

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Samuel Pereira de Farias

**Qual Justiça? Uma breve reflexão sobre a atuação do STF na conjuntura política recente (2015-2017)**

OURO PRETO  
2019

SAMUEL PEREIRA DE FARIAS

**Qual Justiça? Uma breve reflexão sobre a atuação do STF na conjuntura política recente (2015-2017)**

Monografia Jurídica apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, na disciplina "Monografia Jurídica (DIR 685)", ministrada pela Prof<sup>a</sup>. Dra. Iara Antunes de Souza, no Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes

Área de Concentração: Direito Constitucional.

OURO PRETO

2019



## FOLHA DE APROVAÇÃO

**SAMUEL PEREIRA DE FARIAS**

**Qual Justiça? Uma breve reflexão sobre a atuação do STF na conjuntura política recente (2015-2017)**

Bruno Camilloto Arantes - Doutro - UFOP  
Giulle Adriana Vieira da Mata - Doutora - UFOP  
André de Abreu Costa - Doutor - UFOP

Versão final  
Aprovado em 19 de dezembro de 2019.

De acordo

Professor (a) Orientador (a)



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Camilloto Arantes, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 19/12/2019, às 17:34, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0029849** e o código CRC **C8062340**.

Para meus pais.

## Agradecimentos

"É difícil para um homem falar longamente sobre si mesmo sem vaidade; portanto, serei breve". A frase de David Hume ilustra a dificuldade de falar sobre si próprio e refletir, ainda que brevemente, sobre o que foram esses 5 anos e minimizar os efeitos do exercício de vaidade. Neste caminhar, os desafios foram muitos! O primeiro: deixar o lar, abandonar o conforto do cotidiano familiar e aprender a lidar com a saudade. O segundo: encarar o desconhecido, adaptar-se a um novo mundo! O terceiro, mergulhar nesse oceano chamado Direito e, tarefa das mais árduas: enquanto se nada à procura dessa banalidade que chamamos de "conhecimento", lutar para não se afogar nas águas do "juridiquês". Acho que sobrevivi!

Nesta travessia, não estive sozinho. Sou grato a muitas pessoas e, pelos infortúnios da memória e pelas poucas linhas que tenho, receio que cometerei o pecado de omitir alguém. Ainda assim, é preciso demonstrar a gratidão que sinto. Começo por agradecer aos meus pais, Ana e Antonio, que além do apoio incondicional em cada momento da minha existência, me ensinaram o significado do Amor. À minha tia Socorro por sempre ter sido minha "segunda mãe". Aos meus tios, José e Maria, e meus primos, Cal, Cleide e Dinho - este último sem o qual tudo seria mais difícil - por terem se tornado minha outra família.

Ao NAJOP, pelo essencial aprendizado profissional.

Ao GEFID e ao GECIP, por me ensinarem que o Direito não se esgota no Direito!

A todos os professores e professoras com quem tive o prazer de aprender. Especialmente, aos seguintes professores: Bruno Camilloto, orientador paciente (muito!), que me ofereceu a possibilidade de desenvolver dois projetos de iniciação científica - com ampla liberdade intelectual, além de ser um importante interlocutor nas reflexões ao longo do curso; André Costa, pelos valiosos ensinamentos em Direito Penal (e além dele!), bem como da interlocução sempre próxima e horizontal; Mário Nogueira (DEFIL), pelo incentivo ao estudo da Filosofia e à oportunidade de novos horizontes de estudo.

Por fim, aos meus camaradas: o tricolor Marcus, o cruzeirense não praticante Ian, e ao Josimar - futebolisticamente agnóstico - pela amizade e boas risadas ao longo dos últimos cinco anos.

*"Faça como um velho marinheiro  
Que durante o nevoeiro  
Leva o barco devagar."*

*(Paulinho da Viola - Argumento).*

## RESUMO

Este trabalho monográfico aborda a crescente influência do Supremo Tribunal Federal na vida política nacional. O recorte é feito com a delimitação de tal atuação no cenário político a partir de dois casos que abarcaram figuras públicas envolvidas no cenário político nacional, a saber: (i) caso Lula (Mandado de Segurança Coletivo nº 34.070/DF – Relatoria do Ministro Gilmar Mendes); ii) caso Moreira Franco (Mandado de Segurança Coletivo nº 34.609/DF – Relatoria do Ministro Celso de Mello). Os casos, que possuem forte semelhança entre si - ambos tinham como objeto a contestação judicial de nomeações políticas de competência privativa do Presidente da República -, entretanto, tiveram decisões distintas e monocráticas, com a nomeação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva sendo suspensa, enquanto a nomeação de Wellington Moreira Franco foi confirmada. Daí, surge o problema que motivou a pesquisa: diante de tais decisões, como preservar o papel de um Tribunal que deve zelar pela unidade de sua jurisprudência, formulando decisões adequadas e semelhantes para casos que guardem identidade entre si, em face da realidade constatada? E, ainda, assumindo que é praticamente inevitável que Supremas Cortes realizem, em maior ou menor grau, um papel político, como assegurar que este mesmo papel institucional não produza um Tribunal que decide de acordo com a conjuntura política e as partes envolvidas, em detrimento da Constituição? Levanta-se as seguintes hipóteses iniciais: (1) o STF exerceu papel central na política nacional, alterando os rumos da crise política que o Brasil atravessava; e (2) os ideais de coerência, razão pública e uniformidade jurisprudencial – que acredita-se serem adequados a uma Suprema Corte – não foram concretizados, com possível prejuízo à autoridade do Tribunal. O trabalho se estrutura da seguinte forma: inicia-se com um conciso panorama do Supremo Tribunal Federal no marco da Constituição Federal de 1988; após, será feita a exposição de ambas as decisões analisadas, MS 34.070/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes) e MS 34.609/DF (Rel. Min. Celso de Mello), bem como alguns apontamentos críticos aos votos dos relatores; a seguir, será feita uma breve apresentação crítica das formas de interferência dos Ministros do STF no processo político; por fim, é feita uma crítica filosófica à atuação do Supremo nos casos analisados, seguida de uma conclusão analítica do trabalho desenvolvido. Após a conclusão da investigação, concluiu-se pela confirmação parcial das hipóteses levantadas inicialmente: (1) quanto à hipótese de interferência do STF nos rumos da crise política, esta foi confirmada; (2) quanto a segunda hipótese, do não atendimento dos ideais de coerência, razão pública e uniformidade jurisprudencial, esta foi parcialmente confirmada, na medida em que percebeu-se que, apesar de ambos os casos não terem sido apreciados pelo plenário da Corte, uma das decisões monocráticas atendeu-se a padrões razoáveis de justificação requeridos por uma argumentação jurídica institucional.

**PALAVRAS CHAVE:** STF; Conjuntura Política; Autoridade; Coerência.

## ABSTRACT

This monographic work addresses the growing influence of the Federal Supreme Court on national political life. The cut is made with the delimitation of such action in the political scenario from two cases that encompassed public figures involved in the national political scenario, namely: (i) case Lula (Collective Warrant No. 34.070 / DF - Rapporteur of Minister Gilmar Mendes); ii) Moreira Franco case (Collective Warrant No. 34,609 / DF - Rapporteur of Minister Celso de Mello). The cases, which bear a strong resemblance to each other - both had as their object the judicial challenge of political appointments of private competence of the President of the Republic -, however, had distinct and monocratic decisions, with the appointment of former President LuísInácio Lula da Silva being suspended, while Wellington Moreira Franco's appointment was confirmed. Hence, the problem that motivated the research arises: in the face of such decisions, how to preserve the role of a Court that must ensure the unity of its jurisprudence, formulating appropriate and similar decisions for cases that maintain identity with each other, given the reality found? And further, assuming that it is almost inevitable that the Supreme Courts will play, to a greater or lesser extent, a political role, such as ensuring that this same institutional role does not produce a court that decides according to the political conjuncture and the parties involved, to the detriment of of the constitution? The following initial hypotheses arise: (1) the Supreme Court played a central role in national politics, changing the course of the political crisis that Brazil was going through; and (2) the ideals of consistency, public reason and jurisprudential uniformity - believed to be appropriate for a Supreme Court - have not been realized, with possible prejudice to the authority of the Court. The work is structured as follows: it begins with a concise panorama of the Supreme Court within the framework of the Federal Constitution of 1988; Afterwards, both decisions will be presented, MS 34.070 / DF (Min. Gilmar Mendes) and MS 34.609 / DF (Min. Celso de Mello), as well as some critical remarks to the votes of the rapporteurs; In the following, a brief critical presentation will be given of the forms of interference of the STF Ministers in the political process; Finally, a philosophical critique is made of the Supreme acting in the cases analyzed, followed by an analytical conclusion of the work developed. After the conclusion of the investigation, it was concluded by partial confirmation of the hypotheses initially raised: (1) regarding the hypothesis of interference of the Supreme Court in the direction of the political crisis, it was confirmed; (2) as to the second hypothesis, of non-compliance with the ideals of coherence, public reason and jurisprudential uniformity, this was partially confirmed, as it was realized that, although both cases were not considered by the plenary of the Court, one of the monocratic decisions adheres to the reasonable standards of justification required by an institutional legal argument.

**KYWORDS:** STF; Political conjuncture; Authority; Coherence.



## LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão  
ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade  
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
AI - Agravo de Instrumento  
AP - Ação Penal  
CF/88 - Constituição Federal de 1988  
CPC - Código de Processo Civil  
EC - Emenda Constitucional  
HC - Habeas Corpus  
MDB - Movimento Democrático Brasileiro  
MI - Mandado de Injunção  
MP - Medida Provisória  
MPF - Ministério Público Federal  
MS - Mandado de Segurança  
Min. - Ministro  
Min. Rel. - Ministro Relator  
OAB Ordem dos Advogados do Brasil  
PCdoB - Partido Comunista do Brasil  
PEC - Proposta de Emenda à Constituição  
PGR - Procurador-Geral da República/ Procuradoria-Geral da República  
PPS - Partido Popular Socialista  
PT - Partido dos Trabalhadores  
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira  
Rcl - Reclamação  
RE - Recurso Extraordinário  
ROC - Recurso Ordinário Constitucional  
REDE - Rede Sustentabilidade  
RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal  
STF - Supremo Tribunal Federal  
TRF1 - Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
TRF2 - Tribunal Regional Federal da Segunda Região

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	11
2. O Supremo Tribunal Federal na Constituição da República de 1988 .....	26
3. Casos semelhantes devem ter as mesmas respostas? Os casos Lula e Moreira Franco .....	34
3.1 O caso Lula – MS 34.070.....	34
3.2 O caso Moreira Franco - MS 34.609 .....	41
3.3 Alguns apontamentos críticos .....	46
4. STF: um poder moderador ou "tensionador"? .....	57
4.1 Da “Supremocracia” à “Ministrocracia”: elementos para crítica.....	59
4.2 Um pouco de filosofia política para o STF.....	65
4.3 ...e mais um pouco de Filosofia do Direito.....	69
4.3.1 A importância conceitual da noção de <i>regra</i> .....	70
4.3.2 A importância conceitual da noção de <i>autoridade</i> .....	75
4.3.3 Inferências normativas a partir de conceitos descritivos: o direito como ordem normativa institucional .....	79
5. Conclusão.....	90
Referências bibliográficas.....	92

## 1. Introdução

O fio condutor que motiva o presente trabalho é a crescente influência do Supremo Tribunal Federal na vida política nacional. Nesta análise alguns fatores, devem se levados em consideração, como, por exemplo, (a) a publicidade de suas sessões, transmitidas em tempo real pela TV Justiça<sup>1</sup>; (b) a postura de seus Ministros no plenário da Corte e fora dela, por meio de declarações públicas, por vezes, polêmicas; (c) decisões que tiveram impacto na vida pública, seja por esbarrarem em questões relativas a direitos fundamentais (como é o caso das decisões que permitiram o aborto de fetos portadores de anencefalia, a união civil de pessoas do mesmo sexo e as idas e vindas em torno da execução provisória da pena privativa de liberdade), seja por tratarem de casos em que figuram como partes pessoas com foro por prerrogativa de função – principalmente parlamentares.

O tema-problema partirá de dois casos que abarcaram figuras públicas envolvidas no cenário político nacional: o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e o então secretário-executivo do Programa de Parceria de Investimentos Wellington Moreira Franco, que tiveram suas nomeações para, respectivamente, o cargo de Ministro da Casa Civil (feita pela então Presidente Dilma Rousseff) e ao cargo de Ministro da Secretária-Geral da Presidência (feita pelo Presidente Michel Temer) – cargos estes que lhe confeririam o foro por prerrogativa de função (um ativo tido como valioso já que o ex-presidente era investigado na Operação Lava- Jato e Franco havia sido citado diversas vezes por delatores no âmbito da referida operação policial). Acredita-se que as decisões proferidas pelo Supremo nos dois casos possam ter desempenhado um papel relevante nos rumos da crise política e institucional pela qual passava o país, com o impeachment da Presidente Dilma Rousseff e o conturbado governo de seu sucessor, que tinha em Franco um importante articulador político (ameaçado por investigações e colaborações premiadas no âmbito da “Operação Lava-Jato”).

---

<sup>1</sup> Para uma análise sobre a influência da transmissão das sessões do Tribunal na TV Justiça, consultar HARTMANN, Ivar et al. “A influência da TV Justiça no processo decisório do STF”; Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 4, n. 3, pp. 38–56, 2017.

Os casos, que possuem forte semelhança entre si, contudo, tiveram decisões distintas e monocráticas – isto é, não foram apreciadas pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal, tampouco, pelo plenário da Corte. No primeiro caso, a nomeação do líder petista Lula foi invalidada, enquanto a nomeação do político emedebista foi confirmada. Daí, surge o problema que dá ensejo à monografia: diante da realidade constatada, como preservar o papel de uma Corte que deve zelar pela unidade de sua jurisprudência, formulando decisões adequadas e semelhantes para casos que guardem identidade entre si em face da realidade constatada? E, ainda, assumindo que é praticamente inevitável que Supremas Cortes venham a realizar, em maior ou menor medida, um papel político<sup>2</sup> (no sentido de tomarem decisões sobre questões constitucionais sensíveis), como assegurar que este mesmo papel institucional não produza um Tribunal que decide de acordo com os humores políticos de ocasião (ou as partes envolvidas no processo), em detrimento da Constituição?

Justifica-se esta pesquisa monográfica em vista do fato de que tal postura do Supremo Tribunal Federal possa estar contribuindo para gerar um mal-estar da Corte perante a esfera pública, sobretudo no tocante ao seu papel constitucional; além de, com problemas como decisões monocráticas conflitantes entre si, ausência de colegialidade, entre outros fatores proporcionando uma corrosão da autoridade do Tribunal – algo grave visto que a *confiança* de que decisões bem fundamentadas e coerentes constituem alguns dos principais ativos do Judiciário e, principalmente, de uma Corte Constitucional. Em síntese, os aspectos que serão abordados na breve reflexão a que se propõe este trabalho são os seguintes:(1) Incerteza jurisdicional, expectativas institucionais e erosão da autoridade do STF; e (2) Papel do STF no desenho institucional brasileiro - e, indiretamente, tocar-se-á em temas como (i) monocratismo e sua legitimidade, incoerência e déficit de fundamentação na atuação do Supremo Tribunal Federal; e (ii) Instabilidade em face da rápida mutação jurisprudencial;

Espera-se, nos limites que uma monografia impõe, seja possível explorar esses temas partindo-se dos casos citados e promovendo uma reflexão sobre os

---

<sup>2</sup> O termo "político", aqui, é empregado no sentido expresso por Sérgio Abranches sobre o controle constitucional, que é, na prática, "um processo de interpretação, realizado por uma comunidade de magistrados que compartilham poder político e buscam conjuntamente definir o que a Constituição permite ou requer em circunstâncias determinadas. Portanto, não deixa, também, de ser uma atividade política, ou jurídico-política" (ABRANCHES, p.367, 2018).

aspectos referidos. , - sem, contudo, recair em uma falácia atomística, isto é, extrair de dados individuais (decisões isoladas) premissas generalizantes.

\*

Nos últimos anos, vem crescendo no Brasil a tendência por parte da Academia, bem como da nos espaços de discussão e informação da esfera pública, de direcionar uma maior atenção ao Supremo Tribunal Federal, em vista de sua crescente atuação na vida pública e política do país, proporcionando, assim, dois grandes efeitos: (a) um interesse em estruturar posturas críticas em relação à postura do STF (e de seus Ministros), contrário a qualquer deferência à autoridade, que impossibilite a censura de posturas contrárias ao papel constitucional da Corte; e (b) um crescente interesse em manter bancos de dados empíricos sobre a Corte que auxiliem na compreensão de sua atividade no desenho institucional brasileiro. Diante disso, percebe-se uma inovação em relação às posturas de caráter eminentemente formalista e normativista (que confere uma demasiada relevância ao aspecto dogmático e normativo do Direito), privilegiando em detrimento destas o fortalecimento de uma postura, grosso modo, crítica e empírica - como o Projeto "Supremo em Pauta" junto à FGV, que possui um programa de acompanhamento sistemático das decisões do STF.<sup>3</sup>

Ao observar o cenário da recente produção bibliográfica sobre o tema, percebe-se que esta é, sem dúvidas, vasta. Destacam-se em relação ao citado efeito na postura recente da Academia frente ao STF, trabalhos como os seguintes: (1) trabalhos que analisam e problematizam o papel do STF na política, como o "O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo" e "O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político", respectivamente, de autoria de Fabiana Luci de Oliveira e Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro; (2) trabalhos que ressaltam a predominância do individualismo da Corte, em detrimento da colegialidade, e sua contribuição para a instabilidade jurídica e política, como "Ministrocracia: O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro" (Arguelhes e Molhano Ribeiro) e "Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo" (Ivar

---

<sup>3</sup>Para maiores informações, conferir o site do Projeto "Supremo em Pauta": <https://direitosp.fgv.br/supremoempauta>.

Hartmann e Livia Ferreira); (3) trabalhos que visam colocar em discussão a legitimidade democrática de um Corte Constitucional e seu papel cada vez mais nas democracias constitucionais, como “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação” (Conrado Hubner Mendes, autor que possui vasto trabalho sobre a temática das Cortes Constitucionais, atuando, inclusive, no debate público através de textos em veículos de comunicação) e “Judicialização da Política, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática” (Luís Roberto Barroso, ministro do STF e defensor de uma postura comumente classificada como “ativista”), que trazem contribuições da Filosofia Política, Jurídica e da Ciência Política para tais estudos; e (4) trabalhos de teor empírico como os relatórios realizados pela Fundação Getúlio Vargas, o “Supremo em Números” e o “Supremo em Pauta”, que desempenham importante papel no entendimento do processo decisório do STF e de seu impacto, fornecendo base argumentativa para posturas críticas frente à Corte.

Portanto, no breve panorama do estado da arte da pesquisa, percebe-se que há trabalhos que visam discutir o STF no desenho institucional brasileiro, o impacto de suas decisões na política, os problemas do ativismo e do individualismo na Corte e a própria legitimidade de uma Corte Constitucional, ofertando, assim, um importante cenário teórico e prático para a investigação que se pretende desenvolver.

\*

Com a Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar um importante papel no desenho institucional brasileiro. Como Corte Constitucional, preservou seu papel no controle de constitucionalidade das leis e demais atos jurídicos - inclusive Emendas Constitucionais, o que o torna uma das Cortes Constitucionais mais poderosas do mundo, com poderes para invalidar atos do Parlamento no exercício do poder constituinte derivado - vendo seu leque de possibilidades de atuação aumentar, em aspectos decisórios como: (i) uma larga competência em matéria penal, em vista dos inúmeros cargos com foro por prerrogativa de função (tais como Ministros de Estado, Parlamentares etc), fato que ganhou notoriedade após a Ação Penal 470, o chamado “Mensalão”; e (ii) a possibilidade de decidir sobre uma grande variedade de temas, como saúde,

políticas públicas, marcos regulatórios, direitos fundamentais – questões constitucionais que são diversas em vista da abrangência de temas tratados na CR/88 -, o que por vezes é designado como judicialização da política.

Sobre o aumento da atuação do STF em matéria criminal, Luiz Weber e Felipe Recondo<sup>4</sup> apontam que:

(...) a realidade dos processos criminais contra parlamentares mudou. De 1988 a 2001, seis ações penais tramitaram no Supremo. DE 1996 a 2001, nenhum processo dessa natureza foi aberto. Depois da emenda constitucional e até 2018, 661 ações penais foram instauradas no STF. O tribunal, provocado pela Procuradoria Geral da República, passava a exercer verdadeiramente sua competência criminal, e isso provocaria atritos entre os dois poderes<sup>5</sup>.

A emenda constitucional a que se referem os autores é a Emenda nº 35 de 20 de dezembro de 2001, que conferiu nova redação ao artigo 53 da Constituição Federal. A alteração no texto constitucional tornou desnecessária a autorização da respectiva Câmara dos Deputados ou do Senado para o prosseguimento da investigação - como era antes de 2001 -, passando apenas a permitir que a respectiva Casa legislativa a que pertence o parlamentar a possibilidade de sustar o andamento da ação. Apesar dessa possibilidade legislativa de intervir na marcha processual, tal intervenção possuiria um custo político junto à opinião pública, fato que ajuda explicar a reticência do Congresso em proceder com a sustação da denúncia e, em consequência disso, a multiplicidade de ações penais no contexto pós Emenda 35.

Como referido anteriormente, a Ação Penal 470 (“Mensalão”) costuma ser apontada como o divisor de águas no avanço da Corte em matéria criminal, na medida em que expôs o STF como jamais houvera ocorrido antes, na medida em que figuras políticas de alto relevo passaram a ser processadas e julgadas no Tribunal. Somado a isso, há o fato de as sessões plenárias serem transmitidas em tempo real após o advento da TV Justiça, criada pela Lei nº 10.461/2002 durante a presidência do Ministro Marco Aurélio Mello. Dessa forma, o público brasileiro acompanhou pela televisão e pelos jornais todo o trâmite do processo, que reunia cerca de quarenta réus, desde o recebimento da denúncia (ocorrido em 2007, cujo inquérito iniciara em 2005) até o julgamento dos embargos infringentes de alguns

---

<sup>4</sup>WEBER, Luiz; RECONDO, Felipe; Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises; 1ª ed.; São Paulo: Companhia das Letras; 2019.

<sup>5</sup> (WEBER, RECONDO, p.242,2019)

réus em 2014, passando pelas absolvições e condenações em 2012 e o julgamento dos em embargos declaratórios em 2013. Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira<sup>6</sup> apontam que:

Analisando as páginas eletrônicas de notícias, assim como o jornal impresso Folha de S. Paulo, constatamos que, do período de 2004-2007 para 2008-2011, o número total de notícias sobre o tribunal quase dobrou, aumentando em 89%. E se considerarmos apenas o ano de 2012, o volume de notícias é ainda maior, sendo 1.603 na página eletrônica da Folha e 3.338 em O Globo, volume que se deve em grande parte ao julgamento da Ação Penal 470<sup>7</sup>.

Sete anos que, juntamente com a atuação da Corte em temas sensíveis como aborto, união civil homoafetiva e pesquisas com células tronco, mudaram o status da Corte: de um ilustre desconhecido para um supremo protagonista<sup>8</sup>, na expressão utilizada por Falcão e Oliveira<sup>9</sup>. Como concluem Weber e Recondo:

O julgamento do mensalão não se resumiu a colocar pela primeira vez na cadeia políticos influentes. Foi a largada para um Supremo conflagrado, confirmou-o como um tribunal atento e reativo à opinião pública, catapultou a imagem de ministros, tornou-os personas públicas e instigou até mesmo as ambições políticas. (...) Quando começou o STF era um. Terminou com outro bem diferente<sup>10</sup>.

O protagonismo da Corte, com a crescente atuação em temas sensíveis da vida pública e investigações e julgamentos de figuras políticas de relevo, foi cunhada em 2008, por Oscar Vilhena Vieira, o termo “Supremocracia<sup>11</sup>” – conceito empregado para apontar o avanço institucional do STF sobre o Legislativo e o Executivo. Dez anos depois, Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes<sup>12</sup> formularam um novo conceito para definir a atuação jurisdicional do Supremo:

---

<sup>6</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. - O STF e a agenda pública nacional - de outro desconhecido a supremo protagonista? Lua Nova, São Paulo, n. 88: 429-469, 2013.

<sup>7</sup> (FALCÃO, OLIVEIRA; pp.429-430; 2013).

<sup>8</sup> Embora o Supremo tenha desempenhado funções importantes ao longo da história republicana, como durante o regime militar ou na Primeira República, a Corte não ocupava lugar de destaque nos debates da esfera pública e, tampouco, da jogo político mais imediato.

<sup>9</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?; Lua Nova nº 88; pp. 429-469; São Paulo: 2013.

<sup>10</sup> (WEBER, RECONDO; p. 205; 2019).

<sup>11</sup>VIEIRA, Oscar Vilhena; Supremocracia; Revista Direito GV, São Paulo; v. 4, nº2, pp.441-64, jul-dez. 2008.

<sup>12</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; "Ministrocracia": O Supremo Tribunal Federal individual e o processo democrático brasileiro.; Novos Estudos Cebrap; São Paulo, v. 37, n.1, pp. 13-32, 2018.



