observados não apenas pelo Tribunal constitucional na atividade interpretativa, mas, por todos os poderes do Estado, daí a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais.

Em verdade, a fundamentação das decisões judiciais está conexas ao princípio da segurança jurídica por possibilitar a previsibilidade nas decisões judiciais. Somente quando se conhecem os motivos dos atos estatais o jurisdicionado terá condição de exercer o direito a ele inerente, inclusive, o de recorrer contra eventual arbítrio do Estado, é dizer, a fundamentação nas decisões mostra-se vital na estrutura do Estado Democrático de Direito, assim, as decisões do Tribunal constitucional seja na esfera do poder discricionário do Presidente da República para nomeações em cargos políticos ou na proteção e reconhecimento de direitos fundamentais somente só são legítimas quando precedidas de fundamentação.

Assim sendo, o Tribunal constitucional na condição de guardião da Constituição deve buscar a higidez da mesma fundamentando suas decisões no texto constitucional para preservar também a estabilidade da Constituição, por isso é que por mais criativa que seja uma interpretação ela somente se mostra legítima quando fundamentada na Constituição.

Anote-se, ainda, que a fundamentação das decisões judiciais é uma conquista dos Estados Democráticos de Direito, haja vista que no decorrer da história, especialmente no século XVIII que foi marcado pelo apogeu do arbítrio imposto pelo absolutismo da época, as decisões judiciais eram despidas de qualquer fundamentação.

Atualmente, em nome do devido processo legal a Justiça Constitucional na criação de seus enunciados normativos com eficácia *erga omnes* não pode deixar de fundamentar suas decisões. A fundamentação das decisões judiciais constitui-se, portanto, a razão do Estado Democrático de Direito por permitir a racionalidade nas decisões do Poder Judiciário.

4.4 Ativismo judicial ou interpretação conforme a Constituição

O Ativismo judicial como já visto é tratado pela doutrina como a interferência do Poder Judiciário nas funções orgânicas de outro Poder (SILVA RAMOS, 2018, p. 141).

No Brasil, o debate se concentra nas decisões do STF porque há quem defenda que “Nos últimos anos o STF tem participado, cada vez mais incisivamente, da vida política nacional. Isso deveria se alvissareiro, uma vez que – como veremos a seguir – a existência de um Poder Judicial independente que funcione como efetivo garantidor dos direitos

fundamentais é um marco definidor de um Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2014, p.158).

Essa realidade é deveras preocupante porque sendo o Estado brasileiro Democrático de Direito onde os Poderes se limitam pela soberania popular, separação de poderes e proteção de direitos fundamentais consagrados na Constituição, não haveria algo de mais nocivo para democracia que um possível Ativismo judicial do STF.

Mas diante da realidade que STF tem ampliado seu papel interpretativo na concretização da Constituição, faz-se necessário investigar alguns aspectos da teoria da interpretação e seus reflexos nas decisões do Tribunal, pois só assim, passaríamos à compreender se as decisões do STF são ativistas ou estão no âmbito estritamente interpretativo do texto constitucional.

A segurança pretendida pelas escolas positivistas clássicas limitava o papel do intérprete da norma. A partir da década de 60, principalmente a partir de debates ocorridos nos Estados Unidos, começou-se a falar em pós-positivismo pondo em destaque a questão de como deveriam atuar os juízes (moderação judicial x ativismo judicial) (CÔRTEZ PAIXÃO, 2015).

Nota-se, assim, que a lógica interpretativa formal do positivismo jurídico que limitava o intérprete à norma para realizar apenas subsunção do fato da vida real à prescrição legal foi posta em cheque nos anos 60, o que possibilitou o desenvolvimento de uma hermenêutica fundada em princípios e valores sociais. A interpretação da Constituição supera, portanto, o mero aspecto formal do sentido da norma e passa admitir valores sociais e princípios como fundamento das decisões judiciais.

Numa dimensão mais ampla, é possível verificar que o constitucionalismo do século XIX e o pós-positivismo voltaram-se para aplicação do direito tendo como norma principal os princípios constitucionais em oposição ao modelo formalista procedimental ou lógico formal do positivismo jurídico. (GEORGES ABBOUD; GARBELLINI CARNIO; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2014)

Esse novo cenário permite concluir que houve a superação de dois paradigmas históricos do Direito e da política. O primeiro consiste na liberdade interpretativa do juiz, melhor explicando, o juiz deixa de ser simplesmente a “boca da lei”.

A segunda possibilidade é de interpretação da norma por princípios constitucionais e valores sociais.

Sendo assim, o Direito não se comprime mais na lei, antes comporta outros modos de produção, dentre eles a Constituição. Ora se a Constituição adquire força normativa, a ser

garantida por órgão com função jurisdicional, o juiz deixa de ser a mera “boca da lei” do legislador podendo mesmo ser convocado a apreciar a validade e a compatibilidade da lei com a Carta Magna (PINHEIRO PINTO. 2018. p,55).

Retornemos ao tema do nosso estudo para refletir, por exemplo, que quando o STF anula ou suspende nomeações em cargos políticos da Presidência da República aplicando o princípio da moralidade administrativa, por exemplo, diante de flagrantes atos de violação da moral administrativa não pratica Ativismo judicial, mas interpreta conforme princípio da moral administrativa extraído do artigo 37 da Constituição do Brasil.

Um exemplo mais esclarecedor é o da edição da Súmula 11 de 2008 do STF. Ela foi editada para conter os abusos do uso de algemas pelos agentes do Estado e a exploração midiática de prisões de grandes figuras públicas, ou pessoas investigadas em inquéritos de grande vulto. Nesse caso seria possível afirmar que não houve interferência nas funções orgânicas do Poder Legislativo por Ativismo judicial, mas interpretação conforme a Constituição brasileira com vista a proteção da dignidade humana.

Nota-se, portanto, que apesar da doutrina sustentar que o Supremo Tribunal Federal desequilibra a democracia pela usurpação das funções dos demais Poderes, não se pode esquecer que a interpretação da norma conforme a Constituição pode parecer que houve usurpação das funções legislativas ou usurpação no poder discricionário do Presidente da República, mas verdadeiramente, não seria Ativismo judicial.

Certo é que não se pode falar em democracia onde não há controle de um Poder sobre o outro, isso fica evidente pelo contexto histórico que relembra o arbítrio de regimes autocráticos sem controle como, por exemplo, o nazismo.

No caso de uma possível interferência do STF nas funções dos demais Poderes deve ser vista com reservas porque o Tribunal ao aplicar uma hermenêutica filosófica ou constitucional na concretude da Constituição atua de maneira a se adaptar ao seu contexto histórico, social e político.

Dessa forma, é possível extrair que o princípio da separação de poderes no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional, apesar de protegerem a democracia, não deve impedir o Tribunal constitucional de interpretar a Constituição nos seus valores mais sutis, porque, se de um lado, a democracia é preservada pela independência do Poder Legislativo e das competências do Presidente da República, por outro, o fortalecimento da democracia também se realiza pelo o Tribunal constitucional como guardião da Constituição.

É claro que não se pode perder de vistas que o STF integra a estrutura do Estado Democrático de Direito e também está sujeito aos limites impostos pela Constituição Federal

e refletidos na separação de poderes. O STF na aplicação de princípios, portanto, deve se abster de interferir indevidamente nas funções dos demais Poderes com Ativismo judicial, seus limites, portanto, como bem posto Konrad Hesse estariam nas proposições jurídica da Constituição.

Nota-se, com isso, que os limites de atuação dos Poderes no Estado Democrático de Direito e Estado constitucional, não pode ser violado por qualquer dos Poderes, porque se um Poder avançar na competência do outro, há risco institucional e, conseqüentemente, a enfraquecimento da democracia pela violação do Princípio da separação de poderes.

Convém lembrar, no entanto, que a função de *accountability* do Tribunal constitucional sobre os demais Poderes no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade das leis ou no poder discricionário do Presidente da República para nomeações em cargos políticos da Presidência não pode servir de justificativa para o Ativismo judicial, contudo, os argumentos de que o Supremo atua fora dos limites estabelecidos na Constituição trazendo riscos à democracia e ao Estado Democrático de Direito e ao Estado constitucional não devem ser tomados como verdadeiros sem as devidas ressalvas, pois a interpretação conforme a Constituição, repita-se, não se confunde com Ativismo judicial.

Na verdade a regra de ouro no Estado Democrático de Direito é a limitação de qualquer poder com vistas à contenção do arbítrio. Essa regra se constitui verdadeiro “imperativo categórico” a impedir que prevaleça a vontade pessoal do governante em detrimento da soberania popular e da supremacia do interesse público.

