Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

João Pedro Accioly

O Controle dos Atos Políticos:
Trajetória, Teoria e Métodos

Rio de Janeiro

2022

João Pedro Accioly

O Controle dos Atos Políticos:
Trajetória, Teoria e Métodos

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Professor Dr. Luís Roberto Barroso

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A171 Accioly, João Pedro.

O controle jurídico dos atos políticos: trajetória, teoria e métodos / João Pedro Accioly. - 2022.
369 f.
Orientadora: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Separação dos poderes - Teses. 2. Controle de constitucionalidade – Teses. 3.Direito constitucional – Teses. I.Barroso, Luís Roberto. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

João Pedro Accioly

O Controle Jurídico dos Atos Políticos:

Trajetória, Teoria e Métodos

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 28 de outubro de 2022

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmento
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof.ª Dra. Patrícia Ferreira Baptista
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof.ª Dra. Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná

_____

Prof. Dr. Christian Edward Cyril Lynch
Instituto de Estudos Sociais e Políticos – UERJ

_____

Prof. Dr. Paulo Barrozo
Boston College

Rio de Janeiro

2022

Aos meus Professores,
do Colégio Pedro II e da UERJ.

À causa democrática;
À defesa da Constituição de 1988

NOTAS BIOGRÁFICAS E AGRADECIMENTOS

"Vou aprender a ler pra ensinar meus camaradas"[1]

"Quanto mais a gente ensina, mais aprende o que ensinou"[2]

Toda ideia nasce de alguém. Toda nova teoria é produto da criatividade humana.[3] Para compreender profundamente uma obra, convém conhecer um pouco sobre o seu autor; pois suas inclinações, valores e trajetória ajudam a compor e a conferir sentido ao esforço concentrado, em palavras, sobre o papel.

Por isso, peço licença para compartilhar um pouco da minha história. Ainda na infância, um lance de sorte – ou *do destino*[4] – mudou os rumos da minha vida. Estimulada por uma tia, a minha mãe me inscreveu no sorteio para ingresso na antiga 'classe de alfabetização', do Colégio Pedro II. Fui escolhido e, assim, do dia para noite, pude frequentar a mais bela ilha de excelência da educação pública brasileira.

Tinha cinco anos, mas lembro da minha primeira professora, "Tia Gertrudes", para qual mobilizei toda a turma para organizar uma festa surpresa, por ocasião do seu aniversário, em data totalmente incorreta. Lembro da biblioteca do colégio e de ficar aficionado nas histórias da *Bruxa Onilda*. Lembro do Teatro Mario Lago, das aulas de educação física, especialmente quando na piscina, dos momentos lúdicos das aulas de música, artes e literatura. Lembro dos cânticos indígenas, em Tupi, que nos foram ensinados pela "Tia Cida", das montagens teatrais, dos trabalhos de artes visuais (sempre dificultados pela minha falta de coordenação motora), de mergulhar nas mitologias da Grécia e do Egito, de dançar *Maculelê* e de praticar *Tai Chi Chuan*.

---

[1] Versos da canção *Yáyá Massemba*, de João Roberto Caribe Mendes e Capinan, interpretada por Maria Bethânia no álbum *Brasileirinho* (2005).

[2] Versos da canção *Filosofia Pura*, de João Roberto Caribe Mendes e Antônio Jorge Portugal, interpretada por Maria Bethânia e Gal Costa no álbum *Ciclo* (1983).

[3] A mente humana, contudo, é permeada por conexões – ainda ou permanentemente – indecifráveis pela ciência. Como cantava João Nogueira, de forma apoteótica, "força nenhuma interfere no poder da criação". Prosseguia o sambista: "Não, não precisa se estar nem feliz nem aflito. Nem se refugiar em lugar mais bonito em busca da inspiração. Não, ela é uma luz que chega de repente, com a rapidez de uma estrela cadente, que acende a mente e o coração. É, faz pensar que existe uma força maior que nos guia, que está no ar, bem no meio da noite ou no claro do dia".

[4] "*Quanto mais para quem tem Ogum, missão e paz. Quanto mais para quem tem ideais e os Orixás*".

Toda essa atmosfera me levou a devorar, declamar e escrever poesia desde pequeno. A paixão era tanta que, com a ajuda (*conquistada*) de minha mãe, registrei o meu primeiro livro de poemas na Biblioteca Nacional em 02 de fevereiro de 2005, aos 11 anos.[5]

Foi também no Pedro II que dei os meus primeiros passos políticos. Fui representante de turma, diretor do grêmio[6] e secretário-executivo do Fórum Estadual em Defesa da Escola Pública. A minha primeira viagem de avião veio nesse contexto, no dia 17 de maio de 2011, e foi paga pela associação de docentes do Colégio (ADCPII). Fomos à Brasília, propor e defender, para o Ministério da Educação e para Deputados Federais, emendas ao PL 2134/2011 – que reestruturou os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia.

O Pedro II em que estudei tinha o que é de mais essencial para o sucesso de qualquer escola: professores qualificados e motivados a fazer do aluno sujeito, crítico e altivo, do processo educacional. O saber não pode ser tomado como um conteúdo estático, que deve ser meramente transferido da mente de quem já o detém para terceiros que não o possuem.[7]

A educação emancipatória, pela qual pugno, segue outra lógica. É processo mais horizontal, cocriativo, contextual – que vai muito além da simples assimilação passiva de informações. Como Rubem Braga, vejo o professor como um instigador intelectual. Um excitador de mentes. Um provocador e orientador do processo de reflexão e formulação crítica do conhecimento.

No primeiro ano do Ensino Médio, aos 14 anos, decidi assumir publicamente a minha orientação sexual. Foi um *ato político* – não no sentido técnico desta Tese; claro. Mas o que me moveu, à época, foi um sentimento de responsabilidade quanto à naturalização da homossexualidade e ao combate do preconceito. Foi uma das decisões mais acertadas de

---

[5] Fundação Biblioteca Nacional. Número do Registro: 340.652; Livro 626; Folha 312. Naturalmente, o livro não tem qualquer valor literário e jamais será publicado. Mas gosto da história e dessa criança de 11 anos que convence sua mãe a levá-lo à Biblioteca Nacional para registrar poesias.

[6] Recordo de termos organizado, em 2011, um movimento chamado "Sauna de Aula Não!". Era janeiro e estávamos tendo aulas, no que deveria ser o auge de nossas férias, em salas onde a temperatura passava dos 40 graus. Alugamos um trio elétrico, interrompemos o trânsito dos arredores, negociamos com a Polícia Militar, conseguimos ser recebidos pela então Diretora-Geral e, pouco tempo depois, o Congresso aprovou emenda à Lei Orçamentária Anual, para custear a climatização do Pedro II. Lembro também das conquistas simbólicas, como a supressão de regras de gênero para os uniformes dos alunos e a remoção do nome do Almirante Augusto Rademaker, Presidente da Junta Militar de 1969, do Pavilhão da Reitoria. Sempre que passo em São Cristóvão, reparo a ausência daquele nome lá e experimento alguma comoção.

[7] Paulo Freire chama atenção, em *Pedagogia do Oprimido*, para o fato de que o vocábulo "*ensinar*" traduz uma concepção do processo educativo na qual apenas o professor seria sujeito. Os alunos, assim, são reduzidos a mero receptores potenciais das lições do docente. Ensinar, pela própria morfologia do termo, transmite a ideia de incutir.

minha vida, pois me permitiu começar a vida adulta já sendo quem sou.[8] Ser feliz requer coragem e só quem se considera indigno aceita viver nas sombras.[9]

A decisão de cursar Direito também veio durante o Ensino Médio.[10] Em reportagem do *Jornal O Globo*, de março de 2011, quando contava 16 anos de idade, assim eu era apresentado: "Aluno do 3º ano e candidato a uma vaga em Direito, ele já foi aprovado nos vestibulares da UERJ e UFRJ em 2010 e sonha em ser Procurador da República e combater a improbidade administrativa e a corrupção".[11]

---

[8] O trabalho inevitável convém fazer logo.

[9] Viver no armário é uma tortura psicológica. Espécie de autocensura, por receio fundado de represálias externas, quanto à própria existência. Performar uma sexualidade inautêntica é encarcerar-se sobre as grades da hipocrisia, enquanto viver desejos e amores genuínos em reclusão é apequená-los. O desafio é construir – ou reconstruir – laços familiares e sociais a partir da expressão verdadeira de si próprio. Para isso, é preciso diálogo, destemor, paciência e amor. E tudo isso só é possível quando, a despeito do mundo, a gente reconhece o próprio valor.

[10] Em 2009, fui selecionado para um estágio científico no Museu Nacional, no setor de antropologia biológica. A seleção foi rigorosa, mas não havia nenhuma remuneração. Por isso, meses depois, passei a estagiar na Subsecretaria de Tecnologia da Informação (STI), da Justiça Federal do Rio de Janeiro. O estágio em 'TI', que durou 18 meses, deve-se ao fato de ter cursado, por três períodos, Informática Industrial no CEFET, em concomitância com o ensino médio regular no Pedro II. Saí do CEFET, onde fui monitor de engenharia elétrica, alegando resolutamente '*gostar mais de pessoas do que de máquinas*'.

[11] *Cf.* NETO, Lauro. "João Pedro Goes Home". *Jornal O Globo, Revista Megazine*, pp. 02-03, de 29 mar. 2011. A reportagem tratou da 'apreensão política' que sofri aos 16 anos, quando participei de um protesto contra a privatização do pré-sal. Daniel Aarão Reis, Professor Titular de História Contemporânea da UFF, em artigo publicado no *Jornal O Globo*, de 29 de março de 2011, teceu os seguintes comentários sobre o episódio: "A passeata, como seria óbvio, terminou no consulado estadunidense, é ali que desembocam há décadas os atos públicos realizados contra as políticas e as lideranças do Grande Irmão do Norte. Tudo nos conformes, na paz da rotina democrática. Os manifestantes manifestavam, a polícia policiava. Foi aí que alguém lançou um coquetel molotov contra o prédio do consulado. A garrafa cheia de gasolina explodiu, ferindo um funcionário. O episódio suscitou os 'instintos primitivos' da polícia. Encerrou-se, então, a rotina democrática e começou a barbárie. Em vez de dispersar a pequena multidão, os meganhas saíram baixando o cacete e prendendo gente. Prenderam treze. Dez militantes do PSTU e mais três pessoas que se haviam incorporado ao protesto, entre as quais um menor de idade a respeitável e popular figura da ´vovó tricolor´, envergando a camisa de seu bem-amado clube, mas disso não quiseram saber os policiais. Caiu na rede, na rede ficou, e assim vestida foi levada presa. E anotaram: presos em flagrante delito. Falso. Uma falsidade evidente, eis que um molotov só pode ser lançado pela mão de apenas uma pessoa. Na história das manifestações em todo mundo, jamais, por impossibilidade física, treze braços foram capazes de arremessar um único molotov. Além disso, nos autos das prisões, ninguém foi acusado nominalmente de nada. Interrogados, todos negaram veementemente ter praticado o delito, atribuindo-o à irresponsabilidade ou à provocação de alguém não identificado. Nestas horas a polícia não costuma conversar ou discutir. Empurra, bate, prende e leva. Prendeu os treze. Levou os treze. Foram todos para a delegacia, na expectativa de esclarecerem suas razões e serem imediatamente libertados. Não foi o que aconteceu. O representante do Ministério Público e o juiz de plantão, solicitados pelo advogado dos presos, e exercitando o saber jurídico, houveram por bem manter a prisão. Alegaram que os manifestantes eram um ´perigo´ para a excursão que o presidente dos EUA fazia no Brasil, inclusive o menor de idade e a 'vovó tricolor'. Além disso, argumentaram que ´maculavam´ a imagem do país no mundo. Um país que vai organizar a Copa do Mundo e as Olimpíadas não pode tolerar certas liberdades. Mesmo que sejam republicanas e democráticas. À violência da prisão arbitrária somou-se a violência da Justiça. E veio então uma terceira violência. Ignorando o caráter político do protesto – e da prisão –, despacharam os detidos para presídios comuns, onde permaneceram por setenta horas, quase três dias. As mulheres – três –, para Bangu 8; os homens – nove –, para o presídio Ary Franco; e

O Direito parecia o lugar onde eu seria capaz de conciliar pretensões diversas.[12] O primeiro objetivo, para ser sincero, era obter rápida realização material, para viver com mais conforto, segurança e possibilidades. O segundo desígnio era aprofundar não só a minha compreensão, mas também a minha capacidade de intervenção no mundo – para buscar corrigir suas iniquidades. O terceiro se relaciona à posição privilegiada que o jurista ocupa em sociedades nas quais todos os conflitos humanos são equacionados pelas lentes do Direito.

Segui esses vetores nas minhas escolhas profissionais até a eclosão da pandemia. Em março de 2020, acumulava quatro empregos. A suspensão da nossa relação com o tempo, em consequência do isolamento social para o combate ao vírus, levou-me a questionamentos profundos – que, conquanto angustiantes, permitiram-me compreender melhor o meu propósito e reconhecer, com mais clareza, o caminho para a minha realização existencial.

O lugar que me interessa construir e ocupar é o da mestria, direcionada à transformação social, em três *loci*: sala de aula, política e cultura. A advocacia privada me deu a ascensão material que eu busquei, com natural ansiedade. Mas não foi preciso muito tempo para que eu me desse conta e aceitasse que *só* isso não me basta.

A realização genuína, para mim, advém (*i*) de fazer bem o que se acredita, (*ii*) de fazer o que se acredita refletir em tudo que se faça e (*iii*) de fazer para os outros. Bem por isso que as profissões dirigidas ao desenvolvimento do outro são aquelas em que a gente pode mais

---

o menor para o Centro de Triagem, na Ilha do Governador. E se permitiram – a quarta violência – a raspar as cabeças dos homens, numa tentativa – vã – de ofendê-los e de humilhá-los. Violências inomináveis. À sombra da lei, mas ilegais. E covardes. Que saibam o juiz, o representante do Ministério Público, os policiais e os carcereiros que, se máculas houve – e houve máculas – elas foram causadas por esta sequência de violências, pelas quais suas excelências são responsáveis. Foram cometidas, estão feitas, não há como repará-las. Resta-me, além do registro indignado do triste episódio, à maneira de uma singela homenagem, declinar os nomes dos que foram presos: Gilberto Silva, Rafael Rossi, Pâmela Rossi, Thiago Loureiro, Yuri Proença, Gualberto Tinoco, Gabriela Costa, Gabriel Paulo, José Braunschweiger, Andriev Santos, João Pedro, Wagner Vasconcelos, Maria Pereira da Silva. Rasparam a cabeça de muitos. Mas vocês conservaram o mais importante: a cabeça e o caráter. Cabe esperar agora que não sejam raspados da memória da cidade e do país". Fiquei quase três dias privado da minha liberdade, que acabou restituída pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *(*Habeas Corpus nº 0017345-91.2011.8.19.0000). A meu pedido, a matéria citada – '*João Pedro Goes Home*' – foi amigavelmente excluída do site do jornal, com base no ECA (art. 143); pois sua indexação nos servidores de busca chegou a me prejudicar em algumas oportunidades profissionais e mesmo na concessão de vistos de turismo. Tenho, contudo, imenso orgulho da história e, por isso, fiz questão do registro. Agradeço, sem declinar nomes (pois seria impossível), a todos que me ajudaram a passar por esse momento.

[12] No poema "Forças Concorrentes", que escrevi em maio de 2019, confesso: "Sempre andei espremido entre ambições individuais (*no geral traduzíveis em pretensões materiais*); o desejo de mudar o mundo (*saindo em cruzada quixotesca contra toda injustiça e preconceito*); e as aspirações de transcendência do espírito (*que nunca soube ao certo como traduzir*). Mas nunca parei de andar".

intensa e verdadeiramente se autorrealizar. E eu não consigo pensar numa carreira mais afeita a tal descrição do que o magistério.

Quando decidi pelo Direito, contudo, imaginava que disciplinas como Direito Tributário e Direito Empresarial seriam obstáculos indigestos pelos quais eu teria de passar, assim como fazia com as aulas de taxonomia biológica ou geometria descritiva do Pedro II.

Para o meu feliz espanto, o Direito me interessou *no todo*; *como sistema*. Lembro de ficar maravilhado com as aulas de Direito Civil I, do Prof. Carlos Nelson Konder – cujo rigor e domínio intelectual impressionaram-me de pronto. De ter ficado impactado com o conhecimento enciclopédico e erudito do Professor Marcello Ciotola, de IED, cujas aulas eram organizadas em fichas amareladas que me antecedem na curva do tempo. De ser desafiado pelas ideias brilhantes de Marco Marrafon, nas aulas de Direito e Pensamento Político – que nunca se podia saber de antemão onde e como acabariam.

Mas foi mesmo o Direito Constitucional que fez os meus olhos e neurônios brilharem mais forte. À frente da disciplina estava Rodrigo Brandão, em sua primeira turma de graduação como professor efetivo da UERJ. Tudo na matéria me interessava. Era difícil não interromper com perguntas em excesso as exposições densas, articuladas e referenciadas de Rodrigo Brandão.

Eu soube, ainda naquele primeiro semestre, do que daria aula. Mais tarde, percebi que, ao menos intuitivamente, eu sempre soubera. O Estado é o meu *objeto de fascínio*. A sua organização, as suas instituições, os seus princípios, as suas relações, as suas finalidades, os seus problemas. Conhecer, debater e propor soluções para as *questões do Estado* animam a minha alma, movem o meu coração e fazem qualquer esforço não só valer a pena, como sequer soar como tal.

Na monografia da graduação, escrevi sobre "*Improbidade Administrativa e Proibição de Contratar com o Poder Público*". O trabalho foi publicado como livro pela *Lumen Juris*, em 2017. Na dissertação de mestrado, tratei da "*Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública*". A obra foi publicada pela mesma editora, em 2019.

Nessas pesquisas, em que considero ter alcançado contribuições úteis, a minha estratégia foi traçar objetos de investigação constritos, para ter condições de apresentar contribuições originais em nível compatível com a compreensão jurídica de que dispunha à época.

Para o Doutorado, tive a audácia – sem saber se lograria êxito – de me desafiar a escrever sobre um '*tema clássico e universal'* do Direito Público, em que pudesse propor um discurso sobre a disciplina e apresentar contribuições mais abrangentes e, espero, mais duradouras; porquanto a salvo das flutuações legislativas típicas do Direito Administrativo.

Encontrei no **controle dos atos políticos** o tema central de minha Tese. A escolha – que chegou por intuição, '*de repente, não mais que de repente'* – guarda coerência com a minha trajetória. Com os anos de militância política. Com o '*ódio e o nojo*' às ditaduras. Com o desejo de fazer parte da construção e do aperfeiçoamento permanente da democracia brasileira.

As páginas seguintes foram escritas com um objetivo claro, que deve ser posto ao conhecimento de todos os seus leitores: incrementar a compreensão e a operação dos mecanismos de controle jurídico dos atos políticos, a fim de tutelar a Democracia, a Separação dos Poderes e o conjunto dos direitos e valores consagrados pela Constituição Federal de 1988.

- *E agora, João?*

A vida me tem concedido estradas e conquistas generosas. Aos 21, tornei-me bacharel em Direito e advogado. Fui o primeiro aluno, na septuagenária história da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a concluir o curso antecipadamente por extraordinário desempenho nos estudos.[13] Durante a graduação, fui monitor de Direito Constitucional, por três períodos,

[13] *Cf.* Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, art. 47, § 2º: "Os alunos que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos, demonstrado por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas dos sistemas de ensino". O meu coeficiente de rendimento acumulado, ao final do curso, atingiu o grau 9,52. Mas o mais impressionante foi ter obtido êxito num requerimento administrativo inédito, baseado em dispositivo legal não regulamentado pela UERJ, durante uma greve prolongada. Foi preciso convencer a Reitoria, a Procuradoria-Geral da UERJ, a Direção e o Conselho Departamental da Faculdade de Direito. Depois disso, fui submetido a avaliações especiais relativas a todas as disciplinas que não havia cursado. O requerimento que apresentei foi aprovado, com 10 votos favoráveis e uma abstenção, na Reunião Extraordinária do Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UERJ, em 23 de maio de 2016, conforme a Ata nº 1040/2016, item 2 da pauta: "Em face do ineditismo da matéria, o diretor decidiu não tomar nenhuma atitude monocrática e por isso encaminhou o pedido para análise do Conselho Departamental logo após o parecer da Procuradoria-Geral da UERJ, para não haver perecimento de direito do requerente. (...) O professor Rodrigo Lychowski achou coerente o pedido do requerente para que a greve não prejudique o aluno. Afirmou ainda que o mesmo já foi seu aluno e que pode atestar que ele é exemplar, sempre participativo e com um ótimo desempenho nas suas disciplinas. Assim, acolheu o seu pedido em caráter excepcional, conforme a Lei de Diretrizes. Passada a palavra ao discente Philippe, o mesmo atestou que está de acordo, conforme parecer da Procuradoria Geral da UERJ, e que apesar de não estar ainda regulamentado pela Universidade, opinou a favor do pleito, já que o mesmo conseguiu comprovar no processo sua situação excepcional. Sugeriu que seja normatizada a abreviação de curso junto a SR-1 e ao CSEPE. O professor Fábio Zambitte também se manifestou favoravelmente ao pleito, como consta na Lei

sob supervisão da Professora Titular Ana Paula de Barcellos, além de ter integrado três grupos de pesquisas institucionais. Nesse período, passei por estágios em cinco escritórios e pela Defensoria Pública – onde trabalhei no Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual.[14] Além disso, integrei a primeira equipe da UERJ a vencer a Olímpiada do Conhecimento Jurídico, competição organizada pela Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC.[15] Ainda na graduação, colaborei na atualização da segunda edição do livro *Políticas Públicas e Direitos*

---

de Diretrizes e Bases da Educação. A professora Heloísa Helena concordou com todos, afirmou que é favorável ao pleito e sugeriu a indicação de uma banca examinadora para organizar a forma de avaliação. O professor Cleyson Mello concordou, afirmou que por tudo exposto o requerente é merecedor do pleito. (...) O professor Leonardo Schenk disse que o requerente foi seu aluno e atestou sua qualidade. Reforçou a sua preocupação com a avaliação subjetiva para proteção do mesmo. A professora Patrícia Glioche se manifestou favoravelmente ao pleito inédito do aluno e sugeriu uma reflexão para o futuro sobre os critérios de avaliações (...). A aluna Laila pediu a palavra para atestar a extraordinariedade do colega João Pedro, que possui todas as qualidades necessárias juntas. Porém, pediu que os Conselheiros observassem os outros alunos concluintes. (...) O diretor disse que o pleito do aluno João Pedro está amparado na lei e que foi chancela pela Procuradoria-Geral da UERJ, que reconheceu a excepcionalidade do caso. (...) Ficou decidido por maioria, com 01 (uma) abstenção do discente Douglas da Silva, que o aluno João Pedro fará provas com nota para aprovação superior a 7,00 (sete) em cada disciplina, com média final 8,00 (oito). Na avaliação deverá constar 01 (uma) questão de cada disciplina que ainda resta cursar, sendo: Direito Financeiro III e IV (tributo e espécies) e Sociologia Jurídica II; a elaboração de 1 (uma) peça de Direito Civil e de Direito Processual Civil. Decidido também que os professores das disciplinas em que o referido aluno está inscrito serão os responsáveis para elaborarem as provas e que a coordenação de graduação ficará responsável pelo acompanhamento e pela tramitação das avaliações".

[14] O tempo no NUDIVERSIS foi a minha 'experiência forense' mais enriquecedora do ponto de vista humanístico. Escrevi inúmeras ações de redesignação de nome e sexo, para travestis e transexuais. Impetrei, em nome próprio, o meu primeiro Habeas Corpus – um HC preventivo que visava à obtenção de salvo-conduto para a interrupção de uma gravidez arriscada. Atuei no atendimento de vítimas de homofobia e na mediação de conflitos da comunidade LGBTQIA+. Todo esse trabalho foi supervisionado, de perto e com muito carinho, pela Defensora Luciana Mota, que, à época, conciliava o trabalho na Defensoria, com o Mestrado em Direito Civil na UERJ, aulas de francês e uma rotina de treinos físicos impressionantes. Luciana me mostrou que, na vida, dá para fazer bem muita coisa importante e, de quebra, estar sempre elegante, bonito, em forma e com um sorriso no rosto.

[15] Em 2015, o meu quarto ano de faculdade, participei da II Olímpiada do Conhecimento Jurídico, organizada pela Academia Brasileira de Direito Civil, representando a Faculdade de Direito da UERJ. Competi em duas modalidades. Na prova de conhecimento legislativo, ficamos em segundo lugar. Na prova de sustentação oral perante corpo de jurados, vencemos todos os confrontos por unanimidade. Na cerimônia de encerramento, constatou-se que havia empate no resultado geral e que não se havia previsto critérios de solução para tanto. Solução? Formulou-se uma questão, que foi respondida oralmente por cada equipe e avaliada por uma Banca com cerca de trinta professores, na frente de centenas de pessoas, em pleno Centro Cultural da Justiça Federal – imponente edifício que abrigou o Supremo Tribunal. Resultado? Ganhamos, de forma também unânime. Agradeço, aliás, ao colega Vynicius Pereira Guimarães pela brilhante parceria na prova de sustentação oral.

Fundamentais, do Prof. Felipe de Melo Fonte.[16] Logo depois de formado, fiz a revisão da obra *Empresas Estatais*, do Prof. Alexandre Aragão.[17]

Durante o Mestrado, fui um dos fundadores do Laboratório de Regulação Econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que é coordenado pelo Professor José Vicente de Mendonça. No UERJ Reg., tive a oportunidade de colaborar (*i*) em parcerias institucionais firmadas com agências reguladoras; (*ii*) na elaboração de textos para a coluna do *Reg.* no *JOTA*; (*iii*) na redação de petições, em que o Laboratório se manifestou como *amicus curiae*; (*iv*) na organização do I Fórum sobre Inovação do Direito Público e (*v*) na organização da I Olímpiada de Direito Administrativo.

A reta final do meu Mestrado coincidiu com as eleições de 2018. Naquele período, não estava pré-disposto ao engajamento político direto. Mas foi inevitável; diante do que estava em jogo. Em outubro de 2018, tomei a iniciativa e fui o primeiro signatário do '*MANIFESTO DE ALUNOS E EX-ALUNOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ CONTRA A CANDIDATURA DE WILSON WITZEL AO GOVERNO DO ESTADO*'. O texto foi subscrito por centenas de alunos e teve ampla repercussão na imprensa e nas redes sociais.[18] Sua conclusão era esta:

> A UERJ é um centro de excelência acadêmica, mas também um polo de diversidade e de democracia, tendo sido a primeira Universidade a implementar políticas de cotas no país. A eleição de Wilson Witzel, no plano estadual, e de Jair Bolsonaro, no plano

---

[16] *Cf.* FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20. Na dedicatória do meu exemplar, Fonte escreveu: "Para o querido João Pedro, talento promissor, com o agradecimento pela ajuda inestimável na atualização do trabalho e votos de sucesso continuado".

[17] *Cf.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*. São Paulo: Forense, 2017, p. 09. Na dedicatória do meu exemplar, Aragão anotou: "Ao querido João Pedro, na certeza do seu sucesso grande, com amizade e admiração".

[18] *Cf.* "Alunos da faculdade de direito da UERJ lançaram manifesto contra candidatura de Wilson Witzel". Publicado pelo jornalista Sidney Rezende, em 08 out. 2018. Disponível eletronicamente em: <https://www.srzd.com/brasil/alunos-faculdade-uerj-candidatura-wilson-witzel/>. O manifesto foi, afinal, encampado pelo Diretório Central de Estudantes da UERJ e lido pelo candidato que contra ele concorrera, além de discutido nos debates televisivos entre eles. Witzel havia sido Professor Substituto de Teoria Geral do Processo de minha turma de graduação, no ano letivo de 2014, enquanto ainda trajava a toga. Como professor, mostrou despreparo e descompromisso acadêmico. Tanto assim que nos organizamos para impedir a renovação do seu contrato. No semestre seguinte, o brilhante Professor Adjunto Leonardo Schenk foi alocado em nossa turma, à frente das cadeiras de direito processual civil, e precisou reservar suas primeiras semanas de aula à revisitação do conteúdo que deveria ter sido dado por Witzel. Em que pese tudo isso, tive uma boa relação com Witzel durante o tempo de convivência acadêmica. Após a primeira avaliação, Witzel leu a minha prova para a turma e me fez um elogio desconcertante. Esses elementos me fizeram hesitar quanto ao manifesto e, ainda hoje, tornam o assunto delicado. Espero que o Witzel encontre algum tipo de redenção. No entanto, tenho orgulho da atitude tomada. O curto governo do ex-juiz, marcado por políticas de extermínio e denúncias de corrupção, indicam que eu estava *do lado certo da história*.

> federal, significariam a coroação do autoritarismo sem razão, a negação da democracia e da diversidade, a ameaça à vida e ao modo de vida de alunos e professores e o extermínio dos valores que nos unem, acima das naturais e bem-vindas diferenças políticas que nos dividem.