“Ministrocracia”. A reformulação conceitual explica-se pelo crescente esvaziamento de qualquer forma de deliberação no processo decisório da Corte – ainda que informal -, em face do imenso número de decisões monocráticas, que correspondem a quase 90% do total de decisões proferidas pelo STF<sup>13</sup>. Fazem parte desse imenso oceano de decisões liminares, aquelas que serão aqui discutidas. Estas, por sua vez, figuram ao lado de outras decisões monocráticas em sede de medida cautelar, tais como (a) medida cautelar concedida pelo Ministro Marco Aurélio que, embora posteriormente suspensa, permitia aos condenados criminalmente em segunda instância recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória – desconsiderando a existência de pendência do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 sobre o tema (da qual ele próprio, Marco Aurélio, é relator), bem como os precedentes firmados pelo plenário da Corte sobre a possibilidade de execução provisória da pena; (b) medida cautelar concedida<sup>14</sup> pelo Ministro Luiz Fux determinando a anulação da votação na Câmara dos Deputados acerca do projeto legislativo conhecido como “Dez Medidas contra a corrupção”, por entender que a proposta havia sido desfigurada – assim, um único Ministro passou por cima da deliberação de 513 parlamentares e impediu o curso do devido processo legislativo; (c) a suspensão<sup>15</sup> da nomeação de Cristiane Brasil, feita pelo presidente Michel Temer, para ocupar o Ministério de Trabalho – em caso semelhante àqueles aqui discutidos -, por decisão da Ministra Carmen Lúcia (após uma decisão de 1º grau da Justiça Federal, que suspendia a nomeação, e uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que revogava a primeira decisão).

Os exemplos citados de decisões monocráticas, que ensejaram intenso rebuliço na comunidade jurídica e na opinião pública, fazem com se chegue ao seguinte estado da arte da atuação jurisdicional, conforme colocado por Weber e Recondo:

O quadro no Supremo Tribunal Federal Brasileiro é este: onze ministros com poderes de conceder liminares sobre temas sensíveis, atuando isoladamente, debruçados sobre um texto constitucional verborrágico, de olho nas timelines e adeptos da “Living Constitution” [corrente que, em síntese, descreve a Constituição como normas em constante evolução e

---

<sup>13</sup> FARIA, José Eduardo; *Corrupção, Justiça e Moralidade Pública*; p. 12; São Paulo: Perspectiva, 2019.

<sup>14</sup> Mandado de Segurança (MS) 34.530, impetrado pelo deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP).

<sup>15</sup> Reclamação (Rcl) 29.508 (Min. Rel. Carmen Lúcia).

que se adaptam às circunstâncias sociais, sem necessidade de emendas que alterem a literalidade de seu texto]. Tudo é possível<sup>16</sup>.

É nesse cenário que o trabalho monográfico será desenvolvido, com seus objetivos especificados a seguir.

\*

Com o propósito de uma maior clareza metodológica, opta-se por dividir os objetivos da pesquisa em (a) gerais e (b) específicos. Tem-se por (a) objetivos gerais: i) compreender o papel do Supremo Tribunal Federal no recente cenário político nacional e seus respectivos mecanismos de ação; ii) compreender os conceitos de “coerência” (relacionada à uniformidade jurisprudencial que um Tribunal colegiado, sobretudo uma Corte Constitucional, deve prezar na medida em que oferece a casos semelhantes uma mesma resposta jurídica) e “razão pública”, relacionando sua importância para uma Suprema no contexto de um desenho institucional liberal-democrático; Tem-se por (b) objetivos específicos: i) compreender, jurídica e politicamente, o caso Lula (Mandado de Segurança nº 34.070/DF – Relatoria do Ministro Gilmar Mendes); ii) compreender, jurídica e politicamente o caso Moreira Franco (Mandado de Segurança nº 34.609/DF – Relatoria do Ministro Celso de Mello); iii) averiguar se as decisões dos casos em tela são adequadas ao papel esperado de uma Suprema Corte, lançando mão da análise dos votos das respectivas decisões e seu impacto no cenário político em que se encontrava o país.

Tem-se por hipótese, cuja veracidade ou falsidade será atestada ao fim deste trabalho de conclusão de curso, a seguinte: (1) o STF exerceu papel central na política nacional, alterando os rumos da governabilidade no cenário de crise político-institucional pela qual o Brasil passava - tendo como pressuposto conceitual o fato de os ideais de coerência, razão pública e uniformidade jurisprudencial não foram concretizados, bem como é possível perceber em ambos os casos analisados o problema da ausência de deliberação da Corte, explícita pelas decisões monocráticas e ausência de colegialidade sobre questões políticas e constitucionais sensíveis.

---

<sup>16</sup> (WEBER, RECONDO; p. 81, 2019).

Apesar deste trabalho não ter pretensões de realizar uma análise da conjuntura política brasileira recente, não é possível esquivar-se de, ao menos, um breve panorama dos fatos mais relevantes da crise política enfrentada pelo Brasil entre os anos de 2014 e 2017 (entre a conturbada eleição presidencial da qual saiu vencedora Dilma Rousseff, o impeachment que cassou seu mandato e a instabilidade política vivida por seu sucessor, Michel Temer, em 2017). Dessa forma, nas linhas que seguem faz-se um conciso panorama da conjuntura política na qual se viu envolvido, também, o Supremo Tribunal Federal.

\*

Em 26 de outubro de 2014, a chapa formada por Dilma Rousseff (PT) e Michel Temer foi reeleita para ocupar os cargos de, respectivamente, Presidente e Vice-presidente da República por estreita margem de votos<sup>17</sup> em relação à chapa adversária no pleito eleitoral, formada pelos senadores Aécio Neves(PSDB-MG) e Aloysio Nunes (PSDB-SP). A eleição gerou um clima de intensa animosidade e polarização no país, clima este que não cessou após o pleito. Menos de dois meses após o 2º turno e a reeleição da então Presidente, em 18 de dezembro de 2014 o partido do candidato derrotado Aécio Neves, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), requereu junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a cassação da chapa Dilma-Temer por abuso de poder na eleição e, em decorrência disso, que Aécio Neves fosse declarado o presidente eleito em 2014. O processo não logrou êxito imediato naquela oportunidade – com a chapa eleita tomando posse em 01 de janeiro de 2015 -, mas continuou a tramitar no Tribunal e, tempos depois, se tornaria fator de instabilidade política para o Planalto.

Cerca de um mês após a posse, o governo conhece sua primeira derrota: apesar de intensa articulação política, não consegue ver seu candidato, o deputado Arlindo Chinaglia (PT-SP), conquistar a Presidência da Câmara dos Deputados, sendo ele derrotado pelo parlamentar carioca Eduardo Cunha (PMDB-RJ). Cunha,

---

<sup>17</sup>A chapa Rousseff-Temer obteve 54.501.118 votos (51,64% dos votos válidos), enquanto a chapa Neves-Nunes obteve 51.041.155 votos (48,36% dos votos válidos)

que vence a disputa<sup>18</sup> entoando o discurso de “independência do governo” (evidenciando uma rachadura no seio do PMDB em relação ao apoio ao governo petista), tornou-se um adversário do Planalto ao longo dos anos de 2015 e 2016, rompendo, oficialmente, com o governo em julho de 2015. Durante a presidência da Câmara, Cunha<sup>19</sup> foi denunciado pela Procuradoria Geral da República (PGR) em agosto daquele ano, acusado de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Meses depois, em outubro de 2018, é alvo de representação no Conselho de Ética da Câmara, iniciativa dos partidos Rede Sustentabilidade e PSOL, que pediam a cassação do mandato parlamentar de Cunha sob o fundamento de quebra de decoro parlamentar, visto que o deputado teria mentido na Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara em depoimento no qual afirmava não possuir contas no exterior (fato este posteriormente desmentido com a remessa, por parte de autoridades suíças, de dados que comprovavam a existência de uma conta bancária sigilosa mantida pelo deputado). No ano seguinte, Cunha teria seu mandato de presidente da Câmara suspenso por decisão do STF (decisão tomada na ADPF 402, onde se decidiu que réus não poderiam ocupar a linha de sucessão presidencial). Meses depois, teria seu mandato cassado pelo Conselho de Ética da Câmara e, após novas denúncias, teria sua prisão requerida pela PGR. Contudo, enquanto ocupou a presidência da Câmara desempenhou intenso papel no embate entre Executivo e Legislativo.

A crise enfrentada pelo governo, para além dos problemas de articulação política, era agravada por dois fatores: (1) crise econômica, com recessão de 3,5% do PIB em 2015, queda nos índices de confiança e investimentos do setor privado, inflação de 11,5% naquele ano<sup>20</sup>, além da elevação do desemprego de 6,2% em 2014 para 9% ao final de 2015<sup>21</sup>; e (2) divulgação de casos de corrupção na Petrobrás e avanço da operação “Lava-jato”, que em abril levaria à prisão

---

<sup>18</sup> Cunha venceu a eleição na Câmara dos Deputados, em primeiro turno, com 267 votos, derrotando Chinaglia, que recebeu 136 votos. Os outros candidatos, Júlio Delgado (PSB-MG) e Chico Alencar (PSOL-RJ) obtiveram, respectivamente, 100 votos e 8 votos.

<sup>20</sup> BOLLE, Mônica Baumgarten de; Como matar a borboleta-azul: uma crônica da era Dilma; 1ª ed.; p.257; Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

<sup>21</sup> CARVALHO, Laura; Valsa brasileira: do boom ao caos econômico; 1ª ed.; São Paulo: Todavia, 2018.

importantes nomes do partido governista, como o tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, João Vaccari Neto e, em agosto, o ex-ministro da Casa Civil durante o governo Lula, José Dirceu.

Em março de 2015, ocorre a primeira leva, das muitas que viriam, de protestos contra o governo, que levariam às ruas milhões de pessoas. Naquele momento, começou a germinar a possibilidade do impeachment, que ganharia reforço com o adiamento, por parte do Tribunal de Contas da União, da aprovação das contas do governo por conta das chamadas “pedaladas fiscais<sup>22</sup>”. A popularidade da Presidente entra em queda, atingindo, já em agosto de 2015, a marca de 71% de reprovação, segundo o IBOPE<sup>23</sup>.

Em outubro de 2015, o TSE retoma a ação de cassação da chapa Dilma-Temer. No mesmo mês, uma segunda derrota: o TCU emite parecer em que recomendava a reprovação, por parte do Congresso, das contas do governo Dilma em 2014 por irregularidades fiscais, as referidas “pedaladas fiscais”. O mês termina com uma terceira derrota do Planalto: em 21 de outubro é entregue ao Presidente da Câmara um pedido de impeachment assinado pelos juristas Hélio Bicudo, Janaína Paschoal e Miguel Reale Júnior.

No mês seguinte, ocorre um fato significativo não apenas para a base governista, mas também para a relação entre os três Poderes da República: a prisão preventiva do líder do governo no Senado, Delcídio do Amaral (PT-MS) – o primeiro senador preso, no exercício do mandato parlamentar, na vigência da Constituição Federal de 1988 –, após a PGR ter detectado indícios de que o senador sul-matogrossense estaria tentando obstruir a justiça ao pleitear vantagens indevidas nas investigações que corriam junto ao STF. Para tentar driblar a imunidade parlamentar acerca da vedação da prisão de congressistas no exercício do mandato (excetuando-se os casos de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, conforme preceitua o artigo 53, §2º da Constituição Federal), a controversa estratégia decisória adotada pelo Ministro Teori Zavascki, à época relator da

---

<sup>22</sup> Por pedalada fiscal entende-se o “apelido dado a um tipo de manobra contábil feita pelo Poder Executivo para cumprir as metas fiscais, fazendo parecer que haveria equilíbrio entre gastos e despesas nas contas públicas”. Fonte: Agência Senado. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pedalada-fiscal>>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

<sup>23</sup> Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/governo-dilma-tem-aprovacao-de-9-e-reprovacao-de-70-diz-ibope.html>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

“operação Lava-Jato” no STF, foi imputar a Amaral a participação em organização criminosa – logo, uma conduta que ensejaria a prática de um crime permanente, extensível no tempo e, segundo esse raciocínio, passível de decretação da prisão em flagrante.

Em 02 de dezembro de 2015, após a bancada governista na Câmara ter votado pela continuidade da representação que visava a cassação do mandato parlamentar do Presidente da Casa, Eduardo Cunha, este autoriza, no mesmo dia, a abertura do processo de impeachment da Presidente da República – baseado no pedido de Bicudo, Paschoal e Reale, anteriormente apresentado. Na semana seguinte, Cunha determina a formação de uma comissão especial para análise do processo de impeachment. Insatisfeita com o fato de a comissão ser formada majoritariamente por parlamentares de oposição, bem como a eleição que deu ensejo a sua formação ter sido secreta, a base governista recorre<sup>24</sup> ao Supremo, que suspende (em decisão do Ministro Edson Fachin) os trabalhos da comissão especial até que a Corte decidisse a controvérsia, bem como afirmasse o rito a ser seguido durante o processo, já que a lei que regulava o impeachment (Lei 1.079/1950) era anterior à Constituição Federal, o que gerava dúvidas sobre sua adequação ao ordenamento jurídico em vigor.

Após rechaçar a possibilidade de a eleição para formação da comissão especial para análise do processo de impeachment ocorrer de forma secreta, determinando que esta se dê mediante eleição aberta, o plenário do Supremo determinou o rito a ser seguido durante o processo: (i) caberia à Câmara dos Deputados o juízo de autorizar a abertura do processo de impeachment e posterior seguimento do feito ao Senado; (ii) ao Senado caberia o juízo final de instalação ou não do procedimento, em votação por maioria simples, e, com isso, concretizar o afastamento do chefe do Executivo – com isso, foi reafirmado o rito seguido quando do impeachment do ex-presidente Fernando Collor, em 1992.

O ano de 2016 inicia com o governo sob pressão, após o Senador Delcídio firmar acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e tecer acusações contra a Presidente da República e o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. A isso, se acresça(i) a prisão do responsável pelo marketing petista, o publicitário João Santana, acusado de ter recebido propina oriunda de esquema de corrupção na

---

<sup>24</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil. Relatoria: Min. Edson Fachin.

Petrobrás; (ii) o aumento da impopularidade da Presidente Dilma Rousseff; (iii) o cenário de recessão técnica no campo da economia; (iv) e o déficit de articulação política junto ao Congresso.

Nesse cenário, o Planalto tenta aquela que foi vista como a última tentativa de salvar o governo petista: a nomeação do ex-presidente Lula para o cargo de Ministro da Casa Civil, oficializada no dia 16 de março de 2016. No mesmo dia, o Juiz federal Sergio Moro, titular da 13ª Vara Criminal de Curitiba, após ter determinado a interrupção da interceptação telefônica no âmbito da investigação contra o ex-presidente Lula, divulga uma conversa deste com a Presidente Dilma Rousseff – algo que causou alvoroço no meio jurídico, tendo em vista que se tratava de uma interceptação captada após a determinação, pelo próprio juiz Moro, da interrupção do procedimento investigativo, além de envolver a Presidente da República (alguém que apenas poderia ser investigada pela Procuradoria Geral da República em razão do foro por prerrogativa de função), o que fez com o que o próprio magistrado fizesse, posteriormente, um pedido de desculpas ao STF. O áudio entre as duas figuras chave do PT causou enorme alvoroço na opinião pública já que o ex-presidente era investigado no âmbito da “Operação Lava-jato”, de modo que sua nomeação soou como uma tentativa de fugir da jurisdição da Vara Criminal de Curitiba<sup>25</sup>. No dia seguinte a nomeação, o Partido Popular Socialista (PPS) impetrou Mandado de Segurança Coletivo no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de suspender a nomeação de Lula para a Casa Civil. O processo foi distribuído ao Ministro Gilmar Mendes, que, por sua vez, deferiu medida cautelar suspendendo a nomeação, com fundamento de que o ato administrativo da Presidência seria desvio de finalidade. A medida liminar, que jamais foi referendada ou rejeitada pelo Plenário da Corte e acabou por perder o objeto, fulminou as esperanças governistas em evitar o impedimento de Dilma Rousseff, que seria afastada temporariamente do cargo em maio de 2016 e, em definitivo, após julgamento no Senado, em agosto do mesmo ano.

---

<sup>25</sup> Durante a escrita deste trabalho foram divulgados pelo jornal *Folha de São Paulo* diálogos que tornavam controversas a tese de que a nomeação de Lula à Casa Civil seria pura e simplesmente uma tentativa de fuga da jurisdição da Vara Criminal de Curitiba, representando, antes, um último esforço de salvar o governo Dilma através da capacidade de articulação e conciliação políticas junto ao Congresso. Para uma leitura dos referidos diálogos, conferir: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/conversas-de-lula-mantidas-sob-sigilo-pela-lava-jato-enfraquecem-tese-de-moro.shtml>>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

Com o impeachment de Dilma, assume o vice-presidente Michel Temer (PMDB), que já inicia seu governo, que à época ainda era interino, com problemas frente à opinião pública, com a divulgação de diálogos<sup>26</sup> entre o principal articulador político do PMDB, o Senador Romero Jucá e o ex-presidente da Transpetro Sergio Machado, em que o cacique emedebista sugere a mudança no governo federal proporcionaria um “pacto para estancar a sangria” no mundo político levada a cabo pela “Operação Lava-jato”, além de sugerir um grande acordo político que envolveria o Supremo Tribunal Federal.

O governo Temer permaneceu sob intensa pressão ao longo de seus dois anos e meio de duração, com quatro momentos críticos que merecem destaque: (1) a nomeação de Moreira Franco para a Secretaria Geral da Presidência (cargo com status de Ministério), que acabou por ser judicializada com a impetração de Mandado de Segurança distribuído ao Ministro Celso de Mello – que manteve as nomeações – sob os mesmos argumentos utilizados quando da nomeação de Lula à Casa Civil; (2) a saída do Ministro Geddel Vieira Lima do governo após ser descoberta em um apartamento, que pertenceria a Geddel, a quantia de 51 milhões de reais escondidos, que seriam fruto de corrupção; (3) o vazamento de diálogos comprometedores entre o Presidente Temer e o empresário Joesley Batista (executivo do grupo JBS), em que Temer parecia concordar com o pleito de Batista de manter boas relações com Eduardo Cunha, à época preso, e evitar que o ex-presidente da Câmara proferisse declarações capazes de comprometer o governo e ele próprio, Temer; e (4) Temer foi alvo, pela primeira vez desde a redemocratização, de duas denúncias ofertadas pela Procuradoria Geral da República por crimes de organização criminosa e obstrução de justiça, que apesar de terem sido barradas pelo Congresso, lhe causaram uma enorme erosão na popularidade e acabaram por frustrar as ambições do governo em promover reformas econômicas (como a Reforma da Previdência) e políticas que prometera.

Em suma e sem pretensão de apresentar uma análise abrangente sobre a conjuntura política brasileira, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal viu-se envolvido na intensa crise política recente não apenas como agente externo – instituição que limitar-se-ia a aplicar as “regras do jogo” – mas, também, como ator envolvido na crise.

---

<sup>26</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1774018-em-dialogos-gravados-juca-fala-em-pacto-para-deter-avanco-da-lava-jato.shtml>>. Acesso em 16 de setembro de 2019.



O breve panorama acima traçado da crise política, que teve como resultado, dentre outros, a polarização dos ânimos políticos, não se encerra com o governo Temer (e, certamente não se iniciou com a eleição de 2014, remontando às manifestações de 2013). Porém, para os fins deste trabalho, os fatos apontados são suficientes para contextualização da reflexão que se segue nas próximas páginas.

\*

O trabalho se estrutura da seguinte forma: inicia-se com um conciso panorama do Supremo Tribunal Federal no marco da Constituição Federal de 1988; após, será feita a exposição de ambas as decisões analisadas, MS 34.070/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes) e MS 34.609/DF (Rel. Min. Celso de Mello), bem como alguns apontamentos críticos aos votos dos relatores; a seguir, será feita uma breve apresentação crítica das formas de interferência dos Ministros do STF no processo político, apontando para incidência desses mecanismos para o recorte proposto; por fim, é feita uma crítica filosófica à atuação do Supremo nos casos analisados, seguida de uma conclusão analítica do trabalho desenvolvido.

Antes de passar ao próximo capítulo, faz-se necessária uma breve explicação acerca das notas de rodapé e das citações diretas. Com o objetivo de evitar maiores problemas na exposição dos argumentos e na compreensão das sentenças linguísticas, opta-se por inserir as referências das citações diretas e indiretas no rodapé da respectiva página. Dessa forma, segue-se o padrão "(AUTOR, página, DATA)", contudo, ao invés da exposição no corpo do texto - logo ao fim da citação -, a referência será transferida para o rodapé. Quanto às notas explicativas, quando necessárias, estas também serão feitas na respectiva página do termo ou argumento elucidado.

## 2. O Supremo Tribunal Federal na Constituição da República de 1988

A história constitucional brasileira no período republicano (1889 aos dias atuais) é marcada por intensa estabilidade, o que é perceptível pelo número<sup>27</sup> de constituições que o país possui ao longo de mais de um século de República. Contudo, independentemente das rupturas institucionais, o Supremo Tribunal Federal, criado com a Constituição da República de 1891<sup>28</sup> - embora, suas origens estejam no Supremo Tribunal de Justiça, corte criada pela Constituição do Império de 1824 - em nenhum momento deixou de existir.

Ao observar a trajetória institucional do Supremo, Oscar Vilhena Vieira<sup>29</sup>, mostra que a ideia de inserir uma Corte para tutelar o sistema político nacional não nasceu na Assembleia Constituinte de 1987-1988, sendo cogitada durante o Império como alternativa aos problemas do Poder Moderador, que seria preterido por um Tribunal nos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Apesar da longevidade institucional, os papéis do STF mudaram radicalmente com a Constituição da República de 1988, alçando-o a um papel, costumeiramente exercido pelos militares ao longo do regime republicano anterior a 1988, de moderador dos conflitos entre os demais Poderes, deslocando-se, assim, para o centro do arranjo político<sup>30</sup>.

Percebe-se, portanto, que com a CF/88, com autonomia plena, reconhecido efetivamente como um dos três poderes independentes, o Judiciário saiu da Assembleia Constituinte como um ator político-jurídico decisivo, sendo alçado, além

---

<sup>27</sup> A depender da postura que se assuma quanto à Emenda nº 01/1969 à Constituição outorgada em 1967, o número de constituições no período republicano variará de seis para sete (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988; ou 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988).

<sup>28</sup> Apesar de o formato do STF, que em muito permanece o mesmo nos atuais, ter sido erigido com a Carta de 1891, a denominação “Supremo Tribunal Federal” surge com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que, por sua vez, instituiu uma Constituição Provisória para o regime republicano recém iniciado. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>; Acesso em 25 de nov. 2019.

<sup>29</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena; A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional; 1ª ed.; São Paulo: p. 161; Companhia das Letras, 2018.

<sup>30</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena; Supremocracia; Revista DIREITO GV, v. 4, nº 2, pp. 441-464, julho/dezembro, 2008.

de guardião da constituição, à função de moderador do pacto político da redemocratização. Contudo, apesar da Corte ter recebido um papel de maior relevância no desenho institucional pós-Constituinte, não há falar em uma completa ruptura com a ordem anterior – a começar pela composição do Tribunal, que permaneceu com os mesmos Ministros nomeados durante o regime ditatorial (1964-1985) -, sendo preferível, antes, falar em acréscimo de poderes, conforme sugerem Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro:

Em contraste com constituições anteriores, o STF não foi tocado na sua composição ou na sua estrutura básica – o número, a forma de indicação e as garantias dos ministros permaneceram os mesmos. (...) Em vez de transformações, ocorreram adições: acrescentou-se uma série de novos poderes e tarefas à estrutura já existente. Pode-se dizer que o STF foi transformado por adição, na medida em que o resultado desses acréscimos e expansões de competências foi um tribunal de natureza marcadamente distinta de suas encarnações constitucionais anteriores<sup>31</sup>.

Com o fim da ditadura civil-militar, a nova Constituição é forjada em um contexto de intensa desconfiança recíproca entre os atores políticos envolvidos no processo constituinte - militares, setores próximos ao governo, sindicalistas, representantes do funcionalismo público, ex-perseguidos políticos, entre outros. A Carta de 1988 foi fruto de “um compromisso do qual nenhuma das partes estava inteiramente convencida”, como pontua Sérgio Abranches<sup>32</sup>, fato esse que moldou o ambicioso e extenso texto constitucional promulgado em outubro de 1988. Ao comentar a nova posição do Supremo Tribunal Federal no desenho institucional brasileiro pós-1988, Oscar Vilhena Vieira aponta uma dupla estratégia de proteção dos constituintes:

De um lado, buscaram entrincheirar na Constituição o máximo de direitos, interesses, competências institucionais, privilégios corporativos e direitos, de forma a dificultar que maiorias futuras pudessem se contrapor a esses interesses. De outro lado, atribuíram amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal para bloquear decisões futuras do sistema representativo que viessem a ameaçar esses mesmos interesses, privilégios ou direitos, ainda que por intermédio de emendas à Constituição; para julgar as principais autoridades; e para resolver conflitos entre os poderes<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988; REVISTA DIREITO GV; SÃO PAULO; V. 12 n. 2, p. 409, mai-ago, 2016.

<sup>32</sup> ABRANCHES, Sérgio; Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro; 1ª ed.; Rio de Janeiro: Companhia das Letras, p.367, 2018.

<sup>33</sup> (VIEIRA, pp. 164-165, 2018).

Com uma Constituição tão analítica, o STF viu-se chamado a emitir decisões sobre um extenso rol de temas de natureza social, política, econômica, administrativa etc - por vezes, indo de encontro às decisões do Congresso Nacional ou da Presidência da República. É certo que tais atribuições de decidir sobre temas antes restritos às deliberações de órgãos representativos e majoritários não são uma particularidade do STF<sup>34</sup>, antes, assemelham-se, grosso modo, às competências jurisdicionais de outras Cortes Supremas<sup>35</sup>. Contudo, segundo Vieira, a distinção do caso brasileiro é de (i) escala e (ii) natureza:

De [i] escala pela quantidade de temas que no Brasil têm status constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização. De [ii] natureza pelo fato de não haver nenhum obstáculo para que o Supremo aprecie atos produzidos pelo sistema representativo, inclusive pelo próprio poder constituinte reformador<sup>36</sup>.