Isso fica claro quando Dalmo de Abreu Dallari (1998, p.171) anotou que no Estado Democrático de Direito nenhuma vontade, ainda que bem intencionada deve se colocar acima de qualquer outra. Ou seja, as nomeações em cargos políticos da Presidência da República estão limitadas pela supremacia do interesse público, mesmo a pretexto de o poder discricionário do Presidente da República ser avocado em razão da governabilidade.

Pode-se refletir, portanto, que o poder discricionário do chefe do Poder Executivo em face do Estado Democrático de Direito e do Estado Constitucional encontra limites na soberania popular e nos princípios constitucionais. Com isso, sendo a soberania popular assegurada no parágrafo único do artigo primeiro da Constituição de 1988 e o STF guardião da Constituição, não há porque nomeações em cargos políticos da Presidência da República quando feitas com desvio de finalidade e o abuso de poder não serem anuladas pelo Tribunal.

Ora, sendo o povo detentor do poder soberano, por óbvio, as nomeações em cargos políticos da Presidência da República devem ser vinculadas aos princípios valorados pelo povo e voltado para satisfação do interesse público, não se justificando, portanto, o desvio de

finalidade e abuso de poder no exercício do poder discricionário do Presidente da República ao argumento de exercer a competência privativa do artigo 84 da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, suponha-se, que o Presidente da República pretenda nomear em cargo de Ministro de Estado correligionário partidário que responde ação penal em curso na Justiça comum, com objetivo de deslocar a competência do juízo para o STF e, conseqüentemente, adquirir foro diferenciado em razão da prerrogativa da função. Isso deixa ver que, apesar de o sistema presidencialista de governo ter evoluído em direção à República, ainda estaria preso à matriz ideológica da monarquia, e, portanto, sem limites no exercício do poder discricionário.

Diante disso, nota-se que as nomeações em cargos políticos da Presidência da República com abuso de poder não se mostram alinhadas com a Constituição, atraindo, portanto, a legitimidade do STF na revisão constitucional para anular e suspender o ato eivado de desvio de finalidade e abuso de poder. No Estado Democrático de Direito os Atos administrativos se sustentam quando em conformidade com a Constituição no aspecto formal e substancial.

Chegamos ao final de mais uma seção considerando os argumentos da comunidade jurídica e acadêmica quanto ao possível Ativismo judicial do STF nas competências dos demais Poderes, especialmente, nas anulações e suspensões de nomeações em cargos políticos da Presidência da República, entretanto, convém destacar que não há Ativismo judicial quando o STF interpreta e julga atos dos demais Poderes com base em uma interpretação conforme a Constituição, ainda que seja uma interpretação renovada e balizada por preceitos éticos e de fundamentação apoiada em princípios.

Como reflexão, atente-se para os ensinamentos de Dworkin (2003, p.452) ao consignar que o “ativista ignora o texto da Constituição, a história constitucional, os precedentes da Suprema Corte, tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

5. ESTUDO DE CASOS

5.1 Mandado de Segurança número 34.070 - Distrito Federal

O Mandado de Segurança coletivo número 34.070/DF com pedido de medida liminar foi impetrado pelo Partido Popular Socialista - PPS que tinha como escopo anular a nomeação do ex-presidente Lula ao cargo de Ministro chefe da Casa Civil feita pela à época Presidente

Dilma Rousseff, em 16 de março de 2016. No presente caso será analisada somente a decisão liminar.

O impetrante destacou a dificuldade de juntar provas quanto ao desvio de finalidade, entretanto, sustentou que alguns fatos justificariam o deferimento da liminar.

Os fatos narrados consistiam na especulação pela imprensa da iminente prisão preventiva do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, então investigado no âmbito da operação lava-jato por corrupção na Petrobras que teria lhe rendido um apartamento em São Paulo. No desenrolar do processo houve a condução coercitiva do ex-presidente, decretada pelo juiz Sergio Moro em 29/02/2016 e o pedido de prisão preventiva do ex-presidente feito pelo Ministério público de São Paulo ao juízo da 4ª Vara criminal de São Paulo que, por sua vez, declinou da competência para Vara federal de Curitiba.

Tudo isso somado, segundo apontou o impetrante, eram suficiente para evidenciar o desvio de finalidade na nomeação do ex-presidente Lula, pois segundo entendia, o verdadeiro objetivo da nomeação do ex-presidente Lula seria deslocar a competência do juiz Sérgio Moro para o STF a fim de evitar a prisão preventiva e outras medidas judiciais. Posteriormente, foi liberado o conteúdo completo das gravações e ficou evidenciado que a verdadeira intenção da ex-presidente Dilma Rousseff era ter o ex-presidente Lula como articulador político no Congresso Nacional dado a possibilidade de a Presidente sofrer *impeachment*.

5.1.1 Da legitimidade do Partido Político

O impetrante fez vê que sua competência decorria do comando normativo do artigo 5º, inciso LXX, “a”, da Constituição Federal e destacou que o Mandado segurança seria o instrumento adequado para conter o abuso de poder. Asseverou que embora não estivesse no mesmo nível de legitimidade dos sindicatos e associações, ou seja, dos legitimados da alínea “b”, apontou que os Partidos Políticos são importantes no Estado Democrático de Direito e defendem interesses sociais e, conseqüente, seriam legitimados na impetração de Mandado de segurança coletivo na contenção do abuso de poder vindo de autoridade pública. A legitimidade dos Partidos Políticos para impetração de Mandado de Segurança Coletivo foi reconhecida pelo Relator.

Curioso é que o STF já havia firmado entendimento contrário à legitimidade dos Partidos Políticos na impetração desse tipo de *Mandamus*. Recurso Extraordinário número 196.184 do Estado do Amazonas. O Relator, então, fundamentou a mudança de entendimento

na doutrina, pois esta admitia proteção de direitos transindividuais e difusos pela impetração de Mandado de Segurança Coletivo.

5.1.2 O desvio de finalidade

O impetrante ressaltou a competência da ex-presidente Dilma Rousseff para o ato de nomeação destacando o caráter discricionário do ato administrativo. Ato contínuo fez constar que mesmo que esses atos não sejam totalmente discricionários, pois estão vinculados a princípios constitucionais e à satisfação do interesse público, estariam sujeitos ao controle do Poder Judiciário.

Apontou que os fatos trazidos revelam o desvio de finalidade do ato discricionário e, que, apesar de tratar-se de ato discricionário está sujeito ao controle judicial, embora reconhecessem os limites do Poder Judiciário em atos políticos do Poder Executivo, mas, que diante do desvio de finalidade o controle judicial se revelaria necessário, inclusive, tal entendimento se encontra estabelecido na jurisprudência do STF.

5.1.3 A decisão liminar

O Ministro Gilmar Mendes atendeu o pleito do impetrante ao deferir a medida liminar para suspender a nomeação do ex-presidente Lula ao cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. Reconheceu a legitimidade dos Partidos Políticos em Mandado de Segurança Coletivo, mesmo o STF no julgamento do Recurso Extraordinário número 196.184 do Estado do Amazonas ter firmado posicionamento contrário à legitimidade dos Partidos Políticos nesse tipo de Ação.

Discorreu, ainda, que o manejo de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por Partido Político de oposição contra ato do chefe do Poder Executivo, em tese, poderia violar a separação de poderes e princípios constitucionais da Administração pública presentes no artigo 37 da Constituição do Brasil, mas, modificou seu entendimento quanto à legitimidade de Partido Político nessa espécie de Ação a partir de entendimento doutrinário e por desprezo a interpretação restritiva da Lei 12016/2009 que limitava a legitimidade dos Partidos Políticos à defesa de interesses de integrantes e as finalidades do Partido.

Ato contínuo estribou no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor seu entendimento a respeito de direitos difusos e transindividuais. Por sua vez, entendeu o

Ministro Gilmar Mendes que o princípio da moralidade norteia os atos administrativos, inclusive a nomeação de Ministro de Estado de maneira a impedi que sejam conspurcados os predicados da honestidade, probidade e boa-fé no trato da res-publica. Frisou que a nomeação se tratava de ilícito atípico com aparência de legalidade, destacou que o desvio de finalidade, embora formalmente legal, conduz a resultado incompatível com objetivo constitucional. O Ministro concluiu, ainda, que a nomeação do ex-presidente Lula para adquirir foro em razão da prerrogativa do cargo era incompatível a ordem constitucional.