No início do Governo Bolsonaro, publiquei, no *Jornal Valor Econômico*, o artigo '*Governo de polêmicas frívolas e ignorância constitucional*'.[19] No texto, após analisar vários equívocos e disparates do Presidente e de seus Ministros, concluí que o "Governo não conhece nem as possibilidades nem os limites da Constituição, e insiste em disputas ideológicas irrelevantes".

Nos últimos anos, tenho sido Professor Convidado da especialização em Direito do Estado, do CEPED/UERJ, e da especialização em Direito Público, da Faculdade Baiana de Direito. Entre 2019 e 2021, ministrei 19 disciplinas como Professor Substituto de Direito Constitucional da UFRJ – cargo para o qual fui aprovado mediante concorrido processo seletivo, que foi realizado uma semana após a defesa da minha Dissertação.[20]

Até aqui, publiquei 30 artigos em periódicos jurídicos, além dos livros já mencionados, 2 capítulos em obras coletivas e 6 textos em jornais ou revistas.[21] Também integro o corpo de pareceristas dos seguintes periódicos: Revista Digital de Direito Administrativo (USP), Revista de Estudos Institucionais (UFRJ), Revista Contexto Jurídico (UERJ), Revista de Direito da Administração Pública (UFF/UFJF), Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Revista Justiça do Direito (Universidade de Passo Fundo).

---

[19] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. "Governo de polêmicas frívolas e ignorância constitucional". In: *Jornal Valor Econômico*, de 29 mai. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/governo-de-polemicas-frivolas-e-ignorancia-constitucional.ghtml>.

[20] Competi com 87 candidatos, muitos dos quais Doutores. Graças ao meu desempenho na prova didática, acabei classificado em 2º lugar e fui contratado para lecionar na Faculdade Nacional de Direito. *Cf.* Diário Oficial da União, 12 dez. 2018, número 238, seção 3, p. 75.

[21] Publiquei artigos nas seguintes revistas e jornais: Revista Jurídica da Presidência da República, Revista de Direito Administrativo, Revista de Informação Legislativa, Revista dos Tribunais, Revista de Direito Constitucional e Internacional, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Revista de Processo, Revista Tributária e de Finanças Públicas, Revista Brasileira de Arbitragem, Revista de Arbitragem e Mediação, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista de Direito Brasileira, Revista Juris Plenum, Revista Digital de Direito Administrativo, Revista Síntese de Direito Administrativo, Revista Brasileira de Direito Público, Revista de Direito Público da Economia, Revista de Contratos Públicos, Revista Fórum de Gestão e Contratação Pública, Boletim de Licitações e Contratos, Revista do TCU, Revista da AGU, Revista da EMERJ, Revista da EMARF, Revista da ABPI, Jornal Valor Econômico, JOTA e ConJur. A relação completa das minhas publicações consta do meu Currículo Lattes. Disponível eletronicamente em: <http://lattes.cnpq.br/6362403936234256>.

Após interromper a minha carreira na advocacia privada, em junho de 2020, propus, ao fim daquele mês, por conta própria, uma Ação Popular, cujo valor da causa é de R$ 511.255.145,40, com vistas a ressarcir o erário federal por contratos fraudulentos do Ministério da Saúde.[22]

Em 2020, compus a Banca Avaliadora do '*1º Concurso de Monografias – Direito Público dos Recursos Humanos*', organizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público.[23] Em 2021, participei de audiência pública, na Câmara dos Deputados, para debater o Projeto de Lei nº 2.421/21, que pretende regulamentar os 'Comitês de Prevenção e Solução de Disputas', os chamados '*dispute boards*', no âmbito da Administração Pública.[24] Em 2022, fui entrevistado pela *DW Brasil*, sobre o indulto concedido pelo Presidente Bolsonaro ao Deputado Daniel Silveira.[25]

Esses foram alguns lances da trajetória que me levou ao Doutorado e me permitiu elaborar esta Tese. Peço desculpas pela extensão da nota biográfica, mas, como Maiakóvski, acredito que "*gente é pra brilhar, que tudo o mais vá pro inferno, este é o meu slogan e o do sol*".[26][27] Os próximos passos ainda estão por ser dados, mas penso já saber reconhecer o meu caminho.[28]

---

[22] *Cf.* Processo nº 5038948-53.2020.4.02.5101, em trâmite perante a 29ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

[23] Os trabalhos premiados foram publicados em forma de livro: SUNDFELD, Carlos Ari; TRISTÃO, Conrado (orgs.). *Vínculos Públicos e Formas de Seleção*. Diagnósticos jurídicos para a modernização do RH do Estado. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2021.

[24] A íntegra da audiência está disponível em: <https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/63884>. Também apresentei, por escrito, contribuições técnicas à Câmara, com sugestões de modificações ao Projeto: <https://www.academia.edu/61712533/Contribui%C3%A7%C3%B5es_T%C3%A9cnicas_PL_2421_2021>.

[25] *Cf.* BECKER, Guilherme. "Indulto de Bolsonaro a Silveira é ensaio para o golpe". Publicado pela *DW Brasil*, em 22 abr. 2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/indulto-de-bolsonaro-a-silveira-é-ensaio-para-o-golpe/a-61564958>. Anteriormente, já havia colaborado com reportagens do *Jornal O Globo*, analisando aspectos do foro especial por prerrogativa de função dos Deputados Federais (*´Delegada diz que motivação de assassinato de pastor ainda não está esclarecida´*, de 21 jun. 2019) e das imunidades processuais e prisionais de Deputados Estaduais (*'Deputados do Rio podem sair da prisão baseados em decisão do STF'*, de 08 mai. 2019).

[26] *Cf.* MAIAKOVSKI, Vladimir. 'A extraordinária aventura vivida por Vladímir Maiakóvski no verão na Datcha'. In: *MAIAKOVSKI*: POEMAS. Trad. Augusto de Campos. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 144. Esses versos inspiraram dois refrões clássicos da Música Popular Brasileira: o de '*Gente*', lançada no álbum *Bicho* (1977), de Caetano Veloso, e o de '*Quero que vá tudo pro inferno*', lançada no álbum *Jovem Guarda* (1965), de Roberto Carlos. A belíssima canção 'O Amor', que Gal Costa gravou para o álbum Fantasia (1981), resulta da adaptação de um poema homônimo de Maiakóvski por Caetano Veloso.

[27] *Cf.* PESSOA, Fernando. *Odes de Ricardo Reis*. Lisboa: Âtica, 1946, p. 148. "Para ser grande, sê inteiro: nada teu exagera ou exclui. Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes. Assim em cada lago a lua toda brilha, porque alta vive". Esses versos são declamados por Maria Bethânia no prólogo da canção '*Segue o Teu Destino*', que integra o álbum '*Imitação da vida*' (1997). A faixa resulta da

Nenhuma caminhada, contudo, faz-se sozinho. Sem alteridade, não aprenderíamos sequer andar ou falar, que dirá elaborar pensamentos complexos. Sem o *outro* não existe o *eu*. Por isso, agradeço a todas as pessoas cujos caminhos encontraram o meu. Cada encontro traz, ao menos, uma lição. Mas faço questão de agradecer nominalmente:

À minha mãe, Ana Paula Accioly, sou grato pelo amor incondicional. Minha mãe, professora da rede municipal de educação, criou sozinha três filhos. Crescemos na casa de número 136, na Rua Álvares de Azevedo, no Jacaré – onde residi até os 20 anos de idade. Hoje, eu, aos 28 anos, tenho a honrosa chance de conquistar o título de Doutor em Direito Público pela UERJ. Marina Accioly, minha irmã do meio, que conta 25 primaveras, cursa mestrado em arquitetura na Universidade de Strasbourg, reside na Suíça e trabalha num prestigiado escritório francês. Júlia Accioly, a caçula, de 18 anos, foi recentemente aprovada para estudar e jogar futebol feminino nos Estados Unidos. Nada disso seria possível sem o Colégio Pedro II, onde nós três estudamos por toda vida, e, sobretudo, sem o carinho, o estímulo e o suporte integral de nossa mãe – a quem espero honrar diariamente e amparar até *o fim*.

Às minhas irmãs, sou grato por serem as pontes mais seguras para o melhor que há em mim. Saibam: não importa qual canto, deste *vasto mundo*, vocês façam de lar; sempre serão família e refúgio.[29]

Ao meu primo, Luiz Fernando, agradeço ser meu irmão.[30]

---

musicalização de poema homônimo, também de Fernando Pessoa, sob o heterônimo Ricardo Reis: "Segue o teu destino, rega as tuas plantas, ama as tuas rosas. O resto é a sombra de árvores alheias. A realidade sempre é mais ou menos do que nós queremos. Só nós somos sempre iguais a nós próprios. Suave é viver só. Grande e nobre é sempre viver simplesmente. Deixa a dor nas aras, como ex-voto aos deuses. Vê de longe a vida. Nunca a interrogues. Ela nada pode dizer-te. A resposta está além dos deuses. Mas, serenamente, imita o Olimpo no teu coração. Os deuses são deuses porque não se pensam". Foi Victor Valery quem me levou a essa gravação de Bethânia. Agradeço-o por isso.

[28] "O João é, desde sempre, um professor. Consigo imaginá-lo ajudando os colegas de colégio, as irmãs. No silêncio úmido do seu quarto ele se espelhava nos seus grandes mestres de história, geografia, literatura; algum dia, quem sabe, ele seria assim. O dia está próximo, e que grande professor ele será! Enfim: o João Pedro é a alegria da festa; é exuberante mas aprende com humildade; é o rebelde que amava os clássicos; em cada gesto ele nos prometia uma revolução; já foi contra tudo, mas hoje anda pensando melhor". Trecho da 'Apresentação do Autor', escrita pelo Professor José Vicente Santos de Mendonça, por ocasião do meu *Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública* (Lumen Juris, 2019).

[29] O agradecimento se estende ao Iago Abreu Accioli, nosso '*primo de vigésimo grau*', pois Marina não poderia ter encontrado companheiro melhor. Nem ele.

[30] O agradecimento se estende à Bruna Mizumoto, pela linda relação de toda vida com o Luiz. Vocês são especiais. Também agradeço aos meus primos Tauana, Ana Clara, Anna Beatriz, Renata, Paloma, Lucas, Rafael, Renan, Felipe, Carol, Gabriela, Gustavo Olívia e Júlia Maria. Agradeço, enfim, a seus pais, meus tios (*biológicos e afetivos*), e às minhas tias-avós Matil, Maria, Marlene, Iara e Isa.

À Denir Camacho Ferreira, sou grato por ser minha inspiração de menino e por sempre ter, sabendo ou não, aberto os meus caminhos.

Aos meus avós, presenças marcantes e luminosas, sou grato pelo exemplo, pelo cuidado e por me mostrarem o valor e a sabedoria que há por trás dos olhos "*dessa gente que vai em frente sem nem ter com quem contar*".

Ao meu pai, sou grato pela minha vida e pelas tentativas. A vida fornece desafios para todo mundo. Não é difícil se perder nem impossível se achar. Mas, no fim das contas, estamos todos interconectados e em treinamento.[31] É preciso perdoar e estar aberto a se reconciliar com a própria história. *Oxalá*, façamo-lo em vida.

Ao Professor Luís Roberto Barroso, sou grato (*i*) por seus escritos refundadores do Direito Constitucional brasileiro; (*ii*) por sua coragem e abertura ao debate franco de ideias; (*iii*) por sua convicção democrática e defesa concreta da Constituição; (*iv*) por revolucionar a estética da produção e da comunicação jurídica; e (*v*) por aceitar, em meio a tantas responsabilidades e compromissos, o convite para orientar este trabalho. É uma honra – para toda a vida – ter sido seu aluno e orientando.

À Teresa Melo, a quem conheci no Mestrado, e só abandonarei *no apagar da velha chama*, sou grato por toda cumplicidade, parceria e afeto; além do meu primeiro livro do Valter Hugo Mãe.[32] Agradeço, enfim, toda conversa que tivemos; pois saí de cada uma delas mais inteligente e mais feliz.

Ao querido Wolney Malafaia, Professor Titular de História do Colégio Pedro II, Doutor em História pela FGV e bacharel em Direito pela UERJ (1983), sou grato pelo incentivo, na escolha do curso e da casa, e por me presentear com o meu primeiro livro de Direito Constitucional.[33]

Ao Professor Rodrigo Brandão, meu primeiro Professor de Direito Constitucional, sou grato pela fantástica introdução à disciplina e por sua valiosa Tese – que foi indispensável para a minha investigação.

---

[31] Eles "*são crianças como você, o que você vai ser quando você crescer*", cantava Renato Russo.

[32] Teresa me presenteou com *O filho de mil homens*, em março de 2017, e escreveu a seguinte dedicatória: "*Para João Pedro, como marco do início de uma amizade que já nasce especial*". Não podia imaginar, à época, o quão especial você se tornaria para mim, Teresa.

[33] *Cf.* BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

À Professora Titular Ana Paula de Barcellos, agradeço a acolhida generosa e intelectualmente estimulante que recebi como seu monitor, estagiário e aluno de Doutorado.

Ao Professor Titular Daniel Sarmento, sou grato, primeiro, pela aula magna do meu ano de ingresso, sobre Direitos Fundamentais. Nunca mais fui o mesmo.[34] Sou-lhe grato também por seus escritos sofisticados,[35] pelas aulas ímpares e pela participação generosa no curso de "Cidadania e Movimentos Sociais", que ministrei virtualmente, durante a pandemia, para alunos da FND.[36]

Ao Professor Alexandre Aragão sou grato, não só pelas aulas de Direito Administrativo, como pela orientação atenta de minha Monografia e Dissertação de Mestrado, mas sobretudo por sua notável contribuição à renovação do Direito Público brasileiro.

À Professora Patrícia Baptista, sou grato pelas disciplinas ministradas, pela interlocução privilegiada e pela melhor relação de coautoria que já tive. Patrícia, a sua devoção à docência me inspira.[37]

Ao Professor José Vicente de Mendonça, sou grato por muitos motivos. O José Vicente coloca sua erudição clássica a serviço de reflexões sempre inovadoras. Ele é o exato oposto do arquétipo machadiano do Medalhão. Toda bagagem que o Zé acumulou, desde os tempos do São Bento, funciona como matéria-prima para sua produção intelectual autonômica, que é inconfundível na forma e disruptiva no conteúdo.

Aos Professores Siddharta Legale e Carolina Cyrillo, agradeço pela acolhida na Faculdade Nacional de Direito e pela interlocução acadêmica profícua.

Ao Professor Titular Carlos Ari Sundfeld, agradeço pela generosidade, pela gentileza, pela disponibilidade e por sua contribuição notável à oxigenação do Direito Administrativo brasileiro.[38]

---

[34] No conhecido dito de Einstein, "*a mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original*".

[35] Especialmente, pelo que julgo ser a melhor obra brasileira de Teoria Constitucional, o seu '*Direito Constitucional*: Teoria, história e métodos de trabalho', escrito em coautoria com Cláudio Pereira de Souza Neto.

[36] O debate sobre a relação entre o Judiciário e os movimentos sociais, está disponível no YouTube.

[37] A Profa. Patrícia Baptista, ao menos nos meus tempos de graduação, sempre foi considerada uma das mais exigentes e populares professoras da Faculdade de Direito da UERJ; o que, naturalmente, é uma façanha para poucos.

[38] O meu primeiro contato com o Carlos Ari foi por *e-mail*. Após assistir uma aula de Direito Financeiro, sobre o controle externo da Administração Pública, do brilhante e dedicado Professor Gustavo da Gama Vital de Oliveira, fiquei inconformado com a posição majoritária da doutrina sobre a prerrogativa de sustação de contratos pelo TCU. Escrevi um artigo sobre o tema ('A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos

À Marielle Franco, ao Marcelo Freixo, ao Chico Alencar, ao Tarcísio Motta, ao Milton Temer, ao Eliomar Coelho, à Evelyn Silva, ao Bruno Bimbi, à Rhaysa Ruas, ao Kenzo Soares, ao Thales Mesentier, ao Allan Mesentier, ao Mário Barretto, à Caroline de Castro, ao Tomaz Mefano Fares, à Veraci Alimandro, ao Rogério Alimandro, ao Bid Teixeira e, especialmente, ao Ítalo Pires Aguiar, sou grato pela solidariedade e pela troca enriquecedora, sobretudo durante o período em que fui filiado ao Partido Socialismo e Liberdade.[39]

Aos meus Professores do Colégio Pedro II, sou grato por terem me dado "*régua e compasso*": as ferramentas e o gosto pelo pensamento próprio.

Ao Professores brasileiros Carmen Tibúrcio, Gustavo Binenbojm, Jane Reis, André Cyrino, Sérgio Ferrari, Gustavo da Gama, Christian Lynch, Jessé Torres, Ana Paula Sales, Felipe Fonte, Egon Bockman, Eduardo Jordão, Gustavo Justino de Oliveira, Juliana de Palma, Lenio Streck, Marçal Justen Filho, Cesar Pereira, Floriano de Azevedo Marques, Marcos Augusto Perez, Conrado Hübner Mendes, Virgílio Affonso da Silva, Maria Paula Dallari, Álvaro Palma de Jorge, Alessandro Molon, José Carvalho Filho, Maria da Glória Aquino, Laís Locatelli, Naiara de Moraes e Silva, Simone Letícia, André Rosilho, Yasser Gabriel,

---

Públicos Antijurídicos'), que acabou publicado na *Revista dos Tribunais* (vol. 975, jan. 2017). Assim que o artigo saiu, eu simplesmente encaminhei ao Prof. Carlos Ari - que havia escrito, em parceria com o Prof. Jacintho Câmara, a defesa mais substanciosa da tese que eu combatia ('Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas', publicado na *Revista de Direito Administrativo*). Escrevi-lhe, em 26 de janeiro de 2017, dizendo que ficaria 'honrado e feliz se pudesse receber um *feedback* seu sobre o meu trabalho'. A verdade é que eu, àquela altura apenas um recém-formado, achava que as chances de resposta seriam remotas. Mas a resposta veio, em menos de três horas, e nesses termos: "Salve João Pedro. Que legal. Muito obrigado por suas gentilezas: a de me mandar o seu artigo e, claro, de pegar leve com o meu! Já li, gostei do texto e pretendo incluir no meu curso de mestrado profissional no 2º semestre na FGV, para os alunos terem visões contrapostas. Você sabe que, nesses assuntos de interpretação constitucional, eu sou (como diz meu amigo Dimitri Dimoulis, meu colega de FGV) um professor mais para o século 19. Não sou muito simpático a interpretações corretivas, especialmente em matéria de competências expressas na Constituição. Daí nossa divergência, nesse caso. Além disso, tenho grandes preocupações com os riscos de 'caos controlatório', que a meu ver já está ocorrendo no Brasil. A omissão do Parlamento não me preocupa, pois o Judiciário já tem o poder de, com suas cautelares, fazer 'sustações' eventualmente necessárias. Quanto a mim, não me convenci ainda de que esteja faltando controle, de modo a justificar uma interpretação corretiva em favor do Tribunal de Contas. Digo isso tudo só para você ver que li seu texto e já estou gostando de debater com ele e com você. Obrigado mesmo, meu caro. Compartilhei com Jacintho seu texto, e o copio neste e-mail. Abraço grande do carlos ari". Carlos Ari me escreveu, por carta (09 jun. 2017), para retribuir um livro enviado, e aceitou prontamente o convite para compor a Banca Examinadora de minha Dissertação de Mestrado. Desde o primeiro contato, temos mantido um excelente diálogo acadêmico; o que é um imenso privilégio para mim.

[39] Filiei-me ao PSOL em 16/09/2010, aos 16 anos. A minha carta de desfiliação data de 01º de abril de 2016. No entanto, fui me afastando progressivamente do Partido a partir de 2013, muito em função da minha dedicação à Faculdade e aos sucessivos estágios. Nesse período, também me distanciei do programa (especialmente o econômico), das táticas e da estética encampadas pelo PSOL. Além disso, o meu engajamento foi desestimulado pela constatação das dificuldades da vida partidária de uma agremiação que, conquanto modesta em representação institucional, mostrava-se profundamente heterogênea e divisiva. No entanto, permaneço grato por tudo que vivi e aprendi nessa época; além de seguir admirando diversos dos parlamentares e, sobretudo, dos lutadores sociais ligados à sigla.

Andrea Siqueira Martins, Julia Iunes, Leonam Liziero, Daniel Bento, Carina Quirino Castro, Renato Toledo, Pedro Dionísio, Anna Migueis, Ana Calil, sou grato pela troca fraterna e enriquecedora.

Aos meus colegas estrangeiros, especialmente os professores Khazar Masoumi (iraniana radicada no Brasil), Yutaro Kawabata (Japão), Tiago Serrão (Portugal), Marco Caldeira (Portugal), João Paulo Borges Bichão (Portugal), Gonzalo Fernandez (Uruguai), Lorenzo Mateo Vadell (Espanha), Luis Andrés Cucarella (Espanha), Gabriel Moreno González (Espanha), Walter Reifath Muñozsou (Espanha), sou grato por ampliarem os meus horizontes.

À Mathilde Chatin e ao Gustavo Hirsh, peculiar casal franco-brasileiro que ajudei formar, sou grato pelo privilégio da afeição verdadeira entre os diversos.

À Desembargadora Federal Liliane Roriz, sou grato pela parceria profissional, pela disponibilidade ao diálogo e pelo exemplo no trato ao outro.[40]

Ao Professor Emerson Gabardo, Titular da PUC/PR e Associado da UFPR, sou grato pela leitura, crítica e atenta, deste trabalho; que tanto contribuiu com seu aperfeiçoamento.

Ao Lázaro Alves Borges, talentoso constitucionalista baiano, que é Doutorando e Mestre em Direito pela UFBA, sou grato pela valorosa parceria acadêmica.

Aos meus alunos, sou grato pela troca e pelo carinho. Tê-los é realizar-me.

Aos meus amigos, de ontem, de hoje e de amanhã, sou grato pela dádiva de compartilhar o riso, o choro e o tempo.

Ao Johnny Massaro, finalmente, agradeço a parceria, o afeto, as descobertas e as reinvenções. Na vida, *fundamental é mesmo o amor*.

Rio, 26 de setembro de 2022

João Pedro Accioly

[40] Trabalhei com a Dra. Liliane Roriz no período em que integrei o Licks Advogados. A Liliane, Desembargadora Federal aposentada, é admirada e bem-quista por todos. Ela é, literalmente, festejada por onde passa. Já presenciei, por exemplo, a alegria de ascensoristas do TRF-2 em reencontros fortuitos na Rua do Acre. Nada disso é sem razão. O agradecimento é extensível aos brilhantes advogados Carlos Aboim e Rodrigo Maior, que contam com toda a minha admiração e respeito. Trabalhar com vocês foi muito importante para o meu desenvolvimento como operador do Direito. Muito obrigado.

A progressiva eliminação das imunidades do poder traduz a progressiva consolidação do Estado de Direito.

(Jorge Miranda)

Our Constitution demands, and our country deserves, a Judiciary willing to hold the coordinate branches to account when they defy our most sacred legal commitment.

(Justice Sotomayor)

Eu não espero pelo dia em que todos os homens concordem, apenas sei de diversas harmonias bonitas, possíveis, sem juízo final.

(Caetano Veloso)

Não é o crítico que importa; não aquele homem que aponta como o homem forte fraqueja, ou onde aqueles que realizaram algo poderiam tê-lo feito melhor. O crédito pertence ao homem que encontra-se na arena, cuja face está manchada de poeira, suor e sangue; aquele que esforça-se bravamente; que erra, que se depara com um revés após o outro, pois não há esforço sem erros e falhas; aquele que esforça-se para lograr suas ações, que conhece grande entusiasmo, grandes devoções, que se entrega à uma causa nobre; quem, no melhor dos casos, conhece no fim o triunfo da realização grandiosa; quem, no pior cenário, se falhar, ao menos falha ousando grandemente, para que seu lugar jamais seja com aquelas frias e tímidas almas que não conhecem vitória ou fracasso.

(Theodore Roosevelt)

RESUMO

ACCIOLY, João Pedro. *O Controle dos Atos Políticos*: Trajetória, Teoria e Métodos. 2022. 369 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

Esta Tese principia pela investigação da trajetória histórica dos atos políticos, categoria forjada como antídoto ao controle da conformidade jurídica de certos atos estatais, por órgãos judicantes. O Capítulo 1 examina o desenvolvimento da teoria francesa dos *actes de gouvernement* e da doutrina norte-americana da *political question*, bem como o processo de incorporação e oposição a essas ideias no Brasil, do Segundo Reinado à redemocratização. No Capítulo 2, a tese da insindicabilidade judicial dos atos políticos é confrontada com a evolução do Direito Constitucional Positivo, da teoria constitucional brasileira e, particularmente, com os seguintes princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988: *a.* Supremacia normativa da Constituição; *b.* Princípio republicano; *c.* Inafastabilidade do controle judicial e *d.* Separação dos Poderes. Ainda no Capítulo 2, analisa-se o posicionamento do *judicial review* entre os reinos da Política e do Direito, discutindo-se as contingências políticas do Poder Judiciário e propondo-se princípios éticos ao exercício da jurisdição constitucional, conforme sejam os tempos de normalidade ou de crise democrática. No Capítulo 3, em vez do abandono da categoria, propõe-se a readequação do seu sentido e, a partir de critérios técnico-jurídicos claros, identifica-se o catálogo de atos políticos contemplados pela Constituição Federal de 1988. Os atos políticos encerram prerrogativas, com base normativa constitucional direta e bastante, de (*i*) estruturação interna de um Poder; ou de relacionamento entre (*ii*) Poderes independentes; (*ii*) unidades federativas autônomas; ou (*iii*) Estados Soberanos. Quanto ao sentido, os atos políticos demarcam as fronteiras de um sistema especial de controlabilidade jurídica, que deve se orientar por liturgias processuais, parâmetros decisórios e graus de intervenção judicial adequados à tutela da independência e harmonia entre os Poderes. Este é o objeto da Parte II desta tese: lançar as bases para a construção coletiva de um método próprio ao controle judicial dos atos políticos, que identifique os requisitos que condicionam a sua validade e oriente os magistrados a julgar as ações que os impugnem. Na Parte III, serão examinadas as seguintes espécies de atos políticos: as nomeações políticas, a intervenção federal, o indulto e o impeachment. O objetivo derradeiro da Tese, portanto, é apresentar aplicações concretas das propostas teóricas e do método decisório formulados em cotejo com a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Atos Políticos. Atos de Governo. Questão Política. Separação dos Poderes. Controle Judicial. Inafastabilidade da Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

ACCIOLY, João Pedro. *Judicial Review of Political Questions:* history, theory, and standards. 369 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

This Thesis begins by investigating the historical trajectory of political acts, a category forged as an antidote to the judicial review. Chapter 1 examines the development of the French theory of the 'actes de gouvernement' and the evolution of the political question doctrine in the United States, as well as the process of incorporation and opposition to these ideas in Brazil, from the Imperial Constitution of 1824 to the Charter of 1969. In Chapter 2, the non-justiciability doctrines are confronted with the evolution of the Brazilian constitutional norms and theory, specially, with the following principles enshrined in the Federal Constitution of 1988: (a). Normative Supremacy of the Constitution; (b). Republican Principle; c. Non-Obviation of Jurisdiction; and (d). Separation of Powers. Chapter 2 also addresses the positioning of judicial review between the realms of Politics and Law, discussing the political contingencies of the Judiciary branch and proposing ethical principles for the exercise of constitutional jurisdiction, depending on whether the judges are faced with circumstances of institutional stability or democratic crisis. Subsequently, instead of abandoning the category, it is proposed to readjust its meaning and, based on clear technical-legal criteria, the catalog of political acts contemplated by the Federal Constitution of 1988 is identified. Political acts are constitutional prerogatives that promotes: (i) the internal structuring of a Branch; or the relationship between (ii) Independent Branches; (ii) Federative Units; or (iii) Sovereign States. As for the practical meaning, political acts demarcate the borders of a special system of judicial review, which must be guided by procedural liturgies, decision criteria and degrees of judicial intervention adequate to the protection of independence and harmony between the Branches. This is the object of Part II: to lay the foundations for the collective construction of a method specific to the judicial control of political acts, which identifies the requirements that condition their validity and guides the magistrates to judge the actions that challenge them. In Part III, the following kinds of political acts will be examined: political appointments, federal intervention, presidential pardons, and impeachment. The ultimate objective of the Thesis, therefore, is to present concrete applications of the theoretical proposals and the decision-making method formulated in comparison with the recent jurisprudence of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Political Question Doctrine. Separation of Powers. Checks and Balances. Judicial Review. Non-Obviation of Jurisdiction.