Com a CF/88, essa mudança de escala e natureza, além do imenso repertório de temas a serem decididos pela Corte, o simbolismo e a responsabilidade da função do STF, portanto, tornaram-se mais agudos<sup>37</sup>. Em relação ao crescimento da esfera de atuação do STF, há, como comenta Fabiana Luci de Oliveira<sup>38</sup>, o risco da "politização indevida do tribunal, ou seja, o perigo de juízes interpretarem e aplicarem a Constituição considerando o critério de governabilidade e os interesses partidários, sofrendo ingerência da classe política" - embora a autora ressalte a distinção conceitual entre (a) ativismo judicial e (b) judicialização da política:

A judicialização da política implica o aumento na incidência de decisões judiciais sobre processos e conflitos políticos, assim como o crescimento do uso dos tribunais como lócus de mobilização da sociedade civil organizada em torno de demandas e interesses sociais e econômicos. Já o termo ativismo judicial carrega conteúdos muito distintos em seu uso. Na lógica da

---

<sup>34</sup> Apesar de Supremas Cortes deterem atribuições para interferirem em decisões dos demais poderes, Vieira aponta que "talvez as supremas cortes indiana e colombiana sejam as únicas que partilhem o status supremocrático assumido pelo STF no Brasil a partir de 1988" (VIEIRA, p. 166, 2018).

<sup>35</sup> Yascha Mounk aponta em sua obra "O povo contra a democracia", referenciada ao final deste trabalho, o crescimento de mecanismo de controle de constitucionalidade/revisão judicial nas democracias constitucionais contemporâneas e mesmo em nações tidas como autocracias. O Autor aponta que "38% dos países garantiram o poder de controle de constitucionalidade para um tribunal constitucional em 1951; em 2011, a proporção era de 83% (MOUNK, p. 95, 2019)".

<sup>36</sup> (VIEIRA, p. 166, 2018).

<sup>37</sup> MENDES, Conrado Hubner; Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, São Paulo: Saraiva, 2011, p.11.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo; CADERNOS ADENAUER (SÃO PAULO), v. 1, p. 125-148, 2017.

separação de poderes, pode significar (1) invasão ou usurpação de competências dos demais poderes, numa chave mais crítica à atuação do Judiciário, implicando extrapolação de suas funções, ou (2) ocupação de vácuo de poder, numa chave mais positiva, significando que ele atua apenas para suprir uma omissão dos demais poderes<sup>39</sup>.

Assim, tem-se a judicialização da política como algo que decorre, direta ou indiretamente, da amplitude temática do texto constitucional, em que o Judiciário passa a decidir sobre questões de repercussão política ou social, não raras vezes sobrepondo-se ou até mesmo substituindo as instâncias representativas, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo; enquanto o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance – distinção essa defendida, entre outros, por Luís Roberto Barroso<sup>40</sup>.

Seja por consequência da judicialização da política ou por atitudes "ativistas", fato é que o Supremo passou a ser um Tribunal alvo de atenção da esfera pública. A esse processo de deslocamento do STF para o centro do desenho institucional brasileiro, chamado por Oscar Vilhena Vieira de "compromisso maximizador<sup>41</sup>" e por outros estudiosos de "constitucionalização do direito<sup>42</sup>" soma-se outro aspecto relevante para compreender o papel do Supremo na CF/88 e a expansão de sua autoridade: a acumulação de três funções jurisdicionais distintas no mesmo Tribunal, quais sejam, (1) função de Corte Constitucional; (2) função de julgar de foro especializado; e (3) função de tribunal recursal.

Quanto à (1) função de Corte Constitucional, o STF é competente para julgar através de ações diretas de constitucionalidade<sup>43</sup> as leis e atos normativos

---

<sup>39</sup> (OLIVEIRA, p. 131, 2017)

<sup>40</sup> BARROSO; Luís Roberto; Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática; disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>; pp;3-6; Acesso em 11 de nov. de 2019

<sup>41</sup> (VIEIRA, p. 446, 2008).

<sup>42</sup> SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>43</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

provenientes da esfera federal ou estadual. A função de Corte Constitucional, para além da já referida extensão temática da CF/88, vê-se reforçada com a capacidade de apreciar a constitucionalidade de emendas à Carta de 88 promulgadas pelo Congresso Nacional quando estas forem de encontro às chamadas cláusulas pétreas presentes no artigo 60, §4º da CF/88, quais sejam, (I) a forma federativa de Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes; (IV) os direitos e garantias individuais. Juntamente com a atribuição de julgar os atos agressivos à Constituição, o Supremo tornou-se competente para julgar as omissões institucionais do Legislativo e do Executivo, por via do Mandado de Injunção, com a justificação de assegurar a implementação de direitos fundamentais que necessitassem para tal de regularização normativa por parte do Congresso. Sobre o exercício do controle de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso assinala que:

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso ordinário (CF, art. 102, II) e, sobretudo, extraordinário (CF, art. 102, III), este último idealizado justamente para que o STF controle a aplicação da Constituição pelas instâncias inferiores, e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. (...) Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional n. 45/2004, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da repercussão geral da questão constitucional discutida, como novo requisito de admissibilidade do recurso<sup>44</sup>.

Em face dos mecanismos jurídicos que possibilitam função de Tribunal Constitucional, dentre os quais ainda existe a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (cabível em da necessidade de reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; ou, ainda, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à CF/88), o Supremo viu-se legitimado, como menciona Vieira, a emitir a última palavra sobre temas constitucionais no sistema político brasileiro, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser contestado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de seus julgados<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto; Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo; 4ª ed.; p.331; São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>45</sup> (VILHENA, p. 167, 2018).

No que concerne à (2) função de foro especializado, esta se dá de dois modos: (2.1) na competência para julgar, criminalmente, autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função (o chamado "foro privilegiado"), tais como Presidente e Vice-presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal, Deputados Federais e Senadores, bem como os próprios Ministros do Supremo. Tal competência, pouco efetivada até que sobreviesse a já referida EC nº 35/2001 - tornando desnecessária a autorização do Congresso para processar seus membros -, foi demasiado exercida após Ação Penal nº 470 e, nas palavras de Vilhena, em consequência da "excêntrica taxa de criminalidade no escalão superior de nossa República"<sup>46</sup>. Ao comentar essa faceta de Tribunal Criminal, Barroso comenta que:

Supremas Cortes, em todo o mundo, têm duas primordiais missões ao interpretar a Constituição: assegurar o respeito às regras do jogo democrático e proteger os direitos fundamentais de todos. No Brasil, por uma falha de desenho institucional, acrescentou-se uma terceira missão: a de funcionar como Tribunal Criminal de primeiro grau para um extenso número de autoridades, inclusive todos os membros do Congresso Nacional. Essa circunstância teve papel decisivo na super exposição do Supremo e no fato de ele ter sido chamuscado pela fogueira das peixões desordenadas da política. Em 2017, havia mais de 500 processos criminais no STF, entre inquéritos e ações penais, decorrentes dessa competência criminal apelidado de foro privilegiado<sup>47</sup>.

O diagnóstico aponta para as dificuldades do Supremo em exercer tal competência, visto que o Tribunal não se encontra preparado para analisar os pormenores fáticos requeridos por um instrução criminal e, em vista disso, a redução do tempo disponível para analisar questões constitucionais relevantes. A isso se soma, a super-exposição do Tribunal quando do julgamento de figuras políticas de relevo, o que, por vezes, é capaz de gerar algum desgaste com os demais Poderes e a esfera pública.

O segundo modo de atuação como foro especializado é (2.2) a competência para julgar atos do Legislativo e do Executivo, incluindo atos ligados à gestão interna desses Poderes, judicializados por meio de mandados de segurança, como os casos das nomeações de Ministros de Estados que serão objeto de análise nas seções seguintes deste trabalho. Nesse aspecto, o Supremo passa a atuar como um

---

<sup>46</sup> (VILHENA, p. 167, 2018).

<sup>47</sup> BACHA, Edmar; CARVALHO, José Murilo de; FALCÃO, Joaquim; TRINDADE, Marcelo; MALAN, Pedro; SCHWARTZMAN, Simon (orgs); 130 anos: em busca da República; pp. 233-234; 1ª ed.; Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

tribunal arbitral de causas políticas, absorvendo, assim, os conflitos internos das Casas Legislativas, envolvendo-se em questões controvertidas que deveriam ser resolvidas no âmbito legislativo<sup>48</sup>.

Em relação à (3) função de tribunal recursal, esta se dá, predominantemente por três espécies recursais<sup>49</sup>: o recurso ordinário constitucional (ROC), o recurso extraordinário (RE) e o agravo de instrumento (AI), com maior prevalência dos dois últimos, que, juntos, somam mais de 1 milhão de recursos apreciados desde a promulgação da Constituição em 1988<sup>50</sup>. Essa atuação como Corte revisora de milhares de decisões das instâncias inferiores decorre, na visão de Vieira, da ausência de uma cultura jurídica que dê valor ao caráter vinculante das decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores, fazendo com que o STF torne-se um fiscal de suas próprias decisões<sup>51</sup>.

As três funções reunidas em uma única instituição conferem ao Supremo um enorme poder de intervir em praticamente qualquer tema, de modo que a judicialização parece sempre ser um horizonte possível diante de controvérsias políticas (em sentido amplo). Diego Arguelhes<sup>52</sup> ao refletir sobre os fatores institucionais tipicamente utilizados para explicar a judicialização da política, aponta que estes podem ser resumidos no seguinte rol:

(i) a canalização, para o Judiciário, de expectativas sociais frustradas diante de um Legislativo e um Executivo insuficientemente responsivos; (ii) o redesenho do sistema Brasileiro de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, ampliando não apenas o poder de controle do STF, como também os canais pelos quais diferentes atores políticos e sociais poderiam provocar a atuação do Tribunal; (iii) a “constitucionalização abrangente”, com a adoção de um texto constitucional simultaneamente amplo e detalhado, pavimentando o caminho para que diversas questões antes consideradas políticas sejam tratadas como judicializáveis; (iv) o comportamento estratégico por parte de atores políticos que vêm na intervenção judicial a chance de reverter decisões desfavoráveis em arenas

---

<sup>48</sup> (VILHENA, p. 168, 2018).

<sup>49</sup> À parte das três espécies recursais citadas, há outros mecanismos jurídicos de acesso ao Supremo, tais como *Habeas Corpus* (que não raras vezes suprimem outras instâncias jurisdicionais) e Reclamações Constitucionais (que apesar de não possuírem natureza jurídica de recurso, torna viável o acesso ao direito ao Tribunal para fazer cumprir suas decisões de caráter vinculante).

<sup>50</sup>(VILHENA, p. 169, 2018).

<sup>51</sup> (VILHENA, p. 169, 2018).

<sup>52</sup>ARGUELHES, Diego Werneck; Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização; *Universitas Jus* (UniCeub Law Journal), v.25, pp. 25-45, n.1, 2014.



decisórias majoritárias, como o Congresso Nacional; por fim, (v) a crescente consolidação da democracia no país, que amplifica todos os fatores acima, ao mobilizar a cidadania na busca por mecanismos para fazer valer seus direitos e fortalecer o judiciário como ator relativamente independente da atuação das forças políticas do momento<sup>53</sup>.

Contudo, Arguelhes chama a atenção para o fato de que tais explicações constituem fatores exógenos, isto é, independem da composição momentânea do Supremo. Para compreender a participação do STF, dever-se-ia levar em conta, também, as preferências individuais dos Ministros sobre a forma adequada de se exercer o enorme poder de que dispõe<sup>54</sup>, isto é, o simples recurso à tese de que o modelo institucional estabelecido pela CF/88 é uma razão apta para explicar a interferência do Judiciário na política é uma resposta insuficiente para dar conta de tal fenômeno. A seguir, oferece-se algumas tentativas de dar conta desse fenômeno, sem perder de vista os limites desta monografia. Antes, contudo, procede-se a uma análise dos casos que deram ensejo à esta reflexão.

---

<sup>53</sup>(ARGUELHES, p. 26, 2014)

<sup>54</sup> (ARGUELHES, p. 27, 2014).

### **3. Casos semelhantes devem ter as mesmas respostas? Os casos Lula e Moreira Franco**

Como apontado na introdução, ambos os casos aqui analisados envolveram figuras políticas de relevo nacional: (1) o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e a então Presidente Dilma Rousseff; e (2) o então Presidente Michel Temer e Wellington Moreira Franco (que antes já houvera ocupado Ministérios nas gestões petistas, além de ter sido Deputado Federal e Governador pelo Rio de Janeiro). Ambas tinham o mesmo objeto: impedir as nomeações de Ministros de Estado realizadas pelos respectivos Presidentes da República (Rousseff e Temer). Ambas foram decididas liminar e monocraticamente e não tiveram seu mérito apreciado pelo plenário do Supremo. O que as distingue, fundamentalmente, é o teor da decisão. O primeiro caso, o Mandado de Segurança 34.070/DF, referente à nomeação de Lula, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, teve decisão suspendendo a nomeação do petista para a Casa Civil. O segundo caso, o Mandado de Segurança 34.609/DF, referente à nomeação de Moreira Franco, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, foi julgado improcedente, mantendo-se, assim, Moreira Franco no cargo de Ministro-Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República.

Os dois casos colocaram em evidência três aspectos relevantes do papel desempenhado pelo Supremo naqueles momentos: (1) o comportamento como ator político na crise política; (2) a forma como tal atuação se deu; e (3) um problema para o processo decisório, em vista das decisões conflitantes. Abaixo, faz-se uma análise de ambos os casos, para, em seguida, realizar alguns apontamentos críticos.

#### **3.1 O caso Lula – MS 34.070/DF**

Antes de adentrar aos aspectos decisórios da Medida Cautelar no Mandado de Segurança 34.070/DF, convém ressaltar que este não foi a única providência jurídica tomada contra a nomeação do ex-presidente Lula à Casa Civil.

Concomitantemente ao Mandado de Segurança aqui analisado, foram ajuizadas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 390 e ADPF 391, ambas distribuídas ao Ministro Teori Zavascki (que, ao invés de deferir medida cautelar, requereu informações junto ao governo e ao Ministério Público); uma Ação Popular ajuizada por um advogado (AC 4.130), distribuída ao Ministro Marco Aurelio (que negou a liminar por ilegitimidade ativa do autor); outros seis Mandados de Segurança (MS 34.069, MS34.071, MS 34.073, MS 34.074, MS 34.077 e MS 34.078), distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes e posteriormente reunidos para julgamento com o MS 34.070/DF; além de Petições (PET) autônomas requerendo a suspensão da nomeação de Lula - como as PET 5977, PET 5978 e PET 5980, distribuídas ao Ministro Gilmar Mendes (que, por sua vez, remeteu os casos à primeira instância da Justiça Federal, declinando de sua competência). Percebe-se, assim, que houve uma verdadeira batalha jurídica durante aqueles dias de crise política, em março de 2016, com o Supremo Tribunal Federal atuando como árbitro.

O Mandado de Segurança Coletivo 34.070/DF foi impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), com fundamento no artigo 5º, LXX, alínea 'a' da CF/88<sup>55</sup> e no artigo 21 da Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), argumentando que os partidos políticos com representação no Congresso Nacional têm a prerrogativa constitucional de exigir objetivamente a observância da ordem jurídica e não apenas a defesa dos interesses de seus membros ou associados, por meio do mandado de segurança. Elencada a questão da legitimidade, a parte autora sustentou a indicação do suposto direito líquido e certo violado: o desvio de finalidade no exercício da competência discricionária da Presidência da República, materializado com a nomeação do ex-presidente Lula para a Casa Civil. Alegou o impetrante que a nomeação de Lula teria o real objetivo, ainda que implícito, de retirar Lula da competência jurisdicional do Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, à época ocupada pelo Juiz Sérgio Moro - responsável pelos principais julgamentos no âmbito da "Operação Lava-jato" -, que em fevereiro de 2016 havia determinado a condução coercitiva do ex-mandatário petista para prestar depoimento. Para sustentar a tese do desvio de finalidade do ato presidencial, o impetrante indica a conversa entre a então Presidente Dilma Rousseff e Lula, fruto da interceptação telefônica realizada

---

<sup>55</sup> “Art. 5º [...] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

pela Polícia Federal e divulgada, posteriormente, em rede nacional, na qual Rousseff avisava a Lula que Jorge Messias, à época na subchefia de assuntos jurídicos da Casa Civil (no áudio divulgado, o "Bessias") seria o responsável por levar o termo de posse a Lula. A interceptação telefônica teve sua legalidade contestada, e posteriormente reconhecida pelo Ministro Teori Zavascki (relator dos processos relacionados à "Operação Lava-Jato" no STF), visto que se tratava de (i) uma interceptação envolvendo a Presidente da República, o que gerava ao magistrado de 1ª instância o dever de encaminhar o inteiro teor do material interceptado ao STF (Juízo competente para processar e julgar a Presidência da República), sendo ilegal, portanto, a decisão de tornar público o material gravado; (ii) a conversa interceptada ter ocorrido após o a determinação de encerramento do procedimento investigativo (o despacho do Juiz Moro determinando a interrupção da interceptação ocorreu em 16/03/2016, às 11:12h; enquanto o diálogo entre as lideranças petistas foi captado às 13:32h do mesmo dia<sup>56</sup>), de modo que deveria ter sido descartada<sup>57</sup>.

O impetrante alegou, ainda, quanto à (i) probabilidade do direito (o *fumus boni iuris*), que este decorreria do manifesto desvio de finalidade consubstanciado na nomeação do Ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, quando, na verdade, pretendia-se alterar o Juízo competente para julgá-lo no âmbito da "Lava-jato"; quanto ao (ii) perigo da demora (o *periculum in mora*) este decorreria de dois fatores: primeiro, o efeito imediato decorrente da nomeação e posse de Lula, no sentido de deslocar a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o STF, impactando na sequência das investigações; segundo, a nomeação e posterior posse, geraria tumulto social e grave ameaça à ordem pública. Com esses argumentos, requereu a concessão de medida cautelar para suspender a nomeação de Lula à Casa Civil por violação ao princípio da moralidade (artigo 37, *caput* da CF/88), bem como ofensa aos preceitos do juiz natural e do devido processo legal.

O Ministro Gilmar Mendes ao analisar o pedido, começa pelo requisito da legitimidade de partido político para impetrar Mandado de Segurança Coletivo. Quando ao requisito genérico - a representação no Congresso Nacional -, não há

---

<sup>56</sup> Informação colhida em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>. Acesso em 07 de nov. 2019.

<sup>57</sup> A Lei 9.296/1996, responsável por regulamentar o procedimento de interceptação telefônica, estabelece em seu artigo 9º: "A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada."

nenhuma óbice, na medida em que o PPS contava com representação no Congresso Nacional. Já no tocante ao requisito subjetivo, isto é, a legitimidade do partido político em ingressar com mandado de segurança coletivo para proteger direitos que não sejam, diretamente, o de seus filiados, há maiores dúvidas, como o próprio Ministro reconhece em seu voto: "A presente ação testa os limites do mandado de segurança coletivo impetrado por partido político"<sup>58</sup>. Mendes argumenta que o interesse tutelado, suposto desvio de finalidade em ato privativo da Presidência da República, seria de interesse difuso - em alusão à terminologia empregada pela doutrina e positivada no artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor<sup>59</sup>. Assim, o Ministro pondera que o caso levantaria duas questões relevantes: (i) saber se o mandado de segurança coletivo poderia ser usado para a tutela de direitos difusos; e (ii) se os partidos políticos seriam legitimados para usar essa ação constitucional com tal finalidade.

Ao enfrentar tais questões, o Ministro Gilmar Mendes, inicialmente, encara a aparente restrição imposta aos partidos políticos quanto ao objeto da tutela em mandado de segurança coletivo: a tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos, estabelecida pelo art. 21 da Lei 12.016/2009<sup>60</sup>, que não menciona a possibilidade de proteção a direitos difusos e, conseqüentemente, de partido político proteger interesses que não sejam os de seus filiados. Mendes cita o RE 196.184 (Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 27/10/2004), em que o plenário do Supremo

---

<sup>58</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.070/DF; Imppte: Partido Popular Socialista; Impdo: Presidente da República; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Brasília, p. 4, 18 de mar. de 2016.

<sup>59</sup> Art. 81 (CDC): A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

<sup>60</sup> Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante".

decidiu que não seria viável ação de Mandado De Segurança Coletivo manejada por partido político para tutelar interesse individual homogêneo distinto daquele pertencente aos filiados à agremiação partidária - naquela ocasião, inclusive, Mendes havia acompanhando a maioria, concordando com tal posicionamento. Ao comentar que a superveniência da Lei do Mandado de Segurança positivou entendimento semelhante ao precedente do STF, Mendes aduz que:

A concretização do dispositivo constitucional que prevê a legitimidade do uso do mandado de segurança coletivo por partido político ainda é uma obra em andamento. Os limites do art. 21 da Lei 12.016/09 servem como indicativo, mas certamente não como limite das hipóteses de cabimento da ação. Tratando-se de garantia constitucional, não poderia o legislador restringir seus contornos para além de seu significado<sup>61</sup>.

Contra essa "interpretação restritiva", o Ministro propõe uma analogia com o mandado de segurança impetrado contra desvios no processo legislativo, argumentado que a jurisprudência do Tribunal estaria pacificada no sentido de que os parlamentares teriam, sim, legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com vistas a coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não estivessem em harmonia com o devido processo legislativo constitucional - o que representaria, na visão do Ministro, salvaguarda das minorias parlamentares diante de eventuais abusos das majorias. Aplicando o raciocínio ao caso em análise, Mendes alega que essa analogia seria uma "solução paralela", visto que o caso não se tratava de processo legislativo, mas, ainda assim, subsistiria a violação às prerrogativas dos parlamentares de oposição diante de ato supostamente ilegal da Presidência da República - fato este que, na ausência de outro mecanismo jurídico efetivo, poderia ser atacado por mandado de segurança coletivo.

Após encarar o pressuposto processual da legitimidade, o Ministro Gilmar Mendes passa a apreciar o pedido liminar de suspensão imediata da nomeação, portanto, passa a analisar diretamente as alegações de desvio de finalidade no ato de nomeação de Lula à Casa Civil, submetendo o artigo 87<sup>62</sup> da CF/88 - que versa

---

<sup>61</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.070/DF; Impte: Partido Popular Socialista; Impdo: Presidente da República; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Brasília, p. 11, 18 de mar. de 2016.

<sup>62</sup> Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

sobre os requisitos formais a serem preenchidos pelos Ministros de Estado - à uma interpretação conjunta com o já citado artigo 37, *caput*<sup>63</sup>, que, por sua vez, reúne os princípios fundamentais regentes da administração pública. Empregando o conceito de "ilícito atípico" - ações que, à primeira vista estariam em conformidade com a lei, mas que, consideradas as reais circunstâncias, deveriam ser proibidas -, Mendes argumenta que

(...) nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita<sup>64</sup>.

Ao aplicar o conceito ao caso concreto, Mendes alega a conduta da Presidente Dilma Rousseff, *prima facie*, estaria em conformidade com os artigos 84<sup>65</sup> (competência privativa do Presidente da República para nomear e exonerar Ministros de Estado) e 87 da CF/88, contudo, ao fazê-lo, acabou por produzir "resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal"<sup>66</sup>. Mendes afirma que o ilícito teria natureza objetiva, sendo desnecessária a investigação sobre o dolo da Presidente de fraudar a lei, afirmando, ainda, que seria "muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro<sup>67</sup>", além de ser "autoevidente" que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao

---

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;  
II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;  
III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;  
IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

<sup>63</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>64</sup>BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.070/DF; Impte: Partido Popular Socialista; Impdo: Presidente da República; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Brasília, p. 19, 18 de mar. de 2016.

<sup>65</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

<sup>66</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.070/DF; Impte: Partido Popular Socialista; Impdo: Presidente da República; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Brasília, p. 19, 18 de mar. de 2016.

<sup>67</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.070/DF; Impte: Partido Popular Socialista; Impdo: Presidente da República; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Brasília, p. 20, 18 de mar. de 2016.

progresso das medidas judiciais<sup>68</sup>" - comparando a nomeação com precedentes anteriores do Tribunal quanto a manutenção da competência do STF quando da renúncia de parlamentares para, supostamente, escapar da jurisdição do Supremo. A despeito da tese de que o desvio de finalidade teria natureza objetiva, o Ministro Gilmar Mendes aponta supostas provas do ilícito: (i) a interceptação telefônica entre Rousseff e Lula e (ii) a presumida confissão dos envolvidos. Quanto a (i), Mendes reconhece que legalidade do uso da interceptação como prova é controversa, razão pela qual ele direciona maior valor probatório a (ii) suposta confissão. Segundo Mendes, a Presidente da República teria admitido a conversa em duas ocasiões: (1) a primeira, em 16 de março 2016, através de uma nota oficial<sup>69</sup> em que admitia a existência da conversa com o ex-presidente Lula; (2) o discurso da Presidente da República quando da cerimônia de posse de Lula como Ministro da Casa Civil, em que confirmava ter existido a conversa interceptada - o que, na visão de Mendes, seria uma "confissão extra-judicial", com força probatória independente da interceptação telefônica, nos termos dos artigos 212, I do Código Civil c/c artigo 353 do Código de Processo Civil<sup>70</sup>.

Com os argumentos acima elencados, o Ministro Gilmar Mendes deferiu a medida liminar em 18 de março de 2016, suspendendo, assim, a nomeação do ex-

---

<sup>68</sup>BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.070/DF; Impte: Partido Popular Socialista; Impdo: Presidente da República; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Brasília, p. 20, 18 de mar. de 2016.