Como se vê, a questão das anulações e suspensões de nomeação em cargos políticos da Presidência da República, apesar de ter caráter discricionário está sujeito ao controle judicial para contenção do desvio de finalidade e abuso de poder.

Disso fica claro que, embora o sistema presidencialista de governo tenha matriz ideológica na monarquia, esse sistema evoluiu em direção às repúblicas democráticas como é caso Brasil. Assim, não restam dúvidas, portanto, que o poder discricionário do chefe do Poder Executivo está vinculado aos princípios constitucionais, podendo o STF conter o desvio de finalidade e abuso de poder advindos do poder discricionário do Presidente da República. Daí os fundamentos da anulação e suspensão das nomeações cargos políticos da Presidência República pelo Tribunal. Mas seria razoável que qualquer decisão no poder discricionário do Presidente fosse precedida de intimação da autoridade coatora para prestar informações acerca do desvio de finalidade e abuso de poder.

Assim, é possível deduzir que, a fundamentação nas decisões judiciais alicerçadas em princípio constitucionais são fontes legítimas de fundamentação das decisões judiciais por derivarem diretamente da sociedade e, por isso, não seria arbitrária a decisão judicial que impõe a revisão judicial de atos discricionários do Presidente da República, entretanto, exige-se a cautela do Ministro Celso de Mello quando da apreciação do Mandado de Segurança número 34.609 do Distrito Federal, pois há um espaço sensível entre fundamentação de decisões judiciais alicerçadas em princípios e Ativismo judicial.

5.2 Reclamação 29.508 do Distrito Federal – O caso Cristiane Brasil

Em 03 de janeiro de 2018, o ex-presidente da República, Michel Temer anunciava a nomeação da Deputada Cristiane Brasil Francisco ao cargo de Ministra do Trabalho. Tal nomeação foi objeto de repúdio social, pois pesava contra a Deputada decisão da Justiça do Trabalho com trânsito em julgado de condenação por violação a direitos trabalhistas. A

sociedade reagiu e foi ajuizada Ação popular número 001786-77.2018.4.02.5102 na 4ª Vara Federal de Niterói com o fundamento de que o ato discricionário do Presidente da República violava o princípio constitucional da moralidade administrativa. O juiz de primeira instância deferiu medida liminar suspendendo a nomeação e posse da Deputada.

Em sede de recurso ao Tribunal Regional da Segunda Região, o vice-presidente do Tribunal manteve a decisão por entender que a mesma “não tinha o condão de acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e a economia pública”.

O caso subiu ao Superior Tribunal de Justiça por meio de Ação de suspensão de liminar e sentença número 2.243/RJ. Na ocasião, o Ministro Humberto Martins reformou as decisões anteriores argumentando “que aplicação direto do princípio da moralidade para vetar a nomeação de Ministro Estado, se prestaria a justificar diversas avaliações subjetivas e não fundadas na lei” e defendeu, também, a competência do STJ para processar e julgar o feito por considerar que não seria possível apreciação dos princípios constitucionais do artigo 37 *caput* da Constituição sem antes apreciar normas infraconstitucionais. Dessa decisão, houve reclamação para o STF.

5.2.1 A decisão da Ministra Cármen Lúcia.

A decisão do Ministro Humberto Martins do STJ foi objeto de Reclamação para STF e teve como Relatora a Ministra Cármen Lúcia. Ao apreciar o feito, a Ministra não adentrou o mérito administrativo do poder discricionário do Presidente da República para nomeação e posse em cargos políticos da Presidência da República, mas, anulou a nomeação da Deputada Cristiane Brasil Francisco por reconhecer a incompetência do STJ para processamento do feito, pois, segundo entendeu, matérias que dizem respeito ao princípio da moralidade administrativa consagrada no artigo 37 *caput* da Constituição são de competência do STF.

Na decisão, a Ministra Cármen ressaltou a jurisprudência do Tribunal e o Regimento Interno do STF para justificar a competência do STF.

Da análise do caso Lula em comparação com o da Deputada Cristiane Brasil, nota-se que a fundamentação das decisões do Supremo possui razões distintas. No caso Lula, prevaleceu o desvio de finalidade na decisão do Tribunal, enquanto no caso da Deputada Cristiane Brasil, além do reconhecimento da incompetência do STJ para julgamento do feito foi considerado o princípio da moralidade administrativa como matéria constitucional e, portanto, a decisão seria do STF não do STJ.

Um ponto que chama atenção em ambos os casos é que o Tribunal parece não considerar o aspecto sensível do deferimento de decisões liminares ou de mérito com reflexo no poder discricionário do Presidente da República a partir separação de poderes, ou melhor, das bases do Estado Democrático de Direito com limite do poder estatal, porque dada a sensibilidade de alguns casos, alguns aspectos do devido processo legal deviam ser considerados, como, por exemplo, a intimação da autoridade coatora para prestar informações sobre os motivos que ensejaram o ato administrativo da nomeação.

Claro que, não se pode desconsiderar o poder geral de cautela do magistrado, tampouco a competência do Poder Judiciário para o controle dos atos administrativos quando afrontosos à Constituição, porém, decisões liminares ou de mérito no poder discricionário do Presidente da República talvez fossem mais adequadas quando considerado o contraditório e a ampla defesa, assim, melhor seria que a autoridade coatora fosse intimada para prestar informações acerca do desvio de finalidade e da violação a moral administrativa antes de qualquer decisão no sentido de suspender ou anular nomeações em cargos políticos da Presidência da República.

Assim, quando ausente as provas do desvio de finalidade ou presente a dúvida quanto a simetria do ato administrativo com a moral administrativa, talvez fosse mais acertado se a decisão judicial fosse tomada sob o pálio do contraditório e ampla defesa, pois sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito e um Estado constitucional, o direito fundamental da presunção de inocência deve prevalecer sobre o juízo de moralidade do julgador, de igual modo, não parece adequada a decisão que reconhece o desvio de finalidade quando ausente provas.

Disso é possível verificar que apesar de o constituinte originário conferir ao Presidente República competência no artigo 84 para nomeações em cargos de Ministro de Estado, tal competência não está imune aos valores e princípios da sociedade. Daí que, as anulações e suspensões de nomeações de cargos políticos da Presidência da República pelo STF quando fundamentadas em princípios constitucionais torna a decisão legítima e, portanto, não se confunde com Ativismo judicial, porém, adequado seria intimar a autoridade coatora para prestar informações antes de qualquer controle judicial que impeça o exercício do poder discricionário do Presidente da República.

Na verdade, o que deve ser ponderado na aplicação de princípios constitucionais é a sua fundamentação racional e em comunicação com texto constitucional aliado ao juízo de

certeza quanto ao desvio de finalidade e violação à moral administrativa. Quando isso ocorre, não há Ativismo judicial. Seria a consagração do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional pela possibilidade de o Poder Judiciário impor limites aos demais Poderes.

Certo é que, o Tribunal constitucional na condição de guardião da Constituição deve buscar a higidez da mesma e fundamentar suas decisões também no texto constitucional, com isso, tanto os enunciados normativos com eficácia *erga omnes* e as decisões para controle da legalidade de atos discricionário do chefe do Poder Executivo devem ser revestidos de fundamentação constitucional, ainda, que, tais decisões estejam estribadas em valores sociais.

Não custa lembrar que a fundamentação das decisões judiciais é uma conquista do Estado Democrático de Direito, pois no decorrer da história, especialmente, durante o século XVIII, o que prevalecia era arbítrio do sistema absolutista sobre o jurisdicionado.

É claro que, tem toda uma discursão em torno das anulações e suspensões de nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República que deve ser levada em consideração. Veja-se, por exemplo, que no caso da Deputada Cristiane Brasil a sociedade não aceitou alguém que sofreu condenação por violação de direitos trabalhistas ser empossada Ministra do Trabalho.

Por fim, há de se considerar que no Estado Democrático de Direito a regra é a separação de poderes e que o poder discricionário do Presidente da República foi concedido em razão da governabilidade, assim, adequado seria que as decisões judiciais suspendendo e anulando nomeações e posses em cargos políticos da Presidência da República fossem feitas com a intimação da autoridade coatora acerca dos motivos que ensejara o ato administrativo. Isso não só asseguraria as garantias fundamentais previstas na Constituição do Brasil, como, também, impediria que forças contrárias ao governo utilizassem o Poder Judiciário para alcançar objetivos políticos.