SUMÁRIO

	ITINERÁRIO DA INVESTIGAÇÃO	25
1	**TRAJETÓRIA, SENTIDO E ESCOPO DOS ATOS POLÍTICOS**	32
1.1	**As origens da doutrina dos atos políticos**	33
1.2	**A controlabilidade do poder como imperativo constitucional**	63
1.2.1	Fundamentos do controle jurídico do poder político	63
1.2.2	O controle judicial entre a Política e o Direito	79
1.2.3	Compreensão crítica e contextual do modelo de supermacia judicial	90
1.3	**Evolução forçosa: sentido e escopo atuais dos atos políticos**	94
2	**CONFORMAÇÃO E CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS**	111
2.1	**Requisitos de validade dos atos políticos**	112
2.1.1	Toda discricionariedade tem limites	112
2.1.2	Os limites formais dos atos políticos	117
2.1.3	Os limites substantivos dos atos políticos	126
2.1.4	As exigências da probidade e da finalidade pública	129
2.2	**Métodos de controle dos atos políticos**	151
2.2.1	Mecanismos presidenciais e parlamentares de controle	153
2.2.2	Parâmetros de controle judicial	174
2.2.3	Graus de controle judicial	200
3	**ATOS POLÍTICOS EM ESPÉCIE**	203
3.1	**O controle das nomeações políticas**	204
3.1.1	Patologias no provimento de cargos públicos	204
3.1.2	Requisitos substantivos das nomeações políticas	209
3.1.3	Requisitos formais das nomeações políticas	223
3.1.4	As exigências da probidade e da finalidade pública	225
3.2	**O controle da intervenção federal**	238
3.2.1	Pressupostos constitucionais da intervenção federal	240
3.2.2	Ritos para o aperfeiçoamento da intervenção federal	246
3.2.3	O controle jurídico-político da intervenção federal	250
3.2.4	Solidariedade e responsabilidades interfederativas	259
3.3	**O controle dos decretos de indulto**	262
3.3.1	Antecedentes e evolução institucional do indulto	264
	Limitações constitucionais ao poder de indultar	

3.3.2 O controle jurídico-político dos indultos..... 271
3.3.3 **O controle do *impeachment* presidencial**..... 275
3.4 As distorções do *impeachment* no presidencialismo brasileiro..... 289
3.4.1 Natureza jurídico-política do *impeachment*..... 289
3.4.2 Rito constitucional do *impeachment* presidencial..... 294
3.4.3 O controle judicial do *impeachment* presidencial..... 297
3.4.4 **ARTICULAÇÃO CONCLUSIVA**..... 305
REFERÊNCIAS..... 315
332

ITINERÁRIO DA INVESTIGAÇÃO

A missão fundante do Direito Público moderno é condicionar juridicamente a atuação do Estado.[41] A história não é nova e já foi contada inúmeras vezes.[42] O contexto é o das revoluções iluministas do século XVIII, que, em reação às instituições absolutistas, pugnavam pela limitação dos poderes estatais com vistas a proteger direitos individuais.

Embora algumas narrativas, contaminadas por romantizações ou simplificações, apontem que o advento do Direito Constitucional e do Direito Administrativo implicou a sujeição das instituições e das autoridades públicas ao império da Constituição e da Lei, a realidade é que o processo de juridicização do Poder é paulatino, acidentado, por vezes insincero e, ainda hoje, inacabado.[43]

Nas décadas inaugurais do constitucionalismo moderno, quando já se falava, ao menos retoricamente, na subordinação do Estado ao Direito,[44] a prática apontava para a paradoxal inexistência ou total excepcionalidade do controle jurídico sobre os atos públicos. Como demonstram os processos de consolidação da Justiça Administrativa[45] e, ainda mais tarde, da Jurisdição Constitucional na França[46], isso foi verdade mesmo em um dos berços da disciplina.

---

[41] *Cf.* CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51: "Constitucionalismo é a Teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos". *V.* também MURPHY, Walter. Constitutions, Constitutionalism and Democracy. In: *Constitucionalism and Democracy*. Coord. Douglas Greenberg (*et. al.*). Oxford: Oxford University Press, p. 3-25, 1993.

[42] Veja-se, por exemplo, MATTEUCCI, Nicola. *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno.* Torino: Utet, 1976. e CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2009. No Brasil, uma boa sistematização é feita por: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 67-94.

[43] Para uma ilustração do diagnóstico, veja-se BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. A Administração Pública na Constituição de 1988. 30 anos depois: disputas, derrotas e conquistas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, p. 45-74, 2018.

[44] Boa parte dos sistemas jurídicos da Europa Continental, influenciados pela experiência francesa, entendiam que subordinação do Estado ao Direito deveria ser compreendida como submissão do Estado à Lei em sentido formal (diploma aprovado pelo parlamento).

[45] LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tome I. Paris: Berger-Levrault, 1887, p. 11-17; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 28-38. O tema será abordado no **Capítulo 1**.

[46] A respeito do tema, escrevi o seguinte trabalho: ACCIOLY, João Pedro. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: Do Primado da Lei à Questão Prioritária de Constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 96, p. 231-246, 2016.

A evolução – teórica, normativa e jurisprudencial – do Direito Público tem levado à mitigação ou à superação das teorias que propunham a irresponsabilidade dos agentes e a insindicabilidade dos atos públicos, diante de sua óbvia incompatibilidade com o projeto de contenção do arbítrio estatal para o qual confluem as ideias constitucionalistas, republicanas e democráticas e de onde provêm as bases da noção de Estado Democrático de Direito.[47]

O desenho dos sistemas e a operação dos mecanismos de controle jurídico dos atos públicos, contudo, não são resultados de consensos triunfantes nem encontraram soluções de racionalidade inconspurcada ou aspiração universal. Pelo contrário, o processo de conformação e controle jurídico do Poder do Estado, como indicado, dá-se a partir das contingências políticas de cada tempo e lugar. É resultado de disputas, estratégias e compromissos institucionais,[48] no mais das vezes imperfeitos e sempre provisórios, em função de sua própria natureza evolutiva.

Desde o nascedouro, o projeto de conformação e controle jurídico do poder político encontrou resistências múltiplas e persistentes. Para que o projeto e os órgãos dele incumbidos sobrevivessem a elas, foi preciso fazer concessões.[49]

Em paralelo ao problema da inefetividade normativa,[50] óbice primeiro à juridicização do Estado e da sociedade,[51] foram incorporadas aos próprios ordenamentos um conjunto de

---

[47] *Cf.* ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of. Constitutional Democracy. *Southern California Review*, Vol. 74, 2001, pp. 1307-1352.

[48] Naturalmente, a formatação dos arranjos institucionais que pautam o controle jurídico do Poder Político é processo que transcende os atores institucionais; dele participando – com variações de grau e forma – todas as forças e atores sociais relevantes. No fim das contas, as decisões políticas, tal como o ordenamento jurídico *itself*, tem como árbitro final o povo; pois da aceitação ou tolerância social depende sua efetividade.

[49] *Cf.* ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1995.

[50] A patologia mais comum às Constituições e às Leis, em particular na tradição latino-americana, é a ineficácia normativa; a incapacidade de suas provisões, efetivamente, organizarem as dinâmicas sociais e institucionais. A respeito da natureza e extensão desses problemas na região, *cf.* O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos Cebrap*, vol. 51, pp. 37-61, 1998.

[51] Em complemento à referência anterior, vale anotar que a Teoria Constitucional, desde Konrad Hesse, trabalha com a ideia-chave de *força normativa da Constituição*, ressalvando, porém, desde o primeiro momento, que o potencial constitucional de transformação do *status quo* é limitado. Ou seja: o Constituinte deveria guardar a referibilidade entre a realidade e o projeto encampado pela Carta, a fim de garantir a sua viabilidade. A Constituição, portanto, deixava ser tida como simples 'folha de papel', destinada a capitular fielmente as dinâmicas econômicas e políticas estabelecidas na sociedade, como propunha Ferdinand Lassalle, e começava a ser encarada como norma jurídica; cuja efetividade deveria ser buscada antes da promulgação, a partir do desenho de normas minimamente aderentes à realidade social, e durante toda a vida normativa do texto, com o compromisso da sociedade e dos Poderes com a autoridade da Constituição. Foi com base nesse conceito que, anos mais tarde, Loewenstein desenvolveu a sua conhecida classificação ontológica das Constituições, tendo em conta, justamente, o seu grau de aptidão para conformar a realidade concreta (dividindo-as em normativas, nominais e semânticas). A esse esforço teórico, soma-se a

regras, teorias ou orientações jurisprudenciais que restringiram o alcance dos controles jurídicos sobre determinados órgãos, agentes e atos do Estado.[52]

É esse o movimento que explica, entre outros institutos, as imunidades cíveis e penais atribuídas a autoridades públicas (*e.g.*, parlamentares e Presidente da República) e a proliferação de axiomas inibidores do controle substantivo de atos administrativos[53] (*e.g.*, insindicabilidade dos atos discricionários[54] ou do mérito administrativo[55]).

Mas isso só não bastava para que o controle jurídico do poder fosse institucionalmente aceito naquela quadra histórica, de consolidação turbulenta do constitucionalismo. No século XIX, com variações de escopo e estilo, a solução encontrada pelos principais sistemas ocidentais foi a mesma: subtrair uma parcela dos atos estatais do campo de incidência de quaisquer mecanismos de controle jurídico constitucionalmente previstos. Entre nós, tal parcela foi denominada de *atos políticos*.[56]

---

contribuição de Marcelo Neves ao redor de conceitos como "insinceridade constitucional" e "constitucionalização simbólica". A respeito dessas questões: HESSE, Konrad. La Fuerza Normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constittución*. Trad. Alfredo Anabidarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 216-222; e NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

[52] Esse movimento histórico será ilustrado no **Capítulo 1**, a partir da análise do processo de consolidação da Justiça Administrativa, na França, e da Jurisdição Constitucional, nos Estados Unidos.

[53] O tema é tratado por PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese de Titularidade. Universidade de São Paulo: 2018, p. 318-321. Como bem diagnostica Eduardo Jordão, embora este não seja o caso brasileiro, em alguns sistemas figuras análogas redundaram mesmo em níveis de controle judicial praticamente nulos. *Cf.* JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Controle judicial de uma administração pública complexa*: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 554-652.

[54] Em análise retrospectiva, Gustavo Binenbojm anota: "Levando-se em conta que (i) a normatização integral dos atos administrativos sempre foi exceção, e não regra; e que (ii) nos espaços de liberdade deixados pela lei a atuação da Administração era tida por insuscetível de qualquer controle jurisdicional, é possível concluir que a legalidade administrativa, entendida como sujeição da Administração à lei, operava somente em uma franja estretíssima da sua atividade, uma vez que a porção mais substancial desta última restava completamente à margem da legalidade e da correspondente fiscalização jurisdicional". *Cf.* BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 197.

[55] A Lei nº 221/184, que dispôs sobre a organização da Justiça Federal nos primeiros anos da República, estabelecia que os magistrados deveriam abster-se "de apreciar o merecimento dos atos administrativos" (art. 13, § 9º, a). O estudo do tema, no Brasil, foi fortemente influenciado pela obra de Seabra Fagundes (Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, p. 1-19, 1951; *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

[56] As questões suscitadas pela teoria dos atos políticos, segundo Chalvidan, conduzem-nos ao "coração do Direito Público". *Cf.* CHALVIDAN, Pierre-Henri. Doctrine et acte de gouvernement. *L'Actualitè Juridique: Droit Administratif*. 1982, p. 5.

Como será examinado no **Capítulo 1**, tanto na França quanto nos Estados Unidos, a teoria dos *actes de gouvernement* e a doutrina da *political question* foram 'recuos estratégicos' dos órgãos judicantes nascentes – aos quais competia fiscalizar a subordinação do Estado ao Direito. A imunidade de jurisdição quanto aos atos pelos quais o Governo dirige a comunidade política[57] foi, nesse sentido, o "preço a pagar" – na verdade, *um* dos preços a pagar – pela aceitação inicial do controle jurídico dos Poderes Políticos.[58] Ainda no primeiro capítulo, busca-se reconstituir a chegada e o desenvolvimento dessas ideias no Brasil, à luz de nossa conturbada trajetória constitucional.

Do final do século XIX para cá, graças à evolução do discurso constitucionalista e ao acúmulo de capital institucional pelo Judiciário,[59] a maioria dos sistemas jurídicos ocidentais experimentou um refluxo progressivo das imunidades jurídicas do Poder. Na Europa Continental, a Justiça Administrativa tornou-se um órgão independente do Poder Executivo, passando a exercer controle efetivo sobre os atos administrativos. A Jurisdição Constitucional se expandiu por quase todo o globo, em especial após a Segunda Guerra. Houve sensível redução nas imunidades atribuídas a autoridades públicas; quando não revogados ou tidos por inconstitucionais, os antigos privilégios – trazidos do absolutismo – foram assimilados restritivamente como prerrogativas funcionais e temporárias.[60]

O refluxo também atingiu, em boa parte do mundo, a teoria dos atos políticos e a jurisprudência que orbita o tema. No Brasil, diversos episódios de controle judicial de atos políticos – como o indulto ou as nomeações ministeriais – têm ocupado as manchetes de jornais, atraído o interesse da população e provocado preocupantes conflitos institucionais.[61]

---

[57] Naturalmente, a abrangência da categoria varia intensamente de Estado para Estado. Os **Capítulos 1** e **3** fornecem panoramas dessa variação no espaço e no tempo.

[58] *Cf.* QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, "Teoria dos Actos de Governo", in: *Estudos de Direito Público*, Vol. I. Coimbra: 1989, p. 531.

[59] Na doutrina nacional, o tema é abordado por RIBEIRO, Pedro José Almeida. *A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Na perspectiva estadunidense, o assunto é examinado por CROWE, Justin. *Building the Judiciary*: Law, Courts, and the Politcs of Institutional Development. Princeton: Princeton University Press, 2012.

[60] Esses fenômenos serão descritos e analisados, de modo aprofundado, nos próximos Capítulos; nesta seção introdutória são mencionados apenas para contextualizar o objeto e o percurso de investigação da Tese.

[61] Apenas para ilustrar, mencione-se os recentes casos da graça concedida ao Dep. Daniel Silveira (21.04.2022), do indulto natalino de 2017 (Decreto nº 9.246), do *impeachment* da ex-Presidente Dilma Roussef (2015/2016) e das nomeações de Luís Inácio Lula da Silva, para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil (2015); de Cristiane Brasil, para o cargo de Ministra do Trabalho (2018); de Domingos Brazão, para o cargo de Conselheiro do TCE/RJ (2015). Embora a falta de substrato constitucional imediato o distinga dos demais casos referidos, como será explicado no **Capítulo 3**, o caso de Alexandre Ramagem

No país, contudo, enquanto juízes de primeiro grau já suspenderam a posse de Ministros de Estado, com base em fundamentações açodadas e inconsistentes,[62] Tribunais já se pronunciaram pela insuscetibilidade de controle judicial dos atos políticos[63] – tese que ainda ressoa, não só na literatura clássica, mas também em artigos de jornais[64] e pareceres da Advocacia-Geral da União.[65]

O **Capítulo 2** busca compreender o controle jurídico dos atos políticos à luz da Constituição de 1988, enfocando-se os seguintes princípios da ordem constitucional por ela inaugurada: (*a*) Supremacia normativa da Constituição; (*b*) Princípio Republicano; (*c*) Separação dos Poderes; e (*d*) Inafastabilidade do controle judicial.

O **Capítulo 2** também servirá aos propósitos de compreender a Separação dos Poderes como um sistema de controles recíprocos e controlabilidade dinâmica, a partir do qual todos os órgãos constitucionalmente relevantes assumem e disputam os papéis de controlado e controlador,[66] e de situar o controle judicial do Poder entre os universos da Política e do Direito – oportunidade em que se discutirá mesmo a existência de limites extrajurídicos ao exercício da jurisdição e como as Cortes devem lidar com eles. Nesse ponto, são propostas ainda duas posturas éticas ao exercício da jurisdição constitucional, conforme sejam os tempos de normalidade ou crise democrática.

No **Capítulo 3**, examina-se a utilidade e a pertinência dos "atos políticos", como categoria jurídica, em face da incompatibilidade do seu propósito original – impedimento absoluto do controle *de iure* – com os princípios constitucionais analisados no capítulo anterior. A conclusão proposta aponta que os atos políticos, conquanto não estejam imunes ao

---

[62] *Cf.* Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 4ª Vara Federal de Niterói. Processo: 0001786-77.2018.4.02.5102. Decisão liminar proferida em 08/01/2018. Juiz Federal Leonardo Couceiro.

[63] *Cf.* Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Órgão Especial, Mandado de Segurança nº 0016541-84.2015.8.19.0000, Rel. Des. Fernando Foch, Julgamento: 22/02/2016.

[64] *Cf.* KUFA, Karina; FERREIRA, Marcelo Peregrino. Ato de governo e direito convencional, o caso do embaixador. *O Globo*, 21 ago. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-ato-de-governo-direito-convencional-o-caso-do-embaixador-23890897>.

[65] *Cf.* Parecer da Consultoria-Geral da União remetido ao Supremo Tribunal Federal, para a instrução da ADPF nº 965 (que questiona a graça presidencial concedida ao Dep. Daniel Silveira). Referência NUP: 00692.001036/2022-83. Título do Parecer: "INFORMAÇÕES n. 00052/2022/CONSUNIAO/CGU/AGU".

[66] A conhecida ideia da Separação dos Poderes como um sistema de freios e contrapesos remonta à Montesquieu e aos Federalistas – formuladores pioneiros do constitucionalismo moderno. No entanto, a teoria dos diálogos institucionais e o trabalho de pesquisadores como Bruce Ackerman ajudam a identificar novas funções estatais e órgãos constitucionalmente autônomos, além de permitir o entendimento da Separação dos Poderes como um fenômeno complexo, dinâmico e dialético – que, em vez de basear-se na distribuição de cada uma das funções do Estado a Poderes reciprocamente isolados, estrutura-se numa rede dúctil de instituições que se interpenetram e, ao disputar a hegemonia em relação às demais, acabam mesmo por limitar uma à outra. Esse raciocínio será desenvolvido no **Capítulo 2**.

judicial review, demarcam um regime exorbitante de controle – que reclama, até para prevenir convulsões entre os Poderes e preservar a autoridade dos provimentos do Judiciário, pressupostos, parâmetros e graus de revisão especiais. Ainda no terceiro capítulo, partindo-se dessa evolução forçosa quanto ao sentido e às consequências dos atos políticos, propõe-se um escopo conceitual para a categoria e efetua-se a decomposição analítica do conceito proposto. Dito de outro modo, busca-se definir os critérios para a classificação de um ato estatal como ato político e, na sequência, apresenta-se o elenco de atos que, sob a ordem constitucional inaugurada em 1988, amoldam-se a eles.

O **Capítulo 4**, que inaugura a **Parte II** desta Tese, tem como objeto os requisitos constitucionais que condicionam a validade dos atos políticos. Serão examinados (*a*) os limites substantivos, que compreendem tanto princípios como regras constitucionais específicas; (*b*) as exigências formais, tanto no que se refere aos ritos previstos pela Constituição para a prática dos atos políticos, quanto no que se relaciona ao dever de motivação e à processualidade administrativa; e, por fim, (*c*) a hipótese de nulidade por desvio de finalidade ou corrupção.

O **Capítulo 5** principia pelo exame dos sistemas de controle dos atos políticos, discutindo-se as competências e as lógicas do controle exercido pelo Poder Judiciário, em particular pelo Supremo Tribunal Federal, e pelo Congresso Nacional, notadamente pelo Senado Federal. Em seguida, busca-se oferecer parâmetros para a revisão judicial adequada dos atos políticos – (*a*) colegialidade; (*b*) deferência reforçada; (*c*) máximo aproveitamento do ato político viciado; (*d*) ônus argumentativo reforçado; (*e*) primazia dos mecanismos parlamentares de controle – e propor, de acordo com a natureza dos vícios identificados, diferentes intensidades para a sua revisão judicial.

A **Parte III** desta Tese é dedicada a análise dos atos políticos em espécie. O objetivo é oferecer aplicações práticas das propostas teóricas apresentadas nas **Partes I e II**. A opção metodológica adotada – até em face da impossibilidade de análise aprofundada de todo o catálogo – foi a de examinar os atos políticos que têm sido objeto de impugnações judiciais na última década, de modo a permitir não só ilustrações da teoria, mas a análise crítica da jurisprudência. Seguindo essa orientação, o **Capítulo 6** trata das nomeações políticas; o **Capítulo 7** aborda a intervenção federal; o **Capítulo 8** enfoca o indulto e o **Capítulo 9** investiga o *impeachment* presidencial.

Esta Tese, embora fundada em análises descritivas e permeada por diálogos interdisciplinares, consiste numa investigação essencialmente jurídico-dogmática, que, nas

Partes II e III, assume um caráter preponderantemente prescritivo; de sorte que ela se pretende uma proposta quanto ao *dever-ser* do modo de conformação constitucional (*v.* **Capítulo 4**) e do método de controle judicial dos atos políticos (*v.* **Capítulo 5**).

A partir do itinerário apresentado, espera-se contribuir para a afirmação da legitimidade do controle jurídico dos atos políticos e, ao mesmo tempo, fornecer balizas claras e adequadas ao exercício de tal mister. Esse parece ser o caminho para garantir a efetividade das normas constitucionais e para prevenir o arbítrio, seja por parte do Presidente da República, do Congresso Nacional ou, mesmo, do Supremo Tribunal – eis que o *decisionismo judicial intrusivo* também representa a negação do Direito e da Democracia.[67]

[67] *Cf*. STRECK, Lenio. O Papel da Constituição Dirigente na Batalha contra Decisionismos e Arbitrariedades Interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PARTE I

TRAJETÓRIA, SENTIDO E ESCOPO DOS ATOS POLÍTICOS

Capítulo 1 – As origens e a centralidade da doutrina dos atos políticos.

(Europa continental, Estados Unidos da América e Brasil)

Capítulo 2 – A controlabilidade do poder como imperativo constitucional.

2.1. Fundamentos do controle jurídico do poder político

(a. Supremacia e efetividade da Constituição; b. Princípio republicano; c. Inafastabilidade do controle judicial; d. Separação dos Poderes)

2.2. O controle judicial entre a política e o direito

Capítulo 3 – Evolução forçosa: sentido e escopo dos atos políticos na ordem constitucional vigente.

CAPÍTULO 1
AS ORIGENS DA DOUTRINA DOS ATOS POLÍTICOS

A compreensão aprofundada de qualquer instituto jurídico requer a investigação de suas origens históricas. Para bem conhecer o fruto, é preciso estudar a raiz.[68] A análise crítica e propositiva quanto ao regime jurídico dos atos políticos no Brasil contemporâneo parece exigir, dos pesquisadores que se dediquem ao tema, uma investigação das circunstâncias e da racionalidade que levaram à formulação da categoria nos principais sistemas jurídicos ocidentais; além da trajetória de incorporação e desenvolvimento de tais teorias ao ordenamento e à institucionalidade pátria.

Os recortes históricos e geográficos dessa investigação partem da identificação das matrizes teóricas do instituto. O objetivo metodológico traçado é descrever onde, como e quando foram construídos os mais relevantes paradigmas do fenômeno; posteriormente assimilados, com peculiaridades insuscetíveis de sistematização, por diversos ordenamentos – inclusive pelo brasileiro. Considerando esses critérios, chega-se a dois destinos principais – França e Estados Unidos da América[69] – e a uma quadra histórica de partida: o século XIX.

A França, como referido, é um dos berços do constitucionalismo moderno – fenômeno político tributário das ideias iluministas de limitação da ação estatal, por intermédio do Direito e da Separação de Poderes, para a proteção de direitos individuais. [70]

Na prática, contudo, a vinculação e o controle jurídico do Poder do Estado, bem como o arranjo institucional necessário a tais desideratos, seguiram caminhos longos e tortuosos para se

---

[68] *Cf.* MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, Livro III, Cap. XLIII: "*Sogliono dire gli uomini prudenti, e non a caso né immeritamente, che chi vuole vedere quello che ha a essere, consideri quello che è stato: perché tutte le cose del mondo in ogni tempo hanno il proprio riscontro con gli antichi tempi. Il che nasce perché essendo quelle operate dagli uomini, che hanno ed ebbono sempre le medesime passioni, conviene di necessità che sortischino il medesimo effetto*".

[69] No Reino Unido, a categoria de atos insuscetíveis ao controle jurisdicional é denominada de "*acts of state*", sendo resultante da lenta evolução histórica do instituto da prerrogativa real e abrangendo apenas o campo das relações exteriores. Embora a matriz teórica britânica se diferencie fundamentalmente da francesa e da estadunidense, o seu exame aprofundado não pareceu útil aos objetivos desta investigação. Sobre a doutrina dos *acts of state*, veja-se SINGER, Michael. The Act of State Doctrine of the United Kingdom. *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, pp. 283-323. Ver também QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990, p. 128.

[70] Tais ideias estão claramente articuladas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada no ano da Revolução de 1789; especialmente em seu artigo 16. *Cf.* Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 16: "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

consolidarem – até em função dos movimentos políticos que se sucederam na França.[71] A Separação de Poderes nascida da Revolução era um sistema propositalmente desequilibrado. A burguesia vitoriosa, reunida num parlamento censitário, chegou a fórmulas dogmático-institucionais que garantiram a prevalência do Poder Legislativo e a emasculação do Poder Judiciário – tido como repositório da nobreza decadente de então.[72]

São essas as circunstâncias que explicam (*i*) a recusa do controle de constitucionalidade das Leis; (*ii*) a defesa da onipotência do Legislador e do método exegético, calcado na subsunção lógico-formal do caso à Lei, para o exercício da jurisdição; (*iii*) a criação de um órgão vinculado ao Parlamento para cassar decisões judiciais que negassem a aplicação ou distorcessem o sentido normativo pretendido pelos parlamentares;[73] (*iv*) o entendimento de que ao Poder Executivo competiria apenas a implementação, de ofício, dos comandos legislativos; e (*v*) o entendimento de que o Poder Judiciário não seria competente para julgar conflitos envolvendo a Administração Pública – porquanto, na exótica compreensão estabelecida na *França absolutista*, e perpetuada pela *França pós-revolucionária*, 'julgar a Administração seria ainda administrar'.[74]

Cotejando-se esses elementos, não parece exagero afirmar que o sistema de Separação dos Poderes estabelecido na Primeira República francesa pretendera reduzir o Executivo e o

---

[71] Para ser econômico nos exemplos, basta citar a instabilidade revolucionária (com a conflituosa alternância da hegemonia entre jacobinos e girondinos), o período napoleônico (Diretório, Consulado e Império) e a restauração monárquica capitaneada por Luís XVIII (1814-1830).

[72] *Cf.* BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 195, 2012, p. 275. Análise específica quanto ao desenvolvimento histórico dos órgãos judicantes na França é feita por: FARCY, Jean-Claude. *Histoire de la justice en France de 1789 à nos jours*. Paris: La Découverte, 2015.

[73] A Constituição de 1791 também previa um instrumento pelo qual o parlamento declarava o sentido de Leis objeto de controvérsias judiciais, sendo o pronunciamento parlamentar vinculante para o Tribunal de Cassação – órgão ligado ao Congresso e superposto ao Judiciário francês que tinha por missão uniformizar a aplicação da Lei em todo o território nacional, garantindo a integridade da *volonté générale* tal qual enunciada pelo Legislativo. *Cf.* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39: "Por meio do *référé législatif*, remetia-se ao Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma lei. A Constituição de 1791, acolhendo o instituto, dispunha que se uma interpretação da lei fosse atacada por três vezes em um tribunal de cassação, este deveria submetê-la ao corpo legislativo, que emitiria um decreto declaratório da lei, vinculante para o tribunal de cassação. Havia, portanto, uma interferência direta do Parlamento até no mais alto Tribunal, sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como expressa por seus legítimos representantes, os deputados".

[74] *Cf.* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1995, p. 31: "Em nome do princípio da separação de poderes, aquilo que se estabeleceu foi precisamente o contrário, a total confusão entre o poder de administrar e o poder de julgar". Ver ainda: LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1989, p. 11.

Judiciário à condição de meros implementadores das deliberações legislativas.[75] Daí a ideia do juiz como a *bouche de la loi*[76] e a rigidez impraticável que fora retoricamente emprestada ao princípio da legalidade administrativa.[77]

Para entender o advento e a evolução da teoria dos *actes de gouvernement* é preciso recuperar e articular duas ideias fundamentais de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva quanto à criação e à emancipação do contencioso administrativo francês. A primeira delas é a ideia de "*pecado original*",[78] que joga luz ao fato de que o contencioso administrativo nasce na França, em perpetuação da tradição absolutista,[79] não como um sistema de caráter judicial (o que pressupõe a independência e imparcialidade do julgador),[80] mas como um sistema de privilégio e proteção à Administração – a quem competiria decidir sobre a legalidade de seus próprios atos e resolver os conflitos de interesses a eles relacionados.

O contencioso administrativo francês nascera, portanto, como expressão da autotutela administrativa.[81] Em sua primeira fase, compreendida entre 1789 e 1799, ele "confunde-se com a própria Administração e cabe às mesmas autoridades".[82] Ou seja: a Administração ativa, responsável pela edição dos atos administrativos, era também competente para julgar definitivamente quaisquer reclamações ou recursos contra eles interpostos.