<sup>69</sup> Nota à imprensa: Para conhecimento público, divulgamos cópia do termo de posse assinado hoje à tarde pelo ex-presidente Lula e que se encontra em poder da Casa Civil. Esse termo foi objeto do telefonema mantido entre o ex-Presidente Lula e a Presidenta Dilma Rousseff, sendo, no dia de hoje, divulgado, ilegalmente, por decisão da Justiça Federal do Paraná. A Presidente assinará o documento amanhã em solenidade pública de posse, estando presente ou não o ex-Presidente Lula. A transmissão de cargo entre o Ministro Jaques Wagner e o ex-Presidente Lula foi marcada para a próxima terça-feira. Trata-se de momento distinto da posse. Finalmente, cabe esclarecer que no diálogo entre o ex-Presidente Lula e a Presidente Dilma a expressão "pra gente ter ele" significa "o governo ter o termo de posse", assinado pelo Presidente Lula, para em caso de sua ausência já podermos utilizá-lo na cerimônia de amanhã. Por isso, o verbo não é "usa" mas sim o governo usar o referido termo de posse. Assim, o diálogo foi realizado com base nos princípios republicanos e dentro da estrita legalidade (Secretaria de Imprensa Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República). Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/lula-recebeu-e-assinou-termo-de-posse-nesta-quarta-veja-documento.html>>; Acesso em 20 de nov. de 2019.

<sup>70</sup> Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

Art. 353. A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz



presidente Lula para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, notificando, após a concessão da liminar, a autoridade coatora (no caso, a Presidência da República).

### **3.2 O caso Moreira Franco - MS 34.609/DF**

O Mandado de Segurança Coletivo 34.609/DF foi impetrado pelo Partido REDE Sustentabilidade em face do ato do Presidente Michel Temer, nomeando Wellington Moreira Franco para Secretaria Geral da Presidência<sup>71</sup> no dia 03 de fevereiro de 2017 - cargo com *status* de Ministério, o que dá ensejo ao foro por prerrogativa de função, com a consequente competência do STF para processá-lo e julgá-lo. Assim como ocorrido no "caso Lula", a nomeação de Moreira Franco foi alvo de inúmeras ações judiciais contestando-a, tais como (1) decisão do TRF-2 (Tribunal Regional Federal da 2ª Região) do dia 10 de fevereiro de 2017, determinando que Moreira Franco se mantivesse no cargo, mas sem direito ao foro por prerrogativa de função; (2) decisão do TRF-1 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região), sediado em Brasília, no dia 09 de fevereiro de 2017, confirmando a nomeação do peemedebista, bem com a garantia foro por prerrogativa de função no STF; e (3) o Mandado de Segurança Coletivo (MS) 34.615, impetrado pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com o mesmo objeto do MS impetrado pela REDE. O MS 34.609/DF foi distribuído ao Ministro Celso de Mello, decano do STF, cujo teor do voto é exposto a seguir.

Recebido o pedido de suspensão da nomeação de Moreira Franco, o Ministro Celso de Mello, seguindo a regra do artigo 22,§2<sup>o</sup><sup>72</sup> da Lei 12.016/2009, intimou a autoridade coatora (na circunstância, a Presidência da República) para prestar informações no prazo de 24 horas a respeito do caso, antes de decidir sobre a

---

<sup>71</sup> A Secretaria Geral de Presidência da República foi recriada em 02 de fevereiro de 2017 pela Medida Provisória 768 com *status* de Ministério, após ter sido extinta em uma reforma ministerial em maio de 2016.

<sup>72</sup> Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 2o No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

concessão da medida cautelar. A Presidência da República, por meio da Advocacia Geral da União (AGU), manifestou-se no sentido de (i) negar qualquer desvio de finalidade no ato de nomeação; (ii) sustentar a competência privativa do Presidente da República de nomear e exonerar seus Ministros de Estado; (iii) ressaltou as qualidades de Moreira Franco para o exercício do cargo, com ênfase na capacidade de coordenação e articulação políticas, função que já vinha exercendo junto ao Governo em pasta distinta; (iv) buscou distinguir o ato de Temer da nomeação de Lula, feita por sua antecessora, Dilma Roussef; (v) manutenção da ordem pública administrativa com a nova pasta; e (vi) ausência de processos criminais em andamento ou sentenças condenatórias com trânsito em julgado contra Moreira Franco.

O Ministro Celso de Mello inicia seu voto com um breve relatório sobre o pedido feito pela REDE Sustentabilidade em sua petição, na qual o partido sustentava que a nomeação de Moreira Franco para a Secretaria Geral da Presidência da República (SGPR) consistia em verdadeiro desvio de finalidade, alegação esta amparada pelo fato de que a recriação da SGPR coincidia com a homologação de colaborações premiadas de executivos da empreiteira "Odebrecht" por decisão da Ministra Carmen Lúcia alguns dias antes da edição da Medida Provisória que recriou a pasta - colaborações estas que citavam Moreira Franco mais de trinta vezes como o principal arrecadador de fundos para o então PMDB, agindo em parceria com Eliseu Padilha, então Ministro da Casa Civil. Assim, sustentava a REDE haver desvio da finalidade, visto que a nomeação de Moreira Franco tratava-se, na verdade, de obstrução na justiça, ao passo que, possivelmente, teria alguma medida judicial contra si, no Juízo de Primeira Instância - o que seria, no mínimo, retardado com o deslocamento da competência para o STF, com o foro por prerrogativa de função. Após descrever os argumentos do impetrante, o Ministro Celso de Mello aponta para o problema *jurídico* central no caso em análise:

A controvérsia suscitada na presente causa mandamental cinge-se a uma questão específica que pode ser resumida na seguinte indagação: a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, mesmo preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, configuraria hipótese de desvio de finalidade pelo fato de importar – segundo sustenta o impetrante – em obstrução aos atos de investigação

criminal supostamente provocada em razão de o Ministro de Estado dispor de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal?<sup>73</sup>

Assim, Mello anuncia que a problema gira em torno de se saber se a nomeação de Ministro de Estado, preenchidos os requisitos formais do artigo 87 da CF/88, com alteração de competência para o STF seria capaz, por si só, de gerar o desvio de finalidade. O Ministro prossegue analisando o pedido de concessão de medida cautelar, com especial atenção aos pressupostos legitimadores para o deferimento da tutela de urgência, quais sejam, (a) plausibilidade jurídica da pretensão cautelar, (b) configuração do “*periculum in mora*” e (c) irreparabilidade do dano, conforme prevê o artigo 7º, III da Lei 12.016/2009<sup>74</sup> - requisitos cumulativos que, na visão do Ministro Celso de Mello, não estariam presentes.

Quanto à legitimidade ativa dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo na tutela de interesses metaindividuais, o Ministro Celso de Mello reconhece que a legitimidade *ad causam* universal dos partidos nas ações abstratas de controle constitucionalidade não se repete quando se trata de outras ações constitucionais, como a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

Tal, porém, não ocorre em relação a outras ações de perfil constitucional, como a ação popular, que é privativa do cidadão (Súmula nº 365/STF), e o próprio mandado de segurança coletivo, considerada, neste último caso, a existência de precedentes colegiados firmados por esta Suprema Corte. Com efeito, o exame dos fundamentos em que se apóia a presente impetração evidencia que o partido político impetrante, ao insurgir-se contra o decreto presidencial ora questionado, postula, em nome próprio, a tutela jurisdicional de “interesses difusos”, invocando, para tanto, a sua qualidade para agir em defesa da ordem jurídica consubstanciada “nas regras e princípios” fundados na Constituição, em ordem a preservar – conforme pleiteia – o “regular andamento das investigações em sede da operação Lava Jato<sup>75</sup>”.

---

<sup>73</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.609/DF; Impte: Rede Sustentabilidade - Diretório Nacional; Impdo: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República; Relator: Ministro Celso de Mello; Brasília, p. 4; 14 de fev. de 2017.

<sup>74</sup>Art. 7º: Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

<sup>75</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.609/DF; Impte: Rede Sustentabilidade - Diretório Nacional; Impdo: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República; Relator: Ministro Celso de Mello; Brasília, p.7; 14 de fev. de 2017.

Apoiando-se em precedente do plenário do STF (RE 196.184/AM, Rel. Min. Ellen Gracie), o Ministro assinala que os partidos políticos não teriam legitimidade para agir, em juízo, na defesa de direitos difusos por (i) ausência de previsão legal e (ii) risco de que com o reconhecimento irrestrito de tal legitimidade *ad causam* ocorresse o desvirtuamento do remédio constitucional, na medida em que serviria para impugnar qualquer ato emanado do Poder Público, podendo causar, ainda, sua instrumentalização pelos partidos políticos, "transformando-se em indesejável veículo de judicialização excessiva de questões governamentais e parlamentares"<sup>76</sup>.

Apesar da ausência de legitimidade ativa do impetrante, o Ministro Celso de Mello passa a analisar o mérito do pedido - a alegada configuração de desvio de finalidade no ato de nomeação de Moreira Franco para exercer o cargo de Ministro de Estado. Mello assinala que, de fato, o desvio de finalidade, quando presente, caracteriza um vício prejudicial à validade jurídica do ato administrativo. Entretanto, sustenta que para a configuração desse de tal vício deve haver a intenção deliberada, por parte da autoridade administrativa, de atingir o objetivo vedado pelo Direito - desvio esse que, na visão de Mello, "não se presume, sob pena de subversão dos postulados referentes à presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade de que se reveste todo e qualquer ato emanado da Administração Pública"<sup>77</sup>. Dessa forma, haveria um ônus probatório a quem imputa ao administrador público o desvio de finalidade, a prova inequívoca de que este perseguia fins diversos da motivação aparente do ato administrativo. O Ministro aponta que o impetrante limitou-se a indicar que a mera nomeação, bem como o contexto em que ela se deu (em face das colaborações premiadas envolvendo Moreira Franco), já seria indício suficiente para atestar o ato desviante da Presidência da República - sem, contudo, apresentar prova documental (ou de outra espécie) idônea para comprovar suas afirmações. Assim, não havendo prova idônea para sustentar as afirmações do impetrante, restou prejudicada, na visão do Ministro, a plausibilidade jurídica do pedido.

---

<sup>76</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.609/DF; Impte: Rede Sustentabilidade - Diretório Nacional; Impdo: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República; Relator: Ministro Celso de Mello; Brasília, p. 10; 14 de fev. de 2017.

<sup>77</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.609/DF; Impte: Rede Sustentabilidade - Diretório Nacional; Impdo: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República; Relator: Ministro Celso de Mello; Brasília, p. 13; 14 de fev. de 2017.

Observo, no entanto, que a demonstração exigível ao impetrante, embora necessária e imprescindível, não se fez produzir, aparentemente, na espécie, o que torna pertinente, no caso, em face da alegação deduzida pelo autor deste “writ”, a asserção de que faleceria a indispensável liquidez aos fatos subjacentes a esta impetração mandamental, que não se pode apoiar em meras afirmações ou em simples conjecturas, eis que – não constitui demasia lembrar – o mandado de segurança qualifica-se como processo de caráter essencialmente documental, que supõe a produção liminar, pelo impetrante, das provas literais pré-constituídas destinadas a evidenciar a incontestabilidade do direito público subjetivo por ele invocado<sup>78</sup>.

Acerca da configuração do “periculum in mora” e da irreparabilidade do dano, que seriam materializadas com a suposta obstrução de justiça e eventual deslocamento de competência para o STF, o Ministro Celso de Mello salienta que o foro por prerrogativa de função seria uma consequência natural da nomeação, não significando o estabelecimento de

qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois, mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro “ratione muneris”, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular<sup>79</sup>.

Nesse sentido, Mello aponta que, mesmo com a manutenção da nomeação de Moreira Franco, este estaria sujeito a qualquer medida investigativa ou judicial, tais como inquéritos, prisão preventiva ou afastamento do cargo em caráter cautelar, diligências de caráter probatório etc. O Ministro ressalta, ainda, que:

Cumprir insistir, portanto, em que a investidura de qualquer pessoa no cargo de Ministro de Estado não representa obstáculo algum a atos de persecução penal que contra ela venham eventualmente a ser promovidos perante o seu juiz natural, que, por efeito do que determina a própria Constituição (CF, art. 102, I, alínea “c”), é o Supremo Tribunal Federal<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.609/DF; Impte: Rede Sustentabilidade - Diretório Nacional; Impdo: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República; Relator: Ministro Celso de Mello; Brasília, 14 de fev. de 2017.

<sup>79</sup> BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.609/DF; Impte: Rede Sustentabilidade - Diretório Nacional; Impdo: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República; Relator: Ministro Celso de Mello; Brasília, p. 17; 14 de fev. de 2017.

<sup>80</sup>BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.609/DF; Impte: Rede Sustentabilidade - Diretório Nacional; Impdo: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República; Relator: Ministro Celso de Mello; Brasília, p. 19; 14 de fev. de 2017.

Quanto à condição de procedibilidade prevista no artigo 51, I da CF/88<sup>81</sup> - acerca da autorização da Câmara dos Deputados para instauração de processos contra Ministros de Estado, o Ministro Celso de Mello assinala que tal argumento não é capaz de dar sustento à tese de obstrução de justiça, visto que, ainda que se aceitasse tal comando constitucional como um entrave para a responsabilidade criminal de Ministros de Estados, o STF já assentou entendimento de que essa exigência constitucional de autorização prévia da Câmara dos Deputados somente se aplicaria, tratando-se de infrações penais comuns, em caso de crimes comuns do próprio Ministro de Estado praticado em conexão com delito comum alegadamente perpetrado pelo Presidente da República. Como não se tratava dessa hipótese, na medida em que a Moreira Franco não era imputado nenhum crime comum conexo com delito praticado pelo Presidente Temer, não haveria necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados, além do fato de o artigo 51, I da CF/88 não exigir autorização para instauração de inquéritos, mas tão somente de processos judiciais. Assim, Mello conclui pela ausência de preenchimento dos requisitos do (b) *periculum in mora* e (c) irreparabilidade do dano.

Após a análise da legitimidade ativa do impetrante, bem como dos requisitos autorizadores da concessão de liminar em mandado de segurança, o Ministro Celso de Mello indeferiu o pedido de medida cautelar, o que acarretou a manutenção de Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro da Secretaria Geral da Presidência da República.

### **3.3 Alguns apontamentos críticos**

Ambos os casos analisados partilham semelhanças que fizeram com que ambos os Ministros Relatores, Min. Gilmar Mendes e Min. Celso de Mello, se

---

<sup>81</sup> Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:  
I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

debruçassem sobre as mesmas questões. Dentre essas questões, duas<sup>82</sup> merecem destaque pelo seu relevo jurídico (e mesmo político): (1) legitimidade ativa/*ad causam* de partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo na tutela de interesses difusos; e (2) legitimidade do Poder Judiciário intervir, sobretudo, através da ação individual de um único Ministro, em atos administrativos do Presidente da República. Nesta seção, busca-se tecer alguns apontamentos críticos a partir desses dois problemas percebidos em ambos os casos analisados.

Começando pelo problema da (1) legitimidade ativa/*ad causam*<sup>83</sup> de partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo na tutela de interesses difusos, a defesa de tal possibilidade pelo Ministro Gilmar Mendes no MS 34.070/DF, não é razoável visto que o mandado de segurança coletivo não é a medida jurídica adequada para a tutela de direitos difusos, pois seus titulares são indetermináveis, ligados por circunstâncias fáticas sem vínculo jurídico preciso e com nítido conteúdo do direito – logo, tratando-se de direitos difusos é impossível comprovar a existência de direito líquido e certo (requisito essencial para a impetração de mandado de segurança, seja individual ou coletivo). Quanto às classes de direitos abarcados pelo Mandado de Segurança Coletivo, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi<sup>84</sup> apresentam duas possibilidades jurídicas:

---

<sup>82</sup> Uma terceira questão poderia ser levantada, qual seja, sobre a extensão da presunção de veracidade dos atos administrativos da Administração Pública, especialmente, da Presidência da República. Contudo, pretere-se, aqui, tal discussão visto que esta diz respeito, primordialmente, ao Direito Administrativo - o que escaparia ao recorte proposto para o trabalho. Em síntese, a presunção de veracidade dos atos administrativos diz respeito, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, "à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública " (DI PIETRO. p.238 , 2017).

<sup>83</sup> Segundo o art. 21 da Lei 12.016, o mandado de segurança pode ser impetrado por: a) Partido político com representação no Congresso Nacional o mandado de segurança coletivo deve tutelar direitos de seus integrantes ou relacionados à finalidade partidária. Temos aqui uma delimitação restritiva da atuação dos partidos políticos, criticada pela doutrina. Sustenta-se que, em razão do caráter nacional e da missão abrangente, os partidos políticos deveriam ter legitimidade universal, defendendo qualquer interesse social. b) Organização sindical, entidade de classe ou associação, legalmente constituída, atuando em prol de seus associados: os interesses defendidos devem ser pertinentes às suas finalidades, conforme previsão estatutária. Para ingressar com Mandado de Segurança, as associações devem ser legalmente constituídas há, pelo menos, 12 meses. Essa exigência foi estabelecida pelo STF, já que as associações não apresentam a mesma estabilidade de um sindicato, sendo posteriormente prevista no art. 21 da Lei (DIMOULIS, LUNARDI; pp.427-428; 2016).

<sup>84</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya; Curso de Processo Constitucional; 4ª ed.; São Paulo: Atlas, 2016.

Direito coletivo transindividual, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica (art. 21, I, da Lei 12.016/2009). O direito indivisível pertence ao grupo e não a cada um de seus membros. Direito individual homogêneo, que tem origem comum em uma atividade ou situação específica dos associados. À diferença dos direitos difusos e dos transindividuais, os direitos individuais homogêneos são plenamente divisíveis, sendo cada um dos titulares determinável. Para que esse tipo de direito possa ser protegido por mandado de segurança coletivo, deve haver associação prévia dos interessados (art. 21, II, da Lei 12.016/2009)<sup>85</sup>.

A restrição à legitimidade universal dos partidos políticos é alvo de críticas pela doutrina - tendo, inclusive, uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade pendente de julgamento (ADI 4296), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sob o argumento de que a Lei 12.016/2009 não poderia limitar o exercício dos direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, como é o caso do artigo 22, que exige a oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público como condição para a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo. Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>86</sup>, por exemplo, propõe interpretação distinta (e extensiva) da limitação à legitimidade dos partidos políticos impetrarem Mandado de Segurança Coletivo em defesa de direitos difusos:

(...) entendo que o dispositivo legal ora comentado não é restritivo como pareceu a essa corrente doutrinária, não sendo necessários grandes exercícios de interpretação para se chegar a tal conclusão. Naturalmente, a legitimação dos partidos políticos não está limitada à defesa de seus integrantes, e isso por três razões: (a) seria inútil a previsão, considerando-se a estrutura administrativa de associação do partido político, bastando a aplicação da segunda parte do dispositivo ora comentado para atribuir tal legitimação aos partidos políticos; (b) a própria lei prevê que, além da defesa do interesse de seus integrantes, também poderá ser impetrado mandado de segurança coletivo na defesa de interesses referentes à finalidade partidária; (c) não cabe ao texto infraconstitucional limitar a abrangência de dispositivo constitucional<sup>87</sup>.

Apesar da divergência doutrinária, bem como da controvérsia sobre a constitucionalidade da limitação imposta aos partidos políticos, a decisão do Ministro Gilmar Mendes, quanto à extensão da legitimidade *ad causam*, é problemática, na medida em que desrespeita precedente do plenário do STF: o Recurso Extraordinário 196.184/AM, cujo entendimento foi firmado em 2004 e não revisto

---

<sup>85</sup> (DIMOULIS, LUNARDI; p. 427; 2016).

<sup>86</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; Ações constitucionais; 4ª ed.; Salvador: Juspodivm, 2018.

<sup>87</sup> (NEVES, p. 248, 2018).



posteriormente. No RE 196.184/AM<sup>88</sup>, o plenário do STF analisou se seria possível que partidos políticos, pela via do mandado de segurança coletivo, seria legitimados para impugnar uma exigência tributária em nome dos contribuintes. Após deliberação entre os ministros - embora a Relatora, Ministra Ellen Gracie, tenha votado em sentido diverso<sup>89</sup> -, prevaleceu<sup>90</sup> o entendimento de que uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva, de modo que os partidos políticos não poderiam substituir todos os cidadãos na defesa de interesses individuais. Assim, quanto ao aspecto da legitimidade ativa, percebe-se que a decisão do Ministro Gilmar Mendes no MS 34.070/DF encontra-se em dissonância com o entendimento da Corte (entendimento este que ele próprio havia compartilhado quando da fixação do precedente); enquanto a decisão do Ministro Celso de Mello no MS 34.609/DF acompanha o precedente do RE 196.184/AM.

Um segundo aspecto processual problemático - e dissonante - percebido na análise dos casos é a observância do artigo 22<sup>91</sup>, §2º da Lei 12.016/2009, que impõe

---

<sup>88</sup> RE 196.184/AM (Rel: Min. Ellen Gracie) - CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. Impugnação de exigência tributária. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

<sup>89</sup> A Ministra Ellen Gracie aponta em seu voto que “se o legislador constitucional dividiu os legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão em defesa dos interesses de seus membros ou associados é porque não quis criar esta restrição aos partidos políticos. Isso significa dizer que está reconhecendo na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independente de estarem relacionados a seus filiados”. Defendeu, ainda, “não haver limitações materiais ao uso deste instituto por agremiações partidárias, à semelhança do que ocorre na legitimação para propor ações declaratórias de inconstitucionalidade” e conclui que “tudo o que foi dito a respeito da legitimação dos partidos políticos na ação direta de inconstitucionalidade pode ser aplicado ao mandado de segurança coletivo”. (Fonte: <https://www.conjur.com.br/2009-nov-23/lei-ms-coletivo-transformou-partidos-meras-associacoes-classe>; Acesso em 11 de nov. 2019).

<sup>90</sup> Daniel Amorim Assumpção Neves aponta que atualmente é prevalente no Supremo Tribunal Federal o entendimento que vincula a legitimidade do partido político à defesa de interesses de seus filiados no que diz respeito aos direitos políticos e aos direitos fundamentais. No julgamento do RE 196.184/AM, os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim expressamente se colocaram contra a legitimidade universal do partido político na propositura de mandado de segurança coletivo, restando vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Britto (NEVES, p. 248, 2018).

<sup>91</sup> Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

a necessidade da oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de Direito Público antes de eventual concessão de medida cautelar. Conforme exposto anteriormente, no "caso Lula", o Ministro Gilmar Mendes ignorou a regra procedimental da oitiva prévia do representante da autoridade coatora (na circunstância, a Advocacia Geral da União) e deferiu a liminar sem oportunizar o contraditório à Presidência da República<sup>92</sup>. Assim como na questão relativa à legitimidade *ad causam*, há controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a imprescindibilidade da oitiva prévia da autoridade coatora, com considerável doutrina tentando amenizar a previsão legal, afirmando que a liminar poderia ser concedida mesmo antes da oitiva prevista no art. 22, §2º da Lei 12.016/2009 em casos excepcional urgência, sempre que o juiz entender que o tempo necessário para a oitiva do representante legal da pessoa jurídica de direito público é o suficiente para gerar lesão irreversível ao direito que se busca tutelar pelo mandado de segurança coletivo<sup>93</sup>. Daniel Amorim Assumpção Neves ao comentar a divergência no âmbito dos Tribunais Superiores, aponta que

Nos tribunais, o entendimento não é tranquilo, existindo, no Superior Tribunal de Justiça, decisões pela interpretação restritiva, exigindo em qualquer hipótese a oitiva prévia prevista pela lei e decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheça a possibilidade excepcional de concessão de liminar mesmo antes da oitiva prevista em lei<sup>94</sup>.

De qualquer forma, parece razoável concluir que as situações nas quais a oitiva prévia estaria dispensada seriam aquelas em que a estrita observância de tal procedimento impusesse prejuízo irreversível ao impetrante - logo, situações excepcionais. Não parece ser essa as circunstâncias dos casos analisados, visto que a posse de um Ministro de Estado, preenchidos os requisitos formais do artigo 87 da CF/88, não seria capaz de gerar prejuízo irreversível ao impetrante, caso se observasse a necessidade de oitiva prévia da Presidência da República. No MS 34.609/DF, o Ministro Celso de Mello, antes de decidir sobre a concessão da medida

---

(...)

§ 2o No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

<sup>92</sup> O fato desrespeito à regra procedimental da oitiva prévia, fez com que a Presidência da República, por intermédio da Advocacia Geral da União, contestasse a decisão pela via do Agravo Regimental.

<sup>93</sup> (NEVES, pp. 260-261).

<sup>94</sup> (NEVES, p. 261, 2018).

cautelar, intimou a Presidência da República para manifestar-se; já no MS 34.070/DF, o Ministro Gilmar Mendes não o fez, e tampouco ofertou justificativa para não fazê-lo. Como critica Bruno Camilloto:

Nenhum argumento é apresentado pelo ministro relator para afastar a aplicação daquele dispositivo legal. Nenhuma linha. Nenhum parágrafo. É como se aquela parte da lei de regência do mandado de segurança simplesmente não existisse na legislação<sup>95</sup>.

Quanto a (2) legitimidade do Poder Judiciário de intervir, sobretudo, através da ação individual de um único Ministro, em atos administrativos do Presidente da República, esse problema possui um caráter mais político do que jurídico, visto que vai de encontro (ou ao menos impõe um teste reflexivo acerca de seus limites) à ideia de separação de poderes. Como este trabalho não possui maior interesse em empreender uma investigação aprofundada sobre conceitos políticos, sua formação e importância para os fins almejados por uma sociedade democrática, opta-se por não se fazer uma discussão sobre os limites da separação de poderes<sup>96</sup> e até que ponto ela se dá no contexto político brasileiro. De qualquer forma, para os fins deste trabalho, tomam-se como premissas verdadeiras: (1) a ordem jurídico-constitucional brasileira impõe a tripartição de poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme se depreende do artigo 2º da CF/88<sup>97</sup>; e, conforme apontado por Neil MacCormick

[2] o sistema de freios e contrapesos entre os diferentes ramos do governo são essenciais para o bem-sucedido governo autônomo constitucional de um Estado, particularmente com o objetivo de sustentar as condições de um governo livre, em contraste com alguma forma de tirania ou despotismo. O

---

<sup>95</sup> CAMILLOTO, Bruno; O conceito de República na contemporaneidade e o papel do Poder Judiciário brasileiro no desenho político-institucional após a Constituição de 1988; Relatório final de Estágio Pós-Doutoral apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); p. 31; 2017.