5.3 Mandado de Segurança número 37.097 do Distrito Federal – O caso Ramagem

O Partido Democrata Trabalhista (PDT) impetrou Mandado de segurança com pedido de medida liminar no STF para anular a nomeação do Delegado da Polícia Federal Alexandre Ramagem Rodrigues no cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. O Delegado havia sido nomeado pelo Presidente Jair Bolsonaro em 27/04/2020 e pesava a acusação de que objetivo do ato administrativo se dera com desvio de finalidade e abuso de poder, melhor explicando, a

imputação era que Presidente da República tinha o propósito de interferir nas funções de polícia judiciária da Polícia Federal.

5.3.1 Da legitimidade do Partido Político

O Ministro Relator, Alexandre de Moraes, de início reconheceu a legitimidade dos Partidos Políticos agirem em Ações dessa natureza e destacou que tais agremiações são legitimadas na defesa de direitos transindividuais e difusos, pois tem como titulares desses direitos a sociedade, entretanto, frisou que somente os Partidos com representação no Congresso Nacional, como é o caso do PDT⁴, seriam legítimos para o ajuizamento de Mandado de segurança coletivo. Ao final, reforçou seu entendimento no posicionamento já esposado por outros Ministros da Corte, ratificando o entendimento de que os Partidos Políticos contribuem para higidez do Estado Democrático de Direito e preservação dos de direitos e garantias fundamentais.

5.3.2 O desvio de finalidade

O impetrante argumentou que o propósito ato coator da nomeação do Delegado Alexandre Ramagem seria atender à vontade pessoal Presidente da República, pois visava usar a Polícia Federal com aparelhamento pessoal para alcançar objetivos além do interesse público e, portanto, em conflito com interesses constitucionais.

O Ministro Alexandre de Moraes considerou relevantes as provas pré-constituídas. Entre essas, as declarações do Ministro da Justiça, Sérgio Moro em entrevista coletiva, no dia 24 de abril de 2020, denunciado o fato e algumas declarações do Presidente da República reconhecendo o laço de amizade do Delegado Ramagem com sua prole.

Essa realidade levou o Ministro Alexandre de Moraes a deferir liminar para suspender a nomeação do Delegado de Polícia Federal ao cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, sustentando dentre, outros motivos, que os poderes do Presidente se submetem ao império princípios constitucionais.

5.3.3 A decisão liminar

⁴ Partido Democrático Trabalhista (PDT)

A Constituição do Brasil no seu artigo segundo estabelece claramente a separação, independência e harmonia entre Poderes, mas, também, proclama o Estado brasileiro como sendo democrático de Direito. Isso nos levar à refletir que a decisão do Ministro Alexandre de Moraes deve ser investigada no mínimo em duas dimensões. A da separação de poderes e a da interpretação da Constituição à luz dos princípios constitucionais.

O Sistema presidencialista de governo como já demonstrado no capítulo primeiro, conferiu ao Presidente da República amplos Poderes em razão da governabilidade. No Brasil, a Constituição Federal, nos artigos 76 e 84, confere ao Presidente da República, respectivamente, poderes para nomeação em cargos políticos da Presidência e a gerência da Administração Pública federal.

Isso significa que, em tese, o Tribunal constitucional não pode interferir na competência privativa do Presidente da República para nomeação em cargos políticos da Presidência sob pena de ter-se violação a separação de Poderes.

Por outro lado, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito os poderes do Presidente da República não são ilimitados ou disponíveis para satisfação do interesses particulares e desvio de finalidade em detrimento do interesse público. Na verdade, no Estado Democrático de Direitos há de haver limites no exercício de qualquer poder, inclusive no poder discricionário do presidente nas nomeações de cargos políticos. Disso fica claro que a ideia de separação de poderes e pesos e contrapesos, decorre da evolução do modelo republicano, democrático e do Direito Constitucional.

Quanto à interpretação da Constituição pela aplicação de princípios constitucionais, é necessário para compatibilizar os poderes do Presidente da República com a Constituição, pois embora o presidencialismo tenha matriz ideológica na monarquia, o sistema evoluiu em direção a República e, por isso, os poderes do Presidente da República sujeitam-se aos valores da sociedade em forma de princípios, o que pode parecer interferência indevida do STF na competência do Presidente da República. Mas não é.

Esse caso retrata bem que a decisão do Ministro Alexandre de Moraes não foi ao encontro da vontade do legislador, mas buscou estabelecer um modelo de interpretação no qual a Constituição é interpretada à luz de princípios constitucionais. Com isso, percebe-se que o STF não ultrapassou os limites interpretativos ao interferir nas funções do chefe do Poder Executivo, ao contrário, reforçou a higidez do Estado Democrático de Direito por

conter o desvio de finalidade e abuso de poder no ato discricionário do Presidente da República.

O problema da interpretação constitucional se encontra na ausência de sensatez das decisões do Tribunal com o texto da Constituição. Isso significa que não é a abertura dos significados dos princípios constitucionais que conduz ao Ativismo judicial, mas, é a falta de coerência da decisão judicial com o texto constitucional.

Nesse contexto, a decisão do Ministro Alexandre de Moraes que suspendeu a nomeação do Delegado Alexandre Ramagem no cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal não se confunde com Ativismo judicial, ao contrário, representa a defesa do Estado Democrático de Direito por compatibilizar o ato discricionário com a Constituição democrática.

Aliás, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Mandado de Segurança número 37.097 do Distrito Federal, “a Constituição da República de 1988 ao constitucionalizar os princípios básicos da Administração pública permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, consagrando a possibilidade de revisão judicial”.

É claro que o Tribunal não pode adentrar ao mérito do ato administrativo da conveniência e oportunidade das nomeações realizadas pelo Presidente da República, pois se assim fosse haveria também ausência de limites e intervenções oportunistas poderiam ocasionar crises políticas constantes, evadas de parcialidade.

Por fim, tem-se que a validade das decisões judiciais necessita de fundamentação na Constituição. Dessa forma os limites do STF, já respondendo a um dos problemas da presente pesquisa, devem estar fundamentadas na Constituição e nos diversos mecanismos, inclusive políticos, que estabelecem os limites de atuação entre os três poderes.

5. 4 Jurisprudência histórica do STF acerca de nomeações pelo chefe do executivo

Vamos analisar à luz do que foi exposto até aqui alguns julgados históricos do Supremo acerca de nomeações políticas. A primeira é do ano de 1982 do século passado.

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. DJACI FALCAO

Julgamento: 03/03/1982

Publicação: 10/12/1982

Ementa

RECLAMAÇÃO. SEU CABIMENTO, EIS QUE O ATO IMPUGNADO SE VINCULA, EM ÚLTIMA ANÁLISE, A DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.003-DF. NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO O PEDIDO DE **NOMEAÇÃO** FEITO PELO RECLAMANTE DEVERIA TER SIDO ENCAMINHADO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DEPOIS DE REGULARMENTE PROCESSADO NO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. A COMPETÊNCIA PARA NOMEAR OS JUIZES DA JUSTIÇA DO TRABALHO E DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (ART-81, INC-VIII, DA C. FEDERAL, C/C O ART-654, PAR-3. DA C.L.T.). OUTROSSIM, NÃO SE COGITA DE DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO (PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART-81 E ART-85, IV DA C.FEDERAL). PROCEDÊNCIA, EM PARTE, DA RECLAMAÇÃO, A FIM DE QUE O PEDIDO DE **NOMEAÇÃO** DO ORA RECLAMANTE SEJA SUBMETIDO PELO SR. MINISTRO DA JUSTIÇA AO SR. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. (BRASIL, 1982)

Trata-se de nomeação de Juiz do Trabalho quando a nomeação deveria ser submetida ao Presidente da República. Deve-se ressaltar que essa decisão é anterior a carta de 1988, ainda na vigência do período da ditadura militar, quando o regime controlava com “mão de ferro” nomeações estratégicas.