---

[75] É conveniente sublinhar que, por sua própria inviabilidade prática, as rígidas concepções do método exegético e do princípio da legalidade nunca encontraram concretização plena. *Cf.* MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999, p. 45: "A visão dos juízes e do governo como meros aplicadores da lei é uma concepção mística e mistificadora. Nenhum governo se limitou à execução das leis. A função judiciária, por sua vez, implica necessariamente a interpretação e aplicação das leis, criando direito novo, seja estabelecendo diante de casos concretos princípios gerais de direito, seja colmatando os vazios contidos nas leis, que têm ineludivelmente uma textura mais ou menos aberta".

[76] *Cf.* MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987, p. 176: "Os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da Lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor".

[77] Para uma crítica à compreensão oitocentista do princípio da legalidade administrativa, *cf.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 51-64, 2004.

[78] *Cf.* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 28-34.

[79] CHAPUS, René. *Droit du Contentieux Administratif*. 2ª ed. Paris: Montchrestien, 1990, p. 27.

[80] Para García de Enterría, o contencioso administrativo acaba por propiciar, justamente, um sistema de "isenção judicial da Administração". *Cf.* ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ª ed. Madrid: Ed. Civitas, 1995, p. 18.

[81] Em sua fase inicial, o contencioso administrativo era processado não em benefício dos direitos e interesses dos administrados, mas em proveito do dever, incumbido à Administração Pública, de zelar pela legalidade de seus atos. A expressão autotutela administrativa designa esse poder-dever.

[82] *Cf.* LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1989, p. 14.

A segunda fase do contencioso administrativo francês – referida como "*justice retenue*" – é um desdobramento da Constituição de 15 de dezembro de 1799, que cria o Conselho de Estado, além de órgãos análogos em nível local, para apreciar os conflitos havidos entre particulares e a Administração Pública. No entanto, àquela época, o Conselho de Estado, além de integrar o Poder Executivo, revestia-se de caráter meramente consultivo; não emitia decisões vinculantes à Administração, mas pareceres que dependiam da homologação, pelo Chefe do Executivo, para adquirirem eficácia.[83]

A chegada à terceira fase – denominada de "*justice déléguée*" – deveu-se sobretudo à própria atuação do Conselho de Estado, que acumulou, ao longo do século XIX, prestígio e autonomia.[84] Em 1872, por meio da lei de 24 de maio, os pronunciamentos do Conselho de Estado adquirem efetivo caráter decisório, passando a não mais depender da homologação executiva para o seu aperfeiçoamento.[85] Aí está a segunda ideia de Vasco a ser recuperada; a ideia de "*milagre*":[86]

> Na minha perspectiva, o 'milagre não está tanto no fato de o Estado se ter de submeter ao Direito – o qual está para além dele, e não é apenas o resultado da criação dos seus órgãos –, mas sim no fato de uma instituição, que nasceu com o objetivo de proteger a Administração do controle dos tribunais, se ter transformado num verdadeiro tribunal através da sua atuação, e de ter dado simultaneamente origem ao Direito Administrativo, cujo fim não é a defesa da Administração mas a garantia dos direitos dos particulares. Um milagre que consistiu na transformação, lenta e progressiva, de normas e instituições surgidas para proteger a Administração em instrumentos de garantia dos particulares perante o poder administrativo. Daí que, em vez de um único, talvez se devesse antes falar num 'par de milagres' ou num

[83] *Cf.* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1995, p. 30.

[84] *Cf.* AMARAL, Diogo Freitas do. Direito Administrativo. Lições Policopiadas. Vol. 4. Lisboa: 1988, p. 88: "o Conselho de Estado adquiriu grande prestígio pela correção jurídica e pelo bom senso das suas consultas, de tal forma que o Governo as homologava quase sempre, sendo muito raros os casos em que o Governo recusou a homologação de uma consulta do Conselho de Estado".

[85] Até o precedente do caso Cadot (1889), contudo, entendia-se que o litígio administrativo deveria ser deflagrado perante os Ministros de Estado, de modo que o acesso à jurisdição do Conselho de Estado se fazia mediante uma espécie de 'recurso de apelação' – ou de 'recurso hierárquico jurisdicionalizado' – em face das decisões ministeriais. Apenas a partir de 1889, o Conselho adquire integral natureza jurisdicional. *Cf.* TÁCITO, Caio. A Reforma da Jurisdição Administrativa na França. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 36, 1954, p. 458-460.

[86] O termo adotado por Vasco também é empregado, de longa data, pela doutrina administrativista francesa. Nesse sentido, veja-se: WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. Maria da Gloria Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977, p. 7. No entanto, o publicista português confere-lhe uma acepção ampliada – conforme a citação transcrita no corpo do texto.

> 'duplo milagre', pois, em causa está tanto a criação do Direito Administrativo como a transformação de um 'quase-tribunal' num verdadeiro 'tribunal'.[87]

Essas três fases de desenvolvimento da Justiça Administrativa se relacionam, intimamente, com o advento e com as modificações experimentadas pela teoria dos *actes de gouvernement* na França. Na primeira fase do contencioso administrativo, protagonizada pela figura do ministro-juiz, a diferenciação simplesmente não tinha razão de ser, pois o controle de qualquer ato administrativo competia à própria autoridade responsável por ele, seja diretamente, seja a nível hierárquico. Em outros termos, a invalidação de qualquer ato do Poder Público pressupunha mesmo o convencimento da autoridade que o praticara; de modo que não haveria sentido prático, para a Administração, em limitar objetivamente mecanismo que ela mesmo controlava e exercia de modo privativo.

Na fase da *justice retenue*, a partir de 1799, o exercício do contencioso administrativo foi transferido ao Conselho de Estado, mas a eficácia decisória das opiniões manifestadas pelo Conselho só era obtida mediante a homologação pelo Chefe do Executivo. Foi aí que o Conselho, *ainda desprovido de dentes*, passou a diferenciar os *actes administratifs* dos *actes de gouvernement*; entendendo que os primeiros seriam subordinados ao Direito e sindicáveis perante o contencioso administrativo, enquanto os últimos não se sujeitariam ao Princípio da Legalidade e se beneficiariam de uma isenção total de jurisdição.[88]

A diferenciação adotada pelo Conselho de Estado parece ter sido pensada para evitar desgastes e constrangimentos ao próprio Conselho – num período, lembre-se, em que a autoridade de seus provimentos dependia da posterior aquiescência do Poder Executivo central. Não por outra razão,[89] o primeiro critério adotado para a classificação de um ato estatal como '*acte de gouvernement*' foi um não-critério: a teoria subjetivista da '*mobile politique*' – cujas bases remontam ao acórdão proferido no caso *Lafitte* (1822).[90] Na decisão, adotada em 1º de

---

[87] *Cf.* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1995, p. 35.

[88] *Cf.* QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990, p. 116-7.

[89] Nas palavras de Paul Duez, "*par l'unique souci politique de se faire modeste pour se mantenir et durer*". Ou seja, a estratégia de autocontenção adotada pelo Conselho de Estado, em seus primeiros anos, tinha por finalidade política a própria manutenção e consolidação do órgão. *Cf.* DUEZ, Paul. *Les Actes de Gouvernment*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 31.

[90] A teoria dos atos de governo e o critério da *mobile politique* já haviam sido adotados, pelo Conselho de Estado, no caso Allut (1816). No entanto, o caso Lafitte (1822) costuma ser mencionado, pela doutrina e jurisprudência, como o *leading case* dessa construção jurisprudencial. *Cf.* LANDON, Pierre. *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*. Paris: Sirey, 1942, p. 80.

maio de 1822, o Conselho de Estado indeferiu o pedido indenizatório por considerá-lo "relacionado a uma questão política, cuja decisão pertenceria exclusivamente ao Governo". [91]

Durante décadas, a simples suscitação do móvel político, por parte da Administração Pública, tornava o ato impugnado insindicável pela via do contencioso administrativo;[92] obstruía mesmo a atividade cognitiva do Conselho.

Essa jurisprudência só pôde ser alterada após a conquista, pelo Conselho de Estado, de autonomia decisória. Foi em fevereiro de 1875, menos de três anos após a promulgação da Lei de 24 de maio de 1872,[93] que o Conselho começa a abandonar o critério do *mobile politique* e passa a construir uma concepção própria, de aspiração objetiva, quanto ao conteúdo dos atos de governo. O ponto de inflexão dessa evolução jurisprudencial, que só viria a se consolidar anos mais tarde, foi o acórdão proferido no recurso, interposto pelo Príncipe Napoleão Joseph Bonaparte, primo de Napoleão III, contra ato do Ministro da Guerra que removera seu nome e patente (General de Divisão) do anuário do Exército francês.

Embora o Conselho de Estado tenha indeferido o recurso de Napoleão Joseph,[94] essa foi a primeira oportunidade em que o órgão realizou efetivo controle de mérito sobre um ato a

---

[91] A tradução se refere ao trecho final do acórdão: "*Considérant que la réclamation du sieur B. tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement; Art: 1er. La requête du sieur B. est rejetée*". *Cf.* Conselho de Estado, caso Laffitte, Requerimento nº 5363, j. 01-05-1822. Acórdão disponível em: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-ord-1-mai-1822-laffitte-requete-numero-5363-rec-1821-1825-p-202/>.

[92] Além do caso *Lafitte* (1822), a tese da imunidade de jurisdição dos atos de governo foi centralmente reafirmada pelo Conselho de Estado nos casos do *Prince d'Orléans* (1852) e do *Duc d'Aumale* (1867). *Cf.* QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990, p. 118.

[93] A reforma legislativa de 1872, conquistada pelo Conselho de Estado, teve reflexos sistêmicos e imediatos. Não é por acaso que o *arrêt Blanco*, *leading case* da responsabilidade civil do Estado (pelos serviços públicos), foi julgado pelo *Tribunal des Conflits*, em 08 de fevereiro 1873. Logo após, em 13 de julho daquele ano, o mesmo órgão julgou o *arrêt Pelletier*, no qual firmou o entendimento de que os Tribunais Civis são absolutamente incompetentes para apreciar atos administrativos de qualquer natureza. O próprio Tribunal dos Conflitos também foi criado pela "lei de 24 de maio de 1872, com composição de oito membros. sendo seis indicados, em partes iguais, pela Corte de Cassação e pelo Conselho de Estado, e dois eleitos pelos seus integrantes assim escolhidos. tem por missão primordial resolver os conflitos de atribuição, positivos e negativos, entre as jurisdições ordinária e administrativa". *Cf.* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, 2003, p. 334. Os precedentes citados são reproduzidos em: GUGLIELMI, Gilles. *Les Trés Grandes Décisions du Droit Administratif*. Universidade Panthéon-Assas, 2010, p. 06. Disponível em: <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TGD.09.pdf>.

[94] Curioso notar como muitos acórdãos paradigmáticos para o *judicial review*, em particular aqueles apontados por afirmar as bases do controle judicial de Leis ou atos políticos, não representaram êxito processual para os requerentes. Trata-se aqui da mesma estratégia empregada em *Marbury vs. Madson* (1803), precedente que será comentado adiante. Isto é: a expansão das fronteiras do controle jurídico dos atos e poderes políticos costuma ser cercada de cautela. Antes da invalidação pura e simples, que poderia ser desrespeitada ou levar ao colapso institucional, muitas Cortes aproveitaram casos politicamente

respeito do qual o Governo invocara o *mobile politique*. Em outros termos, a decisão do Conselho manteve a higidez do ato ministerial impugnado não por sua carga política (*outrora impeditiva de sua jurisdição*), mas por concluir por sua correção jurídica.

Para os comentadores da decisão, as sinalizações dela decorrentes foram claras: (*a*) seria reduzida, a partir de então, o plexo de atos de governo incontroláveis; (*b*) a imunidade de jurisdição dos atos de governo não mais seria obtida mediante simples alegação do móvel político e, em última análise, (*c*) a definição de quais atos estatais seriam alcançadas por ela passaria a ser realizada pelo próprio Conselho de Estado.[95]

A solução em que o Conselho de Estado apostou, seguindo a tradição taxonômica francesa (amplamente reproduzida na legislação, doutrina e jurisprudência daquele país),[96] foi erigir uma lista – mediante afirmações positivas e negativas espraiadas por uma série de decisões – dos atos de governo insuscetíveis de controle pela Justiça Administrativa.[97] A lista hoje estabelecida, após décadas de avanços, retrocessos e algumas exceções difíceis de explicar,[98] é

---

sensíveis para construir um discurso legitimador do *judicial review* sem confrontar os interesses concretos dos demais Poderes. A estratégia parecia ser a seguinte: defender a possibilidade de amplo controle jurídico sem, no entanto, efetivamente exercê-lo em casos nos quais decisões desfavoráveis não seriam bem absorvidas pelo sistema político. O ponto será retomado no item 2.3.

[95] Andrés Palop afirma que o precedente de 1875 seria a primeira ocasião em que o Conselho de Estado teria afirmado que, "para apresentar o carácter excepcional que o situe fora da esfera do controle jurisdicional, não é suficiente que um ato, emanado pelo Governo ou por um dos seus representantes, tenha sido aprovado em deliberação do Conselho de Ministros ou que tenha sido ditado por um interesse político". PALOP, Andrés. *Muerte Y Resurreicción del Acto de Gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francês)*, *Revista de Administración Pública*, n.º 157, 2002, p. 498. No entanto, essas conclusões não encontram respaldo textual no Acórdão nº 46707, de 19 de fevereiro de 1875, que está integralmente disponível no *site* do *Conseil d'État*. A decisão, como indicado, limita-se a analisar o mérito do pedido anulatório, concluindo por sua improcedência. Seja como for, a doutrina francesa costuma apontar esse julgado como o "começo do fim" da *mobile politique*.

[96] Um exemplo dessa tradição no campo do Direito Positivo francês, para além do óbvio Código de Napoleão (1803), pode ser encontrado no Código Comercial de 1807, que encampou a teoria dos atos de comércio, passando a demarcar o campo de incidência do Direito Comercial a partir de um conjunto de atos qualificados legislativamente como mercantis. *Cf.* REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 32ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36-37.

[97] Esse movimento não escapa ao olhar atento e crítico de García de Enterría: "*En 1875 el Consejo de Estado francés abandona la teoría del móvil (curiosa forma de cómo al simple contagio con el mundo político el acto administrativo se torna extrajurídico) y la sustituye por la llamada teoría de los actos de gobierno «à raison de su nature». ¿Cuáles son estos actos de gobierno por naturaleza? No obstante el énfasis del planteamiento, se renuncia a otro criterio que el puramente empírico o casuístico, y se aboca así al sistema de enumeración o de lista: son actos de gobierno aquellos que la propia jurisprudencia ha llamado actos de gobierno*". *Cf.* ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Dereceho Administrativo. Revista de Administración Pública*. Vol. 38, 1962, p. 184

[98] A expressão "exceções difíceis de explicar" é uma alusão aos casos em que o Conselho de Estado, desconsiderando critérios lógico-racionais afirmados em precedentes anteriores, decidiu pela imunidade de jurisdição a algum ato estatal menos em função de argumentos jurídicos do que em razão de circunstâncias políticas excepcionais. Esse tema será enfrentado no item 2.3 desta Tese.

objetiva e diminuta.[99] Os atos de governo imunes à jurisdição administrativa, segundo a orientação firmada pelo Conselho de Estado, abrangeriam apenas: (*a*) os atos de relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo e (*b*) os atos relativos às relações exteriores da França.[100]

Reduzida ao máximo a esfera de imunidade dos atos políticos perante a Justiça Administrativa,[101] sob as premissas e lógicas institucionais historicamente consolidadas na França, o avanço do projeto de conformação e controle jurídico do Poder Político passou a se dar em outras lindes, especialmente no campo da Jurisdição Constitucional[102] – com o protagonismo do *Conseil Constitutionnel*, que fora estabelecido na V República (1958) e, desde então, vem experimentando constante ascensão, especialmente a partir do advento da Questão Prioritária de Constitucionalidade (2008).[103]

Decisões recentes do Conselho Constitucional, por exemplo, declararam a invalidade de Leis e atos governamentais afetos às relações exteriores da França, inclusive aqueles destinados

---

[99] É relevante sublinhar que, há décadas, em sede doutrinária, há corrente relevante na França que nega mesmo a existência dos atos políticos como categoria jurídica; dizem-no "*un acte introuvable*". Nesse sentido, JEZÉ, Gaston. Théorie des pouvoirs de guerre et théorie des actes de gouvernment. *Révue du Droit Public*, 1924, p. 575-6, que classifica a teoria de um "escândalo intolerável". Na mesma linha, VIRALLY, Michel. L'introuvable acte de gouvernement. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1952, p. 317-358; VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959, p. 168; RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1983, p. 183.

[100] Essa orientação jurisprudencial pode ser ilustrada pelos seguintes precedentes: CE, 2 mar. 1962, Rubin de Servens, n°55049; CE, 19 out. 1962, Brocas, n°58502; CE, 29 nov. 1968, Tallagrand, n°68938; CE, 20 fev. 1989, Allain, n°98538; CE, 3 nov. 2004, Association Secours Mondial de France, n°262626; CE, 26 nov. 2012, Krikorian, n° 350492; CE, 28 mar. 2014, M. de Baynast, n°373064; CE, 27 out. 2015, Fédération DémocratiqueAlsacienne, n°388807; CE, 12 fev. 2016, M. Lecuyer, n°387931.

[101] Por intermédio da '*théorie des actes détachables*', o Conselho de Estado também considerou sujeitos à sua jurisdição, pela via do '*recours pour excès de pouvoir*', atos concretos relativos às relações exteriores da França que lesem direitos individuais. Além de exceções insuscetíveis de sistematização, esse entendimento se cristalizou quanto aos atos de extradição ativa ou passiva. *Cf.* Conselho de Estado, *arrêt Legros*, 21 jul. 1972 e Conselho de Estado, *arrêt Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*, 15 out. 1993.

[102] *Cf.* QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990, p. 122: "O mérito desta nova construção releva da sua pretensão de reconduzir a temática do ato de governo à sua sede própria: o domínio do direito constitucional".

[103] A *question prioritaire de constitutionnalité* é o primeiro mecanismo de controle de constitucionalidade repressivo e incidental previsto na França. Por seu intermédio, é possível alegar, no bojo de uma ação em trâmite perante a Justiça Administrativa ou a Justiça Comum, a incompatibilidade de qualquer Lei ou ato do Poder Público com o bloco constitucional francês. A QPC se sujeita à jurisdição concentrada do Conselho Constitucional, sendo suas decisões dotadas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes para ambos os ramos da Justiça. *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: Do Primado da Lei à Questão Prioritária de Constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 96, p. 231-246, 2016.

à prevenção ou à repressão do terrorismo internacional.[104] A despeito de disputas terminológicas, portanto, parece que não mais subsiste na França categoria autônoma de ato estatal a qual se reconheça absoluta imunidade de jurisdição.[105] Todos os atos do Estado estão sujeitos a algum sistema de conformação e controle jurídico – seja perante a Justiça Administrativa, o Conselho Constitucional ou mesmo a Jurisdição Internacional.[106]

Com vistas a coroar essa trajetória de expansão do controle jurídico sobre os atos políticos, Deputados franceses apresentaram, em 21 de janeiro de 2020, o Projeto de Lei nº 2604 – que pretende estabelecer irrestrito direito de recorrer, ao Conselho de Estado, contra atos de Governo que lesem Direitos Fundamentais.[107] Ao que parece, pois, a combalida categoria dos atos de governo incontroláveis pode ter, em breve, a sua certidão de óbito lavrada pelo Parlamento francês.

Na área mais direta de influência da tradição jurídica francesa, muitos Estados – como Itália, Espanha e Portugal[108] – incorporaram aos respectivos ordenamentos, alguns deles em sede constitucional, orientações gestadas pelo Conselho de Estado, ao sabor de circunstâncias históricas específicas, quanto à insindicabilidade dos atos políticos. Também nesse grupo se pode identificar uma tendência de retração ou mesmo extinção dos atos estatais revestidos de imunidade jurisdicional, seja por força da jurisprudência, seja por obra do Poder Legislativo.

Na Espanha, foi a Lei nº 29/1998 que, ao reorganizar a '*Jurisdicción Contencioso-administrativa*', previu o fim da imunidade jurídica dos '*llamados actos políticos del Gobierno, a que se refería la Ley de 1956*'. Na exposição de motivos, da citada Lei espanhola, pode-se ler justificativa eloquente para tanto:

> *La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de*

---

[104] A título exemplificativo, veja-se a Decisão nº 2021-822, de 30 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021822DC.htm>. Acesso em 14 abr. 2022.

[105] Em sentido contrário ao diagnóstico proposto, *cf.* GIRARD, Didier. Les 'actes de Gouvernement' demeurent insusceptibles de tout recours juridictionnel en France. *Revue générale du droit*, 2015, número 22851. Disponível em: <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=22851>. Acesso em 14 abr. 2022.

[106] *Cf.* QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990, p. 127.

[107] Tradução livre da ementa da proposição, cujo teor original é o seguinte: "*PROPOSITION DE LOI portant création d'un droit au recours juridictionnel à l'encontre des actes de Gouvernement au regard de la protection des droits fondamentaux*". O Projeto de Lei pode ser consultado em: <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2604_proposition-loi>. Acesso em 14 abr. 2022.

[108] *Cf.* QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990, p. 121, 122 e 126, notas de rodapé nº 61 e 90.

> *actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo.*[109]

O mesmo movimento se deu antes na Itália. A Constituição de 1947, ao prever que a tutela jurisdicional, contra todos os atos da Administração Pública, "não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou por determinadas categorias de atos" (art. 113), revogou a imunidade de jurisdição estipulada, pela Lei de Organização da Justiça Administrativa (1889), em favor dos atos de governo (art. 24).[110]

Nos Estados Unidos da América, o insulamento judicial das questões políticas obedeceu a lógicas distintas, até em função do sistema jurisdicional que lá se estabelecera e do próprio pragmatismo que denota o pensamento jurídico norte-americano. A *political question doctrine*, diferentemente da teoria dos *actes de gouvernement*, não é "*résultat d'um compromis*", [111] nem culmina na transferência das chaves da jurisdição aos demais Poderes – como se dava, na França, pelo critério do *mobile politique* – ou mesmo na elaboração de uma lista jurisprudencial de atos estatais subtraídos do escrutínio judicial, tal como passou a fazer o *Conseil d'État* pouco após conquistar sua autonomia decisória.

---

[109] Tradução livre: A Lei parte do princípio da plena submissão dos poderes públicos ao ordenamento jurídico, verdadeira cláusula régia do Estado de Direito. Tal princípio é incompatível com o reconhecimento de qualquer categoria genérica de atos de autoridade excluídos *per se* do controle jurisdicional – sejam eles chamados de atos políticos, de governo ou de direção política. Seria certamente um contrassenso caso uma Lei, que busca adequar o regime jurídico da Jurisdição Contencioso-Administrativa à letra e ao espírito da Constituição, levasse a cabo a introdução de toda uma esfera de ação governamental imune ao Direito. De fato, o próprio conceito de 'ato político' está hoje em franca retração no direito público europeu.

[110] *Cf.* MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista De Direito Administrativo*, Vol. 191, 1993, p. 82: "Na Itália, o art. 24 do Texto Único sobre a Justiça Administrativa, de 1889, que previa expressamente a exclusão da via jurisdicional para atos do governo no exercício do poder político, deixou de prevalecer ante o art. 113 da Constituição (1947), que dispõe o seguinte: 'Contra os atos da Administração Pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos ante os órgãos da justiça ordinária e administrativa. Essa tutela não pode ser excluída ou limitada a meios particulares de impugnação ou para determinadas categorias de atos'.

[111] *Cf.* HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 6ª ed. Paris: Larose, 1907, p. 440. Para Edward Corwin, a construção da doutrina da questão política, nos Estados Unidos, "signalizes an early concession by the Court itself at the expense of the strict logic of judicial review". *Cf.* CORWIN, Edward. *The Twilight of Supreme Court*. New Haven: Yale University Press, 1934, p. 111.

Trata-se, antes, de uma válvula de escape que permite à Suprema Corte não se pronunciar sobre casos com implicações políticas relevantes.[112] É um mecanismo forjado para servir a estratégias concretas de autocontenção, num sistema onde a jurisdição constitucional é difusa, mas os precedentes vinculantes,[113] cujas bases remontam o precedente fundante do controle de constitucionalidade estadunidense: o caso Marbury vs. Madson (1803).[114] Da *opinion* do Justice Marshall, é possível colher o seguinte excerto:

> *By the constitution of the United States, the president is invested with certain important political powers, in the exercise of which he is to use his own discretion, and he is accountable only to his country in his political character, and to his own conscience. (...) He is the mere organ by whom that will is communicated. The acts of such an officer, as an officer, can never be examinable by the courts*.[115]

A formulação clássica da teoria propõe que quando defrontadas com questões políticas, que em última análise devem ser equacionadas pela sociedade, as Cortes deveriam considerar o caso controvertido como *nonjusticible* e remeter a sua resolução aos Poderes erigidos pelo voto.[116]

---

[112] O acesso à jurisdição recursal da Suprema Corte dos Estados Unidos, diversamente do que se dá no Brasil, não é disciplinado nem reconhecido como um direito de todo litigante. A maior parte dos recursos dirigidos à Suprema Corte está sujeita à sua '*discretionary jurisdiction*'. Ou seja: ressalvadas pontuais exceções, os juízes da Suprema Corte não se consideram obrigados a apreciar todos os apelos que lhes chegam às mãos. No exercício de 2020 (01/10/2020 a 31/09/2021), chegaram à Suprema Corte 5.411 petições. Nesse período, 72 casos foram ouvidos e 69 foram conclusivamente apreciados, o que corresponde, respectivamente, a 1,33 e a 1,275 por cento do total de petições recebidas pela Corte no período. *Cf. 2021 Year-End Report on the Federal Judiciary*, informativo público divulgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, página 07. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2021year-endreport.pdf>.

[113] Os sistemas tributários da tradição anglo-saxã gravitam ao redor da figura do precedente judicial – que não se limita a resolver a disputa específica havida entre as partes do litígio, mas a estabelecer as bases para a resolução de controvérsias futuras que lhe digam respeito. A cultura e ética jurisdicional, na *Common Law*, prega o respeito às coisas decididas, em nome da previsibilidade, da isonomia e da paz social: *stare decisis et non quieta movere*.

[114] *Cf.* CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 76, p. 199-224, 2019.

[115] Tradução livre: Por força da Constituição dos Estados Unidos, o Presidente é investido de certos poderes políticos importantes, no exercício dos quais ele deve fazer uso de seus próprios critérios ('*discretion*'), e é responsável apenas perante a comunidade política e a sua própria consciência. (…) O Presidente é o mero órgão por meio do qual a vontade da comunidade é exteriorizada. Os atos emanados deste órgão, que se revistam de tal natureza, nunca podem ser examinados pelos tribunais. A íntegra da decisão do caso Marbury v. Madson (1803) pode ser encontrada em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>.

[116] A título exemplificativo, *cf.* FIELD, Oliver. Doctrine of Political Questions in the Federal Courts. *Minnesota Law Review*, 1924, pp. 486-513. No mesmo sentido, *cf.* FINN, John. *Civil Liberties and the Bill of Rights*. Middletown: Wesleyan University, 2006, p. 55: "The political question doctrine holds that some questions, in their nature, are fundamentally political, and not legal; and if a question is fundamentally political, then the court will refuse to hear that case. It will claim that it doesn't have jurisdiction. And it will leave that question to some other aspect of the political process to settle out".

A doutrina americana controverte, de longa data, a respeito da natureza e do campo de incidência da *political question doctrine*.[117] Alguns autores compreendem que a doutrina só é aplicável às questões que a própria Constituição, de forma textual, tenha reservado à resolução privativa de outro Poder.[118] Outros, entre os quais Alexandre Bickel em sua defesa das '*virtudes passivas*' do Judiciário, entendem que a *political question doctrine* permite que as Cortes deixem de adjudicar ações por razões eminentemente prudenciais.[119]

Da jurisprudência da Suprema Corte, três precedentes merecem destaque. O primeiro deles, julgado em 1918, concernia ao ato de reconhecimento de governo estrangeiro. A Corte concluiu que "a condução das relações exteriores é confiada pela Constituição aos Poderes Executivo e Legislativo – os departamentos políticos do Governo –, e a adequação do que é feito no exercício deste poder político não está sujeita ao escrutínio judicial".[120]

O caso *Baker v. Carr* (1962), julgado no contexto da *Corte de Warren*,[121] foi a primeira oportunidade em que a Suprema Corte encarou, com profundidade analítica, a *political question doctrine*. No caso concreto, decidiu-se que o redesenho dos distritos político-eleitorais constituem matéria justiciável, de modo que as Cortes Federais seriam competentes para conhecer e julgar casos a esse respeito baseados na 14ª emenda.[122] No bojo do *leading case*,

---

[117] *Cf.* PARK, Ron. Is the Political Question Doctrine Jurisdictional or Prudential? *UC IRVINE LAW REVIEW*. Vol. 6, p. 255-280, 2016. Disponível em: <https://www.law.uci.edu/lawreview/vol6/no2/Park.pdf>.