<sup>96</sup> Quanto à ideia de separação de poderes, esta não pode ser entendida de forma estática, como ressalta Hans Kelsen em sua Teoria Geral do Direito e do Estado: "O conceito de 'separação de poderes' designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. (...) [Contudo], não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre a criação e aplicação de Direito - subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (no sentido mais amplo) - tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado, sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções. (KELSEN, pp. 385-386, 1998)."

<sup>97</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

ponto é que cada ramo do governo deve ser verificado e controlado por outro, ou deve conter práticas internas de verificação, ou ambas<sup>98</sup>.

Assim, o controle dos atos do Executivo pelo Poder Judiciário - no caso, dos atos da Presidência da República pela Supremo Tribunal Federal -, apesar de possível, pode ser capaz de gerar algum desconforto institucional caso torne-se algo trivial. Sérgio Abranches ao comentar a frequência das intervenções do Supremo no jogo político, aponta o fato de a intervenção do Judiciário em questões políticas ter se tornado rotina no Brasil, de modo que

(...) no nosso modelo político, o conflito entre Executivo e Legislativo é comum e decorre da instabilidade das coalizões, principalmente se o sistema partidário é muito fragmentado. O presidencialismo de coalizão é bastante afetado pela mudança nos humores dos partidos na coalizão<sup>99</sup>.

Nos casos analisados, ambos os mandados de segurança foram impetrados por partidos (PPS e REDE) que, à época, não compunham as respectivas coalizões<sup>100</sup> governistas e parecem decorrer do fato de que tais atores políticos passaram a enxergar o STF como mais uma arena do jogo político, à qual podem recorrer quando derrotados no embate político ordinário. Oscar Vilhena aponta alguns dados empíricos sobre o uso de medidas judiciais, por parte da oposição, junto ao STF para contestar atos do governo no contexto pós- CF/88: (1) no governo FHC -1995 a 2002-, o PT ajuizou 140 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), enquanto durante as gestões Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2016), ajuizou apenas 9 ADI's; (2) já o PSDB e o DEM, partidos de oposição durante os governos petistas, ajuizaram juntos no respectivo período (2003-2016), 116 ADI's - enquanto no período FHC (quando o DEM era o antigo PFL e também compunha a base do governo tucano) as ADI's ajuizadas totalizaram 6 ações<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Checks and balances among the different branches of government are often said to be essential to the successful constitutional self-government of a state, particularly with a view to sustaining the conditions of a free government, in contrast to some form of tyranny or despotism. The point is that each branch of government should be checked and controlled by another, or should contain internal checking practices, or both (MACCORMICK, Neil; *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, p.43, 2007).

<sup>99</sup> (ABRANCHES, p.365, 2018).

<sup>100</sup> O conceito de coalizão designa aquilo que Sérgio Abranches como "uma espécie de acordo prévio, pelo qual os partidos se dispõem a apoiar os projetos do Executivo, sob determinadas condições, a serem negociadas no momento da discussão e votação de cada um. Nunca é uma delegação de poderes. Nem é um voto de confiança num programa de governo que levaria à aprovação das medidas nele previstas" (ABRANCHES, p.77, 2018).

<sup>101</sup> (VILHENA, p. 172, 2018).

Na dinâmica do presidencialismo de coalizão brasileiro é comum - e tal fato não constitui, por si só, nenhuma ilegalidade - que Ministérios e cargos de livre nomeação sejam distribuídos entre os partidos da base aliada como meio de assegurar apoio aos projetos de governo do Executivo. José Carlos Francisco<sup>102</sup> ao comentar tal aspecto aponta para o fato desse fenômeno não ser exclusivo do Brasil, uma vez que se verificam em vários países com sistemas presidencialistas ou parlamentaristas. Ao comentar o artigo 87 da CF/88 (acerca da nomeação de Ministros de Estado), Francisco assinala que <sup>103</sup>

Considerando que a nomeação e a exoneração dos Ministros de Estado são atribuições privativas do Presidente da República, essas coalizões ou loteamentos não podem ser impugnadas juridicamente (desde que observados os requisitos formais para a indicação e exoneração), mesmo porque pertencem ao campo da ciência política, pela qual o comportamento do Presidente da República pode ser avaliado.

Aqui parece estar implícita uma distinção entre os (1) atos administrativos da Presidência da República, de caráter essencialmente jurídico, e (2) atos de governança, tais como a nomeação de Ministros - que conforme apontado acima, possuem um papel fundamental no presidencialismo brasileiro. Dessa forma, não se defende, aqui, que o controle judicial de atos do Executivo seja impossível, mas, sim, que este deve se ater a aspectos formais e, excepcionalmente, ao mérito quando a matéria versar sobre atos de governança. Aplicando esse argumento às decisões analisadas, deveriam os Ministros terem limitado a realizar, primordialmente, os requisitos formais do artigo 87, quais sejam, (i) a necessidade de o nomeado ser maior de vinte um anos e (ii) estar no pleno exercício dos direitos políticos. Uma análise de eventual ofensa a princípios administrativos, tais como da "moralidade administrativa<sup>104</sup>", o controle judicial do mérito dos atos deveria se dar em caráter extraordinário, restringindo eventuais excessos da parte da Presidência da República<sup>105</sup> - e não de forma trivial.

---

<sup>102</sup> FRANCISCO, José Carlos; in CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.); Comentários à Constituição do Brasil; p. 1165; São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

<sup>103</sup> (FRANCISCO, in CANOTILHO et al; p.1166 ; 2013)

<sup>104</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>105</sup> (FRANCISCO, in CANOTILHO et al; p.1161-62 ; 2013).

Um último aspecto passível de crítica na atuação do Supremo é o fator temporal das decisões da Corte, isto é, o problema de questões constitucionais importantes não serem pautadas para julgamento em tempo hábil - ou pior, não serem pautadas nunca. Esse aspecto, se observado em uma perspectiva mais ampla (o que está além das pretensões deste trabalho), conduzirá ao problema dos pedidos de vista requeridos por Ministros e que acabam por adiar, indefinidamente, a decisão do plenário sobre algum tema. Sob o pretexto, *a priori*, justificado de conceder ao julgador mais tempo para análise de um tema complexo, o pedido de vista acaba por servir como uma arma processual informal de suspender, por prazo indeterminado, a decisão do Tribunal. Embora o Regimento Interno do STF (RISTF) determine que o prazo do pedido de vista seja de vinte dias, tal prazo costuma ser ignorado pelos Ministros. Segundo pesquisa realizada pela FGV Direito Rio<sup>106</sup>, entre 1998 e 2013, houveram pedidos de vista em 2,2% dos julgamentos no STF. Desse montante, em 22% dos casos o processo foi devolvido no prazo regimental. Nos demais processos que não observaram o prazo, a média de demora de cada vista foi de 443 dias. A partir dessa ausência de controle sobre o tempo decisório do Supremo, Diego Werneck Arguelhes e Ivar Hartmann<sup>107</sup> apontam que "um projeto que conceda a um tribunal o poder de esperar indefinidamente (sem dizer nada sobre um caso) pode suscitar uma série de preocupações de legitimidade no âmbito da esfera pública, ao passo que concede excessivo poder a um único Ministro de interferir no processo deliberativo do Tribunal.

Apesar de nos casos analisados não ter havido pedidos de vista - afinal, trataram-se de decisões monocráticas dos Ministros Relatores -, há uma semelhança com o problema presente nos pedidos de vista: o *silêncio* do Supremo, isto é, a ausência de manifestação definitiva do plenário da Corte sobre o tema suscitado. Thomaz Pereira ao comentar o MS 34.070/DF sintetiza o problema colocado:

A nomeação do ex-presidente Lula foi, para alguns, a última cartada política para salvar o governo Dilma. Para outros, uma manobra para evitar que as denúncias contra ele fossem julgadas pelo juiz Sérgio Moro. Os livros de

---

<sup>106</sup> FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar; III Relatório Supremo em Números : o Supremo e o tempo; Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014.

<sup>107</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing Control Without Docket Control: How individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. Trabalho apresentado no Stanford International Junior Faculty Forum, Faculdade de Direito da Universidade Stanford (EUA), pp. 10-11, Outubro de 2017.

história talvez registrem a decisiva suspensão de sua nomeação por uma liminar do ministro Gilmar Mendes. Os livros de direito constitucional, porém, nunca poderão dizer se a liminar representava ou não o entendimento do Supremo<sup>108</sup>.

Após o recebimento da denúncia, afastamento e posterior impeachment da Presidente Dilma Rousseff, o ato da nomeação de Lula para a Casa Civil - impugnado pelo MS 34.070/DF - deixou de existir, de modo que o Ministro Gilmar Mendes declarou a perda do objeto do Mando de Segurança. À época, existiam as já citadas ADPF 390 e 391, ambas de relatoria do Ministro Teori Zavascki e indeferidas liminarmente sob o argumento de que, em vista da subsidiariedade da ação de controle abstrato de constitucionalidade (devido à existência de mandado de segurança impugnando o ato), esta não seria a via adequada. Assim, chegou-se à inusitada situação em que:

A ação que questionava o ato específico perdeu o objeto, a ação que discutia a tese em abstrato foi indeferida por ser subsidiária às ações que perderam o objeto e, com isso, a decisão que impediu a posse de Lula desapareceu do mundo jurídico sem nunca ser discutida pelo plenário do Supremo. Existiu apenas pelo tempo suficiente para gerar seus efeitos, no direito e na política, subsistindo agora apenas na história. (PEREIRA in Falcão et al, p. 175, 2017).

Em vista desse cenário, é forçoso não concluir que, no MS 34.070/DF, não houve um deliberado cálculo político por parte do Ministro Gilmar Mendes, bem como do plenário (ao não analisar as ADPF 390e 391) - o que parece ser reforçado quando se observa o momento em que a decisão monocrática foi tomada por Mendes: uma sexta-feira, véspera de uma semana com feriado prolongado na qual o Ministro viajaria ao exterior para compromisso acadêmico. Dessa forma, levariam ao menos duas semanas para que o plenário pudesse se manifestar – se o ministro Mendes tivesse solicitado a inclusão imediata do processo em pauta (o que não ocorreu)<sup>109</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes chegou a submeter a liminar ao plenário, porém, uma vez mais se destaca o *timing* político da submissão ao plenário: alguns dias após a Câmara dos Deputados votar a abertura do impeachment. Apesar disso, os

---

<sup>108</sup> FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo; p. 175, Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito : FGV Direito Rio, 2017.

<sup>109</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim. Onze Supremos: todos contra o plenário; disponível em <<https://www.jota.info/especiais/onze-supremos-todos-contra-o-plenario-01022017>>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

Ministros decidiram por aguardar o julgamento conjunto das ADPF's 390 e 391, que, por sua vez, foram indeferidas sob o argumento de inadequação. Quanto ao MS 34.609/DF, este também não foi submetido ao plenário - e dado o encerramento do governo do Presidente Temer, não há razões para acreditar que será submetido, por, assim como no caso Lula, ter perdido o objeto.

Opções procedimentais à parte, o efeito institucional em ambos os casos foi o mesmo: até o presente momento, não se sabe o posicionamento do STF sobre questões constitucionalmente importantes, como: (1) se Lula e Moreira Franco poderiam ter sido nomeados aos respectivos cargos ou se haveria desvio de finalidade em suas respectivas nomeações; (2) se seria possível (e legítimo) ao STF interferir no Poder Executivo e anular atos de governança política do Presidente da República; (3) se o precedente fixado no RE 196.184/AM, quanto à legitimidade *ad causam* de partidos políticos para impetrar Mandado de Segurança Coletivo para tutelar direitos difusos, poderia ser revisto.



#### 4. STF: um poder moderador ou "tensionador"?

A inserção do Supremo em temas do cotidiano político é capaz de gerar certo desgaste na autoridade da Corte, na medida em que, diferentemente da característica típica da arena política, o Judiciário em suas decisões fatalmente irá beneficiar um dos lados da contenda. Abranches ao comentar essa consequência do fenômeno da judicialização aponta que

Numa situação de contencioso, [os Ministros] decidem no mérito quem ganha e quem perde. É o que chamamos de solução soma zero. Uma das partes ganha e outra perde a disputa. Na política, o que se busca o mais das vezes é uma solução ganha-ganha, na qual cada uma das partes cede para se chegar a uma decisão em que todas têm seu interesse satisfeito em alguma medida. A busca da solução mediana não se enquadra nos procedimentos judiciais. Ao decidir quem ganha e quem perde em questões estritamente políticas o STF interfere no curso, na substância e, eventualmente, no resultado do conflito político.<sup>110</sup>

A expressão “poder tensionador”, utilizada por Conrado Hubner Mendes<sup>111</sup> para caracterizar a dificuldade do Supremo Tribunal Federal em atuar como um moderador dos conflitos políticos - atuando, antes, como mais um ator a gerar instabilidade política –, faz com que sua performance se desdobre em um fator que coloca em risco a segurança, previsibilidade e manutenção do Estado de Direito<sup>112</sup>. O STF, em casos como os dois Mandados de Segurança analisados neste trabalho, acaba por aguçar as crises políticas que ele tem por missão institucional evitar.

Essa atuação é agravada pelo excessivo emprego de decisões de caráter monocrático, com prejuízo para a autoridade da Corte. Um exemplo da erosão da autoridade da Corte, como exposto por Thomas Bustamante e Graça Freitas<sup>113</sup>, é o ocorrido após a decisão, em caráter liminar e monocrático proferida em dezembro de 2016 no âmbito da ADPF 402 (Rel. Min. Marco Aurélio), em que a Mesa Diretora do

---

<sup>110</sup> (ABRANCHES, pp.367-68, 2018).

<sup>111</sup> MENDES, Conrado Hübner; Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP ;in<<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.html>>; publicado em 28 de janeiro de 2018; Acesso em 16 set. 2019.

<sup>112</sup> BUSTAMANTE, Thomas; FREITAS, G. M. B; Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 - Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF; CADERNOS ADENAUER (SÃO PAULO), v. 1/2017, p. 196, 2017.

<sup>113</sup> (BUSTAMANTE, FREITAS, p.211, 2017).

Senado Federal descumpriu decisão do Relator de afastar o então Presidente da Casa, o Senador Renan Calheiros (MDB/AL), sob o fundamento de que o entendimento<sup>114</sup> do plenário era de que réus não poderiam ocupar cargos que estivessem na linha sucessória da Presidência da República (Calheiros, à época, era réu em processos de natureza criminal, acusado de peculato por, supostamente, ter desviado verbas de gabinete para custear pensão alimentícia de uma filha). O Tribunal diante da atípica situação de descumprimento de ordem judicial – o episódio chegou ao ponto de Calheiros recusar-se a receber a notificação do afastamento -, se viu, então, obrigado, a realizar uma sessão extraordinária para revogar a decisão monocrática proferida pelo Relator e evitar maiores constrangimentos institucionais.

Na sessão que analisou a decisão liminar proferida pelo Relator, prevaleceu o voto divergente do decano da Corte, o Ministro Celso de Mello, no sentido de restringir os efeitos da liminar para impedir o exercício temporário da Presidência da República por quem figure como réu em ação penal no STF, sem, contudo, afastar o senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. O decano fundamentou seu voto nos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes, e argumentou que, naquele caso concreto, não haveria urgência para o afastamento do Senador alagoano, porque a sucessão imediata do presidente da República dar-se-ia em favor do Presidente da Câmara dos Deputados. Mello esclareceu, ainda, que seu voto proferido no julgamento de mérito na ADPF 402 apenas apontava para a impossibilidade de que os substitutos eventuais do Presidente da República, caso figurassem na posição de réus criminais perante o Supremo, de exercerem a Presidência da República, sem, contudo, estarem impedidos de presidirem suas respectivas Casas legislativas. Na prática, a decisão serviu como uma solução intermediária para a crise institucional gerada pela decisão monocrática do Relator. Entretanto, o desgaste havia sido feito: além da tensão entre os dois Poderes (Legislativo e Judiciário), houve, uma vez mais, casos semelhantes decididos de

---

<sup>114</sup> Anteriormente, o STF havia decidido, no âmbito da Ação Cautelar 4.070/DF (Rel, Min. Teori Zavascki) e de forma colegiada, que réus não poderiam ocupar a linha sucessória da Presidência República, o que gerou a suspensão de Eduardo Cunha (PMDB-RJ) do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de presidente da Câmara dos Deputados. O julgamento da ADPF 402, iniciado em 03 de novembro 2016, foi suspenso por pedido de vista do ministro Dias Toffoli, quando cinco ministros já haviam acompanhando o relator no sentido da procedência da ação. A decisão do Ministro Marco Aurélio se deu durante o prazo de vista requerido por Toffoli.

forma distinta – tomando como precedente o afastamento de Cunha da Presidência da Câmara -, com forte influência do (e no) momento político.

Essa incerteza decisória faz com que a expressão “jurisprudência do STF” subsista, muitas vezes, como licença poética, como critica Conrado Hubner Mendes.<sup>115</sup>A seguir, se expõe, brevemente, alguns aspectos apontados por pesquisadores que visam compreender os mecanismos geradores de instabilidade político-jurídica do STF – que, direta ou indiretamente, estão presentes nos casos analisados neste trabalho.

#### **4.1 Da “Supremocracia” à “Ministrocracia”:** elementos para crítica

O conceito de "Supremocracia" foi cunhado por Oscar Vilhena Vieira em 2008<sup>116</sup> para caracterizar o papel institucional ocupado pelo Supremo Tribunal Federal, papel esse que, na visão do autor, concederia à Corte um poder sem precedentes para dar a última palavra sobre decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso rol de temas de natureza política, econômica, moral e social - até mesmo emendas constitucionais. Segundo Vieira, para além do extenso e exaustivo texto constitucional, o poder do Supremo teria aumentado com algumas mudanças legislativas, tais como (i) a Lei 9.868/99 e a Lei 9.882/99, que regulamentaram, respectivamente, as ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental; e, ainda, a (ii) Emenda Constitucional nº 45/, promulgada em 2004 e que concedeu, dentre outros aspectos, a possibilidade do STF de editar súmulas de caráter vinculante a todo o Poder Judiciário e à Administração Pública (direta e indireta). Tais fatos tornaram o STF uma corte constitucional singular em termos comparativos com demais cortes ao redor do mundo. Vieira aponta que o conceito de "Supremocracia" tem um duplo sentido: (1) em um primeiro sentido, o termo refere-

---

<sup>115</sup> (MENDES, 2019).

<sup>116</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena; Supremocracia; Revista DIREITO GV, v. 4, nº 2, pp. 441-464, julho/dezembro, 2008.

se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário, ressaltada com a EC 45/2004 e a criação da Súmula Vinculante:

Assim, supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar juridicamente (rule) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o “s” minúsculo do adjetivo vale mais que o “S” maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República<sup>117</sup>.

Em um (2) segundo sentido, o termo "Supremocracia" refere-se à crescente expansão do STF em detrimento dos demais poderes - ideia essa que embora tenha raízes no Império (com a necessidade de substituir o poder moderador do Imperador por uma Corte Constitucional aos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos, como referido em seção anterior deste trabalho) e na Primeira República, apenas viria a ser concretizada com a CF/88 e, desde então, assinala Vilhena, tem aumentado:

Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias<sup>118</sup>.

Seguindo a conceituação proposta por Vieira, é possível inferir ao menos duas ideias: (1) a expansão dos poderes do Supremo decorre, primordialmente, de certas escolhas constitucionais, legislativas tomadas após a redemocratização; e (2) que o poder é exercido pelo Tribunal - enquanto órgão judicial colegiado. Contudo, o conceito, apesar de útil para explicar a tensão relativa à clássica (e já referida) ideia de separação de poderes no contexto brasileiro, parece não mais dar conta de explicar a forma de atuação do Supremo nos anos recentes, atuação essa marcada pela ação individual de ministros - como nos casos analisados neste trabalho -, em que percebe-se um esvaziamento da deliberação em plenário.

Em reação a essa tensão entre a ação institucional e o comportamento individual dos Ministros do STF, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano

---

<sup>117</sup> (VILHENA, p. 445, 2008).

<sup>118</sup> (VILHENA, p. 445, 2008).

Ribeiro<sup>119</sup> sugeriram um novo conceito para explicar essa mudança de panorama: "Ministrocracia". Os autores apontam que entre 2010 e 2017 o STF emitiu 20.830 decisões sobre liminares provisórias individuais - uma média de 2.603 (260 por Ministro) por ano. No mesmo período, o plenário e duas câmaras combinadas decidiram menos de 180 liminares provisórias<sup>120</sup>, o que evidencia o monocratismo prevalente no Supremo atual.

O argumento de Arguelhes e Ribeiro trata da atuação individual dos ministros do STF e, segundo os autores, é possível verificar a existência de poderes individuais - formais e informais - dos Ministros para influenciar o processo político de pelo menos três modos : (a) quando antecipam suas posições na imprensa sobre temas da pauta judicial e política que consideram importantes; (b) em pedidos de vista como controle individual da agenda da Corte; e (c) em decisões monocráticas e na promoção de uma "jurisprudência pessoal".

As antecipações de posições na imprensa sobre temas da pauta judicial e política por parte dos Ministro não é uma postura assumida por todos os integrantes da Corte e não cabe, aqui, realizar um inventário dos posicionamentos na mídia sobre essas manifestações públicas - antes, apenas se direciona um olhar para os casos analisados. Enquanto o Ministro Celso de Mello limitou-se a manifestar-se nos autos do processo, por outro lado, no "caso Lula", houve manifestação prévia do Ministro Gilmar Mendes no dia 16/03/2016, que em entrevista coletiva antes de uma sessão do Tribunal fez declarações de indignação com a nomeação do ex-presidente à Casa Civil, bem como indicou que o Supremo poderia se debruçar sobre o caso:

Vamos analisar. É um assunto digno de preocupação para o tribunal. Imagine os senhores que daqui a pouco a presidente da República decida nomear um desses empreiteiros que está preso lá em Curitiba como ministro dos Transportes ou da Infraestrutura. Nós passamos a ter uma interferência muito grave no processo criminal", opinou Gilmar Mendes ao chegar para sessão do STF<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; *Ministrocracia: O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro*; Revista Novos Estudos, pp. 13-32, Edição 110 - Volume V.37 - N.1 - jan. - abr. 2018.

<sup>120</sup> (ARGUELHES, RIBEIRO; p. 250; 2018).

<sup>121</sup> PASSARINHO, Nathalia; Gilmar diz que nomeação de Lula é fuga da Lava Jato e deixa o STF 'mal'; G1, 2016; Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/mendes-compara-idade-lula-para-ministerio-nomeacao-de-empreiteiro.html>>; Acesso em 08 de nov. 2019.

O Ministro ainda comentou "É preciso "muita desfaçatez para tentar manipular as instituições desta forma. É preciso ter perdido o limite que distingue instituições de barbárie". Como já apontado anteriormente, logo após a nomeação de Lula surgiram ações judiciais a impugnando em diferente instâncias judiciais, ou seja, o Ministro sabia que - dada a estrutura hierárquica do sistema recursal brasileiro e, principalmente, com o envolvimento da Presidência da República no polo passivo das ações, o caso certamente chegaria para análise do Supremo. Dois dias depois das declarações, o PPS impetra o Mandado de Segurança Coletivo e o Ministro Gilmar Mendes é sorteado relator. Em nenhum momento ele levanta a hipótese de suspeição para apreciar o caso (em vista da exteriorização de suas opiniões acerca da nomeação) e, logo após, decide de forma monocrática e suspende a nomeação de Lula. Apesar da proibição imposta pela Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura), que em seu artigo 36, III, veda<sup>122</sup> a manifestação dos magistrados acerca de processos pendentes em curso - de sua competência ou de outro juiz ou Tribunal -, o Ministro não viu nenhuma anormalidade em indicar publicamente como poderia vir a decidir no futuro. Arguelhes e Ribeiro apontam para a regularidade de tal comportamento:

Contudo, de forma geral, é tão frequente e aparentemente pouco custoso para os outros ministros falar na imprensa sobre casos pendentes que podemos considerar que o poder de sinalização é alocado de forma descentralizada a todos os membros do tribunal (...) trata-se de um poder discricionário, à disposição de todos os ministros, sujeito basicamente a estilos, inclinações, estratégias e cautelas (ou ousadias) individuais.<sup>123</sup>

Em relação aos (b) pedidos de vista como controle individual da agenda da Corte e Arguelhes e Ribeiro em outro artigo intitulado "The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and the implications for constitutional theory<sup>124</sup>", mostram que:

(...) cada Ministro possui um poder de veto que pode ser ativado a qualquer momento: ele pode solicitar que o julgamento seja interrompido e os autos

---

<sup>122</sup> Art. 36 - É vedado ao magistrado:

(...)

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

<sup>123</sup> (ARGUELHES, RIBEIRO; p.22; 2018).

<sup>124</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; "The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and the implications for constitutional theory", in Global Constitutionalism, vol. 7, num 2, pp. 236-262, 2018.

do caso sejam enviados ao seu gabinete para estudo adicional ('pedido de vista', ou simplesmente 'vista'). Embora as regras de procedimento do tribunal limitem essas "vistas" a algumas semanas, elas duram mais de um ano, em média, com algumas durando uma década ou mais. Não há um mecanismo institucional para forçar o processo a ser devolvido para julgamento.<sup>125</sup>

Em ambos os casos em análise, não houveram pedidos de vista. Contudo, é possível identificar a presença do mesmo vício presente nesse poder de veto individual: o *silêncio* do Supremo, isto é, a ausência de uma decisão colegiada acerca de uma questão constitucional sensível, já que tanto no MS 34.070/DF, quanto no MS 34.609/DF, após as decisões liminares, o plenário não apreciou os casos. Traçar relações de causalidade com exatidão é uma tarefa árdua, mas parece correto inferir que a opção de *não decidir*, isto é, referendar ou não as decisões liminares (apreciando os problemas elencados no capítulo anterior), funcionou como um fator diferencial nos respectivos momentos políticos.