A segunda é mais recente, do ano de 2004, foi protelada há cerca de 16 anos:

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 11/03/2004

Publicação: 23/04/2004

Ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL. DERROGAÇÃO. CONSEQÜÊNCIA: PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA AÇÃO. AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. **NOMEAÇÃO** DE DIRIGENTES. OCUPAÇÃO DE CARGOS A TÍTULO INTERINO. SIMETRIA AOS PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Constituição Estadual. Superveniência de Emenda Constitucional que suprimiu a referência a "empresas públicas". Derrogação da disciplina. Conseqüência: prejudicialidade parcial da ação. 2. **Nomeação** de dirigentes de autarquias e fundações públicas pelo Governador do Estado, após aprovação das indicações pela Assembléia Legislativa. Observância ao modelo federal, que prevê a participação legislativa na **nomeação** de dirigentes de autarquias ou fundações públicas (CF, artigo 51, III, f). Vício de inconstitucionalidade. Inexistência. Precedentes. 3. Exercício de cargo de direção nas autarquias e fundações públicas estaduais, a título interino, por prazo superior a sessenta dias. Hipótese em que é exigida a aprovação pela Assembléia Legislativa. Vedação. Ofensa ao princípio da livre iniciativa do Chefe do Executivo para proceder às **nomeações**. Alegação improcedente. A exemplo do que sucede no plano federal, o estabelecimento de prazo suficiente e razoável para que o Governador escolha os seus auxiliares não vulnera preceitos da Constituição Federal. Ação julgada prejudicada, em parte. Na parte remanescente, julgada improcedente. (BRASIL, 2004)

No caso em tela o tribunal avocou “Ofensa ao princípio da livre iniciativa do Chefe do Executivo para proceder às **nomeações**”, o que se alinha com o disposto no art. 76 da Constituição, combinado com o inciso I do art. 84: ao Presidente é conferida com

exclusividade a direção superior da Administração federal auxiliado por seus Ministros, inciso I.

Essas atribuições, seja na condição de Chefe de Estado ou Chefe de Governo, são exclusivas do Presidente da República, e do chefe do Executivo Estadual, e estão voltadas para atender a conveniência e oportunidade em razão da governabilidade.

A terceira decisão é de 2005

Órgão julgador: Primeira Turma
Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE
Julgamento: 15/02/2005
Publicação: 11/03/2005

Ementa

EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: debate acerca da existência de direito líquido e certo à **nomeação** em cargo de confiança, insuscetível de reexame no extraordinário: incidência das Súmulas 279 e 280; inexistência de negativa de prestação jurisdicional ou violação dos princípios constitucionais apontados no RE

Indexação

- DESCABIMENTO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, REEXAME, FATO, PROVA, ANÁLISE, DIREITO LÍQUIDO E CERTO, **NOMEAÇÃO**, CARGO DE CONFIANÇA, POLÍCIA CIVIL ESTADUAL. INOCORRÊNCIA, NEGATIVA, PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, DECISÃO, CONTRARIEDADE, INTERESSE, PARTE. (BRASIL, 2005).

Essa decisão é interessante, pois adentra na discussão do mandado de segurança ao se referir a “direito líquido e certo” para nomeação em cargo político, o que ensejaria uma longa discussão doutrinária e jurisprudencial. Mas podemos contextualizar que não havendo óbices como condenação à época da nomeação, anterior a Lei da Ficha Limpa, não haveria outro motivo para a não nomeação, a não ser fatores políticos.

As decisões que na próxima sequência são do ano em curso, 2020, e permite-nos fazer relações com o que foi apresentado até aqui:

Rcl 36482

Órgão julgador: Primeira Turma
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES
Julgamento: 05/08/2020
Publicação: 08/09/2020

Ementa

Ementa: CONSTITUCIONAL. SUPOSTA PRÁTICA DE NEPOTISMO. **NOMEAÇÃO** PARA CARGO POLÍTICO. HIPÓTESE NÃO ALCANÇADA PELA SÚMULA VINCULANTE 13. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO (ART. 84 DA CF/1988). RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Nos representativos que embasaram a aprovação da Súmula Vinculante 13, a discussão centrou-se nas **nomeações** para cargos em comissão e funções de confiança da administração pública (art. 37, V, CF/1988). 2. Em nenhum momento, tanto nos debates quanto nos precedentes que levaram ao enunciado da súmula, discutiu-se a **nomeação** para cargos políticos, até porque a previsão de **nomeação** do primeiro escalão pelo chefe do Executivo está no art. 84 da Constituição Federal. 3. A **nomeação** de parente, cônjuge ou companheira para

cargos de natureza eminentemente política, **como no caso concreto, em que a esposa do Prefeito foi escolhida para exercer cargo de Secretária Municipal, não se subordina ao Enunciado Vinculante 13** (Rcl 30.466, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, Dje de 26/11/2018; Rcl 31.732, Redator p/ o Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 3/2/2020). 4. Reclamação julgada improcedente. (BRASIL, 2020)

No caso em tela, o ministro do Supremo entendeu que para o cargo de Secretario Estadual não se aplica a Súmula 13 da Suprema Corte que trata dos casos de nomeação de parentes em cargos cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança. Dessa forma, deixa claro que nomeações para cargos de indicação política, é privativo do chefe do executivo.

Rcl 33116

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 05/08/2020

Publicação: 08/09/2020

Ementa

Ementa: CONSTITUCIONAL. SUPOSTA PRÁTICA DE NEPOTISMO. **NOMEAÇÃO** PARA CARGO POLÍTICO. HIPÓTESE NÃO ALCANÇADA PELA SÚMULA VINCULANTE 13. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO (ART. 84 DA CF/1988). RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Nos representativos que embasaram a aprovação da Súmula Vinculante 13, a discussão centrou-se nas **nomeações** para cargos em comissão e funções de confiança da administração pública (art. 37, V, CF/1988). 2. Em nenhum momento, tanto nos debates quanto nos precedentes que levaram ao enunciado da súmula, discutiu-se a **nomeação** para cargos políticos, até porque a previsão de **nomeação** do primeiro escalão pelo chefe do Executivo está no art. 84 da Constituição Federal. 3. A **nomeação** de parente, cônjuge ou companheira para cargos de natureza eminentemente política, como no caso concreto, em que a esposa do Prefeito foi escolhida para exercer cargo de Secretária Municipal, não se subordina ao Enunciado Vinculante 13 4. Reclamação julgada improcedente. (BRASIL, 2020)

A Re 33116 acima é um complemento mais detalhado da decisão anterior. Observe que o Juiz deixa claro que a discussão é acerca de nomeação de cargos políticos do primeiro escalão, discutiu-se a nomeação para cargos políticos, até porque a previsão de nomeação do primeiro escalão pelo chefe do Executivo está no art. 84 da Constituição Federal. 3, tal qual ocorre também nas esferas dos Executivos Estaduais. A nomeação de parente, cônjuge ou companheira para cargos de natureza eminentemente política, como no caso concreto, em que a esposa do Prefeito foi escolhida para exercer cargo de Secretária Municipal, não se subordina ao Enunciado Vinculante 13.

ADI 2167

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 03/06/2020

Publicação: 07/12/2020

Ementa

ALTERAÇÃO DOS ARTS. 33, XVIII; 46, § 3º; 62, PARÁGRAFO ÚNICO, E 103 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RORAIMA POR EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL. PREJUÍZO PARCIAL. MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS POSTERIORES À PROPOSITURA DA ADI. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 2º; 25 E 84, I, II, VI E XXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. OCORRÊNCIA PARCIAL. ARGUIÇÃO PRÉVIA PELO PODER LEGISLATIVO DE INDICAÇÕES DO PODER EXECUTIVO PARA CARGOS DE DIRIGENTES DE AUTARQUIAS, FUNDAÇÕES PÚBLICAS, EMPRESAS DE ECONOMIA MISTA, INTERVENTORES MUNICIPAIS E TITULARES DA DEFENSORIA PÚBLICA E DA PROCURADORIA-GERAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À SEPARAÇÃO DE PODERES. 1. A Emenda Constitucional estadual 16/2005, posterior à propositura da presente ADI, adequou o § 3º do art. 46 da Constituição do Estado de Roraima ao art. 75 da Constituição Federal. Verificada perda superveniente parcial do objeto quanto ao respectivo parágrafo. 2. É vedada à legislação estadual submeter à aprovação prévia da Assembleia Legislativa a **nomeação** de dirigentes de Autarquias, Fundações Públicas, Presidentes de Empresas de Economia Mista, Interventores de Municípios, bem como de titulares de Defensoria Pública e da Procuradoria-Geral do Estado; por afronta à separação de poderes. 3. Declaração de inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do inciso XVIII do art. 33 do dispositivo impugnado, retirando-se a expressão "antes da **nomeação**, arguir os Titulares da Defensoria Pública, da Procuradoria Geral do Estado, das Fundações Públicas, das Autarquias, os Presidentes das Empresas de Economia Mista". 4. Declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 62 da lei impugnada, bem como de inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do art. 103, retirando-se a expressão "após arguição pelo Poder Legislativo". 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente prejudicada e, na parte não prejudicada, julgada parcialmente procedente.