[118] Nesse sentido, posiciona-se REDISH, Martin. Judicial Review and the 'Political Question'. *Nw. U. L. Rev*. Vol. 1039, 1985. Os autores que defendem essa concepção costumam reconhecer a adjudicação das lides como um poder-dever do Judiciário, que não pode ser afastado por simples considerações prudenciais.

[119] *Cf.* BICKEL, Alexander. The Supreme Court: The Passive Virtues. Harvard Law Review, vol. 75, p. 74-80, 1961.

[120] *Cf.* Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918): "The conduct of our foreign relations is committed by the Constitution to the executive and legislative -- the political -- departments of the government, and the propriety of what may be done in the exercise of this political power is not subject to judicial inquiry or decision. Who is the sovereign de jure or de facto of a foreign territory is a political question the determination of which by the political departments of the government conclusively binds the judges".

[121] A expressão *Corte de Warren* refere-se ao período em que Earl Warren ocupou o posto de Chief Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos (1953-1969). Tal período ficou conhecido pela orientação progressista da jurisprudência da Suprema Corte, que reconheceu liberdades públicas, ampliou direitos civis e combateu políticas públicas discriminatórias. Entre os precedentes mais notáveis da Corte de Warren, estão: (*a*) Brown v. Board of Education (1954), em que a Corte declarou a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas, (*b*) Griswold v. Connecticut (1965), em que a Corte pronunciou a inconstitucionalidade de leis que restringiam o uso de métodos contraceptivos; e (*c*) Miranda v. Arizona (1966), em que a Corte reconheceu direitos e garantias fundamentais aos réus e investigados na esfera criminal.

[122] O entendimento firmado em Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) foi sintetizado, nos seguintes termos, na decisão do caso Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963): "Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment limits the authority of a State Legislature in designing the geographical districts from which representatives are chosen either for the State Legislature or for the Federal House of Representatives."

contudo, a Suprema Corte delineou seis fatores que recomendariam o reconhecimento de uma questão política:

> *Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found [1] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or [3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or [4] the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or [5] an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or [6] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.*[123]

No caso Nixon v. United States (1993), em que Walter Nixon, que atuara como *Chief Judge* no judiciário federal, questionava a validade formal do seu afastamento pelo Senado[124], a Suprema Corte decidiu que "a doutrina da questão política deve ser aplicada quando o texto da Constituição demonstre que o assunto controvertido está fora do escopo de atuação dos Tribunais, ou quando não haja parâmetro possível para a composição judicial do caso".[125]

Como na França, a *political question doctrine* também sofreu mutações atreladas às dinâmicas de disputa institucional entre os Poderes e tem sido objeto de intenso debate acadêmico, com leituras e propostas tão diversas quanto antagônicas.[126]

---

[123] Tradução livre: "Proeminente na superfície de qualquer caso que envolva uma questão política é encontrado: [1] a previsão, textualmente demonstrável, da competência constitucional de um departamento político coordenado para tratar daquela questão; ou [2] uma falta de padrões judicialmente detectáveis e gerenciáveis para resolver o caso; ou [3] a impossibilidade de decidir sem uma determinação política inicial de natureza claramente incompatível com atividade jurisdicional; ou [4] a impossibilidade do Tribunal empreender uma adjudicação independente do caso sem desrespeitar os demais Poderes; ou [5] uma necessidade excepcional de adesão inquestionável a uma decisão política já tomada; ou [6] a potencialidade de constrangimentos institucionais a partir de múltiplos posicionamentos, por vários Poderes, a respeito da mesma questão". *Cf.* Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

[124] A tese recursal apontava que o Senado teria violado a cláusula constitucional do impeachment, que atribui ao conjunto dos Senadores o poder de julgar todos os processos de impeachment. No caso concreto, coube a uma comissão parlamentar realizar os atos típicos de julgamento, tendo os Senadores se reunido em plenário apenas para votar, numa única sessão e sem a oitiva do réu, o relatório produzido pela comissão. *Cf.* Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993). A disposição constitucional que embasou o recurso apresentado está disposta no artigo 1º, seção 3, da Constituição dos Estados Unidos: "*The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present*".

[125] *Cf.* Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993). Primary Holding: "The political question doctrine is triggered when the text of the Constitution has shown that an issue lies outside the scope of the courts, or there is no judicial standard for resolving the issue".

[126] Para ilustrar essa multiplicidade de entendimentos, remete-se ao mapeamento da literatura estadunidense feito pela Professora Tara Leigh Grove: (a) BARKOW, Rachel. *More Supreme than Court? The Fall of the*

Entre os estudiosos do tema, contudo, parece haver consenso quanto à longevidade da doutrina da questão política na tradição jurídica americana (*mais de 200 anos*) e, também, quanto ao seu declínio nas últimas décadas, período de ascensão institucional da Suprema Corte e de fortalecimento da tese de que a ela caberia a última palavra na interpretação da Constituição.[127]

De acordo com Rachel Barkow, seria mesmo impossível a coexistência entre a doutrina da questão política e a tese da supremacia judicial, hoje encampada pela Suprema Corte, que enxerga a si própria como "*the ultimate expositor of the constitutional text*".[128] Já Tara Leigh Grove identifica a moderna doutrina da questão política como uma espécie – não uma limitação – de supremacia judicial, na medida em que, por seu intermédio, a Suprema Corte reserva para si o poder de decidir o Poder competente para resolver cada questão constitucional;[129] isto é, o poder de definir quais questões são políticas (*e quais não são*).

Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy. COLUM. L. REV., vol. 237, 2002 – argumentando que a doutrina da questão política é importante porque impede a Suprema Corte de "definir sozinha os limites de seu poder"; (b) MULHERN, Peter. *In Defense of the Political Question Doctrine, U. PA. L. REV.*, 97, 1988 - propondo que, ao invés de sua rejeição total, uma melhor explicação e reformulação da doutrina se faz necessária. Na direção da abolição da doutrina, também há registro de vários posicionamentos: (c) BROWN, Rebecca. *When Political Questions Affect Individual Rights: The Other Nixon v. United States. SUP. CT. REV.* 125, 1994 – defendendo o abandon da teoria, que representaria a negação da "Separação dos Poderes propriamente entendida"; (d) REDISH, Martin. *Judicial Review and the 'Political Question', 7NW. U. L. REV*. 1033, 1985 – defendendo o repúdio à doutrina das questões políticas; (e) WEINBERG, Louise. *Political Questions and the Guarantee Clause, U. COLO. L. REV.*, 889, 1994 – argumentando que a interpretação e a tutela da Constituição não podem ser confiadas exclusivamente a um '*political branch*'. Há, por fim, mesmo quem sustente a inexistência da doutrina da questão política: (f) HENKIN, Louis. *Is There a "Political Question" Doctrine? The Yale Law Journal*. Vol. 85, No. 5, 1976, pp. 597-625 – argumentando que, em muitos casos alegadamente relacionados a questões políticas, as Cortes simplesmente entendem pela conformidade jurídica da ação governamental questionada; ou seja, haveria, ainda que implicitamente, um juízo de mérito. *Cf.* GROVE, Tara Leigh. *The Lost History of the Political Question Doctrine. New York University Law Review*, 90, 2015, p. 1910. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-90-6-Grove.pdf>.

[127] *Cf.* GROVE, Tara Leigh. *The Lost History of the Political Question Doctrine. New York University Law Review*, 90, 2015, p. 1910.

[128] *Cf.* BARKOW, Rachel. *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy. COLUM. L. REV.*, vol. 237, 2002, p. 241 e p. 300.

[129] *Cf.* GROVE, Tara Leigh. *The Lost History of the Political Question Doctrine. New York University Law Review*, 90, 2015, p. 1908: "No século XIX, as 'questões políticas' não eram questões constitucionais, mas determinações de fato feitas pelos ramos políticos, que os tribunais tratavam como conclusivas no curso de processos judiciais. Quando a doutrina atual foi construída, em meados do século XX, a Suprema Corte a usou para consolidar, ao invés de minar, a supremacia emergente da própria Corte sobre o direito constitucional. De acordo com a doutrina atual, a Suprema Corte afirma para si o poder de decidir qual instituição decide qualquer questão constitucional. Garantido o controle sobre essa indagação antecedente, o Tribunal pode tanto concluir que a questão controvertida está textualmente reservada a outro Poder, como entender que o assunto se submete à competência do próprio Tribunal. Essa análise desfaz a suposição de que a doutrina da questão política atual estaria em desacordo com a tese da supremacia judicial. A doutrina

A análise da batalha judicial ao redor das restrições migratórias fundadas textualmente em nacionalidade e supostamente em religião – medidas que ficaram conhecidas como '*Trump's Travel Ban*' e '*Muslim Ban*' [130] – ajuda a compreender o estado da arte da *political question doctrine* nos Estados Unidos. A primeira tentativa do Governo Trump de limitar o acesso de mulçumanos aos EUA se deu por meio da *Executive Order* 13769, assinada em 27 de janeiro de 2017. Até o dia 31 do mesmo janeiro, quase 50 ações contra aquela medida presidencial foram propostas em diferentes cortes federais.[131]

Embora outras liminares já tivessem suspendido pontos específicos da *Executive Order* 13679, a decisão do *U.S. District Judge* James Robart, assinada em 03 de fevereiro na cidade de Seattle, sustou integralmente a eficácia do ato.[132] O Governo Trump, então, recorreu ao *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*, que manteve, por unanimidade, a decisão do juízo de primeiro grau.[133] Após as derrotas judiciais, Trump edita nova medida restritiva à migração e ao refúgio. A Executive Order 13780, assinada em 06 de março de 2017, retirava o Iraque da lista de banimento e admitia algumas exceções à política.

No dia seguinte, 07 de março, o estado do Havaí ajuizou uma ação, perante a U. S. District Court para a ilha, desafiando a validade da medida e requerendo a sua suspensão liminar. No dia 15 daquele mês, o *U.S. District Judge* Derrick Watson sustou a eficácia de algumas seções da *Executive Order*. O Governo Federal, novamente, recorreu da decisão à *Court of Appeals*

---

moderna da questão política é uma espécie – não uma limitação – de supremacia judicial". Tradução do autor.

[130] As medidas restritivas às viagens de cidadãos oriundos de países de maioria mulçumana foram adotadas pelo ex-Presidente Donald Trump, em 2017, por meio dos seguintes atos: *Executive Order 13769*, *Executive Order 13780*, *Presidential Proclamation 9645*. Todos eles foram revogados no dia 20 de janeiro de 2021, pelo Presidente Joe Biden. *Cf.* HOLPUCH, Amanda; GAMBINO, Lauren. "*Joe Biden reverses anti-immigrant Trump policies hours after swearing-in*". Publicado no jornal *The Guardian*, em 21 jan. 2021. Disponível: <https://www.theguardian.com/us-news/2021/jan/20/biden-immigration-reform-trump-executive-order>.

[131] Entre as ações contra o *Trump's Travel Ban*, as mais relevantes são as seguintes: *(a) State of Washington v. Trump; (b) Arab American Civil Rights League (ACRL) v. Trump; (c) Aziz v. Trump; (d) Darweesh v. Trump; (e) Louhghalam v. Trump; (f) Mohammed v. United States; (g) Sarsour v. Trump; (h) Hawaii v. Trump; (i) International Refugee Assistance Project v. Trump*. Os dados referidos foram obtidos pela plataforma Special Collection: Civil Rights Challenges to Trump Immigration/Refugee Orders, provida pela *University of Michigan Law School's - Civil Rights Litigation Clearinghouse*. A *American Civil Liberties Union of Washington* também produziu uma linha do tempo a respeito de sua participação na batalha judicial contra o *Trump's Travel Ban*, que pode ser acessada no seguinte endereço: <https://www.aclu-wa.org/pages/timeline-muslim-ban>.

[132] *Cf.* BARRETT, Delvin; FROSCH, Dan. Federal Judge Temporarily Halts Trump Order on Immigration. *The Wall Street Journal*. 04 fev. 2017. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/legal-feud-over-trump-immigration-order-turns-to-visa-revocations-1486153216>.

[133] *Cf.* LIPTAK, Adam. Court Refuses to Reinstate Travel Ban, Dealing Trump Another Legal Loss. *The New York Times*. 09 fev. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/02/09/us/politics/appeals-court-trump-travel-ban.html>.

para o Nono Distrito. O Tribunal de segunda instância emitiu, em 12 de junho, uma decisão *per curiam*, expressando a *voz comum* do Colegiado, em que manteve a decisão de primeiro grau, mas censurou a fundamentação constitucional das medidas liminares, que poderiam ter sido adotadas com base apenas no *Immigration and Nationality Act* (INA):

> *After first determining that Plaintiffs have standing to assert their INA-based statutory claim, we conclude that Plaintiffs have shown a likelihood of success on the merits of that claim and that the district court's preliminary injunction order can be affirmed in large part based on statutory grounds. For reasons further explained below, we need not, and do not, reach the Establishment Clause claim to resolve this appeal. See Ashwander v. Tenn. Valley Auth., 297 U.S. 288, 347 (1936) (Brandeis, J., concurring) ("If a case can be decided on either of two grounds, one involving a constitutional question, the other a question of statutory construction or general law, the Court will decide only the latter")*.[134]

Em setembro de 2017, Donald Trump editou a terceira versão da medida: a Proclamação Presidencial 9645, que acrescentou Venezuela e Coréia do Norte à lista de restrições (no intento de descaracterizar o viés étnico-religioso da primeira *executive order*), mas flexibilizou as interdições para indivíduos que comprovassem relações especiais com os EUA. A Proclamação Presidencial também foi impugnada judicialmente e o caso chegou à Suprema Corte.

Numa decisão confusa, ideológica e dividida,[135] por *cinco votos a quatro*, a Suprema Corte manteve a Proclamação Presidencial em vigor, revogando as liminares que haviam sido concedidas e confirmadas pelos juízos inferiores. A opinião da maioria foi vocalizada pelo *Chief Justice* John Roberts. Embora não cite a *political question doctrine* em seu voto (sinal de desprestígio ao menos da terminologia), ele afirma que a admissão ou a expulsão de estrangeiros do território nacional é um atributo fundamental da soberania, que é exercido pelo Executivo e o Legislativo e está, em grande medida, fora do alcance do controle judicial.[136]

---

[134] Tradução do autor: Depois de determinar que os Autores têm legitimidade para aduzir o pedido em bases estatutárias (com fulcro no INA), concluímos que os Autores demonstraram a probabilidade do bom direito e que a decisão liminar do juízo de primeiro grau pode ser confirmada com base em fundamentos exclusivamente legais. Por motivos explicados abaixo, não precisamos e não alcançamos a reivindicação da Cláusula de Estabelecimento (Primeira Emenda) para resolver este recurso. Nesse sentido, ver *Ashwander v. Tenn. Valley Auth., 297 U.S. 288, 347 (1936)*: Se um caso pode ser decidido por qualquer um dos dois fundamentos, um envolvendo uma questão constitucional, o outro uma questão de construção estatutária ou lei geral, o Tribunal decidirá apenas a última". A decisão de segunda instância pode ser conferida na íntegra no seguinte endereço: <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/06/12/17-15589.pdf>.

[135] *Cf.* Supreme Court is on the wrong side of Trump's travel ban. *USA TODAY*, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www.usatoday.com/story/opinion/2018/06/26/supreme-court-ruling-trump-travel-ban-talker/734389002/>.

[136] A afirmação se refere ao seguinte trecho do voto citado: "*The admission and exclusion of foreign nationals is a fundamental sovereign attribute exercised by the Government's political departments largely immune from judicial control*". A íntegra da decisão da Suprema Corte pode ser acessada em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965_h315.pdf>.

O voto de dissenso da *Justice Sotomayor*, subscrito pela saudosa *Justice Ginsburg*, merece transcrição por sua eloquência e relevância histórica:

> *The United States of America is a Nation built upon the promise of religious liberty. Our Founders honored that core promise by embedding the principle of religious neutrality in the First Amendment. The Court's decision today fails to safeguard that fundamental principle. It leaves undisturbed a policy first advertised openly and unequivocally as a "total and complete shutdown of Muslims entering the United States" because the policy now masquerades behind a façade of national-security concerns. But this repackaging does little to cleanse Presidential Proclamation No. 9645 of the appearance of discrimination that the President's words have created. Based on the evidence in the record, a reasonable observer would conclude that the Proclamation was motivated by anti-Muslim animus. That alone suffices to show that plaintiffs are likely to succeed on the merits of their Establishment Clause claim. The majority holds otherwise by ignoring the facts, misconstruing our legal precedent, and turning a blind eye to the pain and suffering the Proclamation inflicts upon countless families and individuals, many of whom are United States citizens. Because that troubling result runs contrary to the Constitution and our precedent, I dissent*.[137]

O exame das decisões, de Cortes Federais, nas ações contra o *Trump's Travel Ban* pareceu-me relevante (*a*) pela atualidade dos pronunciamentos; (*b*) pelo fato de os atos presidenciais questionados dizerem respeito à política externa e à segurança nacional – temáticas tradicionalmente relacionadas à *political question doctrine*; e (*c*) pelo fundamento constitucional das ações, que alegavam violação ao direito fundamental à liberdade religiosa, que é expressamente resguardado pela 1ª emenda à Constituição dos EUA.

A pesquisa empreendida deu conta de que, a despeito dos atos presidenciais versarem sobre relações internacionais e defesa nacional, as cortes de primeiro e segundo grau do Judiciário Federal não se furtaram a reputá-los inválidos e a suspenderem liminarmente sua eficácia (no

[137] Tradução do autor: "Os Estados Unidos da América são uma nação construída sobre a promessa de liberdade religiosa. Nossos fundadores honraram essa promessa central ao incorporar o princípio da laicidade na Primeira Emenda. A decisão do Tribunal de hoje não salvaguarda esse princípio fundamental. Ele deixa incólume uma política anunciada aberta e inequivocamente como um 'bloqueio total e completo de muçulmanos entrando nos Estados Unidos', porque a política agora se disfarça por trás de uma fachada de preocupações de segurança nacional. Mas essa reformulação pouco faz para limpar a Proclamação Presidencial nº 9645 da aparência de discriminação que as palavras do presidente criaram. Com base nas evidências dos autos, um observador razoável concluiria que a Proclamação foi motivada por um ânimo antimuçulmano. Isso por si só é suficiente para mostrar que os demandantes provavelmente terão sucesso no mérito de sua tese fundada na Cláusula de Estabelecimento (1ª Emenda). A maioria defende o contrário ignorando os fatos, interpretando erroneamente nosso precedente legal e fechando os olhos para a dor e o sofrimento que a Proclamação inflige a inúmeras famílias e indivíduos, muitos dos quais são cidadãos dos Estados Unidos. Como esse resultado preocupante é contrário à Constituição e ao nosso precedente, eu discordo".

todo ou em parte), seja com base na sua incompatibilidade com lei aprovada pelo Congresso (o INA), seja devido à sua contrariedade à Constituição (Primeira Emenda).[138]

Isso é um dado muito relevante para a compreensão do declínio da *political question doctrine* nos Estados Unidos, sobretudo se considerada a relevância política e eleitoral emprestada aos atos impugnados judicialmente pelo então Presidente – que os defendeu, enfática e centralmente, na campanha,[139] em debates presidenciais[140] e durante o exercício do cargo.[141]

Na atual quadra histórica, o Judiciário Federal de primeiro e segundo grau demonstraram mais independência e altivez do que a Suprema Corte dos Estados Unidos, cindida ideologicamente conforme o bipartidarismo de sempre e os novos ventos da política americana.

A petição do Presidente à Suprema Corte invocou expressamente a "*doctrine of consular nonreviewability*",[142] considerada por muitos um desdobramento ou especialização da *political question doctrine* para temáticas relacionadas à migração,[143] como fundamento para que a Corte reconhecesse a injusticiabilidade dos atos presidenciais impugnados.

---

[138] A única ressalva ao diagnóstico, que agora se reitera, tem que ver com o posicionamento da *Court of Appeals* na ação iniciada pelo estado do Havaí. Como referido, a decisão *per curiam* do Tribunal destacou que seria possível concluir pela procedência dos pleitos autorais sem adentrar à questão constitucional suscitada, na medida em que as medidas presidenciais questionadas violariam, antes, Lei vigente aprovada pelo Congresso (o '*Immigration and Nationality Act*').

[139] *Cf.* Donald Trump calls for complete ban on Muslims entering the US – video. *The Guardian*. Publicado em 08 dez. 2015. Disponível em <https://www.theguardian.com/us-news/video/2015/dec/08/donald-trump-calls-for-complete-ban-on-muslims-entering-the-us-video>.

[140] *Cf.* Donald Trump Stands By His Muslim Ban. *Vanity Fair*. Publicado em 10 out. 2016. Disponível em: <https://www.vanityfair.com/video/watch/donald-trump-stands-by-his-muslim-ban>.

[141] *Cf.* LANDERS, Elizabeth. Trump defends travel ban ahead of court hearing. *CNN*. Publicado em 07 fev. 2017. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2017/02/07/politics/trump-defends-travel-ban/index.html>.

[142] Da petição de Donald Trump, no capítulo sobre a '*justiciability*' da controvérsia, lê-se que "*the Government again invokes the doctrine of consular nonreviewability in an effort to circumvent judicial review of seemingly any Executive action denying entry to an alien abroad*". Ou seja: o Governo novamente invoca a doutrina da imunidade consular num esforço de prevenir o controle judicial de qualquer ação do Poder Executivo que impeça entrada no território nacional de um estrangeiro que se ache no exterior (tradução do autor). Disponível eletronicamente em: <https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-965/20998/20171120191451356_17A%20Trump%20v.%20Hawaii%20CA9%20Stay%20Application.pdf>.

[143] "*The doctrine of consular nonreviewability has always been concerned with preventing the judicial branch from going outside its area of expertise. One of the underlying bases for the doctrine of consular nonreviewability is the political question doctrine—the idea that courts should not be involved in foreign relations. As the United States Supreme Court stated in Japan Whaling Association v. American Cetacean Society, courts are 'particularly ill suited' to address matters of foreign relations. Those who link the doctrine of consular nonreviewability to the political question doctrine believe that 'because immigration includes foreign elements by definition, and immigration-related decisions may affect foreign affairs, all decisions to exclude aliens are political questions that have been entrusted to the political branches of the*

A tese do Presidente, como mencionado, angariou a adesão de 5 membros da Suprema Corte. Para a formação dessa *maioria mínima*, foi necessário o voto de Neil Gorsuch – *justice* indicado por Trump, que tomou posse em 10 de abril de 2017, na cadeira deixada pelo falecimento de Antonin Scalia (fev. 2016), após o Senado, de hegemonia republicana, se recusar a apreciar a indicação do ex-Presidente Obama por mais de um ano.[144]

Os precedentes analisados parecem demonstrar tanto a decadência da *political question doctrine* aos olhos do Poder Judiciário dos Estados Unidos, quanto a sobrevida do seu espírito e resultado prático – *a interdição do controle jurídico* – numa Suprema Corte crescentemente contaminada pela cisão ideológica entre Republicanos e Democratas. Embora o resultado do julgamento tenha sido favorável ao Governo, houve mudanças discursivas relevantes em ambos os polos contendentes da Suprema Corte, que corroboram o diagnóstico de declínio proposto.

De um lado, a maioria se preocupou em defender o mérito do ato: justificar sua razoabilidade, discutir dados, cotejá-lo com Leis e com a Constituição. Embora tenham dado ênfase à ampla discricionariedade do Executivo em matéria de política migratória, argumentaram que os atos questionados não violaram nem a Constituição nem as Leis aprovadas pelo Congresso. Ou seja: a maioria sindicou o mérito do ato e concluiu por sua conformidade jurídica.

Do outro lado, a minoria, sobretudo no categórico voto da *Justice* Sotomayor, defendeu a incidência direta da Constituição sobre o caso e concluiu que a Proclamação Presidencial era "*plainly unconstitutional*". Tudo a confirmar o diagnóstico de decadência da *political question doctrine* e, a meu sentir, o prognóstico defendido nesta Tese: a necessidade de assentar as bases e os parâmetros para o adequado controle judicial dos atos políticos.

As teorias negadoras do controle jurídico do poder político chegaram ao Brasil a partir das tradições e das gramáticas forjadas na França e nos Estados Unidos. A Constituição de 1824 considerava a pessoa do Imperador "inviolável e sagrada"; prevendo mesmo que o monarca não

---

government, not the judiciary'". *Cf.* DOBKIN, Donald. *Challenging the Doctrine of Consular NonReviewability in Immigration Cases*. *SelectedWorks*. 2009, p. 34.

[144] "The vindication for Mr. Trump was also a stunning political validation of the Republican strategy of obstruction throughout 2016 that prevented President Barack Obama from seating Judge Merrick B. Garland on the nation's highest court after the death of Justice Antonin Scalia. Justice Neil M. Gorsuch, Mr. Trump's choice to sit on the court, was part of the majority upholding the president's travel ban". *Cf.* LIPTAK, Adam; SHEAR, Michael. Trump's Travel Ban Is Upheld by Supreme Court. *The New York Times*. 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/06/26/us/politics/supreme-court-trump-travel-ban.html>. A indicação do nome de Merrick Garland para a Suprema Corte foi formalizada no dia 16 de março de 2016, mas a liderança dos Republicanos no Senado já havia comunicado, no próprio dia de falecimento de Scalia (13/02/2016), que não consideraria nenhum candidato apresentado por Obama.

estava "sujeito à responsabilidade alguma".[145] Marquês de São Vicente, autor do primeiro livro brasileiro sobre Direito Constitucional (1857), tece os seguintes comentários a respeito do art. 99, da Constituição Imperial:

> Como o poder moderador é sinônimo do poder imperial, com razão a constituição em seguida dele reconheceu logo a inviolabilidade e irresponsabilidade do imperante. (...) É por isso mesmo que a lei não institui tribunal algum a respeito, nem pudera estabelecer; nenhum poderia ser competente, nem hábil para julgar a mais alta delegação da soberania nacional, esta teria de descer, deixaria de ser tal desde que fosse obrigada a justificar-se de qualquer acusação. As razões de interesse público, que dão em parte inviolabilidade ao senador, ao deputado, e até aos membros das assembleias provinciais, atum a respeito do imperante em toda a sua força; ele não é sujeito nem à responsabilidade legal, nem à censura, que a lei não pode tolerar sem palpável contradição. A qualidade de imperante é inseparável da pessoa que a exerce; a inviolabilidade ou há de ser geral ou inútil, não há meio termo, o monarca ou há de ser monarca ou de deixar de sê-lo; um faccioso não deve ter o arbítrio de acusá-lo por título algum; o que seria uma Coroa chamada aos tribunais?[146]

Na mesma obra, nosso constitucionalista pioneiro, ecoando a doutrina à época hegemônica na Europa continental, considera ser "a Constituição por si só é pouco mais do que um símbolo de esperanças lisonjeiras"; um "frontispício" que, sem integração legislativa, não passaria de "simples decoração isolada".[147] Negado o caráter normativo da Constituição, seria mesmo ilógico cogitar de qualquer mecanismo de controle de constitucionalidade sobre os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

No primeiro livro latino-americano sobre Direito Administrativo,[148] também publicado em 1857, Vicente Pereira do Rêgo, ao diferenciar jurisdição administrativa contenciosa e graciosa, conclui ter a Administração "dois poderes nas suas mãos: um discricionário, inteligente e livre; e outro passivo, regulado e dominado pela lei, regulamento, decreto ou contrato que o rege".[149] Para o nosso administrativista pioneiro, sob influência declarada da doutrina francesa, apenas os

---

[145] Constituição Imperial de 1824, art. 99: "A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma". Redação original.

[146] *Cf.* BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Publico Brazileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Villeneuve, 1857, p. 206. A redação original do trecho transcrito foi atualizada pelo autor, de acordo com as regras ortográficas vigentes.

[147] *Cf.* BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Publico Brazileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Villeneuve, 1857, p. 45. A redação original dos trechos transcritos foi atualizada pelo autor, de acordo com as regras ortográficas vigentes.

[148] *Cf.* TÁCITO, Caio. O primeiro livro sôbre Direito Administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 27, 1952, pp. 428–429.

[149] *Cf.* RÊGO, Vicente Pereira do. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo Francez segundo o methodo de P. Pradier-Foderé*. Recife: T. Universal, 1857, p. 160. A redação original foi ortograficamente atualizada pelo autor.