Quanto às (c) decisões monocráticas e à promoção de uma "jurisprudência pessoal, Arguelhes e Ribeiro buscam mostrar que a tradicional distinção entre decisões liminares e definitivas já não é capaz de dar conta da atuação monocratismo:

Dessa maneira, as decisões supostamente provisórias tornam-se finais na prática, mesmo em casos de alto risco nos quais a imprensa, a comunidade jurídica, os políticos e o restante da corte estavam prestando muita atenção. As decisões individuais são incluídas no sistema como um mecanismo para proteger e garantir, em caso de emergência, a possibilidade do tribunal plenário de tomar uma decisão antes que danos irreparáveis sejam causados. Na prática, no entanto, elas podem ser usadas com o objetivo oposto: tomar uma decisão individual e impedir que o tribunal plenário tenha uma opinião sobre o assunto, ou pelo menos garantir que o tribunal plenário terá que decidir quando o *status quo* será já foi transformado na direção desejada pelo juiz individual.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> (...) individual justice holds a veto power that can be activated at any time: she can request for the judgment to be halted, and the case files to be sent to her chamber for further study ('pedido de vista', or simply 'vista'). Although the court's rules of procedure limit such 'vistas' to a few weeks, they last more than one year on average, with some lasting for a decade or more. There is no institutional mechanism to force the case to be sent back for judgment (ARGUELHES, RIBEIRO; p. 248; 2018).

<sup>126</sup> In this fashion, supposedly provisional rulings become final in practice, even in high-stakes cases to which the press, the legal community, politicians, and the rest of the court were paying close attention. (...) Individual rulings are included in the system as a mechanism to protect and guarantee, in an emergency, the plenary court's possibility of making a decision before irreparable harm is done. In practice, however, they can be used for the opposite purpose: to make an individual decision and prevent the plenary court from having a say on the issue, or at least to guarantee that the plenary court will have to decide when the status quo has already been transformed in the direction desired by the individual judge (ARGUELHES, RIBEIRO; p. 252; 2018).

Nesse cenário, com o crescente número de decisões liminares e monocráticas, o plenário da Corte - em tese, o órgão responsável por realizar o controle do poder individual de cada Ministro -, acaba por tornar-se refém do poder individual do Relator, na medida em que este pode impedir (ou, ao menos, postergar) que, em casos de recurso ao plenário, o processo esteja disponível para apreciação coletiva, conforme disposição do Regimento Interno do STF<sup>127</sup>. Assim, ao manter o caso distante do julgamento do plenário (ou da Turma)

(...) o relator que deu a liminar individual pode impedir qualquer risco de revogação, seja diretamente (bloqueando a possibilidade de decisão, evitando o plenário) ou indiretamente (criando fatos consumados que aumentarão muito os custos de reverter sua liminar, emparedando o plenário). (...) Ministros decidem individualmente, e ministro decide individualmente se e quando poderá haver decisão colegiada sobre sua decisão individual: esse “loop” entre poder de agenda e poder de decisão individual tem sido decisivo para entender a atuação do STF na política brasileira, muito além das situações “excepcionais” previstas na legislação.<sup>128</sup>.

Dessa forma, as hipóteses de atuação monocrática<sup>129</sup> acabam por tornar-se a regra. No MS 34.070/DF, aconteceu algo semelhante ao descrito acima: O Ministro Gilmar Mendes suspende a nomeação em 18 de março e viria a liberar o caso para apreciação do plenário apenas após o afastamento da Presidente Dilma Rousseff do cargo, devido à admissibilidade do processo de Impeachment pela Câmara dos Deputados.

Apesar da crítica à excessiva atuação individual dos Ministros, não se trata de defender uma posição, sem dúvidas ingênua (e talvez humanamente impossível), de que todas as decisões do Supremo devessem ser colegiadas, afinal, o Tribunal decide milhares de casos por ano - segundo aponta Vieira, em 2017, o STF recebeu 96.235 novos processos para julgamento<sup>130</sup>. Trata-se, na verdade, de apontar para

---

<sup>127</sup> Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

iv – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

<sup>128</sup> (ARGUELHES, RIBEIRO; pp. 24-25; 2018).

<sup>129</sup> Em síntese, são três as hipóteses que autorizam a atuação monocrática: (a) refletem a mera reiteração, em um caso novo, de entendimentos e interpretações já consolidados na jurisprudência do tribunal; (b) a petição apresenta problemas processuais que impossibilitam qualquer decisão judicial sobre o mérito; (c) quando o Ministro pode até formar seu juízo de forma independente, em caso de urgência, mas deve levar a medida para apreciação posterior do Plenário ou da respectiva Câmara (ARGUELHES, RIBEIRO; p. 138; 2015).

<sup>130</sup> (VIEIRA, p. 173, 2018).



uma necessidade de uma autoconexão dos Ministros no momento de decidir questões políticas sensíveis (o que, por óbvio, levanta problemas de identificação de quais seriam as questões políticas sensíveis), daquilo que Conrado Hubner Mendes chamou de "um pacto pelo respeito ao plenário, pois a colegialidade começa pela valorização da instituição acima dos ministros" e "um pacto pela discricção judicial e pela compostura fora dos autos, pois a liberdade de expressão de juizes está sujeita a restrições especiais em nome da instituição"<sup>131</sup>.

## 4.2 Um pouco de filosofia política para o STF...

Estabelecer um conceito de democracia que seja capaz de (i) abarcar contribuições de variadas tradições da Teoria Política, ao mesmo tempo em que (ii) adapta-se às práticas sociais e institucionais de uma determinada sociedade é uma tarefa árdua. Como este trabalho não possui maiores ambições, descritivas ou prescritivas, no campo político, opta-se por adotar uma perspectiva de democracia que parece se aproximar das condições existentes em democracias constitucionais contemporâneas, como o proposto por Robert Dahl, em que, em maior ou menor grau, estão presentes os seguintes aspectos:

(1) Funcionários eleitos: os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais; (2) Eleições livres e justas: os funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara; (3) Sufrágio inclusivo: praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição dos funcionários do governo; (4) direito de concorrer a cargos eletivos: praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio; (5) Liberdade de expressão: os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante; (6) Informação alternativa: os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei; e (7) Autonomia associativa: para alcançar seus vários direitos, inclusive aqueles relacionados acima, os cidadãos também têm o direito de

---

<sup>131</sup> MENDES, Conrado Hübner; Uma proposta com dez medidas elementares de ética para o STF; disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/02/uma-proposta-com-dez-medidas-elementares-de-etica-para-o-stf.shtml>>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse.<sup>132</sup>

O conceito de Dahl, que envolve uma maior teorização sobre as exigências feitas pelo conceito de democracia e a tensão com as práticas democráticas reais (que costumam estar distantes dos modelos teóricos formulados pela Filosofia Política normativa), não esgota a reflexão sobre qual é a matriz política mais valorosa e, aqui, serve apenas para apontar alguns indicadores mínimos de democracia em sociedades reais.

Neste trabalho, apresentados os aspectos fáticos acima como caracterizadores de uma democracia, assume-se uma postura, grosso modo, liberal quanto à teoria política. Aqui, pode ocorrer um problema, na medida em que a tradição política do liberalismo envolve uma diversidade de autores e de teses relacionadas à liberdade, igualdade, direitos, neutralidade estatal etc. À parte dessa discussão, um insight fundamental da tradição liberal, como defendido por Jeremy Waldron<sup>133</sup>, é uma visão a respeito da justificação dos arranjos sociais, e que essa visão é capaz de ajudar a compreender algumas das diferenças e semelhanças entre o liberalismo e outras ideologias. Waldron argumenta que os liberais estão comprometidos com uma concepção de liberdade e respeito pela agência e capacidades individuais de homens e mulheres, e que esse comprometimento exige que todos os aspectos da ordem social devam ser aceitáveis, ou possam ser aceitáveis, para cada um dos indivíduos em questão<sup>134</sup>.

Desse modo, realizando um recorte na amplitude do argumento de Waldron, tem-se que: se o fator distintivo do liberalismo é constante necessidade de justificação da ordem social - não sendo possível uma justificação *a priori* ou uma legitimação pela tradição -, pode-se inferir que uma instituição, como uma Suprema Corte, também deva ser justificada. Assim, Brian Leiter e Jules Coleman apontam que

O [conceito] de liberalismo pode referir-se a um conjunto de instituições e de práticas políticas e jurídicas e a uma teoria filosófica normativa das condições que devem ser satisfeitas para que certos aspectos de nossas

---

<sup>132</sup> DAHL, Robert A.; A democracia e seus críticos; 1ª ed.; pp.350-351; São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>133</sup> WALDRON, Jeremy. Os fundamentos Teóricos do Liberalismo; Leviathan: Cadernos de Pesquisa Política; N. 5, pp. 102-132; São Paulo, 2012.

<sup>134</sup> (WALDRON, p. 104, 2012).

práticas, por exemplo a prestação jurisdicional ou a coerção, possam ser justificados<sup>135</sup>.

Porém, diferente de justificar a existência de uma instituição social - em que se pode lançar mão de razões de todo tipo, inclusive, de natureza consequencialista -, justificar uma prática dentro de uma instituição social é um procedimento que não permite apelo à razões de qualquer tipo. Pode-se pensar em uma instituição que seja planejada para decidir de acordo com padrões diversos, como a preferência da maioria ou a minimização do sofrimento da minoria, por exemplo. Como também se pode planejar uma instituição para decidir segundo a interpretação de regras pré-estabelecidas, indiferente aos anseios das majorias. Seja qual for o plano institucional adotado, o desenho de uma instituição, como defendido por Diego Werneck Arguelhes<sup>136</sup>, "é um indicador das expectativas que temos com relação ao papel que ela deve cumprir; esse papel pode ser múltiplo, mas não tão ampliado a ponto de englobar qualquer tarefa possível"<sup>137</sup>.

Essa teleologia institucional quando direcionada à uma Suprema Corte - especificamente ao STF-, leva a conclusão de que o desenho institucional do Supremo é marcado por alguns aspectos (apontados no segundo capítulo do trabalho, nas três funções cumuladas pelo Tribunal), dentre os quais o de atuar como guardião da Constituição se destaca. O papel de guarda da Constituição demanda que a autoridade do Tribunal esteja (i) justificada e (ii) estabilizada. Quanto a (i), a justificação se dá a partir da própria vontade constituinte, que legitimou o exercício do poder de guarda a CF/88; já em relação à (ii) estabilização da autoridade, esta é uma tarefa mais complexa - exige que o Tribunal desempenhe seu papel segundo certos padrões normativos -, além de permanecer constantemente exposta à prova. Sobre o segundo ponto, Oscar Vilhena Vieira, em artigo em que demonstra sua preocupação com a autoridade do Supremo, indica esta

(...) apenas se consolida/estabiliza na medida em que o tribunal se demonstre persistente e consistentemente capaz de realizar a sua atribuição de forma imparcial, colegiada e dentro de elevados e rigorosos

---

<sup>135</sup> COLEMAN, Jules; LEITER, Brian; in MARMOR, Andrei (org); Direito e Interpretação; p. 313; 1ª ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>136</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra; in VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs); A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, pp. 81-107, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

<sup>137</sup> (ARGUELHES in VIEIRA, GLEZER; p. 83; 2017).

padrões de interpretação e aplicação do Direito. Autoridade, portanto, não deriva da popularidade. Quando uma Corte deixa de aplicar o Direito com imparcialidade ou com rigor jurídico, ela coloca em risco sua autoridade<sup>138</sup>.

Sem a pretensão de formular uma tese sobre qual o papel<sup>139</sup> de uma Suprema Corte e seus limites institucionais de atuação, limita-se a sustentar que o processo decisório do STF deve ser pautado por aquilo que John Rawls<sup>140</sup> chamou de razões públicas. Segundo Rawls, a razão pública é pública de três maneiras:

[i] como a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; [ii] seu objeto é o bem do público, além de questões de justiça fundamental; [iii] e sua natureza e seu conteúdo são públicos, uma vez que são determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade e são conduzidos à vista de todos sobre essa base<sup>141</sup>.

O conceito de razão pública na teoria rawlsiana está relacionado à tentativa de justificar os princípios fundamentais<sup>142</sup> da estrutura básica de uma sociedade bem ordenada – uma concepção política de justiça, com uma radicalização do aspecto de justificação pública (uso público da razão) na fundamentação dos princípios de justiça. Tal conceito, como apontado por Roberto Gargarella, sugere “qual tipo de razões pode-se recorrer, e a qual tipo de razões não se pode recorrer, quando se pretendem, por exemplo, apoiar determinada lei ou interpretar a constituição de certo modo”<sup>143</sup>. Por esse ângulo, Rawls opera uma distinção entre o modo como o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos comuns e o modo como se aplica às diferentes autoridades do Estado (como parlamentares, administradores

---

<sup>138</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena; Por que me preocupo com a autoridade do Supremo Tribunal Federal; 11 de jan. de 2019; disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me-preocupo-autoridade-stf>>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

<sup>139</sup> Para uma breve reflexão sobre os papéis de uma Suprema Corte, conferir o texto de Thomaz H. Pereira intitulado "Quais funções um Tribunal Constitucional deve desempenhar?", referenciado ao final deste trabalho.

<sup>140</sup> RAWLS, John; O Liberalismo Político; 1ªed.; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

<sup>141</sup> (RAWLS, p.251, 2011).

<sup>142</sup> Segundo Rawls, os elementos constitucionais essenciais de uma concepção política de justiça para uma sociedade liberal democrática são os seguintes: (a) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria; (b) os direitos e as liberdades fundamentais e iguais da cidadania que as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar, tais como o direito de voto e de participação na política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de Direito (RAWLS, p. 268, 2011).

<sup>143</sup> GARGARELLA, Roberto; As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política; 1ª ed.; p. 237; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

públicos e juízes). Quanto ao Judiciário, Rawls argumenta que o ideal de razão pública se aplica

(...) de maneira especial, sobretudo a um tribunal supremo em uma democracia constitucional na exista um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Isso acontece porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões com base no entendimento que têm da Constituição e das leis e precedente pertinentes<sup>144</sup>.

Essa especificidade do processo de justificação das decisões judiciais, com foco naquelas proferidas por uma Suprema Corte, faz com que Rawls aponte para esta como um caso exemplar do uso de razões públicas. Quanto a esse aspecto, Camilloto ressalta que os julgamento do Poder Judiciário, com ênfase no STF,

(...) devem ser pautados pelo uso de razões públicas para que o cidadão possa compreender tanto a forma de atuação quanto os motivos pelos quais decisões judiciais são proferidas. No primeiro caso (forma de atuação), o cidadão espera (ou deseja) que o STF aja como um Corte Constitucional no exercício da guarda da Constituição. A formação de uma decisão em âmbito colegiado pressupõe um debate sobre as questões jurídicas levadas ao conhecimento do órgão julgador de forma que todos os magistrados (no caso, ministros) possam formar seu convencimento juridicamente e contribuir para a formação da decisão coletiva<sup>145</sup>.

Assim, o conceito de razão pública tomada da obra de Rawls está ligado, fundamentalmente, à ideia de justificação dos provimentos judiciais - justificação esta que seria de natureza distinta daquela empregada por outras autoridades estatais devido à particularidade da argumentação jurídica. Na seções seguintes busca-se explicar o fator distintivo da justificação no Direito (logo, no Judiciário) e, posteriormente, direciona-se o argumento para a análise dos MS 34.070/DF e MS 34.609/DF.

### **4.3 ...e mais um pouco de Filosofia do Direito**

Na seção anterior, limitou-se a traçar uma premissa política, grosso modo, liberal democrática e relacioná-la ao conceito rawlsiano de razão pública, de modo que ambos servissem como elementos para a crítica. A seguir, se apresenta dois

---

<sup>144</sup> (RAWLS, p. 254, 2011).

<sup>145</sup> CAMILLOTO, Bruno; Direito, Democracia e Razão Pública; 1ª ed; pp; 214-15; Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

conceitos tradicionais da Teoria Analítica do Direito, *regra* e *autoridade*, a partir do pensamento de dois autores - Herbert L. A. Hart e Joseph Raz, respectivamente. Apesar de tais conceitos estarem relacionados às teses essencialmente descritivas sobre a natureza do Direito, busca-se, aqui, utilizá-las como um padrão normativo para a crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal nos casos examinados.

### 4.3.1 A importância conceitual da noção de *regra*

Em sua obra "O conceito de direito", Herbert L. A. Hart<sup>146</sup> opera uma importante distinção entre o (1) aspecto externo, entendido como o ponto de vista do observador que "(...) se contenta em registrar as regularidades do comportamento observável nas quais consiste parcialmente a obediência às normas, e a outras reações regulares aos desvios ou infrações das normas"<sup>147</sup>; e (2) aspecto interno do Direito, que permitira distinguir a existência de uma regra da existência de um hábito, consiste em uma "atitude crítico-reflexiva" diante de um padrão de conduta existente, reconhecendo um dever de observá-lo. Assim, uma regra seria constituída desses dois aspectos: há a necessidade da existência de um padrão observável de comportamento, porém este não é suficiente, sendo necessário um elemento de atitude entre os membros de um grupo. Lançando mão do exemplo hartiano dos motoristas que param seus automóveis nos semáforos, Neil MacCormick aponta que:

A regra pode ser enunciada nestes termos: "Os motoristas devem parar seus veículos ao encontrar um sinal vermelho". Dada essa atitude, o grupo em questão tem mais do que meramente um "hábito" compartilhado de parar ao encontrar um sinal vermelho, como talvez seus membros tenham um "hábito" de ter os rádios ligados ao parar no semáforo; o grupo tem uma regra.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> HART, Herbert L. A.; O conceito de direito; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>147</sup> (HART, p. 115, 2009).

<sup>148</sup> MACCORMICK, Neil; H. L. A. Hart; tradução de Cláudia Santana Martins; revisão técnica Carla Henriete Beviláqua; p. 49; Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Outra distinção decorrente da noção de hartiana de regra, é sobre (a) ser obrigado e (b) ter uma obrigação, com a chave para o entendimento situando-se no aspecto interno das regras. Utilizando o exemplo de um assaltante que obriga a atendente de caixa a entregar-lhe o dinheiro, nota-se que esta foi compelida a realizar tal ação, porém, não há uma regra (um padrão de comportamento que é socialmente reconhecido como obrigatório) que estabeleça esse dever - além de que se ela não obedecesse a ordem do assaltante, por mais que sua vida estivesse em risco, não representaria uma razão para a crítica pela negativa da ação. Ademais, mesmo que uma regra exista e seja descumprida, como no caso dos eleitores brasileiros que são legalmente obrigados a votar e não comparecem ao pleito, não há nenhum prejuízo à sua validade, visto que o padrão de comportamento socialmente reconhecido subsiste - no exemplo eleitoral, a obrigação de votar continuará sendo enxergada como tendo sido descumprida pelo próprio eleitor que se ausentou e por seus concidadãos. É possível notar, em apertada síntese, a rejeição da teoria austiniana<sup>149</sup> que relaciona, necessariamente, a ideia de norma à sanção (e de maneira mais ampla, o próprio conceito de Direito), como aponta Leonardo Gomes Penteado Rosa ao definir uma das teses centrais ao Conceito de Direito:

(...) a relação jurídica é regrada, isto é, é formada por padrões de comportamento utilizados pelos indivíduos como razão para fazer ou deixar de fazer algo; Por fim, embora o direito comumente empregue sanção, não é a violência que caracteriza a relação construída por suas regras.<sup>150</sup>

Ainda sobre a diferença entre regras e hábitos, Hart argumenta que o descumprimento do padrão de comportamento de uma regra gera a possibilidade de uma crítica justificada, enquanto um mero hábito não teria o mesmo efeito. No exemplo do semáforo, não parar diante deste é uma razão para a crítica social (ou

---

<sup>149</sup> Em apertada síntese, a teoria de John Austin (1790-1859) sobre o direito pode ser caracterizada da segundo seu entendimento do conceito de "lei": a lei é um comando geral e abstrato, decorrendo da expressão de um 'desejo' e que, se descumprido, acarretará uma sanção. Aqui, ainda existe outro elemento importante no conceito de lei austiniano: a noção de soberania. Segundo Austin, neste ponto assumidamente influenciado por Hobbes e Bentham, a soberania possui dois requisitos elementares, a saber, (i) obediência habitual de um conjunto de indivíduos a um superior comum; e (ii) ausência de toda a relação de subordinação e de obediência desse superior a outro - com a ressalva de que o soberano a que o autor se refere poder ser uma única pessoa ou um grupo de pessoas (como no caso de uma monarquia parlamentar). Austin identifica o direito e, fundamentalmente, a obrigação jurídica com a promessa de uma sanção, além de vincular o direito como algo, grosso modo, "vindo de cima", posto pelo soberano de uma comunidade política independente - o que passou a ser designado como "teoria imperativista".

<sup>150</sup> (ROSA in OMMATI; TORRANO; p.14, 2018).

mesmo a autocrítica), enquanto o hábito, na mesma situação, de não abaixar os vidros em dias quentes não seria passível de uma crítica justificada por ausência da citada atitude interna. Essa diferenciação operada por Hart é um insight importante (especialmente para as vertentes positivistas que, de algum modo, compreendem o Direito como um "sistema de regras"), pois chama a atenção para a questão sobre

quais são as atitudes diante de padrões de atos sociais que, junto com alguma regularidade de ação (ou "comportamento"), devem existir ou ser mantidas pelos seres humanos para ser verdade que existe uma regra para algum grupo de seres humanos?<sup>151</sup>

Dando seguimento à noção de regras, outro importante aspecto do pensamento hartiano consiste na distinção entre os tipos de regras jurídicas. O sistema jurídico consiste, segundo Hart, em um sistema de regras sociais que podem ser de dois tipos: (a) regras primárias, de estrutura mais simples, estabelecendo obrigações e deveres; e (b) regras secundárias que por si mesmas não constituem padrões vinculantes de conduta obrigatória, mas se relacionam às primárias de diversos modos, fundando, assim, a qualidade sistemática do Direito<sup>152</sup>. As regras secundárias se subdividem em regras secundárias de julgamento (conferem poderem de julgamento e execução), de alteração (conferem poderes para criar, modificar ou extinguir regras jurídicas) e a célebre regra de reconhecimento que impõe deveres sobre aqueles que exercem o poder oficial, estabelecendo os critérios de validade das demais regras de um sistema jurídico - isto é, existe apenas como uma regra social compartilhada, aceita como um padrão comum obrigatório de comportamento pelos "oficiais" (*officers*) do sistema jurídico em questão, que dela derivam sua autoridade. Exemplificando:

(...) certo grupo de juízes, que têm jurisdição sobre todos no território T, têm o dever de aplicar todas as regras não anuladas e aprovadas por certo legislativo L, todos os precedentes judiciais daqueles juízes e de seus predecessores com exceção daqueles em conflito com as regras decretadas por L, e todas as regras consuetudinárias observadas em T com exceção daquelas em conflito com as regras decretadas por L ou com os precedentes judiciais vinculantes. Todas as regras que satisfaçam qualquer um desses três critérios pertencem, então, ao sistema jurídico de T, e o sistema jurídico engloba essa regra de reconhecimento (aqui, a regra de que os juízes devem aplicar toda essa regra que satisfaça os três critérios) e todas aquelas outras regras<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> (MACORMICK, p. 52, 2010).

<sup>152</sup>(MACCORMICK, p. 35, 2010)

<sup>153</sup> (MACCORMICK, p. 37, 2010).



Ainda sobre a regra de reconhecimento, as autoridades devem possuir uma visão especial desta: é necessário que eles encarem como uma regra social obrigatória, devendo ocorrer uma aceitação do ponto de vista interno, isto é, eles aplicam, em maior ou menor grau, todas aquelas regras que são válidas precisamente porque se adequam aos critérios de reconhecimento. Assim, é possível que alguns, muitos ou todos os cidadãos compartilhem uma atitude de adesão à regra de reconhecimento, mas é suficiente que apenas as autoridades a aceitem para garantir a eficácia de um sistema jurídico (é importante ressaltar o caráter descritivo e não justificativo do teoria hartiana). Assim, o fator que distingue o direito de outros sistemas normativos, como a moral, não seria apenas a coatividade, mas sim seu caráter institucionalizado de regras sociais, na medida em que suas normas estabelecem autoridades ou órgãos centralizados para operar de determinada maneira com as normas do sistema<sup>154</sup>.

Outro ponto relevante é a questão acerca da textura aberta das regras (decorrente da própria abertura da linguagem) e como esta se relaciona à crítica de Hart ao "formalismo e ao ceticismo<sup>155</sup>" quanto à concepção do Direito como sistema de regras. Trata-se de um conceito que Hart aproveita da obra do filósofo austríaco Friedrich Waismann (1896-1959), como aponta Noel Struchiner:

Waismann queria investigar a posição segundo a qual o significado de uma afirmação consiste no seu método de verificação. (...) [porém] por mais que o fornecimento do método de verificação possa auxiliar no processo de aprendizagem do significado da afirmação sobre um objeto material, o significado nunca vai ser esclarecido completamente e de forma definitiva porque os termos empíricos que compõem as afirmações são dotados de uma textura aberta que impossibilita que as afirmações sejam verificadas de forma conclusiva<sup>156</sup>.