Decisão

prejudicada a ação quanto ao § 3º do artigo 46 da Constituição do Estado de Roraima e, quanto à parte não prejudicada, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a parcial nulidade, com redução de texto, do inciso XVIII do artigo 33, retirando-se a expressão "antes da **nomeação**, arguir os Titulares da Defensoria Pública, da Procuradoria Geral do Estado, das Fundações Públicas, das Autarquias, os Presidentes das Empresas de Economia Mista", continuando em vigor a parte em que se mantém a escolha de 2/3 (dois terços) dos membros do Tribunal de Contas do Estado; (...) (BRASIL, 2020).

A decisão do ministro Ricardo Lewandowski atinge o ponto da Constituição Estadual que fere o princípio da separação dos poderes, principalmente quanto a indicação e nomeação política privativa do chefe do executivo.

Não restam dúvidas de que, não havendo empecilhos judiciais, como, por exemplo, uma condenação penal em curso, não se pode criar óbices para as ações políticas do Presidente da República ou mesmo do Governador Estadual, pois, como já dito existe uma relação a ser construída com o legislativo através dessas nomeações. Essa relação não é técnica, é uma relação política com impactos reais na execução das políticas públicas e dos projetos governamentais.

A instabilidade política é um mal a ser evitado, haja vista que em um mundo globalizado, em que o dinheiro não tem nacionalidade, ou seja, migra instantaneamente de um

país a outro, crises constantes geram incertezas, inseguranças e prejuízos à população mais vulnerável.

Dessa forma, o papel do judiciário é abalizar, com os devidos ajustes temporais e contextuais, suas decisões de maneira que atenda a finalidade pública, social e jurídica perfeitas.

Em polarizações entre o legislativo e o executivo, como demonstrando em algumas decisões acima, a letra da lei pode ser árida, mas a interpretação do juiz deve alcançar uma finalidade prática que tangencia ou mesmo se alinha, em determinadas circunstâncias, ao fato político.

Isso porque a governabilidade é o foco das nomeações, e não o nomeado ou a nomeação em si. Retrocedendo um pouco mais nossa discussão, existe uma relação de interesses em nomeações do alto escalão governamental e essa relação é típica do nosso modelo de presidencialismo de coalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer que o princípio da separação de poderes define o próprio caráter do sistema político republicano e presidencialista. Mas estabelece que exista uma quebra dessa convivência tripartite.

Deve-se considerar que o conceito proporcionou uma salvaguarda essencial contra tirania. A doutrina da separação de poderes existe não para promover a eficiência, mas para impedir o exercício do poder arbitrário em oposição ao modelo monarquista, por exemplo.

Enquanto a Constituição difunde o poder para melhor garantir a liberdade, ela também contempla que a prática irá integrar os poderes dispersos em um governo viável. Assim, a presente pesquisa parte da constatação que o sistema presidencialista de governo foi inspirado na monarquia e conferiu a Presidente da República excessivos poderes em razão da governabilidade, bem como que desenvolvimento do Direito e da história levou o Presidencialismo em direção à República fazendo com os atos de nomeação em cargos de Ministro de Estado e outros cargos de alto escalão fossem vinculados à satisfação do interesse público, não à vontade pessoa do Presidente da República.

Na seara do Direito constitucional e administrativo a doutrina é unânime quanto à vinculação do poder discricionário do Presidente da República para nomeação em cargos políticos da Presidência a princípios como razoabilidade, proporcionalidade e moralidade administrativa, logo, qualquer ato de nomeação em cargo políticos da Presidência da República com desvio de finalidade como, por exemplo, a nomeação de correligionário partidário que responde processo criminal na Justiça comum ao cargo de Ministro de Estado com a finalidade de deslocar a competência do juízo ao STF justifica a intervenção do Tribunal.

Esse papel do Tribunal é importante na democracia por impedir a ausência de limites do Presidente da República no exercício do poder discricionário, bem como por

compatibilizar os atos administrativos com a Constituição promovendo, também, a higidez do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional ao conter os abusos no exercício do poder discricionário.

As reflexões quanto ao sistema político brasileiro, especialmente diante das precondições estabelecidas pelo Presidencialismo de coalizão revelou que há possibilidade do desvio de finalidade nas nomeações em cargos políticos da Presidência da República por envolver interesses que vão além do interesse público em troca de apoio político no Poder Legislativo.

Esse cenário, certamente, revela a importância do controle judicial nos atos discricionários do Presidente da República, na defesa do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional ao impor limites no exercício do Poder discricionário do Chefe do Executivo quanto à nomeação em cargos políticos de sua indicação privativa.

Essa realidade nos lembra Friedrich Müller (2013, p.10-15) discorrendo sobre o pós-positivismo jurídico ao anotar que, “o texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo chamado concretização”. Disso é possível notar que, o pós-positivismo reflete a interpretação da Constituição não apenas na forma, mas, também, na substância. Daí que a aplicação de princípios na concretização da Constituição pode levar o STF a interferir na competência privativa do Presidente da República, inclusive anulando nomeações e a posse em cargos políticos da Presidência da República.

Porém, Lenio Luiz Streck (2015, p.102-110) advertiu que a subjetividade e abertura de significados dos princípios devem encontrar limites na Constituição. A partir dessa observação, fica claro que aplicação de princípios na concretização da Constituição inspira cuidados dada a abertura de significados.

Nesse contexto, não há consenso quanto a legitimidade da interferência do Supremo nos poderes exclusivos do Presidente da República quanto à anulação e suspensão de nomeações e posse em cargos políticos da Presidência da República. Essa questão é delicada por envolver a independência dos Poderes estabelecida na Constituição do Brasil.

Ora, mas sendo os poderes do Presidente da República para nomeação e posse em cargos políticos da Presidência consagrados na Constituição e tratando-se de uma competência exclusiva do Presidente, foram postos três problemas de pesquisa: 1) “Pratica o chamado Ativismo Judicial o STF quando interfere em nomeações privativas do Presidente da República?”; 2) Quais os limites de atuação do STF sobre indicações políticas privativas do

Presidente da República?"; 3) Existe um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, mais notadamente entre o judiciário e os demais poderes republicanos?

Para o primeiro problema a resposta é não, o Tribunal tem legitimidade para compatibilizar o poder discricionário do Presidente da República com a Constituição, embora parte da comunidade acadêmica sustente o Ativismo judicial do STF.

A resposta ao segundo problema deve considerar que o Estado legislativo de Direito como vimos evoluiu para o Estado constitucional de Direito. Logo a legitimidade dos poderes do Presidente da República não é considerado apenas no aspecto formal, mas, devem possuir substância constitucional, ou seja, deve ser formalmente e materialmente constitucional.

Dessas considerações é possível concluir que no Estado legalista os poderes do Presidente são exercidos pelo simples fato de constar na Constituição. Enquanto que no Estado Democrático de Direito e no Estado constitucional, a Constituição pode ser interpretada por princípios constitucionais. Daí a lógica de um Presidente democraticamente eleito ser impedido pelo STF de nomear e dar posse em cargos políticos da Presidência da República quando o ato for afrontoso aos princípios constitucionais.

Convém destacar que os limites de atuação do Supremo não podem superar a barreira da Constituição, podendo, no entanto, mudar conforme a formação daquela corte em determinado momento histórico, haja vista que sua composição, de 11 ministros, é de indicação do Presidente da República.

Quanto ao terceiro problema de pesquisa, se "Existe um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, mais notadamente entre o Judiciário e os demais poderes republicanos", a esse respeito, o desvio de finalidade e o abuso de poder respondem, em alguma medida, o porquê de o STF anula algumas nomeações e posses em cargos de Ministro de Estado e outras nomeações em cargos de alto escalão da Presidência Republica. Na verdade, o desenvolvimento do Direito e da história permitiu a aplicação de uma hermenêutica empenhada na concretização da Constituição pela aplicação de princípios constitucionais que, alinhados à concepção de equidade e justiça romperam com a aplicação do Direito a partir da lógica formal do positivismo jurídico para permitir que a Constituição fosse concretizada por princípios constitucionais.

Em outras palavras, o pós-positivismo jurídico permitiu a concretização da Constituição na sua dimensão substancial pela aplicação de princípios constitucionais o que, em alguma medida, pode levar o STF interferir na competência privativa do Presidente da República, sem, contudo, representar Ativismo judicial, muito menos um desequilíbrio de forças entre os três poderes republicanos.

De certo modo, é possível perceber que o STF acompanhou a evolução do Direito passando a interpretar a Constituição por valores sociais em forma de princípios constitucionais.

Essa nova dinâmica de aplicação do Direito permitiu que a leitura da Constituição fosse convergida para satisfação dos anseios sociais com ênfase nos valores de justiça e moral. Isso faz ver que mesmo o constituinte originário tendo conferido ao Presidente da República no artigo 84 da Constituição de 1988 poderes para nomeação em cargos de Ministro de Estado, essas nomeações só seriam legítimas quando em consonância com valores sociais refletidos em princípios constitucionais.