últimos dariam lugar ao contencioso administrativo. A política propriamente dita, as negociações diplomáticas e os atos de governo seriam objetos alheios à Justiça Administrativa[150] – que chegou a existir entre nós, especialmente durante o Segundo Império.[151]

As conclusões de Vicente Pereira do Rêgo são confirmadas por Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai, em seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (1862). Na obra, o administrativista mais notório do Império também se vale do conceito de 'Administração graciosa', ligando-o ao de 'Poder Executivo puro, político ou governamental'. Este seria o campo onde o Estado "procede discricionariamente, e com arbítrio". As medidas adotadas se fundariam apenas em critérios de conveniência "ao interesse geral da sociedade", de modo que "ninguém as pode atacar ou discutir quer perante os Tribunais ordinários, quer perante os Tribunais administrativos. Das decisões da administração graciosa, há somente o recurso gracioso". [152]

A transição da monarquia para a república, no final do século XIX, incorporou à tradição jurídica brasileira, muito em razão da obra e do trabalho de Rui Barbosa, aportes substanciais do Direito Constitucional norte-americano. Foi a partir de experimentos havidos nos Estados Unidos que estruturamos nosso sistema de Governo (presidencialismo), forma de Estado (federalismo) e modelo de jurisdição constitucional (apenas incidental e difuso, àquela altura).

Foi também pela pena de Rui Barbosa que a *political question doctrine* chegou primeiro ao Supremo Tribunal Federal. O jurista baiano, que havia sido o autor intelectual das mais importantes normas do país no contexto da Proclamação da República, inclusive da Constituição de 1891, impetrou, perante o Supremo Tribunal Federal, uma série de ações – notadamente, *habeas corpus* – contra atos autoritários de Floriano Peixoto (1891-1894), especialmente os de decretação de Estado de Sítio e as prisões neles embasadas.[153]

---

[150] *Cf.* RÊGO, Vicente Pereira do. Elementos de Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo Francez segundo o methodo de P. Pradier-Foderé. Recife: T. Universal, 1857, p. 162.

[151] *Cf.* GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). *Revista de História*, vol. 147, pp. 159-188, 2002. Disponível eletronicamente em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18946/21009>.

[152] *Cf.* URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 79.

[153] Enfrentando um cenário de crise econômica, contestação parlamentar, oposição entre os próprios militares (sobretudo os da Marinha) e problemas de saúde, o Marechal Deodoro da Fonseca renunciou à Presidência em 23 de novembro de 1891 – sob a ameaça de bombardeio à cidade do Rio de Janeiro em caso de resistência. Floriano, que havia sido eleito Vice-Presidente pelo Congresso, assume o cargo, em que pese a previsão constitucional de realização de eleições diretas na hipótese de vacância da cadeira presidencial no primeiro biênio do mandato, e combate violentamente críticos e revoltosos, valendo-se do

Os historiadores dão conta de que, pouco antes do julgamento do HC nº 300, Floriano Peixoto teria, explícita e publicamente, ameaçado os juízes do Supremo Tribunal Federal[154]: "Se os juízes concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão".[155]

Na petição inicial, de mais de 60 laudas, Rui Barbosa destacou que aquela seria "a primeira vez, senhores juízes, que esse órgão tem de funcionar solenemente na mais delicada e na mais séria das suas relações com a vida moral do país, entre os direitos inermes do indivíduo e os golpes violentos do poder".[156] Na peça, além de apontar a violação de prerrogativas parlamentares e de identificar vícios na aplicação intertemporal do decreto de exceção, que serviu como fundamento para prisões e desterros empreendidos tanto antes como depois do seu período de vigência, a Águia de Haia defendeu (*i*) que o Decreto não teria observado "condições essenciais de constitucionalidade"; (*ii*) que ao Supremo Tribunal competiria o poder-dever de declarar a inconstitucionalidade do estado de sítio decretado pelo Presidente da

Estado de Sítio (que, à época, permitia a suspensão dos mais basilares direitos e garantias fundamentais). *Cf.* PEIXOTO, Rodrigo Luz. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ESTADO DE SÍTIO NA REPÚBLICA VELHA: A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Estado de Sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1893-1930). *REVISTA QUAESTIO IURIS*, v. 10, p. 1090-1124, 2017.

[154] O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, com jurisdição em todo território nacional e sede na capital da República, foi definitivamente criado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 (organização da Justiça Federal), em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça, que fora criado pela Constituição de 1824 (art. 163). Antes disso, o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que outorgara espécie de 'Constituição Provisória' ao regime liderado pelo Marechal Deodoro, já utilizara a nomenclatura "Supremo Tribunal Federal". No ano seguinte, a Constituição, promulgada em 24 de fevereiro, consagrou a denominação "Supremo Tribunal Federal", repetida por todas as Cartas que a sucederam, com exceção da breve Constituição de 1934, revogada em 37, que falava em "Corte Suprema".

[155] *Cf.* RODRIGUES, Lêda Boechat Rodrigues. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 19-22 e VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras*: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011, p. 133.

[156] *Cf.* BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sítio*: suas condições, seus limites, seus efeitos. Rio de Janeiro: Typographia da Gazeta de Notícia, 1892, p. 6.

República[157] e (*iii*) que, com o esgotamento temporal da medida, os presos políticos passavam a ter direito a um julgamento justo, "segundo as formas usuais do processo".[158]

Antevendo a utilização da *political question doctrine* como óbice à concessão da ordem, o jurista defendeu que "só as questões puramente políticas são impenetráveis à defesa apoiada na Justiça Federal", para concluir que "os casos, que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser defesos à intervenção dos Tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do Executivo".[159] O ponto também foi abordado, pelo advogado, da Tribuna, em sustentação concorrida e antológica.[160]

Nas conturbadas circunstâncias da República da Espada,[161] o Supremo Tribunal nascente deixou-se convencer menos pelos argumentos jurídicos de Rui Barbosa do que pelo

---

[157] Para o impetrante, não poderia haver dúvida de "que a prerrogativa, cometida aos Tribunais Federais, de retificar as inconstitucionalidades, quando perpetradas em atos da legislatura, se estende a fortiori às infrações da Constituição envolvidas em atos do Executivo. Seria, em verdade, contrassenso palpável ter sob o freio da Constituição Federal, representada pela magistratura judiciária, os elaboradores da lei, e exonerar desse freio os seus executores". *Cf.* BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sítio*: suas condições, seus limites, seus efeitos. Rio de Janeiro: Typographia da Gazeta de Notícia, 1892, p. 23. À página 27, prossegue Rui Barbosa: "Não sois uma corporação consultiva. Não revogais atos da legislatura, ou do Executivo. Não constituís, como inconsideradamente se tem figurado, uma espécie de instância superior a esses Poderes. Não. Mas qualquer indivíduo lesado, por uma exorbitância do Congresso, ou do Presidente da República, tem sempre, nos remédios judiciais, o meio de preservação do seu direito, provocando, na qualidade de autor, ou na de réu, a sentença reparadora e irrecorrível do Supremo Tribunal Federal". Redação atualizada pelo autor.

[158] *Cf.* BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sítio*: suas condições, seus limites, seus efeitos. Rio de Janeiro: Typographia da Gazeta de Notícia, 1892, p. 21.

[159] *Cf.* BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sítio*: suas condições, seus limites, seus efeitos. Rio de Janeiro: Typographia da Gazeta de Notícia, 1892, p. 29. Da página seguinte, destaca-se ainda este trecho da petição: "Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça: este o princípio fundamental de todas as Constituições livres"

[160] *Cf.* BARBOSA, Rui *apud* TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina: 2004, p. 57: "Dizem: 'Este assunto é vedado à justiça, pela natureza política das atribuições que envolve'. Não vos enredeis em tal sofisma. Qual é a disposição constitucional, onde se acha essa exceção limitativa à vossa autoridade geral de negar execução às leis inconstitucionais e aos atos inconstitucionais do Poder Executivo? Se a suspensão das garantiras envolvesse unicamente interesses políticos, se pelos direitos que interessa constituísse um fato de ordem exclusivamente política, nesse caso sim. Com os atos de puro governo não têm que ver os tribunais. Mas aqui não. Vós, Tribunal Supremo, fostes instituído para guarda dos direitos individuais, especialmente contra os abusos políticos; porque é pelos abusos políticos que esses direitos costumam perecer. (...) Dizem: 'Aqui é o domínio da apreciação política; e neste domínio não tem ingresso a justiça". Mas qual é a fórmula constitucional que abriu esse valo, que ergueu essa trincheira aos abusos da força política contra o direito privado e a ordem geral das instituições republicanas? Ora, a regularidade orgânica das instituições republicanas e a inviolabilidade dos direitos particulares foram-vos entregues em custódia, estão confiados a vós em depósito, são a matéria peculiar da vossa autoridade. Tudo o que atente contra elas, toca a vosso poder, desde que se defina perante vós sob as formas de questão judicial".

[161] O período é abordado por CARONE, Edgard. *A República Velha*. São Paulo: Difusão Europeia, 1971.

argumentum ad baculum[162] de Floriano Peixoto. Por dez votos a um,[163] em abril de 1892, os juízes da Corte negaram o *habeas corpus*, que relacionava como pacientes Senadores, Deputados, militares e mesmo o poeta Olavo Bilac, por entenderem que a medida presidencial questionada abarcava inseparáveis questões políticas que não deveriam ser apreciadas pelo Judiciário:

> Considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo;
>
> Considerando que, ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso; (...)
>
> Considerando, finalmente, que a cessação do estado de sítio não importa, *ipso facto*, na cessação das medidas tomadas dentro dele, as quais continuam a subsistir, enquanto os acusados não forem submetidos, como devem, aos tribunais competentes, pois, do contrário, poderiam ficar inutilizadas todas as providências aconselhadas em tal emergência por graves razões de ordem pública;
>
> Negam, por esses fundamentos, a pedida ordem de habeas corpus[164]

Embora no binômio prudência-covardia se possa encontrar a principal razão de ser da decisão do Supremo,[165] ela também pode ser explicada, em parte, pela falta de familiaridade dos seus membros de então com os mecanismos e teorias abraçados pela Constituição de 1891, a

---

[162] Expressão latina que pode ser traduzida como ‘apelo à força’.

[163] *Cf.* MANGABEIRA, João. *Rui: o estadista da República*. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 83: "Mas, ante a eloquência daquela oração, o Tribunal não se comove; ao texto claro da Constituição os juízes não se dobram; ante ao sofrimento ingente das vítimas não se inclinam os julgadores. Não confessam o direito. Não reconhecem a verdade. E um a um, submissos ao poder, os votos vão caindo dos lábios da Justiça profanada. Mas na sinagoga dos fariseus havia um justo – Piza e Almeida, cujo nome se imortalizou, como símbolo de resistência e de honra, em meio à dobrez e à covardia".

[164] O acórdão do HC nº 300 consta da sessão “Julgamentos Históricos”, do *site* do STF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>.

[165] Abstraindo as questões técnico-jurídicas, a postura dos componentes do Supremo Tribunal pode tanto ser entendida como expressão de prudência política, ante o risco de descumprimento da ordem, a ameaça à liberdade corporal dos magistrados e o perigo de desintegração do próprio Tribunal (meses antes, o Congresso havia sido dissolvido por iniciativa do Presidente), quanto ser assimilada como pusilanimidade cínica – especialmente por conferir verniz de legitimidade jurídica a uma decisão manifestamente contrária ao Direito vigente e, em alguns pontos, como no caso da ultratividade do Estado de Sítio, contrária mesmo aos padrões jurisprudenciais praticados no Império. Compartilho a avaliação de João Mangabeira, segundo a qual faltaram, ao Supremo, magistrados com coragem para “arrostarem a impopularidade, enfrentarem o Governo, ou desprezarem o perigo, e confessarem o direito, garantirem a liberdade, defenderem a Constituição e, por esse meio, salvarem o regime, cuja guarda lhes fora confiada”. *Cf.* MANGABEIRA, João. *Rui: o estadista da República*. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 83.

partir da experiência constitucional norte-americana. Para a sua primeira composição republicana, foram aproveitados os integrantes do Supremo imperial – cuja formação e prática forense gravitara ao redor das Ordenações Filipinas e da doutrina europeia; e ignorara os institutos, as tradições e mesmo o idioma praticados nos Estados Unidos.[166]

Em artigos posteriores ao julgamento do STF, Rui denunciou a má-aplicação do precedente *Marbury versus Madson*, chegando a insinuar que o relator do caso "possuía da matéria informações superficiais e truncadas, que se obtém nos expositores mais conhecidos".[167] Em que pese o insucesso judicial, as iniciativas de Rui – na propositura, na defesa e no obstinado debate do caso – remodelaram a compreensão do Direito Constitucional brasileiro e do papel do Supremo. Na avaliação do Procurador da República que com ele contendeu nos autos, Rui Barbosa "representou no Brasil o papel de Marshall nos Estados Unidos, e ainda com mais liberdade de ação, porque se Marshall era um juiz, ele não era senão um simples advogado".[168]

Os esforços ruianos foram recompensados cinco anos mais tarde. Em 1897, após sofrer um atentado na recepção de regimentos militares que regressavam da Guerra de Canudos, Prudente de Morais decreta novo Estado de Sítio.[169] Com base em tal ato político, militares e parlamentares, entre deputados e senadores, foram detidos e desterrados para Fernando de Noronha.[170]

---

[166] "O Supremo Tribunal Federal é uma criação da república, na medida em que o novo regime lhe conferiu atribuições que ele não tinha ao tempo do Império; convém notar, porém, que foi constituído mediante o aproveitamento de antigos membros do Supremo Tribunal de Justiça, que lhe formaram a maioria. Amadurecidos sob outro regime, bons conhecedores das Ordenações Filipinas, eram, no entanto, alheios às novidades do mecanismo americano importado com a república; era natural que lhe não sentissem as originalidades e não medissem suas virtualidades; em verdade, as instituições de inspiração norte-americana adotadas eram praticamente ignoradas entre nós". *Cf.* BROSSARD, Paulo *apud* TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina: 2004, p. 63. No mesmo sentido, *v.* NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 168.

[167] *Cf.* BARBOSA, Rui *apud* TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina: 2004, p. 65: "Assim, o *mandamus* foi recusado, não pela incompetência constitucional da justiça, mas pela incompetência constitucional da Corte Suprema, para conhecer da questão em instância originária. A petição devia ser apresentada a um tribunal inferior, e só por via de recurso poderia chegar à Corte Suprema. MARSHALL reconheceu o direito de Marbury, reconheceu o poder da justiça, para obrigar o governo a respeitá-lo, indeferindo o requerimento unicamente por erro do peticionário na escolha do tribunal, que devia julgá-lo".

[168] *Cf.* OTÁVIO, Rodrigo *apud* LACOMBE, Américo. *Rui Barbosa e a Primeira Constituição da República*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 19. No mesmo sentido, *v.* NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 168.

[169] *Cf.* CARONE, Edgard. *A República Velha*. São Paulo: Difusão Europeia, 1971, p. 139-163.

[170] *Cf.* SIROTTI, Raquel. Direito Penal e Política na Primeira República. *Varia História*, vol. 37, 2021, p. 429.

Finda a vigência da medida de exceção constitucional, o Supremo Tribunal foi novamente chamado a se pronunciar sobre a sua constitucionalidade e sobre a permanência de prisões e desterros efetuados durante o Estado de Sítio. Em março de 1898, o STF rejeitou, por 6 votos a 4, o Habeas Corpus 1.073, também impetrado por Rui Barbosa.[171] No entanto, no mês seguinte, em sessão que contou a presença de três juízes ausentes no julgamento da ação anterior e a mudança de orientação de Bernardino Ferreira (que funcionara como relator do primeiro HC), o Supremo Tribunal alcançou conclusão distinta em ação idêntica à primeira (os argumentos e os pacientes de ambas eram, substancialmente, os mesmos): foram 09 votos favoráveis à concessão da ordem de soltura e 04 contrários.

O caso paradigmático é o HC 1.073. Em curiosa ironia, um dos patronos do primeiro remédio constitucional exitoso contra atos políticos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi o Dr. Joaquim da Costa Barradas – o magistrado que relatara e denegara o HC nº 300 (1892) e, depois de aposentado (1893), passou a dedicar-se à advocacia.[172]

Em questão de 20 dias, o Supremo completou verdadeiro giro copernicano, acolhendo, por ampla maioria, teses que até então havia rejeitado ou ignorado: (*i*) os Deputados e Senadores, desde a diplomação, seriam insuscetíveis de prisão senão no caso de flagrância em crime inafiançável (CF/1891, art. 20); (*ii*) a imunidade parlamentar seria "inerente à função de legislar" e necessária à preservação da "autonomia e independência do Poder Legislativo, de sorte que não pode estar incluída entre as garantias constitucionais que o estado de sítio suspende"; (*iii*) "os pacientes deputados Alcindo Guanabara e Barbosa Lima foram presos antes de publicado o decreto legislativo, que declarou o sítio"; (*iv*) "com a cessação do estado de sítio, cessam todas as medidas de repressão durante ele tomadas pelo Poder Executivo", inclusive a suspensão da garantia fundamental do *habeas corpus* e (*v*) as competências fiscalizatórias do Congresso Nacional não seriam óbice ao escrutínio judicial dos atos praticados durante o estado de sítio, na medida em que "indefesa ficaria por indeterminado tempo a própria liberdade individual e mutilada a mais nobre função tutelar do Poder Judiciário, além de que se abriria abundante fonte de conflitos entre ele e o Congresso Nacional, vindo a ser este, em última

---

[171] O acórdão do HC nº 1.063 consta da sessão "Julgamentos Históricos", do *site* do STF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1063.pdf>.

[172] TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina: 2004, p. 79.

análise, quem julgaria os indivíduos atingidos pela repressão política do sítio, e os julgaria sem forma de processo e em foro privilegiado não conhecido pela Constituição e pelas leis". [173-174]

A evolução jurisprudencial que se nota a partir dos precedentes analisados não foi objeto de confirmação sistemática nem cristalização definitiva.[175-176] No curso da República Velha (1889-1930), o Supremo foi, por diversas vezes, chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de atos políticos, muitas vezes em contextos de ruptura, instabilidade ou exceção institucional, e a resposta da Corte variou ao sabor das circunstâncias.[177-178] No entanto, em diversos julgados do período, o STF efetivamente declarou a nulidade de Leis ou atos do Presidente da República com base em sua incompatibilidade com a Constituição, notadamente devido à violação de direitos individuais constitucionalmente tutelados. E mais do que isso: o indeferimento de ações

---

[173] O acórdão do HC nº 1.073, do qual todos os excertos transcritos foram extraídos, consta da sessão "Julgamentos Históricos", do *site* do STF. O documento está integralmente disponível em formato eletrônico:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1073.pdf>.

[174] Sobre esta decisão do STF, Rui Barbosa escreveu: "Proferido contra os interesses do poder, na mais completa plenitude do tribunal e após a ventilação mais ampla da matéria, o acórdão de 16 de abril, fruto de seis anos de campanha liberal, tem o brilho, a solidez e a força dos grandes arestos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as constituições escritas". Cf. BARBOSA, Rui. A Lição dos Dois Acórdãos. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XXV, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, p. 288.

[175] Comungando desse diagnóstico, *v.* TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina: 2004, p. 86-7 e SATO, Leonardo Seiichi Sasada. *Um poder da moderação?* Política e Justiça no Supremo Tribunal Federal da Primeira República. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: 2018.

[176] *Cf.* RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas*: o STF e a Ditadura Militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 10: "O caminho do Supremo Tribunal Federal brasileiro, desde os primeiros dias, foi vacilante, ao sabor de golpes e mudanças de regime, de ameaças e violências institucionais".

[177] A título exemplificativo, aludo aos seguintes casos: o banimento da família imperial (HCs 1974 e 2437, decididos em 1903 e 1907, respectivamente); conflitos fronteiriços interestaduais (ACO 7, julgada em 1904); a coação do Executivo local contra o Conselho Municipal do Distrito Federal (HCs 2793, 2794, 2797, 2799 e 2990, apreciados entre 1909 e 1911); os episódios de dualidade de assembleias legislativas no Estado do Rio (HCs 2984 e 3061, ambos de 1911) e no Estado da Bahia (HCs 3137, 3145, 3148, todos de 1912); as tentativas de constrangimento à posse de Nilo Peçanha como Presidente do Estado do Rio de Janeiro (HC 3697, de 1914); as prisões políticas durante o estado de sítio decretado por Hermes da Fonseca (HC 3527, de 1914); os atos legislativos e executivos de repressão ao Tenentismo (HCs 8801, 8811, 8826 e 11942, apreciados entre 1922 e 1930). Parte dessas decisões são comentadas por TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina: 2004, p. 88 e seguintes. Ver também: SATO, Leonardo Seiichi Sasada. *Um poder da moderação?* Política e Justiça no Supremo Tribunal Federal da Primeira República. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: 2018, p. 188-220.

[178] *Cf.* TRIGUEIRO, Oswaldo. *O Supremo Tribunal Federal no Império e na República*. Brasília: UnB, 1982, p. 17: "De 1898 a 1910 o país atravessou um período comparativamente sereno, no qual o Supremo Tribunal pôde desempenhar suas funções sem atritos com os outros poderes. Mas, a partir de 1910, o abuso das intervenções, a que muitos Estados tiveram de pagar tributo de sangue, exigiu do Supremo Tribunal algumas decisões de aspectos e efeitos políticos apaixonadamente controvertidos. A esse período seguiu-se a partir de 1922, o dos sucessivos levantes militares, que culminaram na Revolução de 1930. Nessa fase, a história do Supremo Tribunal Federal se escreve com a resenha dos habeas corpus, impetrados às centenas, por todos os rebeldes, contra as medidas repressivas, adotadas pelo governo dentro ou fora da lei".

ou recursos politicamente sensíveis passou a se dar mais pela defesa da correção jurídica do ato questionado do que pela impossibilidade do seu controle pelo Judiciário.

A reação a essas claudicantes demonstrações de independência judicial na tutela da supremacia da Constituição veio durante a Era Vargas, por meio do próprio Direito Constitucional positivo.[179] A Carta de 1934 previu, em seu artigo 68, ser "vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas". Tal dispositivo foi replicado no artigo 94, da Constituição outorgada em 1937, que deu início à ditadura do Estado Novo, propiciou intensa centralização federativa e redundou no fortalecimento do Executivo em detrimento dos demais Poderes.[180]

Na restauração democrática, com a Constituição de 1946, a vedação à apreciação judicial de questões políticas não apenas foi textualmente abandonada, como se consagrou, pela primeira vez, o princípio da inafastabilidade do controle judicial.[181] Essa inflexão normativa gerou imediato reflexo na jurisprudência do Supremo Tribunal, cuja atuação independente no controle dos demais Poderes havia sido asfixiada pela dinâmica política e pelo próprio arcabouço jurídico do Estado Novo, que previa mesmo um mecanismo, de iniciativa do Presidente da República, para superar decisões do STF que declarassem a inconstitucionalidade de leis federais.[182]

Em 1949, ao apreciar Mandado de Segurança contra ato legislativo que derrubou veto executivo de forma indevida, o plenário do Supremo Tribunal, em decisão unânime, assentou a tese da justiciabilidade dos atos políticos na própria ementa do acórdão:

> A questão política não é estranha à ação de poder judiciário, desde que esteja em jogo uma relação jurídica subjetiva de ordem pública consubstanciada no exercício

---

[179] Convém pontuar que nesse período histórico, compreendido entre as décadas de 1930 e 1940, boa parte do globo flertou ou se rendeu a ideias e movimentos políticos autoritários. O *zeitgeist* incentivava *Executivos fortes* e *juízes fracos*; *intervencionismo econômico*; *intolerância política*; *lideranças carismáticas* e *belicismo*.

[180] *Cf.* SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 122 e seguintes.

[181] CF/46, art. 141, § 4º: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

[182] Constituição de 1937, art. 96, parágrafo único: "No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal". Aproveitando-se do fechamento do Congresso e invocando o artigo 180 da Constituição (que permitia ao Presidente exercer competências do Legislativo quando o parlamento não estivesse reunido), Getúlio chegou a editar um decreto-lei (DL nº 1.564/1939) para cassar decisão do STF que declarara a inconstitucionalidade de outro decreto-lei assinado por ele. Sobre esse assunto, recomendo vivamente LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. Nova York: The Macmillan Company, 1942, p. 114-120.

> individual de uma função eletiva. Sua conceituação doutrinária em face do novo direito constitucional brasileiro. O mandado de segurança é meio hábil para garantia do direito político.[183]

No acórdão, os Ministros destacam (i) a cláusula da inafastabilidade de jurisdição em face de lesão a qualquer direito individual;[184] (ii) o fato de os direitos individuais abarcarem não apenas os privados, mas também os direitos políticos; (iii) a constitucionalização do Mandado de Segurança; e (iv) excertos eloquentes da doutrina de Pontes de Miranda sobre as questões políticas, entre os quais o seguinte: "Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo ou do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido e caiu-se no terreno da questão jurídica".[185]

O golpe militar de 1964 e os Atos Institucionais que lhe conferiram substrato jurídico interromperam a vida da Constituição de 1946,[186] só oficialmente revogada pela Carta de 1967. Durante o período da ditadura civil-militar, o controle – parlamentar, judicial ou mesmo social – do regime foi interditado mediante aposentadorias compulsórias, cassações, manipulações da composição e das competências dos órgãos constitucionais, interferências, ameaças, censuras, prisões arbitrárias, torturas, banimentos e homicídios.[187-188]

---

[183] O acórdão do Mandado de Segurança nº 1.006, julgado em 15.06.49, pode ser acessado em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>.

[184] Constituição Federal de 1946, art. 141, § 4º.

[185] A citação é feita a partir do acórdão aludido, que não a identifica por completo. No acórdão, os Ministros também transcrevem a seguinte passagem da obra de Pontes: "Quando Marshall dizia que as questões por sua natureza políticas nunca poderiam ser ventiladas na Corte Suprema pronunciava frase vaga, que não se pode repetir sem perigo. Onde a "questão política" se liga a atos que violaram direitos, a ação leva-a à Justiça e a Justiça pode conhecer dela. Já não é exclusivamente política. Nunca se considera questão exclusivamente política qualquer questão que consiste em saber – se existe ou qual a extensão ou amplitude de uma atribuição das entidades políticas (União, Estados=membros, Distrito Federal, Municípios), de algum dos poderes públicos (Poder Legislativo Federal, Poder Legislativo Estadual, Poder Executivo Federal, Poder Executivo Estadual, Poder Judiciário Federal, Poder Judiciário Estadual, Prefeitos, (Câmara Municipais) ou de algum dos seus órgãos, e se foi, ou não, violado (habeas-corpus, mandado de segurança) direito individual".

[186] Como se verá, no tópico 2.3, antes da Ditadura de 64, na turbulência política que antecedeu e se seguiu ao suicídio de Vargas, as firmes premissas da decisão de 1949 já haviam sido abrandadas e, por vezes, convenientemente olvidadas pelo próprio Supremo Tribunal.

[187] *Cf.* SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 141-154.

[188] O papel institucional e os principais precedentes do Supremo Tribunal Federal, durante a ditadura militar iniciada em 1964, são recuperados e discutidos na instigante investigação de RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas*: o STF e a Ditadura Militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. A reconstituição das engrenagens institucionais e das práticas constitucionais da ditadura civil-militar (1964-1985) é feita por CHUEIRI, Vera Karam de. CAMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, p. 259-288, 2015.

Mas mais do que isso: tanto a Constituição de 1967 (art. 173), como a Emenda Constitucional nº 01/69 (art. 181),[189] no primeiro artigo de suas Disposições Gerais e Transitórias, tornaram insuscetíveis "de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964". Na redação alcançada em 1969, este era o teor do dispositivo:

> Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:
>
> I - os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969;
>
> II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e
>
> III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

A ditadura acaba em 1985, após a potente, mas fracassada, campanha das "Diretas Já" (1984),[190] com a eleição indireta de Tancredo e Sarney pelo Congresso Nacional. Com a internação e morte do primeiro, coube ao segundo chefiar o Governo Federal e propor a convocação da Assembleia Nacional Constituinte.[191]

A Constituição de 1988 – devido às suas circunstâncias históricas, à significativa participação e adesão popular, ao seu avançado, analítico e profundamente democrático conteúdo textual e ao movimento teórico-institucional que visou a lhe conferir efetividade – representa a inauguração de nova era e pressupostos à conformação e ao controle jurídico do poder político. Esse é o tema que se passará a explorar no próximo capítulo.

---

[189] Cujo caráter constitucional, a despeito do aspecto formal, é amplamente reconhecido pela literatura. De acordo com José Afonso da Silva, "teórica e tecnicamente, não se trata de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que, verdadeiramente, se promulgou texto integralmente reformulado" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87).

[190] A Proposta de Emenda Constitucional nº 05/83, conhecida como PEC Dante de Oliveira, que pretendia implementar eleições diretas para Presidente da República no país, embora contasse com expressivo apoio popular, foi derrotada no plenário da Câmara dos Deputados, em 25 de abril de 1984.

[191] Em 28 de junho de 1985, por meio da Mensagem nº 330 ao Congresso Nacional, o Presidente José Sarney propôs a convocação da Constituinte (PEC nº 43/1985). O projeto levou à aprovação da EC nº 26/85, que previa a instalação da Assembleia – cujos membros corresponderiam aos parlamentares federais – em 31 de janeiro de 1987.