De modo geral, Hart busca na obra de Waismann a tese da capacidade das regras (em decorrência da própria característica da linguagem natural) de abarcarem ou deixarem de abarcar casos ao longo do tempo, devido às mudanças linguísticas

---

<sup>154</sup> NINO, Carlos Santiago; Introdução à análise do direito; p. 123; 1ª ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>155</sup> Para um breve caracterização do formalismo, do ceticismo quanto às regras (realismo jurídico): "O formalismo jurídico defende a tese da plenitude hermética do sistema jurídico, da qual se pode derivar uma única resposta correta para todos os casos individuais. Parte do pressuposto de que não existem lacunas no Direito. O realismo jurídico sustenta que, para entender a natureza e funcionamento do Direito, deve-se realizar uma investigação empírica das atividades dos operadores do Direito. Para eles, as regras jurídicas não desempenham papel crucial nas decisões jurídicas. Revelam uma atitude cética em relação ao papel que as regras exercem na administração do Direito – este é determinado pelos juízes" (STRUCHINER, p.125, 2002).

<sup>156</sup> (STRUCHINER, p. 27, 2001).

na sociedade, fazendo com existam zonas de foco e zonas de penumbras, estas caracterizadas por dúvida e controvérsia na aplicação de uma regra, já aquelas tratam dos casos fáceis, que não suscitam dúvida e controvérsia no momento da aplicação. Hart alerta quanto a um possível equívoco: tais zonas não são estáticas, ou seja, é possível que casos que se encontrem na zona de foco, posteriormente, venham a se encontrar em zonas de penumbra e vice-versa - em resumo, zonas de

De modo geral, Hart busca na obra de Waismann a tese da capacidade das regras (em decorrência da própria característica da linguagem natural) de abarcarem ou deixarem de abarcar casos ao longo do tempo, devido às mudanças linguísticas na sociedade, fazendo com existam zonas de foco e zonas de penumbras, estas caracterizadas por dúvida e controvérsia na aplicação de uma regra, já aquelas tratam dos casos fáceis, que não suscitam dúvida e controvérsia no momento da aplicação. Hart alerta quanto a um possível equívoco: tais zonas não são estáticas, ou seja, é possível que casos que se encontrem na zona de foco, posteriormente, venham a se encontrar em zonas de penumbra e vice-versa - em resumo, zonas de foco e zonas de penumbra não possuem conteúdos fixos, mas passíveis de modificação. Essa tese levará Hart a promover um ataque ao ceticismo e ao formalismo quantos às regras - principalmente a certos tipos de realismo jurídico.

A obra de Hart é, sem dúvidas, um marco para a Teoria do Direito e pode até mesmo gerar em seus leitores a impressão de que muitos problemas filosóficos são definitivamente resolvidos com seus argumentos. Entretanto, alguns pontos levantam problemas, dentre eles: (i) se as regras estão sujeitas à textura aberta da linguagem e regra de reconhecimento também é uma regra, isso pode acarretar problemas de identificação quantos aos critérios de validade dentro de um dado sistema jurídico? (ii) é possível identificar convenções sociais com uma metodologia moralmente neutra ou as divergências são tantas que, inescapavelmente, exige-se um exercício hermenêutico? (iii) a aceitação, como prática social, da regra de reconhecimento exige uma justificação moral por parte dos "oficiais"? Essas e muitas outras questões foram levantadas pelos críticos de Hart. Contudo, como a pretensão deste trabalho não é uma exposição exaustiva sobre aspectos de Teoria Analítica do Direito, toma-se apenas o conceito hartiano de *regra*, com especial atenção para o conceito de *regra de reconhecimento*, para dele extrair inferências

normativas. Antes, faz-se o mesmo com outro conceito analítico-descritivo: a concepção de *autoridade*.

### 4.3.2 A importância conceitual da noção de *autoridade*

Joseph Raz<sup>157</sup> possui uma teoria jurídica que, apesar de explicitamente positivista, relaciona-se com seu pensamento político. Tal fato deve-se à centralidade que o conceito de autoridade ocupa em sua reflexão sobre o que é o direito e sobre como tal conceito possui forte implicação com questões de moralidade política. No entanto, nos limites deste trabalho limita-me a expor a estrutura conceitual básica sobre seu argumento da "autoridade como serviço" em defesa do positivismo jurídico exclusivo, relacionando-o com sua defesa da tese das fontes e da tese da separação entre Direito e Moral. Antes, um esclarecimento sobre o que se entende por "fonte social":

A palavra 'fonte', nessa equação, é tomada em sentido amplo. Abrange por um lado, as 'fontes interpretativas', não se referindo, portanto, a um único ato, como a 'lei' ou os 'costumes', mas a um conjunto de fatos de tipos variados. (...) a existência de uma fonte pressupõe que a identificação do direito possa ser determinada sem o apelo a argumentos morais<sup>158</sup>.

Antes de avançar ao argumento raziano, é importante ter em mente o pressuposto metodológico assumido pelo autor quanto à própria função da Teoria do Direito, isto é, uma função descritiva e valorativamente neutra, como define Horácio L. M. Neiva<sup>159</sup>:

A teoria do direito, segundo Raz, deve explicar a natureza do direito, o que, para ele, significa elucidar as características necessárias do direito que explicam aquilo que o direito é: ou seja, não é qualquer característica

---

<sup>157</sup> Joseph Raz (1939) é um filósofo israelense, radicado no Reino Unido, que atua nas áreas de Filosofia do Direito, Moral e Política, com importantes trabalhos nas respectivas áreas. Raz obteve seu doutoramento na Universidade de Oxford, sob supervisão de Herbert L. A. Hart, sendo este uma grande influência na formulação de sua teoria positivista do direito - e, como se aponta em seguida, assumindo uma postura mais robusta quanto a aspectos centrais à tradição positivista, como a tese da separação entre direito e moral e uma versão forte da tese das fontes.

<sup>158</sup> (TORRANO, pp. 47-48, 2015).

<sup>159</sup> NEIVA, Horácio Lopes Mousinho; Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a Teoria do Direito de Joseph Raz; Salvador: Juspodivm, 2017.

necessária, mas apenas as características necessárias não-triviais capazes de fazer avançar o nosso entendimento do direito enquanto instituição social. Essas características estarão presentes onde quer e quando quer que exista um sistema jurídico<sup>160</sup>.

O conceito de autoridade é central para que Raz negue a possibilidade de que sistemas jurídicos possam incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento. Raz parte da premissa, segundo ele quase um truísmo, de que é uma característica conceitualmente necessária do Direito que este reivindique autoridade legítima sobre aqueles aos quais se destina. O verbo "reivindicar" é importante porque o autor não está dizendo que os ordenamentos jurídicos existentes efetivamente sejam dignos de exercerem tal autoridade, Raz não constrói uma teoria para justificar o Direito, mas apenas elabora uma teoria na qual figura como essencial ao conceito de direito o conceito de autoridade - trata-se, pois, de um empreendimento descritivo. Sua concepção de autoridade como serviço sustenta-se em três outras teses: (1) tese da justificação normal; (2) tese da dependência e (3) tese da preempção.

Por reivindicar autoridade legítima sobre a conduta dos cidadãos, significa que as regras jurídicas devem ser capazes de sobrepor-se às razões individuais dos destinatários, cancelando-as e substituindo-as. Aqui, aparece seu conceito de razão excludente (ou razão protegida), isto é, razões sobre razões ou, ainda, razões de segunda ordem que são capazes de colocar em suspenso o balanço de razões acerca de como se deveria agir, em prol da maneira estabelecida pela autoridade. Nesse sentido: "uma razão de segunda ordem é qualquer razão para agir ou abster-se de agir com base em uma razão. Uma razão excludente é uma razão de segunda ordem para abster-se de agir com base em uma razão<sup>161</sup>".

A título de exemplo: uma mulher que seja favorável ao aborto e que vive em uma ordem jurídica que não permite a interrupção voluntária da gestação, quando encontrar-se diante de uma gravidez indesejada, pode escolher mantê-la não porque considera tal opção como moralmente correta, mas porque reconhece aquela diretiva de autoridade como capaz de sobrepor-se às suas razões acerca da moralidade do aborto. Um segundo exemplo:

---

<sup>160</sup> (NEIVA, pp. 30-31, 2017).

<sup>161</sup> RAZ, Joseph; Razão prática e normas; tradução José Garcez Ghirardi; Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 31.

Durante sua vida Maria nunca cometeu furto. Podemos dizer que Maria agiu de maneira conforme às normas penais que tipificam e punem o furto. Raz perguntaria também quais foram as razões que fizeram Maria atuar dessa maneira. Se a resposta for que Maria nunca furtou em razão de suas fortes convicções religiosas e morais contrárias ao furto, temos um caso no qual a lei não exerceu sua "autoridade" em sentido raziano. Havendo ou não havendo essa lei, Maria teria atuado da mesma maneira. Se, ao contrário, Maria deixou de furtar porque sempre confia nas orientações do legislador sem analisá-las e sem questioná-las, ou porque se sentiu intimidada pela ameaça de sanções, diremos que o legislador exerceu autoridade raziana<sup>162</sup>.

Aqui, é possível vislumbrar a tese da justificação: ela afirma que uma autoridade é "legítima quando fornece um serviço que torna mais comum que um sujeito aja como deve agir se seguir a instrução da autoridade, ao invés de agir por si mesma"<sup>163</sup>. A (1) tese da justificação, afirma Raz, é complementada pela (2) tese da dependência, relacionando-se, também, à (3) tese da preempção. Acerca de (2), esta deve ser compreendida como a necessidade de que:

todas as diretivas de autoridade devem estar baseadas, entre outros fatores, nas razões que se aplicam aos sujeitos daquela diretiva e que dizem respeito às circunstâncias abrangidas por ela. Raz chama estas razões (tanto as de primeira ordem aplicáveis às circunstâncias do caso, quanto a diretiva de autoridade nelas baseada de 'razões dependentes'<sup>164</sup>.

Raz utiliza o exemplo da arbitragem para ilustrar a tese da dependência: duas pessoas estão diante de uma controvérsia e buscam auxílio de um árbitro para que decida o caso. O árbitro irá ouvir as razões de ambas as partes e incorporá-las como razões que irão compor seu provimento. Após analisar os argumentos, o árbitro emitirá sua decisão, que será obrigatória para as partes. Contudo, o árbitro deve, necessariamente, basear sua decisão em razões que, ao menos, guardem relação com o caso concreto. Assim, as razões excludentes por ele emitidas deverão se basear nas razões ligadas à disputa, "portanto, devem substituir todas as razões dependentes, sem, contudo, ignorá-las completamente"<sup>165</sup>. Dessa maneira, com a ligação entre a tese da justificação normal e a tese da dependência têm-se o esqueleto básico da concepção de "autoridade como serviço", é dizer, uma autoridade que, diante de controvérsia, é capaz de mediar razões e ofertar soluções

---

<sup>162</sup> (DIMOULIS in CAMPILONGO et al, pp. 10-11, 2017).

<sup>163</sup> BOLZANI, César in OMMATI, José Emílio Medauar; TORRANO, Bruno (orgs); O Positivismo Jurídico no Século XXI; 1ª ed., p. 96; Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

<sup>164</sup> (NEIVA, p.96, 2017).

<sup>165</sup> (BOLZANI in OMMATI, TORRANO; p.97, 2018)

com caráter excludente. Esta força excludente aparece na forma da (3) tese da preempção, que por sua vez, significa: "o fato de que uma autoridade requer a prática de uma ação é uma razão que não deve ser adicionada às demais razões relevantes no momento de se avaliar o que se deve fazer, mas, ao invés disso, deve substituí-las"<sup>166</sup>.

Assim, a autoridade deve ser capaz de impedir que os sujeitos utilizem suas razões dependentes - apesar de ser possível questionar ou discordar da razão oferecida, os sujeitos se enxergam vinculados à diretiva da autoridade (aqui, o já mencionado "ponto de vista interno" conceituado por Hart, de certa forma, se faz presente).

Relacionando sua concepção de "autoridade como serviço" e a tese das fontes, associada ao (1) caráter institucional do Direito, Raz defende que além da dimensão institucional, outros dois elementos devem ser avaliados quando se almeja construir uma teoria sobre a existência e a identidade do Direito, quais sejam, a (2) eficácia e (3) as fontes. Quanto a (1), a institucionalidade do Direito manifesta-se no fato de que um sistema jurídico deve possuir instituições que resolvam as controvérsias geradas pela aplicação de suas normas (algo como as regras secundárias hartianas), além de que seja capaz de reivindicar autoridade suprema diante de outros sistemas normativos. Em relação à (2) eficácia, pode-se apontar para a necessidade da aceitação do Direito, do ponto de vista interno, por, ao menos, os oficiais responsáveis por sua aplicação. Já em relação às (3) fontes - e aqui situa-se o ponto central da controvérsia entre Raz e os teóricos inclusivistas -, que irá defender sua versão "forte" da tese das fontes, ao afirmar que a existência e o conteúdo do Direito são, totalmente determinados por fontes sociais. À primeira vista, isso poderia parecer um contrassenso diante da existência de leis (lei em sentido lato) que fazem referência à moral, de modo que a moralidade adentraria ao conceito de Direito. Contra tal ideia, Raz argumenta que, na medida em se aceita como verdadeira a pretensão que o Direito possui de reivindicar autoridade e oferecer razões excludentes que sejam capazes de vincular a conduta dos sujeitos, colocando em suspenso as demais razões de primeira ordem, torna-se incompatível admitir a possibilidade de inserção de critérios morais para identificar qual é o direito válido. Segundo Raz, normas morais não são capazes de realizar essa tarefa

---

<sup>166</sup>(NEIVA, p. 96, 2017).

excludente, visto que é da própria natureza da argumentação moral a inexistência de uma autoridade que ofereça juízos morais inquestionáveis, com primazia total sobre o juízo individual. Assim, uma ordem jurídica que insere critérios morais para reconhecimento de validade jurídica, isto é, para resolver um problema de identidade do Direito não poderia exercer preempção, cancelando e substituindo razões individuais por diretivas dotadas de autoridade -, logo, não poderia ser uma ordem jurídica.

A partir das premissas analíticas de Hart e Raz, busca-se, a seguir, utilizá-las como elementos de crítica quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal no recorte inicialmente proposto.

### **4.3.3 Inferências normativas a partir de conceitos descritivos: o direito como ordem normativa institucional**

Neil MacCormick argumenta que, caso se reconheça que "a autoridade suprema na interpretação das regras promulgadas pelo legislador, incluindo aquelas que regulam a atividade executiva, é exercida por um corpo de juízes organizado em um sistema de tribunais, o poder judicial é institucionalizado"<sup>167</sup>. O que MacCormick oferece é um modelo baseado na ideia de ordem normativa institucional, cujo primeiro elemento é a tentativa de garantir a existência de julgamentos imparciais respeitados em casos que envolvam disputa ou controvérsia acerca do significado de uma norma em um dado contexto prático, ou que envolvam sua aplicação justa em um determinado caso<sup>168</sup>.

Junto com a existência de um Poder Judiciário legitimado para exercer a tarefa de interpretação das regras, o direito é composto por aquilo que MacCormick

---

<sup>167</sup> No original: "If it is acknowledged that the ultimate authority in the interpretation of the rules enacted by the legislature, including those that regulate executive activity, is exercised by a corps of judges organized in a system of courts, then judicial power is institutionalized" (MACCORMICK, Neil; *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 41).

<sup>168</sup> MACCORMICK, Neil; *Retórica e o Estado de Direito*; p. 5; Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo; Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

chama de fatos institucionais que objetivam ser normativos. Dessa forma, a normatividade, entendida como um dever de agir de determinada maneira numa dada prática social, segundo menciona William Pugliese, "aponta para a existência de uma norma e para uma expectativa normativa dos envolvidos na prática, pois espera-se que todos ajam de uma certa maneira<sup>169</sup>".

Essa expectativa normativa, quando combinada à tese hartiana anteriormente exposta sobre a noção de *regra de reconhecimento*, sugere que a institucionalidade do direito se concretiza quando, mais do que a adesão dos cidadãos comuns aos padrões de conduta estabelecidos, há uma adesão, do ponto de vista interno, das autoridades do sistema jurídico. Aqui, segundo Bruno Torrano, estaria o *insight* fundamental de Hart:

um ordenamento jurídico só poderá ser considerado em prática se funcionários como os legisladores, os juízes, os policiais, os membros do Ministério Público, os auditores fiscais, e assim por diante, estiverem comprometidos com um padrão de comportamento convergente revelador da aceitação implícita, costumeira, e comunitária de uma regra que permite examinar, criticamente, eventuais comportamentos desviantes. Essa regra, como todos sabemos, é conhecida na filosofia do direito como regra de reconhecimento<sup>170</sup>.

A tese hartiana possui pretensões descritivas, mas não há nada que impeça seu uso normativo, isto é, de apropriar-se da ideia de que os funcionários do sistema (tais como magistrados, promotores e demais autoridades estatais), de fato, obedecem aos critérios de reconhecimento jurídico do sistema e defender que há boas razões para que eles ajam conforme as regras pré-estabelecidas. A ideia de utilizar preceitos descritivos para fins normativos não é nova, sendo defendida, dentre outros autores, por Jeremy Waldron<sup>171</sup> - que afirma:

Estou interessado em algumas características distintivas do direito em uma democracia. Mas, em vez de uma análise direta de gênero / espécie, mostrarei como alguns dos elementos e teoremas enfatizados no estudo analítico geral do direito ganham vida na teoria do direito democrática. Argumentarei que podemos ver o objetivo deles nesse contexto, enquanto

---

<sup>169</sup> PUGLIESE, William Soares; A Ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade; 2016, 311f; Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, p. 88; Universidade Federal do Paraná, 2016.

<sup>170</sup> TORRANO, Bruno; Democracia e respeito à lei: entre positivismo e pós-positivismo; 1ª ed.; p. 230; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>171</sup> WALDRON, Jeremy; Can There Be a Democratic Jurisprudence? (October 8, 2008). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35; Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1280923>; Acesso em 26 de nov. 2019.



eles parecem abstrações bastante misteriosas no contexto da investigação jurisprudencial mais geral<sup>172</sup>

Posição semelhante também é defendida por Torrano, que acredita não haver nenhuma contradição em usar a regra de reconhecimento como padrão de avaliação das condutas das autoridades estatais - visto que, segundo Hart, é da própria noção de "regra" a possibilidade de haver, ao menor algum tipo de pressão social quando do seu descumprimento. Torrano questiona, ainda, que em face da inobservância de das regras jurídicas, pressões sociais podem surgir e agir mediante razões morais/normativas. Assim "Por que logo com a norma fundante do sistema, mais importante sob todos os aspectos, haveria de ser diferente?"<sup>173</sup>.

O aspecto normativo da regra de reconhecimento está situado, portanto, no caráter institucional do direito, que ao reivindicar autoridade (autoridade no sentido defendido por Joseph Raz) sobre os outros sistemas normativos - como a moral ou a religião - ambiciona regular condutas por meio de razões de natureza distinta das razões ordinárias. Ao pretenderem emitir a palavra final sobre determinado assunto, as razões jurídicas detêm "natureza de razões secundárias, habitam ordem lógica diversa das razões primárias e com estas não entram em conflito ao contrário, afastam-nas ou excluem-nas (razões excludentes)<sup>174</sup>". Observando a ordem jurídica brasileira, se faz necessária tentar definir qual seria a regra de reconhecimento do sistema jurídico. Segundo Torrano, esta poderia ser definida como

Deves respeitar e seguir, tomando-as como razões excludentes, as normas (princípios, regras, meta-regras, postulados etc) previstas na Constituição da República e, por conseguinte, as normas infraconstitucionais que com ela não conflitem<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> No original: Estou interessado em algumas características distintivas do direito em uma democracia. Mas, em vez de uma análise direta de gênero / espécie, mostrarei como alguns dos elementos e teoremas enfatizados no estudo analítico geral do direito ganham vida na teoria do direito democrática. Argumentarei que podemos ver o objetivo deles nesse contexto, enquanto eles parecem abstrações bastante misteriosas no contexto da investigação jurisprudencial mais geral. I am interested in some distinctive features of law in a democracy. But instead of a straight genus/species analysis, I will show how some of the elements and theorems that are emphasized in the general analytic study of law come to life in democratic jurisprudence. I will argue that we can see the point of them in that context, whereas they seem rather mysterious abstractions in the context of the most general jurisprudential inquiry. (WALDRON, pp.7-8, 2008).

<sup>173</sup> (TORRANO, p.231, 2015).

<sup>174</sup> TORRANO, pp.229-230, 2015).

<sup>175</sup> (TORRANO, pp.230-231, 2015)

Fixada a tese normativa sobre a regra de reconhecimento, permanece um problema sobre a aplicação do direito, isto é, sobre quando um argumento estará juridicamente justificado - quando atenderá às expectativas normativas materializadas na regra de reconhecimento e ao uso de razões públicas (por parte do Judiciário, como exposto na premissa rawlsiana). A resposta a essa pergunta demandaria uma teoria da argumentação jurídica ambiciosa, que desse conta de captar o uso das regras pelos operadores do direito (se é que tal fato ocorre), se (e como) os princípios jurídicos e morais permeiam o direito, se há limites semânticos no processo hermenêutico etc. Não se pretende, aqui, oferecer especular sobre uma teoria que dê conta de tais aspectos - antes, apenas se estabelece um argumento, seguindo MacCormick, sobre quando uma assertiva jurídica estará minimamente justificada.

O trabalho de MacCormick compreende uma extensa produção bibliográfica, mas que, em suas diferentes fases, manteve como central o problema de justificação dos argumentos jurídicos - com pretensões tanto descritivas, como normativas (o que, na visão do autor, são campos inseparáveis<sup>176</sup>). À parte essa extensão teórica, pode-se identificar, como o faz Thomas Bustamante, um traço marcante na teoria de MacCormick: um certo universalismo kantiano:

Para MacCormick, qualquer decisão jurídica só pode ser justificada se ela passar por um teste de universalizabilidade. Isso se segue da própria ideia de justificação: “justificar é demonstrar que algo é correto”, e “demonstrar que algo é correto é demonstrar que, sob qualquer ponto de vista objetivo acerca do assunto, o ato deve ser realizado, ou pelo menos deveria ter sido realizado, em vista das características e das circunstâncias do caso<sup>177</sup>.”

Quanto à ideia de justificação, está implícita a distinção entre (1) processo de descoberta e (2) processo de justificação:

O [1] processo de descoberta corresponde ao percurso mental muitas vezes pouco sistemático, que leva um indivíduo a perceber a plausibilidade de alguma tese (teórica ou prática). O [2] processo de justificação corresponde à tentativa de mostrar, por meio de argumentos, que a tese em questão é totalmente verdadeira ou está correta<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> MACCORMICK, Neil; *Argumentação jurídica e teoria do direito*; p. 193; São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>177</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; *Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick*; *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, p. 282; jan./jun; 2013.

<sup>178</sup> STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio; *Teoria da Argumentação Jurídica*; 1ª ed.; p. 174; Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

Em geral, é exigido dos órgãos estatais, especialmente do Judiciário, não a explicação de suas decisões, mas sim a justificação destas. Assim, sob que condições se poderia considerar um argumento justificado? Aqui, cabe uma distinção entre (a) justificação formal (quando um argumento é formalmente correto, a partir de referência a regras) e (b) justificação material (quando se pode considerar que um argumento, num campo determinado, é aceitável)<sup>179</sup>; ou, ainda, entre (c) argumentação prática substantiva, que apelam de maneira livre a considerações de natureza moral, política, econômica social etc; e (d) argumentação prática institucional, que se baseia em regras e procedimentos previamente estabelecidos<sup>180</sup>. O direito, na perspectiva teórica aqui adotada, é um sistema normativo marcado por (a) e (d), na medida em que não se compromete com um conceito de substantivo de justiça, e baseia-se em regras previamente estabelecidas.

O conceito de justiça adotado pela perspectiva institucionalista do direito é um conceito de justiça abstrato e formal, que exige que casos semelhantes sejam tratados de modo semelhante e que os casos diferentes sejam tratados de modo diferente<sup>181</sup>. Assim,

O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações<sup>182</sup>.

Junto à adesão a um conceito formal de justiça, está o fato de a argumentação institucional apelar às fontes formais autorizadas a serem empregadas, isto é: leis, precedente judiciais ou práticas (como costumes) que os profissionais do direito tratam explicitamente como fontes de respostas para

---

<sup>179</sup> ATIENZA, Manuel; *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*; 2ª ed.; p. 7; Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>180</sup> (STRUCHINER, SHECAIRA; p. 48, 2016).

<sup>181</sup> MACCORMICK, Neil; *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*; 1ª ed.; p. 93; São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>182</sup> (MACCORMICK, p. 96, 2006).

solucionar questões jurídicas<sup>183</sup>. A justificação ocorre quando o magistrado realiza uma operação dedutiva, aplicando a regra e/ou fazendo uso de precedente pertinente ao caso concreto - esses seriam os casos fáceis, em que a justificação formal dedutiva não encontra maiores problemas. Porém, nem todos os casos oferecem a mesma facilidade, de modo que naqueles casos em que há problemas de (1) interpretação, (2) de pertinência, (3) de prova ou (4) de qualificação, há justificação dedutiva não seria suficiente. Esses problemas, conforme apontado por Manuel Atienza, podem ser sintetizados como:

**(1) problema de interpretação:** existe quando não há dúvida quanto a qual seja a norma aplicável (quer dizer, temos uma norma da forma  $p \rightarrow q$ ), mas a norma em questão admite mais de uma leitura (por exemplo, ela poderia ser interpretada no sentido  $p' \rightarrow q$ , ou então  $p'' \rightarrow q$ ); **(2) problemas de pertinência:** suscitam, de certo modo, uma questão anterior à interpretação, isto é, não como se há de interpretar uma determinada norma, mas se existe tal norma ( $p \rightarrow q$ ) aplicável ao caso; **(3) problemas de prova:** se referem ao estabelecimento da premissa menor ( $p$ ). Provar significa estabelecer proposições verdadeiras sobre o presente e, a partir delas, inferir proposições sobre o passado; **(4) problemas e qualificação (ou de fatos secundários):** são suscitados quando não há dúvidas sobre a existência de determinados fatos primários (que se consideram provados), mas o que se discute é se eles integram ou não um caso que possa ser submetido no caso concreto da norma.<sup>184</sup>

Em tais circunstâncias, como parecem ser os casos analisados neste trabalho - em que existem dúvidas sobre (i) legitimidade ativa dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo; (ii) dúvida sobre a prova da existência de desvio de finalidade nos atos da Presidência da República; (iii) dúvida sobre se o mero deslocamento de competência para o STF do foro para julgar Lula e Moreira Franco seria pertinente para invalidar as nomeações -, a justificação dedutiva, por si só, não é suficiente para justificar a decisão. Nesses casos, a concepção do direito como ordem normativa institucional irá requerer aquilo que MacCormick denomina de justificação de segunda ordem, na qual o magistrado deverá condicionar-se à exigência da coerção da justiça formal, ou seja, a noção abstrata de tratar os casos iguais de forma igual. Isto impõe, como salienta Puliese, que a decisão dos casos sejam universalizáveis, ou seja, que a argumentação e o resultado do julgamento sejam aplicáveis para qualquer outro caso idêntico ou, ao menos, semelhante ao

---

<sup>183</sup> (STRUCHINER, SHECAIRA; p. 50, 2016).

