



constituição,
política &
instituições



CONTROLE JUDICIAL DE NOMEAÇÕES DO EXECUTIVO

ROTEIRO PARA DEBATE EM AULA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

ELABORAÇÃO

BIANCA VILLAS BÔAS

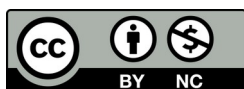
CRISTIANO DE JESUS PEREIRA NASCIMENTO

SUPERVISÃO

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

SÃO PAULO
2020

Para informações sobre o uso deste material didático, visite: e.usp.br/n7q ou use o código QR abaixo:



Este trabalho está licenciado sob a Licença Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional Creative Commons

Para visualizar uma cópia desta licença, visite http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt_BR

EXPLICAÇÃO PRÉVIA

A disponibilização deste roteiro de debates tem como objetivo fornecer um exemplo de como elaboramos roteiros para os debates em nossas aulas de monitoria. Não se trata de material ainda em uso. Para entender melhor sua função, veja a página dedicada ao nosso material didático (<https://e.usp.br/n7q>), especialmente as seções “Como usamos o material” e “Como você pode usar o material”.

Leitura obrigatória

- MS 34.070, decisão monocrática do min. Gilmar Mendes (todas as 34 páginas *ou páginas 1-3 e 14-34, somando 24 páginas*)
- MS 37.097, decisão monocrática do min. Alexandre de Moraes (15 páginas)

Leitura complementar

- MS 34.609, decisão monocrática do min. Celso de Mello (25 páginas) MS 34.070, acórdão de 29/03/2019, voto da min. Rosa Weber (3 páginas)
- MS 34.070, acórdão de 29/03/2019, voto do min. Ricardo Lewandowski (1 página)

Dispositivos constitucionais

- art. 1º, parágrafo único;
- art. 2º (separação de poderes);
- art. 84, incisos I, XII, XXV;
- art. 85, incisos II e V;
- art. 87;
- art. 37.

Objetivo

A partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre nomeações para cargos no Executivo, debater com estudantes a separação de poderes, o Executivo como poder independente, sua legitimidade política, as competências do presidente da República, o que são decisões políticas e a possibilidade de controle dessas decisões.

ROTEIRO

O debate pode ter início com o exame das competências privativas do presidente da República, notadamente a competência para nomear e exonerar ministros de Estado, e o significado dessa competência para o desempenho da função executiva. A partir disso, seguem perguntas orientadoras para a discussão conjunta.

1. *Todo ato administrativo é um ato político? Existe diferença entre ato administrativo simples e ato político-administrativo ou puramente político?*

(Constituição, art. 2º e art. 84)

Na reflexão de partida, a proposta é instigar os estudantes a pensar sobre a possível diferença entre atos simples da administração pública e atos que estão no coração da política; e se é possível aferir critérios objetivos para tal distinção, com base na leitura do rol das competências privativas do presidente da República. O parágrafo único do art. 84, ao indicar as competências que podem ser delegadas pelo presidente, seria um parâmetro objetivo para aferir diferentes graus de relevância política? Seria o único parâmetro? Aqui, durante as respostas, é interessante que monitores e monitoras mencionem outros exemplos que fomentem a reflexão sobre o que são decisões tomadas com base em um juízo político do presidente, conforme o art. 84. A declaração de guerra (XIX), a concessão de indultos e comutação de penas (XII), o veto a projetos de lei (V) e a nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal (XIV) são decisões políticas? Nesse momento, é possível também contrastar a importância desses atos que provêm de decisões políticas com atos administrativos simples como a aplicação de uma multa ou a concessão de aposentadoria a servidor público.

2. *Numa democracia constitucional, quem deve exercer o controle das decisões políticas?*

(Constituição, art. 1º, parágrafo único e arts. 85 e 86).

A ideia seria explorar, em primeiro lugar, se numa democracia o controle mais básico é realizado pelo próprio povo, que exerceria o juízo de aprovação ou reprovação política sobre as decisões dos agentes públicos eleitos.

Para além desse controle político “direto”, pela via eleitoral, o sistema constitucional prevê mecanismos de responsabilização política do presidente da República. Os arts. 85 e 86 estabelecem o controle político, exercido pelo Congresso, da responsabilidade do presidente da República. Se há a previsão expressa desse controle político dos atos do presidente da República, seria legítimo um controle que não está previsto na Constituição, exercido pelo STF, de forma preventiva?