CAPÍTULO 2

A CONTROLABILIDADE DO PODER COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

2.1. Fundamentos do controle jurídico do poder político

Ao contrário das Cartas de 1824, 1934, 1937, 1967 e 1969,[192] a Constituição Federal de 1988 jamais contemplou qualquer interdição expressa e perene à atividade cognitiva ou decisória do Poder Judiciário. Pelo contrário, aprofundando o princípio adotado em 1946, a Carta Cidadã previu que nem mesmo o Poder Legislativo poderia excluir "da apreciação do Poder Judiciário lesão *ou ameaça* a direito" (art. 5º, XXXV).

Mas não só: a Constituição vigente consagrou (*i*) amplo e minudente rol de direitos e garantias; (*ii*) princípios fundamentais a serem perseguidos pelo estado e pela sociedade; (iv) normas programáticas específicas para a reorientação da ação do Estado e dos diversos ramos do Direito infraconstitucional; (*iii*) múltiplos e inovadores instrumentos processuais, abstratos e incidentais, para expurgar vícios de inconstitucionalidade, por ação ou por omissão, de qualquer dos Poderes; e (*iv*) garantias adequadas à independência do Poder Judiciário e de seus membros.

Na sessão de promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, o Deputado Ulysses Guimarães, que presidira a Assembleia, declarou:

> A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito. Rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio e o cemitério. Quando após tantos anos de lutas e sacrifícios promulgamos o Estatuto do Homem da Liberdade e da Democracia bradamos por imposição de sua honra. Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (...) A

[192] As interdições, já referidas, constam dos seguintes dispositivos: Constituição de 1824, art. 99; Constituição de 1934, art. 68; Constituição de 1937, art. 94; Constituição de 1967, art. 173 e Constituição de 1969, art. 181. Interessante notar que três dessas cinco Cartas foram formalmente outorgadas: a de 1824, a de 1937 e a de 1969. A Constituição de 1967, conquanto se autoproclame 'promulgada', foi produzida por um Congresso deformado pela cassação de opositores e ameaçado pela força bruta dos militares. A atribuição de poderes constituintes a parlamentares sem mandato popular nesse sentido deu-se mesmo por ato do Comando da Revolução de 1964, o Ato-Institucional nº 4, baixado em dezembro de 1967. A Constituição de 1934, a mais breve de nossa trajetória, conquanto tenha inspirações democráticas (Constituição de Weimar, 1919) e tenha sido produzida por constituintes eleitos pelo povo (além de representantes sindicais escolhidos pelo Governo), refletia em alguns dos seus dispositivos o espírito autoritário que rondou o mundo entre os anos 1930 e 1940 – inclusive na exclusão da apreciação judicial de "questões exclusivamente políticas", seja lá o que isso queira dizer ao certo. Tanto assim que a Carta de 1934, formalmente revogada com a outorga da Constituição Polaca (1937), já havia tido sua vida interrompida em 1935, com base na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 38, daquele mesmo ano), e em 1936, mediante a decretação da 'comoção intestina' – instituto de exceção que Vargas introduziu, por emenda, à Constituição de 1934. Ou seja: apenas as Constituições produzidas em períodos autoritários previram limites expressos e permanentes à atuação do Poder Judiciário. A injusticiabilidade dos atos políticos representa, do ponto de vista histórico, clara e intolerável expressão do arbítrio.

> Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.[193]

A Constituição de 1988 não difere das demais Cartas da trajetória constitucional brasileira apenas no seu conteúdo normativo. A distinção começou antes, no amplo processo de participação popular na proposição e debate de seu texto,[194] e se completou após à sua promulgação, com a doutrina brasileira da efetividade – cujo maior formulador e divulgador foi o Professor Luís Roberto Barroso.[195]

A contestação à ditadura, especialmente após a campanha por eleições diretas, gerou na sociedade um nível invulgar de 'vontade de Constituição'[196]; de refundação do Estado e do Direito; de contenção do arbítrio; de democracia. A esse sentimento, somou-se o esforço teórico, com ressonância institucional, de "introduzir de forma radical a juridicidade no direito constitucional brasileiro e substituir a linguagem retórica por um discurso substantivo, objetivo, comprometido com a realização dos valores e dos direitos contemplados na Constituição".[197]

---

[193] A íntegra do discurso, em áudio e texto degravado, está disponível no site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituinte-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>.

[194] Também em seu discurso por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, Ulysses declarou: "O enorme esforço admissionado pelas 61 mil e 20 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas no longo caminho das subcomissões até a redação final". Sobre a participação popular na Assembleia Nacional Constituinte (87/88), *v.* FACHIN, Zulmar; PAGLIARINI, Alexandre. Movimentos Sociais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, vol. 6, num. 12, pp. 150-160, 2018. Ver ainda: SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia*. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

[195] *Cf.* LYNCH, Christian; MENDONÇA, José Vicente. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, 2017, p. 982: "Luís Roberto Barroso é caso especial. Pelos propósitos, abrangência e impacto da obra, ele é, talvez, o constitucionalista brasileiro, desde Rui Barbosa, que mais importância teve e tem para o direito constitucional. Foi ele quem mais se comprometeu em fundamentar teoricamente a necessidade de se romper com nosso passado constitucional. A rigor, o hoje ministro do STF não se apresenta como representante do neoconstitucionalismo, mas, sim, como defensor de uma doutrina brasileira da efetividade, que teria feito a transição da antiga teoria constitucional para o neoconstitucionalismo, ao pregar um positivismo constitucional que obrigasse os intérpretes da constituição a produzir sua efetividade no mundo da vida".

[196] O conceito é de Konrad Hesse. Sobre o ponto, recupere-se o comentário de VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 139, 1998, p. 72: "Na concepção de Hesse, a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação, e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional".

[197] *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Nota Prévia. O primeiro esboço da obra, segundo narra o autor, data de 1986; a

Foi a partir desses movimentos que a Constituição passou a ser ampla e consistentemente encarada como norma jurídica efetiva e suprema. Do êxito progressivo do 'novo discurso constitucional brasileiro',[198] advieram: (*i*) a compreensão dos princípios como normas capazes de produzir efeitos jurídicos mediatos e imediatos, positivos e negativos;[199] (*ii*) a filtragem constitucional do direito infraconstitucional;[200] (*iii*) a conformação do direito pré-constitucional à nova Carta, com a revogação ou compatibilização interpretativa das normas ancestrais substantivamente referatárias;[201] (*iv*) a teorização sobre a eficácia das normas constitucionais, com vistas a extrair dos seus variados preceitos a máxima eficácia jurídica;[202] (*v*) o entendimento de que a mora legislativa ou administrativa na regulamentação ou execução da Constituição pode, por variados instrumentos processuais e técnicas decisórias, ser suprida pelo Poder Judiciário;[203] (vi) a sofisticação da jurisdição constitucional abstrata;[204] e (*vii*) uma

---

primeira edição foi publicada em 1990, ano em que Barroso também conquista a Livre-Docência pela UERJ, a partir dos mesmos escritos.

[198] A referência é à doutrina da efetividade, mas também alcança o ativismo judicial que nela se fiou. No recorte histórico do pós-redemocratização, esses fenômenos têm início na segunda metade da década de 1980, consolidam-se e expandem-se gradualmente nos anos 1990 e 2000 e, a partir da década passada, vem sofrendo contestações, refluxos e intimidações institucionais, mas segue na peleja, com respaldo de parte significativa das instituições, da imprensa e do povo.

[199] *Cf.* BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 232, 2003.

[200] A partir da Carta de 1988, a constitucionalização do direito infraconstitucional foi conquistada em duas frentes: pela *inclusão* na Constituição de dispositivos afetos aos diversos ramos do Direito e pela *releitura* – ou *filtragem* – de todo o direito infraconstitucional a partir do sistema de regras e princípios previstos na Constituição. *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, 2005. Ver também: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

[201] O STF firmou entendimento, pouco após a promulgação da Constituição de 1988, no sentido de que a incompatibilidade material entre as normas pré-constitucionais e à nova Carta constituiria hipótese de revogação. Essa orientação, tecnicamente criticável, eis que o critério hierárquico antecede o cronológico na resolução de antinomias, impediu por mais de uma década o controle concentrado de constitucionalidade sobre o 'entulho autoritário' legado pelo regime militar. A solução processual para o óbice inventado veio em dezembro de 1999, com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em paralelo, o processo de filtragem constitucional, acima mencionado, muitas vezes aplicado mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição, também acabou por adaptar a intelecção daquelas normas pretéritas aos ditames constitucionais. *Cf.* SOUZA NETO, Claudio de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 563-567.

[202] A teorização inicial do tema, no Brasil, coube ao Professor José Afonso da Silva (Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998). Em seguida, muitos constitucionalistas apresentaram desenvolvimentos relevantes, especialmente a respeito da eficácia dos princípios constitucionais, que mais tarde se refletiram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive com o advento de novas técnicas decisórias específicas à jurisdição constitucional. *Cf.* BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e MELO, Teresa. *Novas Técnicas de Decisão do STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, respectivamente.

[203] A jurisprudência do STF, até 2008, limitava o potencial satisfativo do mandado de injunção à mera declaração da mora legislativa. A partir do *leading case* sobre o direito de greve do funcionalismo público, o Supremo passou a admitir que ele próprio pudesse suprir a mora do parlamento enquanto não sobrevenha

postura mais ativa dos juízes, em relação aos demais Poderes, na defesa de sua intelecção da Constituição.[205]

Embora todos esses fenômenos sejam relevantes, o fruto do neoconstitucionalismo brasileiro que mais interessa ao objeto desta investigação é a concepção segundo a qual todos os atos jurídicos, públicos ou mesmo privados,[206] devem ser (*i*) compatíveis com a Constituição e (*ii*) suscetíveis de apreciação judicial.

Seguramente, tanto no que toca à conformação constitucional como no que se refere ao controle judicial, é preciso estabelecer graus compatíveis com a natureza de cada ato – até em função da ponderação de outros valores constitucionalmente tutelados. Em razão da autonomia privada, por exemplo, os atos particulares se sujeitam a níveis mais amenos de conformação constitucional e revisão judiciária do que os atos públicos.[207] Os atos políticos, por seu turno, devem ser controlados de modo adequado à sua natureza e função primaz, tendo em vista a tutela conglobante das regras e princípios da Carta, inclusive o democrático e o da Separação dos Poderes, no binômio independência-harmonia.

---

a Lei que a Constituição exige. O Congresso, durante quase 30 anos, ficou em mora na regulamentação do próprio mandado de injunção – que foi inovação da Carta de 1988. O estatuto legal desse remédio constitucional chegou com a Lei nº 13.300/2016, que autoriza a atuação concretista do Judiciário (art. 8º, II), admitindo mesmo a concessão de eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à injunção (art. 9º, § 1º). Embora o controle das omissões legislativas ainda não esteja totalmente amadurecido entre nós, os sinos – a que referiu Barbosa Moreira – certamente adquiriram badalos. *Cf.* TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco (Orgs.). *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2018. Ver ainda: HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[204] No campo doutrinário, foi notável a contribuição de CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

[205] *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *(Syn)Thesis*, v. 5, p. 23-32, 2012 e CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. A bibliografia crítica ao avanço do ativismo judicial também é farta.

[206] A eficácia horizontal ou privada da Constituição, especialmente no que toca aos Direitos Fundamentais, é admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*vide* RE 201.819 e ADI 4.815) e pela literatura. *Cf.* SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[207] A doutrina majoritária, embora reconheça a possibilidade de aplicação direta da Constituição às relações jurídicas entre particulares pelo Poder Judiciário, ressalva que a incidência da Carta e o *judicial review* sobre atos privados deve sempre levar em conta à tutela da autonomia e da liberdade individual, ponderando-os com os valores constitucionais que teriam sido violados a fim de se legitimar a interferência judicial. Cf. ARNT RAMOS, André Luiz. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Interprivadas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 210, 2016, p. 298-312. No mesmo sentido, manifesta-se BARAK, Aharon. Constitucional human rights and private law. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne. *Human rights in private law*. Oxford: Hart, 2001. p. 13-42.

Mas essa discussão deve ser feita num segundo momento, ela é o ponto de chegada desta investigação.[208] O ponto de partida, repise-se, é o entendimento de que a validade dos atos políticos, como se dá em relação a qualquer ato jurídico, depende de sua conformidade com a Constituição e é aferível, mediante provocação de parte legitimada, pelo Poder Judiciário.

Essa conclusão, em favor do *judicial review* irrestrito, só comporta entre nós uma exceção: as normas originárias da Constituição Federal – cujo fundamento de validade é o próprio Poder Constituinte Originário e cujo caráter rígido e unitário inviabiliza quaisquer diferenciações hierárquicas e, por conseguinte, todo juízo de inconformidade.[209] Nada mais, no vasto edifício jurídico brasileiro, escapa ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário.

Sabe-se que, muito mais do que a apreciação da produção legislativa infraconstitucional,[210] o Direito brasileiro, pacificamente,[211] admite mesmo o controle judicial, preventivo e repressivo,[212] do Poder Constituinte Derivado (Emendas Constitucionais), em função de

---

[208] A Parte II desta Tese é devotada a este objetivo: erigir um sistema constitucionalmente adequado para o controle jurídico de atos políticos, a partir da proposição de princípios e graus de revisão específicos. Na Parte III, como indico na introdução, buscarei aplicar tais standards e intensidades aos atos políticos em espécie, dialogando com a jurisprudência recente do Supremo Tribunal sobre cada um dos institutos que serão examinados.

[209] Já na vigência da Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal pacificou esse entendimento ao apreciar a ADI nº 815, proposta pelo então Governador do Rio Grande do Sul, para questionar a validade dos limites mínimos e máximos aos quantitativos de Deputados Federais eleitos por cada estado-membro. Da ementa do julgado, destaca-se o seguinte trecho: "A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, *caput*), o que implica dizer que esta jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas". Em sentido oposto, em que pese o não acolhimento desta teoria nem mesmo ao Direito alemão, veja-se a conhecida obra de BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

[210] Se as Leis, que também gozam de fundamento constitucional imediato e são produzidas pelo parlamento (*o órgão com o maior nível de legitimidade democrático-eleitoral entre os Poderes*), podem e são, ampla e longevamente, controladas pelo Judiciário, o que explicaria a total insindicabilidade judicial dos atos políticos?

[211] A avaliação, que compartilho, é feita por BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 200. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

[212] O controle judicial de Emendas à Constituição é exercido repressivamente tanto pela via incidental (em que a jurisdição constitucional é difusa), quanto pela via abstrata – cuja jurisdição é concentrada no Supremo Tribunal Federal, como instância única (e.g., ADI, ADP, ADO etc.). A título excepcional, admite-se também o controle preventivo de normas em processo de formação, inclusive de Propostas de Emenda à

vícios de processamento legislativo ou da violação de cláusulas pétreas, e do Poder Constituinte Decorrente (Constituições locais), com base nas normas da Constituição Federal.[213]

Se tem sido francamente admitido entre nós que ao Supremo Tribunal Federal é dado invalidar Emendas à Constituição Federal, que precisam ser aprovadas em quatro sessões parlamentares, por maioria qualificada,[214] no gozo mais amplo da potência normogenética admitida constitucionalmente, é certo que não há mais lugar no Direito pátrio para a tese de que os atos políticos são incondicionados, ilimitados ou incontroláveis juridicamente.[215]

O Ministro Gilmar Mendes, em decisão de 2007, após analisar diversos precedentes do Supremo, com serenidade e segurança, propõe o seguinte diagnóstico – ao qual apenas acrescentaria a avaliação de que essa alternância entre períodos de maior e menor ativismo deve-se menos a mudanças endógenas ao STF, do que às turbulências, degenerações e rupturas democrático-institucionais pelas quais o país passou (*vide* **Capítulo 1**):

Constituição, quando se tenha consumado vício formal no processo legislativo ou, no caso de PEC, na hipótese de a proposta tender a abolir cláusulas pétreas (o que, a rigor, pode ser enquadrado no primeiro caso). A dicção do art. 60, 4º, da CF/88, parece autorizar essa exceção, ao prever que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir" as normas constitucionais mencionadas em seus incisos, que corporificam o núcleo axiológico da Carta. Sobre o ponto, *v.* FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 142, pp. 279-296, 1999.

[213] *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205. O tema foi estudado, com abrangência e profundidade, por FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Vale registrar uma nota crítica ao emprego, sem base normativa, do 'princípio da simetria' como parâmetro de controle das Constituições Estaduais pelo Supremo Tribunal Federal; o que vai de encontro à lógica federalista de autonomia organizativa. Embora o controle judicial do Poder Constituinte Decorrente também seja possível, penso que ele deve ser processado com mais deferência e abertura, de modo a permitir o experimentalismo institucional e o exercício efetivo da democracia local. Sobre esse ponto específico, *v.* LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. A simetria que não é princípio: análise e crítica do princípio da simetria de acordo com o sentido de federalismo no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, v. 11, p. 392-411, 2019.

[214] *Cf.* Constituição Federal de 1988, art. 60, § 2º: "A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros". Fiz referência a "quatro sessões parlamentares", na medida em que a Constituição exige dupla votação em cada Casa do Congresso Nacional.

[215] Tais atributos são reconhecidos apenas ao Poder Constituinte Originário, pela jurisprudência do STF e pela maioria da doutrina. E, mesmo em relação ao Poder Constituinte Originário, há vozes, ainda minoritárias, que procuram questionar ou mitigar seus elementos clássicos, pioneiramente enunciados pelo abade Emmanuel Sieyès, no livreto '*O que é o Terceiro Estado?*', originalmente publicado em 1789, no contexto da Revolução Francesa. O Professor Jorge Miranda, por exemplo, fala em limites transcendentes, imanentes e heterônimos ao Poder Constituinte Originário, sem extrair deles a controlabilidade judicial como consequência (*Cf.* MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 152 e seguintes). Satisfatória sistematização da literatura a esse respeito é fornecida por FERREIRA, Olavo; ROCHA, Maiara. Poder Constituinte Originário e seus Limites Jurídicos. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*. Vol. 3, pp. 78-93, 2017.

> Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição. [216-217]

São vários os princípios, normativos e teóricos, do Direito Constitucional brasileiro que fornecem esteio à conclusão de que os atos políticos devem obediência à Constituição e se sujeitam ao controle do Poder Judiciário.

O primeiro deles, já mencionado, é o da supremacia normativa da Constituição.[218] A Constituição é o ato que funda – ou refunda – a ordem jurídica interna, servindo-lhe de ápice não só axiológico, mas normativo; donde resulta que nenhum ato jurídico que lhe seja disconforme pode produzir efeitos válidos. Ato contrário à Constituição é ato nulo e, como referido, a Carta de 1988 é pródiga na em mecanismos para que essa invalidade seja declarada.

Para justificar a supremacia constitucional concorrem três fatores. (*i*) O primeiro tem que ver com o conteúdo típico das Constituições: consagrar Direitos Fundamentais, organizar os Poderes do Estado e regular o processo de elaboração das demais espécies normativas. Nessa perspectiva, a ideia de superioridade das normas constitucionais seria tributária da matéria fundacional por elas disciplinada e da necessidade de pô-la fora do alcance das maiorias políticas transitórias; (*ii*) O segundo tem lugar nas Constituições Rígidas, a exemplo da Carta brasileira. Trata-se de argumento formal que considera as exigências qualificadas, de rito e de quórum, para a reforma da Constituição. Seria mesmo ilógico admitir que atos normativos inferiores pudessem prosperar em desconformidade com a Constituição, se para alterá-la se exige a observância de procedimento mais rigoroso; (*iii*) O terceiro deriva do momento de especial mobilização nacional e participação popular que se dá no decorrer de Assembleias

---

[216] *Cf.* STF, Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 26.915, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ*e* 16 out. 2007. A decisão foi divulgada no Informativo nº 483, de outubro de 2007, que pode ser acessado no seguinte endereço: < https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo483.htm>.

[217] A jurisprudência mais recente da Corte, já impactada pelas circunstâncias políticas anormais que se seguiram ao *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff (2016), será abordada criticamente na Parte III deste trabalho, quando se discutirá os atos políticos em espécie. A referência breve à decisão de Gilmar Mendes pretende apenas ilustrar o entendimento a que o STF, claramente, chegou a respeito da justiciabilidade das questões políticas na primeira década do milênio.

[218] A maior parte dos autores costuma referir ao "*Princípio da Supremacia Constitucional*", optei por falar em '*supremacia normativa da Constituição*', para realçar o caráter jurídico da Carta e relacionar o tópico à doutrina da efetividade, acima comentada, que enfoca justamente a concretização do potencial normativo da Lei Maior.

Constituintes, o que acaba por conferir à Carta promulgada singular legitimidade democrática.[219]

O segundo princípio estruturante da ordem constitucional de 1988 que milita a favor da controlabilidade jurídica dos atos políticos é o republicano. A República, como forma de governo forjada em oposição à monarquia, é adotada entre nós desde 1889.[220] Nesse sentido específico, a República pressupõe que as funções governamentais sejam distribuídas mediante eleições periódicas, de modo a se oportunizar a alternância de poder entre as forças políticas legitimamente organizadas na sociedade.[221]

Mas os ideais republicanos são mais abrangentes: se o Estado é coisa pública (*res publica*), o Governo deve não só ser escolhido pelo povo, como (*i*) admitir a participação popular em seus processos deliberativos, (*ii*) conferir ampla publicidade aos seus atos; (*iii*) perseguir interesses e finalidades públicas; (*iv*) prestar contas de suas ações e condutas; (*v*) tratar o conjunto dos cidadãos de forma igualitária; e (*vi*) ser concretamente responsável perante o controle institucional e social.[222]

A Constituição Federal de 1988, com os aportes da teoria e da jurisprudência, foi a primeira a assimilar a República também como princípio jurídico, do qual se desdobram efeitos diretos (permissivos ou proibitivos)[223] e que serve de vetor à criação e à interpretação normativa. A própria Carta Magna, que também o capitula como 'princípio sensível' autorizativo da intervenção federal (CF, art. 34, VII, a), conferiu-lhe consequências concretas (*i*) ao estipular a publicidade, a moralidade e a impessoalidade administrativa, no *caput*, do

---

[219] Detalhada exposição desses argumentos é feita por SOUZA NETO, Claudio de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 19-22.

[220] No plebiscito realizado em 1993, 66,28% do eleitorado escolheu a forma republicana de governo, enquanto apenas 10,26% dos brasileiros optaram pela Monarquia. O dado referido consta da página oficial do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Abril/plebiscito-sobre-forma-e-sistema-de-governo-completa-20-anos>.

[221] A respeito da República como forma de governo, *cf.* MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Capítulo VI.

[222] Optei por destacar os corolários do princípio republicano mais relacionados ao tema do controle jurídico dos atos políticos. O postulado pode ser desdobrado em outros componentes, como a tolerância política e a convivência pacífica entre vencedores e vencidos. Para uma análise do princípio republicano no sistema constitucional inaugurado em 1988, *cf.* SARMENTO, Daniel. O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. *Revista da EMERJ*, v. 20, p. 296-318, 2018.

[223] Exemplos de regras proibitivas extraídas do Princípio Republicano, sem intermediação legislativa, são as de vedação ao nepotismo (cristalizada na Súmula Vinculante nº 13) e a proibição dos chamados 'Prefeitos Itinerantes', pela jurisprudência do STF e do TSE. Pude comentar a respeito do primeiro ponto em ACCIOLY, João Pedro; BAPTISTA, Patrícia. A administração pública na Constituição de 1988. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, 2018, p. 66-67. Comentarei a respeito do segundo ponto no Capítulo 6 desta Tese.

artigo 37; (*ii*) ao exigir concursos e licitações[224] e (*iii*) ao constitucionalizar a ação popular, por meio da qual qualquer cidadão pode tutelar bens e interesses públicos (art. 5º, LXXIII), por exemplo.

Na lógica republicana, os agentes públicos são meros administradores de direitos e interesses que não lhe pertencem; o seu titular legítimo é o povo. A situação é análoga à relação que administradores de sociedades empresariais mantêm com os acionistas da companhia respectiva. Quem administra direitos de terceiros, sob a ótica do direito público ou privado, precisa (*i*) pautar suas ações à luz dos interesses do titular; (*ii*) justificar objetivamente suas escolhas; (*iii*) prestar contas e (*iv*) submeter-se a mecanismos de aferição e de responsabilização pelas condutas adotadas na condição de administrador.

Daí porque o Estado Republicano, necessariamente, consiste num Estado de Controle – em que todo ato do Poder Público, além de limitado pelo Direito, deve ser suscetível de impugnação e revisão por órgãos independentes.[225]

A terceira grande viga de sustentação que a Constituição forneceu à compreensão da controlabilidade jurídica dos atos políticos consiste na garantia da inafastabilidade de jurisdição – que, como se referiu, consta do art. 5º, XXXV, da Carta de 1988. Toda ameaça ou lesão a direito pode ser levada, pela parte interessada, à apreciação do Poder Judiciário. Aos magistrados brasileiros, de todas as instâncias e ramos jurisdicionais, compete o dever de resolver o mérito das ações e recursos que lhe são dirigidos, sempre que estiverem reunidas as exigências para o seu processamento válido.[226]

A disposição constitucional foi reforçada pelo Código de Processo Civil de 2015, que, em seu art. 4º, refere ao direito das partes "de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". Ao inalienável direito de ação, do qual todo indivíduo é dotado, corresponde o inafastável dever estatal de prestar a jurisdição; o encargo de concretamente resolver, a partir de critérios técnico-jurídicos, o conflito de interesses apresentado.

A base remota, na história e na lógica, para a assimilação da jurisdição como um dever estatal irrenunciável tem que ver com a proibição da '*justiça de mão própria*', criminalizada

---

[224] *Cf.* Constituição Federal de 1988, art. 37, II e XXI, respectivamente.

[225] A exceção, apenas a título imediato, como se proporá em seguida, toca ao Supremo Tribunal Federal, cujas decisões plenárias não são diretamente impugnáveis perante qualquer órgão independente. Contra elas, apenas se pode opor embargos de declaração – a serem dirimidos pelo próprio Tribunal.

[226] *Cf.* Código de Processo Civil de 2015, art. 485.

entre nós sob o título '*exercício arbitrário das próprias razões*' (CP, art. 345), e mesmo com a ideia, fundacional para o Estado Moderno, de '*monopólio do uso legítimo da força*'.[227]

Essas ideias ganham aplicações ainda mais intensas no campo da Jurisdição Constitucional. Nas ações de fiscalização abstrata, por exemplo, em consideração ao interesse *erga omnes* na tutela da Constituição, não se admite que o Autor desista da ação em nenhum momento do curso processual.[228] Ou seja: no controle concentrado, a jurisdição é inafastável mesmo contra a vontade dos sujeitos processuais.[229]

Ao comentar a cláusula de inafastabilidade jurisdicional da Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), Seabra Fagundes escreve que, a partir de então, tornar-se-iam "intoleráveis" as tentativas de "subtrair certas controvérsias à análise e dirimição judicial"; concluindo que "onde se possa identificar um expediente para impedir, ou adiar indefinidamente, a formulação de pretensão jurídica perante a Justiça, aí haverá, não apenas um atentado ao espírito do regime, senão a violação flagrante e frontal do preceito".[230]

Embora muitas vezes a refiram como obstáculo insuperável, a Separação dos Poderes é a última das viga-mestras da Constituição de 1988 a respaldar o controle jurídico dos atos políticos. A fundamentação filosófica, que na modernidade primeiro deriva de Locke,[231] para o sistema de separação orgânico-funcional do poder estatal em unidades reciprocamente independentes tem como finalidade última a prevenção da tirania e do arbítrio.[232]

---

[227] A expressão citada é de Max Weber, mas a ideia que ela articula foi pioneiramente proposta por Thomas Hobbes. *Cf.* WEBER, Max. A política como vocação. In: *Ensaios de Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963 e HOBBES, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

[228] *Cf.* Lei nº 9.868/1999, art. 5º: "Proposta a ação direta, não se admitirá desistência".

[229] Em outras palavras, após proposta a ação direta, o processo seguirá sua marcha até ser julgado, com ou sem resolução do mérito, pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão do STF deve ser exarada, produzindo efeitos vinculantes e *erga omnes*, mesmo que todos os sujeitos da relação processual passem a concordar com a desistência da ação.

[230] *Cf.* SEABRA FAGUNDES *apud* DIDIER, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, v. 108, n.108, 2002, p. 23-24. Importante registrar que o autor, em outras obras, defendia a tese da insindicabilidade das "questões exclusivamente políticas", seguindo a orientação expressa das Constituições de 1934 e 1937.

[231] *Cf.* LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

[232] A despeito das críticas teóricas apresentadas abaixo, registra-se que a ideia de que a Separação dos Poderes visa a prevenir o abuso do poder estatal também aparece, com centralidade, na obra do iluminista francês. *Cf.* MONTESQUIEU, *Do Espírito das Lei*s. Livro XI. Paris: 1789, Capítulo VI: "A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do Poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites".