<sup>184</sup> (ATIENZA, pp.140-143, 2016).

anterior<sup>185</sup>. MacCormick aponta que o traço central da justificação de segunda ordem é a possibilidade de "universalizabilidade":

O 'porquê' da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentarem<sup>186</sup>.

A universalização na justificação consiste, segundo aponta Pugliese, na (i) 'universalizabilidade' das razões - para o presente conjunto de circunstâncias X contar como uma razão para chegar à decisão D, e para agir sobre D, é preciso que seja aceitável manter a decisão do tipo D como uma decisão apropriada em qualquer momento em que as circunstâncias C ocorram; e (ii) 'universalizabilidade' do padrão de decisão - um modo de testar se é possível dizer que D é uma solução apropriada em qualquer momento em que C ocorra<sup>187</sup>.

Decorrem da ideia de universalização, os preceitos de (1) coerência e (2) coesão. A (1) coerência pode ser (a) normativa, relacionada "à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa institucional<sup>188</sup>" (em suma, adequação de uma regra ou decisão ao restante do ordenamento jurídico, de modo que inúmeras normas de um sistema jurídico possam fazer sentido quando consideradas em conjunto) e (b) coerência narrativa, "relacionada à justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas<sup>189</sup>". Já o conceito de (2) coesão está ligado à tradicional tese positivista da validade do direito, na media em que estabelece uma obrigação às autoridades responsáveis pela aplicação do direito um dever de não contradizer o que é estabelecido e vinculante como direito, independente de razões consequencialistas substantivas - aqui há uma ligação entre a tese anteriormente exposta sobre o aspecto normativa da regra de reconhecimento.

---

<sup>185</sup> (PUGLIESE, p. 102, 2016).

<sup>186</sup> (MACCORMICK, p.120, 2008).

<sup>187</sup> (PUGLIESE, p. 102, 2016).

<sup>188</sup> (MACCORMICK, p. 247, 2007)

<sup>189</sup> (MACCORMICK, p. 247, 2007)

Ao aplicar essas premissas teóricas na análise dos casos "Lula" e "Moreira Franco", o se percebe é que as decisões possuem, entre si, um problema de coerência normativa e -, portanto de justificação -, na medida em que tratavam-se de casos semelhantes decididos de maneira oposta. Assim, o requisito da 'universalizabilidade' não é satisfeito. Além da coerência normativa na comparação *entre* as duas decisões - que não deixa maiores dúvidas sobre a ausência desse requisito -, deve-se realizar uma análise individual de cada uma delas, juntamente com o ideal de coesão. No "caso Moreira Franco", os requisitos da coerência e coesão parecem ter sido atendidos, ao passo que o Ministro Celso de Mello, na medida em que ateu-se às regras procedimentais pertinentes ao mandado de segurança coletivo (bem como ao precedente da Corte sobre o tema) - apontadas no capítulo terceiro deste trabalho.

No "caso Lula", por outro lado, percebe-se a ocorrência de vícios na justificação da decisão de invalidar a nomeação do ex-presidente, na medida em que o Ministro Gilmar Mendes não observou aspectos materiais (como a necessidade de prova robusta para comprovar o desvio de finalidade, optando por construir uma tese acerca de suposta convalidação da interceptação telefônica ilegal pela posterior confissão extrajudicial da Presidente Dilma Rousseff<sup>190</sup>) e procedimentais fundamentais, como a oitiva do representante judicial da autoridade coatora antes da concessão da liminar e, principalmente, a questão da legitimidade *ad causam* dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo na tutela de direitos difusos. Sobre esse último aspecto, Mendes desrespeita a tese firmada no RE 196.184/AM, entendimento este que o próprio Ministro havia aderido quando do julgamento daquele caso, em 2004 - e que, segundo aponta Emílio Peluso Neder Meyer, o Ministro defendia em seus escritos acadêmicos:

No seu "Curso de Direito Constitucional", escrito em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco, ele faz referência à decisão no RE 196.184 e restringe a atuação dos partidos políticos: "Quanto à legitimação dos partidos políticos, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o mandado de segurança coletivo poderá ser utilizado apenas para a defesa de direitos dos seus filiados, observada a correlação com as finalidades institucionais e objetivos programáticos da agremiação".[5] Disso tudo, algumas perguntas ficam: por que o ministro Gilmar Mendes modificou seu entendimento? Seu objetivo era uma nobre extensão da garantia

---

<sup>190</sup> Sobre esse aspecto, consultar a seção 3.1 deste trabalho.

fundamental? Há um ministro Gilmar Mendes e um professor Gilmar Mendes?<sup>191</sup>

Sobre o fato de o Ministro Gilmar Mendes não ter seguido o precedente da Corte, poder-se-ia argumentar em sua defesa que, no Brasil, não há uma obrigatoriedade dos Ministros do Supremo (e demais juízes) em observar o caráter vinculante dos precedentes da Corte. Contudo, esse argumento merece, no mínimo, ser relativizado, visto que: (1) o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu em seu artigo 926<sup>192</sup> uma regra geral direcionada aos Tribunais no sentido de que estes devem uniformizar sua jurisprudência; (2) embora o STF não opera formalmente dentro de um sistema de *stare decisis* (a expressão representa a ideia de manter aquilo que foi decidido e não alterar aquilo que foi estabelecido), a fundamentação dos votos sinaliza comportamentos futuros<sup>193</sup> - assim, se casos semelhantes ao caso atual foram decididos pelo mesmo Tribunal ou juiz de determinada maneira no passado, por considerações de estabilidade e justiça, o caso atual, se semelhante, deve ser decidido no mesmo sentido; (3) no processo de justificação em um caso difícil, não será suficiente o emprego da justificação formal dedutiva, demandando do magistrado uma argumentação mais robusta, logo, o uso de um precedente do plenário da Corte (sobre um caso semelhante) é capaz de acrescentar uma nova camada de força à linha de argumentação.

Sobre o conceito de precedente, Frederick Schauer<sup>194</sup> aponta como sendo sua a ideia central:

Precedente é centralmente sobre a obrigação (não necessariamente conclusiva) de um tomador de decisão de tomar a mesma decisão que foi tomada em uma ocasião anterior sobre os mesmos assuntos ou assuntos semelhantes. Isso parece bastante direto, mas é importante distinguir duas dimensões diferentes do precedente. Um deles, que podemos chamar de precedente vertical, descreve a obrigação de um tribunal seguir a decisão tomada por um tribunal acima na hierarquia judicial sobre a mesma pergunta, mesmo que essa questão tenha surgido em um caso diferente.

---

<sup>191</sup> MEYER. Emilio Peluso Neder; A colcha de retalhos de Gilmar Mendes; 2016 Disponível em: <<https://jota.info/artigos/colcha-de-retalhos-degilmar-mendes-26032016>>. Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>192</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.  
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.  
§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação

<sup>193</sup> (ARGUELHES, RIBEIRO; pp. 139-140, 2015).

<sup>194</sup> SCHAUER, Frederick; Precedent; (Mai. 2011), disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1836384](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384)>, Acesso em 20 de nov. de 2019.

(...) Contrastar com esse senso de precedente vertical é o precedente horizontal, convencionalmente chamado de *stare decisis* (tipicamente traduzido como “aguarde o que foi decidido”). Entendida horizontalmente, a obrigação de um tribunal não é a obrigação de obedecer a uma decisão de cima, mas sim a obrigação de seguir uma decisão do mesmo<sup>195</sup>.

Acerca da possibilidade de o Ministro poder alterar seu entendimento, doutrinário e jurisprudencial, sobre a legitimidade *ad causam* e promover uma interpretação construtiva do direito, expandindo a proteção legal do mandado de segurança, Meyer aponta que esta seria

(...) salutar e bem vinda. Mas é a isso que se presta o caso decidido? Definitivamente, não. Aponta-se na decisão que os direitos difusos protegidos seriam o princípio da separação de poderes (art. 2o) e os princípios que animam a administração pública (art. 37), ambos estabelecidos constitucionalmente. Eles merecem contar com uma benéfica exegese do MS coletivo? Claro que sim. O problema é a excepcionalidade da decisão e seu momento, coincidente com uma veemente flexibilização da ordem jurídica em prol de imperativos políticos parciais<sup>196</sup>.

Esse é o grande problema do voto do Ministro Gilmar Mendes: a excepcionalidade da decisão, preterindo razões jurídicas em prol de interferir na conjuntura política e, assim, agindo segundo razões não públicas e institucionais. Um problema que, embora não seja viável realizar uma inferência causal futura, pode enfraquecer a autoridade do Supremo Tribunal Federal<sup>197</sup>, diante do baixo grau de institucionalização de seu processo decisório e a falta de compromisso com os próprios precedentes do Tribunal<sup>198</sup>, fazendo com que o Supremo veja prejudicada a capacidade de que suas decisões funcionem como razões excludentes. Como colocado por Jeremy Waldron<sup>199</sup>, o Estado de Direito é violado

---

<sup>195</sup> No original: "Precedent is centrally about the (not necessarily conclusive) obligation of a decision maker to make the same decision that has been made on a previous occasion about the same or similar matters. That seems straightforward enough, but it is nevertheless important to distinguish two different dimensions of precedent. One, which we can label vertical precedent, describes the obligation of a court to follow the decision made by a court above it in the judicial hierarchy on the same question, even if that question has arisen in a different case. (...) To be contrasted with this sense of vertical precedent is horizontal precedent, conventionally referred to as *stare decisis* (typically translated as “stand by what has been decided”) (Lee 1999; Wise 1975). Understood horizontally, the obligation of a court is not the obligation to obey a decision from above, but is instead the obligation to follow a decision by the same court (although not necessarily by the same judges) on a previous occasion." (SCHAUER, pp.2-3, 2011).

<sup>196</sup> (MEYER, 2016).

<sup>198</sup> (VIEIRA, p. 212, 2018).

<sup>199</sup> WALDRON, Jeremy; The Rule of Law and the Importance of Procedure (October 6, 2010). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-73; Disponível em SSRN:



quando as normas aplicadas pelos funcionários não correspondem às normas que foram tornadas públicas aos cidadãos ou quando os funcionários agem com base em seu próprio critério, em vez das normas estabelecidas em avançar. Se uma ação desse tipo se tornar endêmica, as expectativas das pessoas não apenas serão decepcionadas, mas cada vez mais elas se tornarão incapazes de formar expectativas nas quais confiar, e os horizontes de seu planejamento e atividade econômica diminuirão de acordo<sup>200</sup>.

Contra tal erosão da autoridade do Supremo e violação de sua institucionalidade, essa monografia foi escrita. E como lembram Felipe Recondo e Luiz Weber: "A crítica pressupõe a existência do STF, com autoridade, legitimidade e força para exercer sua missão. Afinal, não há bom caminho a trilhar sem Supremo."<sup>201</sup>

---

<https://ssrn.com/abstract=1688491> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1688491>; Acesso em 26 de nov. 2019.

<sup>200</sup> No original: " The Rule of Law is violated, on this account, when the norms that are applied by officials do not correspond to the norms that have been made public to the citizens or when officials act on the basis of their own discretion rather than norms laid down in advance. If action of this sort becomes endemic, then not only are people's expectations disappointed, but increasingly they will find themselves unable to form expectations on which to rely, and the horizons of their planning and their economic activity will shrink accordingly " (WALDRON, p. 20, 2010).

<sup>201</sup> (RECONDO, WEBER; p. 317, 2019).

## 5. Conclusão

Este trabalho pretendeu realizar uma abordagem da crescente influência do Supremo Tribunal Federal na vida política nacional. O recorte foi feito com a delimitação de tal atuação no cenário político a partir de dois casos que abarcaram figuras públicas envolvidas no cenário político nacional, a saber: (i) caso Lula (Mandado de Segurança Coletivo nº 34.070/DF – Relatoria do Ministro Gilmar Mendes); ii) caso Moreira Franco (Mandado de Segurança Coletivo nº 34.609/DF – Relatoria do Ministro Celso de Mello).

Inicialmente, levantou-se as seguintes hipóteses iniciais: (1) o STF exerceu papel central na política nacional, alterando os rumos da crise política que o Brasil atravessava; e (2) os ideais de coerência, razão pública e uniformidade jurisprudencial – que acredita-se serem adequados a uma Suprema Corte– não foram concretizados, com possível prejuízo à autoridade do Tribunal.

O trabalho, após algumas informações de caráter metodológico e justificativa do empreendimento, realizou um breve panorama do cenário político no qual estavam imersas ambos os casos citados e suas respectivas decisões conflitantes. Posteriormente, foi traçado um conciso panorama do Supremo Tribunal Federal no marco da Constituição Federal de 1988, com ênfase no papel institucional relevante que o Tribunal passou a ocupar após a redemocratização.

Assentado o plano institucional do Supremo, foram expostas as razões decisórias do Mandado de Segurança Coletivo 34.070/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes) do e Mandado de Segurança Coletivo 34.609/DF (Rel. Min. Celso de Mello), seguidas alguns apontamentos críticos aos votos dos relatores.

Em seguida, seguida foi realizada uma breve apresentação crítica das formas de interferência dos Ministros do STF no processo político, bem como seu reflexo em um dos casos analisados, como elementos para sua crítica.

Por fim, foi realizada uma crítica filosófica à atuação do STF nos casos analisados. Primeiro, ressaltou-se a importância de que uma Suprema Corte atue como um modelo de razão pública - assumindo uma premissa rawlsiana . Em

seguida, foram exposto dois conceitos oriundos da Teoria Analítica do Direito - os conceitos de *regra* e *autoridade* -, para em seguida realizar inferências normativas dentro de uma perspectiva institucionalista que confere especial atenção à importância da justificação para o argumento jurídico.

Encerrado o trabalho, concluiu-se pela confirmação parcial das hipóteses levantadas inicialmente: (1) quanto à hipótese de interferência do STF nos rumos da crise política, esta foi confirmada sem maiores problemas, na medida em que a decisão do Ministro Gilmar Mendes no MS 34.070/DF teve o condão de retirar do já frágil governo de Dilma Rousseff a oportunidade de ter um hábil articulador político junto ao Congresso Nacional; enquanto a decisão do Ministro Celso de Mello no MS 36.609/DF teve efeito diverso, visto que garantiu ao governo Temer, que também passava por turbulência política, manter um articulador político relevante; (2) quanto a segunda hipótese, do não atendimento dos ideais de coerência, razão pública e uniformidade jurisprudencial, esta foi parcialmente confirmada, na medida em que percebeu-se que, apesar de ambos os casos não terem sido apreciados pelo plenário da Corte, uma das decisões monocráticas, o MS 36.609/DF (Rel. Min. Celso de Mello), ateu-se a padrões razoáveis de justificação requeridos por uma argumentação jurídica institucional - muito embora esteja sujeita à crítica de ter permanecido fora do alcance de uma deliberação do plenário do STF.

## Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio; *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*; 1ª ed.; Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim. Onze Supremos: todos contra o plenário; disponível em <<https://www.jota.info/especiais/onze-supremos-todos-contra-o-plenario-01022017>>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; *Ministrocracia: O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro*; *Revista Novos Estudos*, pp. 13-32, Edição 110 - Volume V.37 - N.1 - jan. - abr. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; *Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*; *REVISTA DIREITO GV*; SÃO PAULO; V. 12 n. 2, pp. 405-440, MAI-AGO, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; *O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político*; *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, pp 121-155, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*; *Universitas Jus (UniCeub Law Journal)*, v.25, pp. 25-45, n.1, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. "The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory", in *Global Constitutionalism*, vol. 7, num 2, pp. 236-262, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. *Timing Control Without Docket Control: How individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda*. Trabalho apresentado no Stanford International Junior Faculty Forum, Faculdade de Direito da Universidade Stanford (EUA), pp. 10-11, Outubro de 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo que não erra*; VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs); *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, pp. 81-107, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

ATIENZA, Manuel; As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; 2ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BACHA, Edmar; CARVALHO, José Murilo de; FALCÃO, Joaquim; TRINDADE, Marcelo; MALAN, Pedro; SCHWARTZMAN, Simon (orgs); 130 anos: em busca da República; 1ª ed.; Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo; 4ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO; Luís Roberto; Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática; disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

BARROSO, Luís Roberto; Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas; in Revista Direito e Práxis, V. 9, nº 4, pp. 2171-2228, 2018.

BOLLE, Mônica Baumgarten de; Como matar a borboleta-azul: uma crônica da era Dilma, 1ª ed.; Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

BRASIL; Constituição (1988); Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2018.

BRASIL; Supremo Tribunal Federal; Medida Cautelar Em Mandado De Segurança: MS 34.070/DF; Impte: Partido Popular Socialista; Impdo: Presidente da República; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Brasília, 18 de mar. de 2016.

BRASIL; Supremo Tribunal Federal; Medida Cautelar Em Mandado De Segurança: MS 34.609/DF; Impte: Rede Sustentabilidade - Diretório Nacional; Impdo: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República; Relator: Ministro Celso de Mello; Brasília, 14 de fev. de 2017.

BRASIL; Supremo Tribunal Federal; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402; Requerente: Rede Sustentabilidade; Intimado: Presidente da Câmara dos Deputados; Relator: Ministro Marco Aurélio; Brasília, 03 de maio de 2016.

BRASIL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; Recurso Extraordinário 196.184/AM; Requerente: Município de Manaus; Recorrido Partido Socialista Brasileiro; Relatora: Ministra Ellen Gracie; Brasília, 27 de outubro de 2004.

BRASIL; Supremo Tribunal Federal; Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4296; Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Intimado: Presidente da República; Relator: Ministro Marco Aurélio; Brasília, 14 de setembro de 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick; Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 106, pp. 263-313, jan./jun; 2013.

BUSTAMANTE, Thomas; FREITAS, G. M. B; Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 - Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF; CADERNOS ADENAUER (SÃO PAULO), v. 1/2017, p. 193-216, 2017.

CAMILLOTO, Bruno; Direito, Democracia e Razão Pública; 1ª ed; Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CAMILLOTO, Bruno; O conceito de República na contemporaneidade e o papel do Poder Judiciário brasileiro no desenho político-institucional após a Constituição de 1988; Relatório final de Estágio Pós-Doutoral apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro; FREIRE, André Luiz (coords); Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico) : teoria geral e filosofia do direito / São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

CARVALHO, Laura; Valsa brasileira - do boom ao caos econômico; 1ª ed.; São Paulo: Todavia, 2018.

COLEMAN, Jules (org); Hart's postscript: essays on the Postscript to The Concept of Law; 1ªed.; New York: Oxford University Press, 2001.

DAHL, Robert A.; A democracia e seus críticos; 1ª ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya; Curso de Processo Constitucional; 4ª ed.; São Paulo: Atlas, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya; BOTTINO, Thiago; As regras processuais como armas: lições da ADC 43; disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/as-regras-processuais-como-armas-lico-es-da-adc-43-11042018>>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

DI PIETRO, Maria Zanella; Direito Administrativo; 30ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. - O STF e a agenda pública nacional - de outro desconhecido a supremo protagonista? Lua Nova, São Paulo, n. 88: 429-469, 2013.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; Recondo, Felipe (Orgs.). O Supremo em 2015. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016.

FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar; III Relatório Supremo em Números : o Supremo e o tempo; Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego; RECONDO, Felipe (Orgs.). Onze supremos: o supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz; Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo; Belo Horizonte(MG): Letramento: Casa do Direito : FGV Direito Rio, 2017.

FARIA, José Eduardo; Corrupção, Justiça e Moralidade Pública; São Paulo: Perspectiva, 2019.

GARGARELLA, Roberto; As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política; 1ª ed.; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HART, Herbert L. A; O conceito de direito; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HARTMANN, Ivar.; FERREIRA, Livia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo; Opinião Jurídica, v.13, n. 17, p.268-283, jan.-dez. 2015.

HARTMANN, Ivar et al. “A influência da TV Justiça no processo decisório do STF”; Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 4, n. 3, pp. 38–56, 2017.

KELSEN, Hans; Teoria Geral do Direito e do Estado; 3ª ed.; São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo; Lua Nova, n. 88, p. 141-184, 2013.

MACCORMICK, Neil; Argumentação jurídica e teoria do direito; 1ª ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil; Institutions of law: an essay in legal theory; Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil; Retórica e o Estado de Direito. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo; Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil; H. L. A. Hart; tradução de Cláudia Santana Martins; revisão técnica Carla Henriete Beviláqua.; Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARMOR, Andrei; A natureza do direito; tradução de Lucas Miotto; in Direito, Estado e Sociedade, n. 42, p.6-23, jan-jun, 2013.

MARMOR, Andrei (org); Direito e Interpretação. 1ª ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, Conrado Hübner; Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação; 1ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner; Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP; in



<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.html>. Acesso em 16 set. 2018.

MENDES, Conrado Hübner; Uma proposta com dez medidas elementares de ética para o STF; disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/02/uma-proposta-com-dez-medidas-elementares-de-etica-para-o-stf.shtml>>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Curso de Direito Constitucional; 11<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Saraiva, 2016. MORRISON, Wayne; Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo; São Paulo: Martins Fontes, 2<sup>a</sup> ed., 2017.

MEYER. Emilio Peluso Neder; A colcha de retalhos de Gilmar Mendes; 2016 Disponível em: <<https://jota.info/artigos/colcha-de-retalhos-degilmar-mendes-26032016>>. Acesso em: 20 out. 2019.

MOUNK, Yascha; O Povo Contra a Democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la; 1<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho; Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a Teoria do Direito de Joseph Raz; Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; Ações constitucionais; 4<sup>a</sup> ed.; Salvador: Juspodivm, 2018.

NINO, Carlos Santiago; Introdução à análise do direito; 1<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo; CADERNOS ADENAUER (SÃO PAULO), v. 1, p. 125-148, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judiciário e Política no Brasil Contemporâneo: Um Retrato do Supremo Tribunal Federal a partir da Cobertura do Jornal Folha de S. Paulo; DADOS - REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, v. 60, p. 937-975, 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar; TORRANO, Bruno (orgs); O Positivismo Jurídico no Século XXI; 1<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

PASSARINHO, Nathalia; Gilmar diz que nomeação de Lula é fuga da Lava Jato e deixa o STF 'mal'; G1, 2016; Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/mendes-compara-ida-de-lula-para-ministerio-nomeacao-de-empregado.html>>; Acesso em 08 de nov. 2019.

PEREIRA, Thomaz H. J. A; Quais funções um Tribunal Constitucional deve desempenhar?; disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-22/observatorio-constitucional-quais-funcoes-tribunal-constitucional-desempenhar>>; Acesso em 15 de nov. de 2019.

PUGLIESE, William Soares; A *Ratio* da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade; 2016, 311f; Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2016.

RAWLS, John; O Liberalismo Político; 1ªed.; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph; Razão prática e normas; tradução José Garcez Ghirardi; Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz; Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises; 1ª ed.; São Paulo: Companhia das Letras; 2019.

SCHAUER, Frederick; Precedent; (Mai. 2011), disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1836384](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384)>, Acesso em 20 de nov. de 2019.

SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio; Teoria da Argumentação Jurídica; 1ª ed.; Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

STRUCHINER, Noel; Uma análise da textura da aberta da linguagem e sua aplicação ao direito (dissertação de mestrado apresentada ao departamento de pós-graduação em Filosofia da PUC-Rio; 2001); disponível em [https://www.academia.edu/1021231/Uma\\_an%C3%A1lise\\_da\\_textura\\_aberta\\_da\\_linguagem\\_e\\_sua\\_aplica%C3%A7%C3%A3o\\_ao\\_Direito](https://www.academia.edu/1021231/Uma_an%C3%A1lise_da_textura_aberta_da_linguagem_e_sua_aplica%C3%A7%C3%A3o_ao_Direito).

TORRANO, Bruno; Democracia e respeito à lei: entre positivismo e pós-positivismo. 1ª ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena; A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional; 1ª ed.; São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; A função moderadora; disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2018/12/a-funcao-moderadora.shtml>>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena; Por que me preocupo com a autoridade do Supremo Tribunal Federal; 11 de jan. de 2019; disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me-preocupo-autoridade-stf>>; Acesso em 11 de nov. de 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena; Supremocracia; Revista DIREITO GV, v. 4, nº 2, pp. 441-464, julho/dezembro, 2008.

WALDRON, Jeremy. Os fundamentos Teóricos do Liberalismo; Leviathan: Cadernos de Pesquisa Política; N. 5, pp. 102-132; São Paulo, 2012.

WALDRON, Jeremy; Can There Be a Democratic Jurisprudence? (October 8, 2008). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35; Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1280923>; Acesso em 26 de nov. 2019.

WALDRON, Jeremy; The Rule of Law and the Importance of Procedure (October 6, 2010). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-73; Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1688491> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1688491>; Acesso em 26 de nov. 2019.