Daí que, o ato de nomeação e posse em cargos políticos da Presidência quando presente, por exemplo, o desvio de finalidade refletindo na moral administrativa do artigo 37, *caput* da Constituição do Brasil pode levar o Supremo a declarar sua nulidade.

Com isso, o objetivo geral dessa pesquisa, qual seja, determinar se as decisões do STF acerca de nomeações políticas e privativas do Presidente da República extrapolam o âmbito jurídico, podemos afirmar que as decisões da STF, em sua maioria, possuem um lastro jurídico evidente. No entanto, deve-se considerar que a atividade interpretativa do STF se aproxima da integridade do direito sugerida por Dworkin. Para o autor, valores sociais devem ser considerados como pressuposto de validade do Direito (DWORKIN, 2014, p.271). Melhor explicando, a validade do direito estaria nos valores da sociedade.

Em verdade, na atual conjuntura da aplicação do Direito os valores sociais são relevantes na preservação do Estado Democrático de Direito no seu valor substancial. Isso pode ser percebido, por exemplo, na decisão liminar do Ministro Alexandre de Moraes no Mandado de Segurança 37.097 do Distrito Federal. A decisão suspendeu a nomeação e posse do Delegado da Polícia Federal, Alexandre Ramagem ao cargo de Diretor Geral da Polícia Federal.

Na decisão o Ministro entendeu que o objetivo da nomeação seria a interferência nas funções de polícia judiciária da Polícia Federal o que, de certa maneira, não teria adequação com o Estado constitucional pela ausência de limites e falta de correspondência com valores sociais a nomeação do Delegado, mesmo tratando-se de competência privativa do Presidente da República assegurada na Constituição.

Ao final, ainda na esteira do MS 37097, citando Jacques Chevallier, o Ministro fez constar que “o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito”.

Essa decisão se comunica com o pensamento de Luigi Ferrajoli quando o autor refletiu na obra Estado de Direito: uma introdução histórica, organizada por Pietro Costa e Danilo

Zolo, que a evolução do Direito na última metade do século XX promoveu uma mudança de paradigma na qual a lei foi subordinada a uma Constituição e a um Tribunal constitucional (FERRAJOLI, 2007, p.256).

Convém ressaltar que uma Constituição na estrutura do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional não se trata apenas de documento político fruto da vontade do legislador, pois o legislador atua em razão da transferência de poder que lhe foi outorgado pelo povo. Sendo assim, a Constituição possui força normativa e pode ser concretizada não apenas pela norma escrita, mas, também por valor substancial expresso em princípios constitucionais. Daí que a atividade interpretativa do Tribunal constitucional na democracia tem o condão de compatibilizar a competência exclusiva do Presidente da República para nomeação em cargos políticos com princípios constitucionais.

De certo modo, a interpretação da Constituição pela lógica formal do positivismo jurídico se encontra atrelada à ideia de Estado de Direito pelo que se pode chamar de império da lei, isto é, de um *Rule of law* que expressava a onipotência do legislador como limites do poder do Estado.

Assim, fica claro que a interpretação da Constituição pela aplicação de princípios constitucionais ou por valores substanciais, pode gerar conflito entre Poderes, pois resta a impressão que o Tribunal constitucional, em alguma medida, interfere na competência privativa do Presidente da República como no caso das anulações e suspensões de nomeação e posse em cargos políticos da Presidência da República.

Isso nos remete ao tema desse estudo para compreender que mesmo as nomeações, e posse em cargos políticos da Presidência da República, são de competência privativa do Presidente da República, estão submetidas ao controle judicial pela aplicação de princípios constitucionais.

A questão da intervenção do STF na competência privativa do Presidente da República não é tão fácil como se pensa, porque a interpretação da Constituição pela forma literal dos comandos normativos nela contida tem gerado debate na comunidade acadêmica e jurídica a ponto de se refletir, como um Presidente democraticamente eleito com sua competência privativa para nomeações em cargos políticos da Presidência da República, estabelecida na Constituição pode ser impedido pelo Tribunal para nomear Ministros de Estado e outros agentes públicos de alto escalão.

O poder discricionário do Presidente da República, nesse sentido, mesmo comportando escolhas livres pelo juízo de oportunidade e conveniência para nomear seus auxiliares na realização de políticas públicas, deve ser voltado para concretizar a confiança

que o povo (eleitor) depositou no Presidente da República considerando o sistema eleitoral democrático assegurado na Constituição.

Dessa forma, sendo o povo detentor do poder soberano, as nomeações em cargos políticos da Presidência da República devem ser vinculadas aos princípios valorados pelo povo e devem ser voltados para satisfação do interesse público, não se justificando, portanto, qualquer desvio de finalidade e abuso de poder no exercício da competência privativa do Presidente da República para nomeações em cargos políticos.

Certo é que, o presidencialismo como foi demonstrado no capítulo primeiro, teve como fonte de inspiração a monarquia e concedeu excessivos poderes ao chefe do Poder Executivo, mas, no regime republicano como é caso Brasil, tais poderes são antagônicos com a monarquia, logo, as nomeações em cargos políticos da Presidência da República não estão voltadas para atender as convicções pessoais do chefe do Poder Executivo ou desvio de finalidade em razão das condições preestabelecidas pelo Presidencialismo de coalizão. Tudo se concentra na soberania popular e na supremacia do interesse público.

Novamente, convém lembrar que a discussão envolvendo a atuação do STF no sentido de o Tribunal interferir nas funções do chefe do Poder Executivo, deve ser vista com ponderação, pois democracia quando vista num sentido substancial não significa somente o direito de participação do cidadão na condução do Estado por meio de eleição, plebiscito ou referendo, mas, pela atuação de um Tribunal constitucional empenhado na concretização da Constituição a partir aplicação de valores e princípio presentes na sociedade.

Assim, é concluso que o ato de nomeações, pelo chefe do Executivo Federal, em cargos políticos da Presidência da República com desvio de finalidade ou abuso de poder, a validade do ato administrativo não reside na interpretação do artigo 84 da Constituição de 1988 somente no aspecto formal, mas tem como pressuposto de validade a sua compatibilidade com princípios constitucionais sendo passível de anulação a partir de intervenção judicial.

Finalmente, não se pode negar que a Constituição do Brasil de 1988, atenta aos alicerces de um Estado federalista, e em razão da governabilidade, concedeu ao Presidente da República poderes exclusivos nos artigos 76 e 84 da Constituição para, a partir de um juízo de oportunidade e conveniência, o chefe do Poder Executivo governar por aspirações democráticas, não por convicções pessoais.

Daí a importância da Jurisdição constitucional no controle judicial, pois, se assim não fosse, teríamos na prática uma monarquia despótica disfarçada em República pela ausência de limites do Presidente da República no uso do poder discricionário para nomeação e posse em cargos políticos da Presidência da República.

Avaliando bem o contexto dos fatos elencados no estudo de caso, fica claro que o STF não está interessado apenas em promover os valores tradicionais do Estado Democrático de Direito e do Estado constitucional, como justiça ou racionalidade, ou valores políticos abstratos, como responsabilidade ou transparência. Nota-se, também, que há o empenho do Tribunal em promover uma democracia verdadeiramente substancial que traz a soberania popular como limite do arbítrio do poder discricionário.

Por fim, conclui-se que diante do desvio de finalidade, do abuso de poder e do ato administrativo afrontoso a moral administrativa não seria razoável atribuir ao STF a qualidade de um Tribunal que pratica Ativismo judicial nas anulações de cargos políticos da Presidência da República quando tais atos não se compatibilizam com satisfação do interesse público.

Assim, a hipótese mais plausível que responde aos questionamentos iniciais do problema de pesquisa é a H(1), ou seja, o termo ativismo é usado tanto na retórica política quanto na pesquisa acadêmica. No uso acadêmico, ativismo geralmente significa apenas a disposição de um juiz de derrubar um ato administrativo de um agente político de outro poder, ou anular um precedente judicial, sem julgamento implícito sobre se a decisão do ativista é correta ou não. Dessa forma, a partir dos estudos feitos, é possível afirmar as ingerências feitas pelo STF nas nomeações políticas privativas do Presidente da República, não possuem possui valência política consistente, atuando os juízes dentre de seus pressupostos legais legitimados por decisões que são corroboradas histórica e socialmente.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão. Raízes e evolução do modelo político brasileiro*/ Sérgio Abranches -1º ed. – São Paulo. Companhia da Letras, 2018.