3. *O judiciário pode controlar atos administrativos? E se forem atos políticos discricionários com competência privativa? Um único ministro do STF pode controlar um ato político do presidente da República por medida liminar?*

A noção de um espaço exclusivo de decisão política sempre esteve na raiz do debate sobre a própria jurisdição constitucional (“questions, in their nature political, or which are by the

constitution and laws, submitted to the executive can never be made in this court”, Suprema Corte dos Estados Unidos, *Marbury v. Madison*, 1803) e nunca deixou de estar presente no constitucionalismo brasileiro contemporâneo à criação do STF (“o contrário disso seria verdadeira invasão em alheia esfera de poderes e subordinação de todos ao judiciário”, João Barbalho, *Constituição federal brasileira: commentarios*, 1902, p. 224). É possível dizer que as decisões do STF que neutralizaram as nomeações feitas pelo presidente da República conservam o respeito à esfera de atuação política do presidente, pelo menos como esse espaço era visto tradicionalmente? Esse controle gera algum risco para a separação de poderes? Permitir o controle judicial com referência a princípios tão abertos como os princípios estabelecidos no art. 37 não seria transferir poder excessivo para o Judiciário?

Nesse momento, ainda na via comparativa, a intenção é fomentar o debate sobre o consenso doutrinário de que atos administrativos podem ser controlados pelo Judiciário quando não atendem os requisitos legais e os princípios da Administração (art. 37), e comparar com o tratamento que devem receber os atos políticos discricionários de competência privativa do presidente da República.

Além disso, é interessante que os estudantes discutam os possíveis riscos de decisões monocráticas que podem gerar grande interferência no âmbito político. Sem um entendimento do plenário do STF sobre a possibilidade do controle judicial de atos políticos, um único ministro poderia controlá-lo? Não haveria o risco de substituir a vontade do presidente da República, eleito pelo voto popular, pela vontade de um único ministro, que eventualmente pode ter sua própria agenda política?

Se um dos critérios para a liminar é a probabilidade de procedência do pedido, como avaliar essa probabilidade se os próprios integrantes do tribunal divergem sobre essa possibilidade? (vide contraste entre a liminar de Gilmar Mendes, no caso Lula, e de Celso de Mello, no caso Moreira Franco, bem como os votos de Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, também no caso Lula, que fizeram questão de pontuar a impossibilidade desse controle).

4. O STF poderia fazer o controle de indicações para o próprio STF, por exemplo? O STF poderia obrigar o presidente da república a nomear ministros, a nomear, por exemplo, o ministro da saúde?

Aqui a intenção é começar refletindo sobre um eventual poder dos ministros para interferir na própria composição do tribunal. Supondo que seja possível o STF controlar atos políticos discricionários do presidente, a indicação de um ministro do Supremo Tribunal Federal também poderia então ser controlada pelo próprio STF?

E se o debate for pensado a partir de uma lógica inversa? Ainda supondo que seria possível o STF controlar atos políticos discricionários do presidente, o que dizer da interferência do Judiciário em omissões políticas? Se compete privativamente ao presidente da República nomear e exonerar os ministros de Estado e os ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 84, I, XIV), a não indicação de um ministro de Estado a partir de uma decisão política do presidente para não agir seria desvio de finalidade? Também seria possível impedir que o presidente exonere ministros, diante de circunstâncias excepcionais?

5. Qual o critério utilizado na fundamentação de cada ministro para sustar a nomeação feita pelo presidente?

Para finalizar as discussões, é interessante observar se os estudantes identificaram como a chave “desvio de finalidade” foi utilizada em cada uma das decisões.

No caso do MS 34.070 (caso Lula), Gilmar Mendes diz que o deslocamento do foro seria motivo “autoevidente” “de obstrução de progresso das medidas judiciais”. Esse argumento é suficiente? Novamente, em contraste, a decisão de Celso de Mello no MS 34.609 diverge ao dizer que “a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade (que jamais se presume), eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal.” Mas, mesmo se a concessão de prerrogativa de foro fosse de fato o efeito desejado pelo presidente, ela seria necessariamente ilegal? Se o presidente da República tem a competência constitucional para interferir em decisões criminais ao conceder indulto e comutar penas, por que uma nomeação em que o efeito (apenas suposto e secundário) é a prerrogativa de foro (que não implica no trancamento da ação penal ou absolvição do réu) seria um ato ilegal?

Esse tipo de controle também apresenta outros problemas. Como identificar, e em seguida controlar, todas as motivações possíveis para uma nomeação política? Se o presidente buscava atingir vários objetivos com determinada nomeação, e dentre eles oferecer proteção contra suposta perseguição judicial, ainda assim seria possível falar em desvio de finalidade?

No caso Ramagem (MS 37.097), o ministro Alexandre de Moraes identifica o desvio de finalidade no fato “da Polícia Federal não ser órgão de inteligência da Presidência da República, mas sim exercer, nos termos do artigo 144, §1º, VI da Constituição Federal, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, inclusive em diversas investigações sigilosas”. Se o desvio de finalidade está nas intenções do presidente da República (o que poderia suscitar o debate sobre crime de responsabilidade), qual a efetividade de afastar o nomeado para o cargo de diretor? A decisão consegue impedir que, em seguida, o presidente indique outra pessoa para o cargo com as mesmas intenções de interferência? Se o desvio de finalidade está na intenção política do presidente e não necessariamente na pessoa indicada, qual o meio mais efetivo para o controle desse ato político? Seria o controle contínuo pelo Supremo Tribunal Federal?