ABBUD Georges; GARBELLINI CARNIO Henrique; TOMAZ DE OLIVEIRA Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia o Direito*. 2º. Ed. Revisada e atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcellos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AMORIN NETO, Octávio. *Presidencialismo e Governabilidade nas Américas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

ANDER-EGG,Ezequiel. *Introducción a las técnicas de investigaciónsocial:paratrabajadoresociales*. 7. Ed. Buenos Aires: Humanitas, 1978.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio.*Curso de Administrativo*. 26º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de Abril de 1950. *Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento*.

BRASIL. Lei nº 12016, de 07 de agosto de 2009. *Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências*.

BRASIL. Lei nº 13047, de 02 de dezembro de 2014. *Altera as Leis nºs 9.266, de 15 de março de 1996, que reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências, e 9.264, de 7 de fevereiro de 1996*.

BONAVIDES, PAULO, *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CALAZANS, Paulo Murillo. *Marbury VS. Madison: um breve exame histórico, político e jurídico*. Âmbito Jurídico, 01.nov.2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/marbury-vs-madison-um-breve-exame-historico-politico-e-juridico/>>. Acesso em: 20. julho.2020.

CARLOS SOUTO. João. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais decisões* / João Carlos Souto. – 3º ed. São Paulo: Atlas. 2019.

COELHO, Mártires *Inocêncio. Interpretação Constitucional* / Inocêncio Mártires Coelho. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTO E SILVA. Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. Malheiros Editora. 2015.

CONTINENTINO CASSEB, Marcelo. *História do judicial review : o mito de Marbury*. Revista de informação legislativa, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/520000>

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Ingeborg maus e o judiciário como superego da sociedade*

CÔRTEZ, Osmar Paixão. *A objetivação do processo e o Ativismo judicial no contexto do pós-positivismo*. Revista de Processo. REPRO VOL. 251 (JANEIRO 2016). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos

COSTA, Pietro. *O Estado de direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DA CRUZ, Paulo Márcio. *O Parlamentarismo como sistema de governo no município brasileiro*. Dissertação. UFSC, Florianópolis, 1995. Disponível: < https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106408/99985.pdf?sequence=1&isAll_owed=y>. Acesso em: 06. out.2020

Clássicos do Direito. Editora Líder. NATIONAL ARCHIVES. *The Constitution of the United States: a Transcription*. Disponível em: < <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>>. Acesso em: 01.out.2020.

DIMOULIS, Dimitri. *O Caso dos Denunciante Invejosos: Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. – 8º ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. – 24º ed.- São Paulo: Atlas, 201

DWORKIN, Ronald *O Império do Direito* / Ronald Dworkin. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. – 3º ed. - São Paulo: Martins Fontes. 2014.

FERREIRA DE VARES, Sidnei. *A Dominação na República Velha: uma análise sobre os fundamentos políticos do sistema oligárquico e os impactos da Revolução de 1930*. História: Debates e Tendências, vol. 11, num. 1, enero-junio, 2011, pp.121-139. Disponível em: < <https://www.redalyc.org/pdf/5524/552456398009.pdf>>. Acesso em: 01.out.2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantía: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

FIGUEREDO, Argelina Cheibub. *Coalizões governamentais na democracia brasileira*. Primeiros Estudos. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2012. Tradução. Gabriela Rodrigues da Guia Rosa & Leandro de Pádua Rodrigues. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/primeirosestudios/issue/view/4362/72>

FIGUEREDO, Argelina Cheibub. *Coalizões governamentais na democracia brasileira*. Primeiros Estudos. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2012. Tradução. Gabriela Rodrigues da Guia Rosa & Leandro de Pádua Rodrigues. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/primeirosestudios/issue/view/4362/72>.

GODOY, Miguel Gualano de. CHUEIRI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Coleção Grandes Julgamentos da História. Juruá Editora, 1ª ed.2017.

HÜBNER MENDES, Conrado. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf

PINHEIRO PINTO. Hélio. *JURISTOCRACIA O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte. Editora Fórum.2018.

KELSEN. Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KONRAD. Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Editor. Sergio Antônio Fabris. 1991.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JOY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins oliveira: São Paulo: Editora Líder. 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JOY, John. *O Federalista*. Rio de Janeiro. 1840. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17661>. Acesso em: 02 setembro de 2020.

MARIN, Jeferson Dytz. Hermenêutica constitucional e realização dos direitos fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido. Sequência (Florianópolis), Florianópolis , n. 65, p. 103-123, Dec. 2012 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200006&lng=en&nrm=iso>. access on 12 dez. 2020.

MARTINS, Marcondes Ricardo. *Teoria dos Princípios e Função Jurisdicional*. Revista de Investigações Constitucionais. 23.04.2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rinc/v5n2/2359-5639-rinc-05-02-0135.pdf>>. Acesso em: 06.out.2020.

MIRANDA, Jorge; BENAVIDES, Paulo; AGRA, Walber de Moura. *Comentário à Constituição Federal de 1988*. Editora, Forense, 2009.

MORAES. Alexandre. *Direito Constitucional*. – 32º ed. – São Paulo: Editora Atlas. 2019.

MÜLLER. Friedrich. *O novo paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturante* / Friedrich Müller – 3º ed. rev. e atual.eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Sociologia do Direito: desafios contemporâneos/ José Alcides de Oliveira Junior, Leonardo da Rocha de Souza – Porto Alegre: Livraria do Advogado: Editora, 2016.*

OXCON. Oxford *Constitutional Law. Presidential Systems*. Disponível em: <<https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e430>>. Acesso em: 01.out.2020.

PEREIRA, Rômulo Dorneles. *O Legado Antidemocrático dos Federalistas Estadunidenses no Desenho Institucional Brasileiro: uma análise dos manuais de direito constitucional*.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Natal, RN, 2018. Disponível em: <
https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26446/1/LegadoAntidemocr%C3%A1ticoFederalistas_Pereira_2017.pdf>. Acesso em: 01.out.2020.

PEREIRA, Celina. Medindo A Governabilidade no Brasil: O presidencialismo de coalização nos governos FHC, Lula e Dilma. Dissertação, UnB, Brasília, 30.março.2017. Disponível em: <
https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23942/1/2017_CelinaPereira.pdf>. Acesso em: 08.out.2020.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos* / Elival da Silva Ramos. – 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 205-229.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 2.564*, rel. min. Ellen Gracie, j. 8-10-2003, P, *DJ* de 6-2-2004.

_____. Tese definida no **RE 594.296**, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 21-9-2011, *DJE* 30 de 13-2-2012, Tema 138.]

_____. *AO 1.483*, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 20-5-2014, *DJE* 106 de 3-6-2014.

_____. RE 608.848 AgR, rel. min. Teori Zavascki, j. 17-12-2013, 2ª T, *DJE* de 11-2-2014.

_____. *ARE 753.331-AgR/RJ*, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeiro Turma. 17-09-2013.

_____. *HC 72851 SP*. DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-02 PP-00219 RSJADV jan. 2009, p. 30-35.

_____. *Recurso Extraordinário 591.054 Santa Catarina*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário: 17/12/2014.

_____. *Reclamação 29508, Distrito Federal*. STF - DJe nº 69/2018 Divulgação: terça-feira, 10 de abril de 2018.

_____. *Mandado de Segurança 34.070*. Distrito Federal. Relatora: MIN. Alexandre de Moraes; RECLTE.(S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA.

_____. *Mandado de Segurança 34.609*. Distrito Federal. Relatora: MIN. Alexandre de Moraes; RECLTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE – DIRETÓRIO NACIONAL.

_____. *Mandado de Segurança 37.097*. Distrito Federal. Relatora: MIN. CELSO DE MELLO; RECLTE.(S) : SINDICATO DOS SERV.PUBLICOS CIVIS DA ADM.DIR AUT.FUND. E TCDF.

. *Medida Cautelar na Aruguição de Descumprimetno de Preceito Fundamental 347*. Distrito Federal. Relatora – ADPF 347 MC/DF :MIN. MARCO AURÉLIO; RECLTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *MS 13.083/DF -2007/0217.736-7*, 3.^a Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13.05.2009, *DJe* 04.06.2009.

SCHIER. Paulo Ricardo. *Presidencialismo de coalizão. Democracia e governabilidade*. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. v. 20, n 20, p. 253 – 299, jul./dez. 2016. Disponível em:<https://unibrasil.academia.edu/RevistaDireitosFundamentaisDemocracia>

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* – 5^o ed. rev.e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015.....