A doutrina oitocentista de Montesquieu, a quem Bruce Ackerman já disse oportuno *adeus*,[233] de fato, identifica três funções estatais (*legislar*, *executar e julgar*) e propõe que cada uma delas seja atribuída a um Poder distinto e independente dos demais.[234] Essas páginas amareladas, ecoadas acriticamente ainda hoje, passam a impressão de um sistema de aspiração universal, cartesiana e estática. Nada mais distante da realidade.

A literatura clássica parece ignorar que (i) aos Estados tocam funções extrínsecas à tripartição; (ii) existem órgãos constitucionalmente autônomos para além da tríade Legislativo-Executivo-Judiciário; (iii) a Constituição prevê diversos mecanismos de interpenetração e controle recíproco entre os Poderes; e (iv) excetuados os períodos de ampla acomodação institucional e consenso político, os Poderes dialogam e disputam entre si a hegemonia sobre os demais, com alternâncias sensíveis de protagonismo decisório.

A Separação dos Poderes deve, portanto, ser compreendida como um sistema dinâmico de controles recíprocos. Do ponto de vista teleológico, o princípio da Separação dos Poderes deve levar à supressão do poder absoluto; ao combate do poder despótico; à frustração do ato de vontade tirânico. Essa é a causa ancestral que verdadeiramente o anima e a melhor forma de compreendê-lo contemporaneamente.

Invocar o princípio da Separação dos Poderes como antídoto absoluto ao controle judicial dos atos políticos é, a um só tempo, (*i*) aviltar o seu *telos* e (*ii*) pretender petrificar desenhos institucionais anacrônicos. Conforme examinado no **Capítulo 1**, a partilha de competências entre os Poderes – no texto e na prática constitucional – pauta-se mais em correlações de forças, sempre circunstanciais, do que em equações matemáticas imanentes.

A Separação dos Poderes, assim, mais do que a engenharia institucional do Estado, expressa um valor a ser perseguido na lógica dos princípios constitucionais: a do mandado de otimização.[235] A direção fixada pelo princípio é a de constrição de todo Poder que se

---

[233] *Cf.* ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista De Direito Administrativo*, vol. 265, pp. 13–23, 2014. Os pontos, apresentados na sequência, constituem síntese das críticas de Ackerman à concepção oitocentista da Separação dos Poderes.

[234] *Cf.* MONTESQUIEU, *Do Espírito das Lei*s. Livro XI. Paris: 1789, Capítulo VI. Disponível em domínio público na rede mundial de computadores.

[235] *Cf.* ALEXY, Robert. Derecho e razón prática. México: Fontamara, 1993, p. 87 e seguintes. Uma explicação sucinta do conceito pode ser encontrada em AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, 2005, p. 126.

pretender autocrático;[236] e não a de legitimação de poderes ilimitados e incontrastáveis, que os candidatos a autocrata costumam aspirar.

A soberania – outra categoria a procura de um autor contemporâneo[237] – é atributo de titularidade do povo e que somente o Estado, globalmente considerado, pode invocar. Nenhuma de suas frações – Poderes, órgãos, unidades federativas, entidades administrativas, agentes – pode se dizer ou agir como se soberano fosse.

Sob lentes mais amplas e sofisticadas, vê-se que as competências atribuídas pelas Constituições aos Poderes não criam zonas de atuação exclusiva e isolada, no interior das quais cada um deles seria livre para agir sem a interferência dos demais. A Separação dos Poderes não deve ser compreendida como um sistema de vedação à ação de um Poder sobre o outro; mas como técnica de regulação de suas interpenetrações legítimas, com vistas a extrair delas decisões mais equilibradas e menos lesivas aos direitos e valores constitucionalmente tutelados.

O complexo emaranhado de funções típicas e atípicas atribuídas aos órgãos constitucionalmente relevantes confluem rumo à dialética institucional compulsória, que não pode perder de vista que o binômio independência-harmonia expressa os horizontes a serem perseguidos cooperativamente por todos eles.

Também não se pode ignorar dois pontos fundamentais: (*i*) para além dos ajustes na distribuição textual de poderes e competências, a Separação dos Poderes é um fenômeno vivo, cujo árbitro final é o povo e (*ii*) a funcionalidade do sistema depende do compromisso das instituições em respeitá-lo, o qual pode ser enfraquecido ou mesmo desaparecer conforme as circunstâncias políticas de cada tempo e lugar.

---

[236] Hamilton e Madson argumentam, nos Federalist Papers, que o sistema de freios e contrapesos deve funcionar, justamente, como uma "garantia contra a concentração gradual de largas parcelas do poder no mesmo departamento político". *Cf.* HAMILTON, Alexander; MADISON, James. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. *Federalist No. 51*. New York: New York Packet, 1788.

[237] O conceito moderno de 'soberania' está profundamente relacionado ao princípio da igualde jurídica entre os Estados (*Paz de Westfália*, 1648), extraível da soberania que cada qual exerceria sobre o seu território, como pressuposto para a fundação de uma ordem internacional pautada pelo Direito e não pela força bélica, na busca pela paz duradoura entre as nações. Os pressupostos geopolíticos desses conceitos foram profundamente alterados pela globalização e pela pós-modernidade. Surgiram novos questionamentos e análises dos tensionamentos entre a teoria clássica da soberania e a realidade concreta do poder político contemporâneo, que escapa ao potencial aglutinador e às lógicas de legitimação próprias aos Estados Soberanos nascidos da modernidade. Ainda não surgiu uma teoria capaz de adaptar ou substituir definitivamente o conceito de soberania à realidade dos novos tempos. *Cf.* GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A crise da soberania na pós-modernidade. *Estado de Direito*, vol. 27, 2010, p. 25 e seguintes. Ver ainda: ALVES, Ângela Limongi Alvarenga. *Limites e Potencialidades da Soberania Estatal na Pós-Modernidade*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2017.

No entanto, sob a ótica da normatividade constitucional, o último árbitro institucional das disputas entre os Poderes é o Supremo Tribunal Federal – ao qual a Constituição atribuiu a missão precípua de guardá-la (art. 102, *caput*). Como se viu, mesmo na hipótese de o Congresso Nacional aprovar emenda à Constituição para reverter entendimento firmado pelo STF, caberia à Corte fiscalizar, mediante provocação, a constitucionalidade da emenda superadora.

É conhecida a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal seria investido da "última palavra na interpretação constitucional"[238] ou, de modo menos cerimonioso, do "direito de errar por último".[239] Essa é uma meia-verdade, por duas razões. A primeira prende-se ao fato de a decisão judicial não ser produzida no vácuo, mas sob as circunstâncias incontroláveis – *frias* ou *quentes* – de cada período histórico. A segunda se liga à constatação de que as disputas ao redor do sentido das disposições constitucionais não terminam com o trânsito em julgado de uma decisão específica do STF.

Na longa curva da história, as conclusões alcançadas pelo Estado e pela sociedade são sempre provisórias.[240] No caso do Supremo Tribunal, mudanças de orientação jurisprudencial não raro são desencadeadas: (*i*) pela aprovação de novos atos normativos, que modifiquem o parâmetro de controle ou proponham solução hermenêutica inovadora; (*ii*) pela periódica renovação da composição da Corte, com a indicação de Ministros mais alinhados ao Presidente e ao Senado; (*iii*) por composição com os demais Poderes; (*iv*) por pressões da sociedade civil e da imprensa; (*v*) pela via da mutação constitucional; ou (*vi*) pela simples mudança de entendimento da maioria dos Ministros.

---

[238] A investigação dessa afirmação constituí o objeto central da brilhante Tese de Doutorado do Professor Rodrigo Brandão, depois convertida em livro. *Cf.* BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

[239] O primeiro registro da expressão é de 29 de dezembro de 1914, quando Rui Barbosa, em debate oral no Plenário do Senado, teria usado da palavra para rebater crítica do Senador Pinheiro Machado a julgado do STF: "Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade". De forma mais sucinta, anos depois, o Ministro Nelson Hungria teria declarado que o STF seria investido do "supremo privilégio de errar por último". *Cf.* BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XLI. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, p. 259 e FARIA, César. O Supremo privilégio de errar por último. Revista Direito do Estado, vol. 85, 2016.

[240] Nesse sentido também aponta MENDES, Conrado Hübner. Neither dialogue nor last word. *Legisprudence* (Oxford), vol. 5, pp. 1-40, 2011. Sobre o assunto, ver ainda GARGARELLA, Roberto. Interpretação e Diálogo Democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 60, pp. 41-65, 2015.

Ou seja: há caminhos legítimos[241] para que a sociedade e os demais Poderes provoquem, sem violar a independência nem a autoridade do Poder Judiciário, nem, muito menos, romper com a ordem democrática, a revisão de interpretações constitucionais equivocadas, datadas ou em aberto descompasso com a convicção constitucional reiterada pela maioria do povo.

A técnica da Separação dos Poderes inaugurou um processo permanente de disputa pela hegemonia decisória do Estado. Não há fórmula ideal, perene ou replicável. Ao Poder Constituinte Derivado, à Jurisprudência, à Teoria Constitucional e, em última análise, ao povo de cada Estado (titular da soberania e do Poder Constituinte Originário), compete o dever de ajustar periodicamente os arranjos institucionais do poder político, corrigindo-os para mantê-los alinhados à finalidade fulcral da técnica de fragmentação da potestade estatal: a prevenção da autocracia e a proteção dos direitos fundamentais.

O Direito é ciência social aplicada. As investigações jurídicas que, por purismo ou pudor, optam por ignorar os ventos políticos, os eventos históricos e os movimentos sociais do tempo presente perdem a capacidade de compreender problemas e de propor soluções úteis e atuais.[242] Nessa perspectiva, o debate teórico sobre a Separação dos Poderes não pode ser feito hoje com abstração do fenômeno de deformação democrática capitaneado por Presidentes, com inclinações populistas e autoritárias, eleitos na última década, em diversos pontos do globo.[243]

No caso brasileiro, a crise democrático-institucional tem início com as manifestações de junho de 2013, ecoa no pleito de 2014, intensifica-se durante o processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, entre 2015 e 2016, e adquire ares críticos a partir da eleição de Jair

---

[241] Optei por mencionar, nesta altura, alguns mecanismos legítimos de influência ou reversão de interpretações constitucionais do STF. Há também mecanismos ilegítimos. Dos casos tratados até aqui, a ameaça de prisão feita por Floriano Peixoto, à véspera do julgamento do HC 300, é o exemplo mais eloquente. O tema é abordado por BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 281-325.

[242] Sem interesse ou capacidade de compreender os dramas sociais, é impossível entender o Direito. Sem interesse ou capacidade de compreender os dramas políticos, é impossível entender o Direito Constitucional.

[243] *Cf.* LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown, 2018 e BALKIN, Jack. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. *Maryland Law Review*, vol. 77, pp. 147-160, 2017. Uma análise sociológica do fenômeno e dos métodos do novo populismo de extrema-direita, como movimento global, é feita por: EMPOLI, Giuliano. *Les ingénieurs du chaos*. Paris: JC Lattès, 2019. Sob enfoque latino-americano, consultar: CHUEIRI, Vera Karam de. CAMARA, Heloísa Fernandes. 'Decadencia Democratica, Poder Judicial y Juego Duro Constitucional'. In: *Soberanía, Constitución y Democracia. Tensiones y contradicciones en el siglo XXI*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 42-67.

Bolsonaro, em 2018.[244] A Ministra Cármen Lúcia, em sessão recente do STF,[245] falou em '*cupinização institucional*' para aludir a esse processo de corrosão da legitimidade e independência dos Poderes, da autoridade e respeitabilidade dos seus membros, do debate público, das políticas públicas, das liturgias republicanas, do sistema eleitoral e, finalmente, da própria Constituição Federal de 1988 – cujo destino, em caso de êxito dos *cupins*, seria a revogação formal ou o pleno esvaziamento simbólico e normativo.

No Brasil de 2022, local e data em que esta Tese é escrita, não restam dúvidas de que a ameaça autocrática colocada deriva do Palácio da Alvorada e não do Supremo Tribunal Federal.[246] Nesse cenário, a *força* da Separação dos Poderes, como princípio constitucional, *empurra* o STF a conter as pretensões autoritárias do Presidente da República; no propósito de *frear* a ilegítima concentração do poder político por ele visada.

A lógica do sistema, tal qual enunciada por seus *pais-fundadores*, é, precisamente, a da limitação recíproca pelo diálogo e pelo embate. Segundo Hamilton e Madison, a provisão defensiva deve sempre espelhar a magnitude do ataque, de modo que a ambição de um Poder esteja a serviço do combate à ambição dos outros.[247] Daí a falsa sensação de exorbitância que tem lugar quando um Poder age altivamente para debelar exorbitâncias constitucionais de outro. Para que se anulem, devem ser proporcionais.

No próximo tópico, proponho aprofundar essa reflexão para melhor compreender a natureza, as possibilidades e os limites extrajurídicos ao controle judicial dos atos políticos, em ambientes de normalidade e de anormalidade institucional.

---

[244] O diagnóstico aprofundado do fenômeno é feito por SARMENTO, Daniel. *Crise Democrática e a Luta pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020 e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

[245] A referida sessão ocorreu em 31 de março de 2022. Nessa ocasião, realizou-se o julgamento conjunto da ADPF 760 e ADO 54, duas das ações dirigidas à Corte contra a política de desmonte e degradação ambiental promovida pelo Governo Federal.

[246] Nesse sentido, veja-se a denúncia apresentada, em maio de 2022, ao Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, que descreve as ameaças à democracia e os ataques ao Judiciário brasileiro por parte do Presidente da República. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/5/4B6AFCBE77C5B7_onu-denuncia.pdf>. *Cf.* DANTAS, Dimitrius. "Grupo recorre à ONU contra ataques de Bolsonaro ao Judiciário". Publicado no *Jornal O Globo*, em 18 mai. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/grupo-recorre-onu-contra-ataques-de-bolsonaro-ao-judiciario-25512896>.

[247] *Cf.* HAMILTON, Alexander; MADISON, James. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. *Federalist No. 51*. New York: New York Packet, 1788: "*The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition*".

Antes, porém, vale destacar um aspecto comum, porquanto típico dos princípios, aos quatro fundamentos constitucionais de justiciabilidade dos atos políticos de que tratei acima. Se dos princípios decorrem mandados de otimização, eles necessariamente assumem um caráter evolutivo – a reclamar concretização em níveis progressivos. Foi assim com a força normativa das Constituições: primeiro negada, depois reconhecida, mais tarde guarnecida e, mais recentemente, ampliada em escopo, eficácia e meios de salvaguarda; foi assim com o Princípio Republicano: que conviveu com sufrágios excludentes e hoje reclama Governos transparentes, participativos, responsivos, éticos e controláveis; foi assim com o direito de acesso à Justiça: que partiu do paradigma da irresponsabilidade do Estado para chegar à inafastabilidade de jurisdição e, mesmo, ao direito à assistência judiciária estatal aos vulneráveis em litígios particulares ou contra o próprio Estado (art. 5º, LXXIV); é assim também, como se viu por último neste capítulo, mas também fica claro a partir do anterior, com o sistema constitucional de Separação dos Poderes, que tem passado por intensas metamorfoses e rearranjos – formais e informais – desde as revoluções burguesas do Século XVIII.

Esses percursos, brevemente traçados, sugerem que o imobilismo não é ambição da Constituição; sendo, mais que natural, que os princípios constitucionais recebam significados e efeitos distintos dos que lhe eram próprios séculos ou décadas atrás.[248] À evolutividade mencionada, contudo, não se deve emprestar tintas positivistas. Ela expressa, apenas, a ideia de obra permanentemente inacabada; de trabalho em constante desenvolvimento, suscetível ao progresso, permanência ou retrocesso em seus níveis de concretização (*plano do ser*). O projeto constitucional, ao abraçá-los, no entanto, orienta os atores sociais e institucionais a contribuir para o seu enraizamento e expansão (*plano do dever-ser*).

Reduzir a distância entre o plano dos fatos e o plano da normatividade constitucional é o dever que todas as instituições e cidadãos comprometidos com a Constituição compartilham.[249] No fim das contas, o objetivo primeiro do Direito Público permanece hoje como sua meta central: a limitação e o controle jurídico do Poder do Estado, com vistas a proteger os direitos dos indivíduos.

---

[248] Essa posição teórica é diametralmente oposta à doutrina do originalismo constitucional, celebremente defendida pelo *Justice Scalia* (1936-2016), que propõe que a interpretação da Constituição deve buscar se pautar no sentido que lhe fora pretendido ao tempo de sua promulgação. O elemento fundamental da hermenêutica originalista seria o histórico e, sua referência mais concreta, a *mens legislatoris*. SCALIA, Antonin. *Originalism*: The lesser evil. University of Cincinnati Law Review, Vol. 57, pp. 849-866, 1989.

[249] *Cf*. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35-36.

O controle de juridicidade dos atos políticos é peça-chave para o projeto constitucional de contenção do arbítrio estatal, extraindo sua legitimidade dos princípios (*i*) da Supremacia Normativa da Constituição, (*ii*) Republicano, (*iii*) da Inafastabilidade da Jurisdição e (*iv*) da Separação dos Poderes.

2.2. O controle judicial entre a Política e o Direito

A relação entre Direito e Política é entremeada por complexidades fascinantes, que tem propiciado as mais diversas leituras e propostas teóricas. Parece certo que, no curso do último século, autores que concebiam o Direito e a Política como disciplinas e fenômenos claramente apartados, cuja operacionalização deveria se dar por métodos puros, perderam prestígio e adeptos em favor de correntes que aproximaram as duas ciências, admitindo sua concorrência, complementariedade e interseção.[250]

A compreensão pós-moderna do Direito e, especialmente, do Direito Público requer do jurista um esforço integrativo e interdisciplinar, sob pena de deixar ao largo as relações de influência recíproca que fenômenos estudados pelos cientistas políticos, economistas, sociólogos, psicólogos e administradores estabelecem com os processos materiais de criação e aplicação de normas jurídicas.[251]

A Constituição – ato fundante do sistema jurídico interno – é o produto mais nobre da Política, compreendida como a atividade humana de organização e pacificação da vida em sociedade. A partir da promulgação da Constituição, norma-primeira do ordenamento, a Política passa a ser constituída e filtrada pelos preceitos constitucionais, que institucionalizam as formas e os limites substantivos de suas deliberações.

Direito e Política são, pois, fenômenos inevitavelmente imbricados. O conteúdo do ordenamento jurídico é fruto de sucessivas decisões políticas. Ou, nas palavras de Dieter Grimm, "o que vale juridicamente é determinado politicamente".[252]

A relação, como se nota, é de sobreposições recíprocas: o Poder Constituinte (*potência política*) elabora a Constituição (*documento normativo*), que, por sua vez, limita a produção legislativa infraconstitucional – processo político a cargo do parlamento. A Constituição e as

---

[250] *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 418-419.

[251] *Cf.* CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 2012, p. 603.

[252] GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 03.

Leis (*documentos jurídicos*), por sua vez, conformam, a produção normativa infralegal – realizada, em grande medida, por agentes políticos (que ocupam cargos superiores na Administração Pública). E, assim, sucessivamente. *Em escalas, o jurídico nasce do político*.

Sob a vigência de Constituições efetivas e democráticas[253], que proliferaram pelo mundo após a Segunda Guerra, a atividade normativa, que primeiro se buscou entregar ao monopólio do parlamento e, depois, foi assenhorada pelo Executivo, passou a sujeitar-se a mecanismos de controle de constitucionalidade a cargo do Poder Judiciário.[254]

Após o desastre do totalitarismo, produzido pela política como ciência e fenômeno social, consolida-se mesmo a força do discurso jurídico nos reinos teórico e prático da política e, por conseguinte, dos Poderes e burocracias que o interpretam e operam. Numa virada da relação original, o Direito assume o papel parental e passa a tutelar a Política – que, mesmo produzindo normas, torna-se, em alguma extensão, também conformada e controlada por elas.

A juridicização da política não se cinge à conformação e ao controle de seus processos deliberativos pelo Direito e pelo Poder Judiciário. Em boa parte do globo, as corporações jurídicas assumiram prestígio e foram capazes de criar ou penetrar nas mais relevantes organizações da sociedade e do Estado.[255] No Brasil, a partir da fundação das primeiras Faculdades de Direito em São Paulo e Pernambuco (1827), os bacharéis alcançaram posições hegemônicas, não só no Judiciário, como também no Legislativo e no Executivo.[256] Entre os 26 civis que presidiram o Brasil, 19 eram formados em Direito – o que equivale a 73% do total.[257] No Congresso Nacional, embora essa predominância venha decrescendo nas últimas

---

[253] Renova-se à referência à classificação ontológica das Constituições, proposta por Loewenstein (*Teoría de la Constittución*. Trad. Alfredo Anabidarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 216-222).

[254] *Cf.* GRIMM, Dieter. Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics. *Revista da EMERJ*, vol. 21, 2019, p. 55-6 e GARDBAUM, Stephen. Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn from Sale?). The American Journal of Comparative Law, vol. 62, pp. 613-639, 2014.

[255] Em 2017, mediante pesquisa que abrangeu 193 países, a Revista Super Interessante concluiu que o Direito correspondia à formação acadêmica mais recorrente entre os Chefes de Governo. Entre eles, os cursos mais frequentes foram: Direito (21,3%), Economia (12,1%) e Administração (5,2%). *Cf.* PESSOA, Flávio *et. al*. Todas as profissões dos presidentes. Publicado pela *Super Interessante*, em 12 jul. 2017. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/todas-as-profissoes-dos-presidentes>.

[256] Mais do que isso: também são pródigos em nossa história, desde o Segundo Império, os casos de professores e autores jurídicos que assumem posições institucionais de destaque, inclusive mediante eleições. Ambos os fenômenos são detalhadamente descritos por ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. *Lua Nova*, v. 97, pp. 213-250, 2016.

[257] *Cf.* NAKAMURA, Adriana. Direito é o curso dos presidentes. Publicado eletronicamente em 27 jul. 2016. Disponível em: <https://querobolsa.com.br/revista/direito-e-o-curso-dos-presidentes>.

legislaturas, a profissão de advogado ainda é a mais recorrente entre os parlamentares, sobretudo no Senado Federal.[258]

Ou seja: se a confusão entre Direito e Política não decorresse da inextrincável intersecção das disciplinas, ela resultaria – ao menos no Brasil – da hegemonia dos juristas em posições e espaços próprios ao poder político, notadamente a Presidência da República e o Congresso Nacional. Esse *dado sociológico* impacta e deve ser considerado no estudo das relações entre Direito e Política.

No campo da *aplicação* do Direito, mais uma vez as duas ciências confluem, interagem e disputam. Alguns elementos e fenômenos próprios à política foram formalmente assimilados pelo Direito Positivo, pela jurisprudência ou pela teoria jurídica, notadamente a constitucional, mas outros – ainda que retoricamente negados – são indissociáveis da operação jurídica do poder estatal; pois capazes de transcendê-la ou de interrompê-la.

O nó da relação entre o Direito Constitucional e a Política reside, precisamente, na relação de *contingência* entre eles estabelecidas. Esse ponto tormentoso se revela na história do controle de juridicidade dos atos políticos, como procurei mostrar no **Capítulo 1**. Mas ninguém, nos anais do Supremo Tribunal Federal, enfrentou-o tão sincera e diretamente como o Ministro Nelson Hungria – ao apreciar ações propostas pelo Vice-Presidente Café Filho, após o suicídio de Getúlio (1954), no intuito de reassumir a Presidência da República.

Àquela altura, uma articulação entre os militares e o Congresso, ao arrepio da Constituição, impedira Café Filho de retornar ao cargo,[259] que fora transferido para Carlos Luz, então Presidente da Câmara, e, posteriormente, ao Vice-Presidente do Senado, Nereu Ramos – que acabou decretando Estado de Sítio diante da crise instalada.[260] A maioria dos

---

[258] *Cf.* NEIVA, Pedro; IZUMI, Maurício. Os Doutores da Federação: Formação acadêmica dos senadores brasileiros e variáveis associadas. Revista de Sociologia e Política, v. 20, p. 171-192, 2012 e MUCINHATO, Rafael. Quem são os deputados brasileiros? Um balanço do perfil biográfico de 1986 a 2012. In: MOISÉS, José Álvaro (Org.). *O Congresso Nacional, os Partidos Políticos e o Sistema de Integridade*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, pp. 61-88, 2014.

[259] O afastamento de Café Filho se deu em razão de controversa licença-médica. No entanto, reestabelecida a saúde do Presidente legítimo, o retorno ao cargo foi impedido por resolução aprovada pelo Congresso Nacional e por forças do Exército, que cercaram a residência do político, impedindo-o fisicamente de reassumir o Governo. Foi devido à circunstância do cerceamento da liberdade de locomoção de Café-Filho, inclusive, que o caso também foi levado ao STF por meio de *habeas corpus*. *Cf.* TESHEINER, José Maria Rosa. Governantes e Juízes: alguns antecedentes históricos do poder normativo dos tribunais superiores. *Arquivo Jurídico*, vol. 3, 2016, p. 141.

[260] A sucessão de Carlos Luz por Nereu Ramos se deu pelo envolvimento do primeiro na tentativa de impedir a posse de Juscelino Kubitschek, que acabou ocorrendo graças às movimentações capitaneadas pelo Marechal Lott. *Cf.* VIANNA, José Augusto Seabra Monteiro. *O movimento militar que impediu o*

Ministros do STF procurou artifícios processuais para não conhecer ou indeferir as ações de Café-Filho: o Mandado de Segurança nº 3357 e o Habeas Corpus nº 33908, ambos ajuizados em 1955.

O penalista Hungria, contudo, votou no sentido da impossibilidade política de julgar aqueles processos em função de critérios técnicos-jurídicos, extraídos da Constituição e das Leis, em decorrência de eventos que o Ministro classificou como uma "insurreição pelas armas, coroada de êxito". Em páginas de grande valor histórico, literário e filosófico, Nelson Hungria argumentou (*i*) que o caso apresentava situação que não poderia "ser apreciada e resolvida *de jure*" pelo STF; (*ii*) que o impetrante pretendia ver anulada "situação de fato criada e mantida pelas forças das armas, contra a qual seria, obviamente, inexequível qualquer decisão do Supremo"; (*iii*) que a insurreição consiste num "crime político, mas quando vitoriosa, passa a ser um título de glória", com os insurretos convertidos em cavaleiros do regime legal; e (iv) que o STF não deveria "cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípio, expedir mandado para cessar a insurreição".

No trecho mais dramatúrgico de seu voto, Nelson Hungria escreve que:

> Jamais nos incalcamos (sic) leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa — no teto ou na parede das salas de Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas. [261-262]

É com base nessa argumentação, de peculiar honestidade e eloquência, que o Ministro Hungria manifesta a sua conclusão sobre o caso: "o impedimento do impetrante para assumir a presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças

---

retorno do Presidente Café Filho à presidência da república. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2020, p. 11.

[261] O voto completo do Ministro Nelson Hungria consta do seguinte livro: FUCK, Luciano Felício. *Memória Jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria*. Brasília: STF, 2012, p. 235-239. Num dia de lirismo cético quanto ao Direito, 13 set. 2021, escrevi o poema '*Teoria Geral do Direito*': "Direito é arte. A narrativa mais bela triunfa. No entanto, há tantos conceitos de belo quantos são os juristas. Solução? Prevalece, a cada ato, o conceito de quem tem a caneta ou o aparato".

[262] O termo 'incalcamos' parece ser uma flexão incorreta do verbo 'inculcar', que, entre outros significados, expressa a ideia de 'impor-se' sobre algo ou 'controlar' alguém. Com a referência, Hungria defende não competir ao STF domesticar grupos armados contrários à Constituição. Como curiosidade histórica, vale registrar que o excerto transcrito parece ser uma resposta direta e contundente à exortação feita por Afonso Arinos, na véspera do julgamento do caso. Embora o Ministro Hungria não decline nomes nem se tenha logrado identificar a referida entrevista, penso ser possível inferir a informação do parágrafo do voto que antecede ao trecho reproduzido: "Um insigne professor de direito constitucional, *doubie* do exaltado político partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para se verificar se os ministros desta Corte 'eram leões de verdade ou leões de pé de trono'".

insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica. Não conheço do pedido de segurança".

A *contingência política* do Direito e, particularmente, da Constituição, que se encarrega de sua normatização primária, é implicitamente reconhecida pela teoria constitucional em dois conceitos que lhe são fundamentais. O primeiro é o Poder Constituinte Originário, na medida em que a literatura admite a aptidão dessa potência política tanto para fundar como para refundar o Direito; tanto para elaborar nova Constituição, quanto para revogar a que existia em seu lugar.[263] O segundo é o da mutação constitucional, pelo qual se opera a mudança do sentido normativo da Constituição, não pela reforma de seu texto (via *emendas constitucionais*), mas em função da alteração da realidade socioeconômica ou dos valores compartilhados pela comunidade política ao longo do tempo.[264]

O enfrentamento desse nó teórico é mais problemático no campo da aplicação do Direito, particularmente no que toca ao controle judicial das deliberações políticas. Há acentuado constrangimento e não superada dificuldade metodológica em admitir e tratar a influência das circunstâncias e fatores políticos sobre as decisões judiciais, especialmente no campo do controle de constitucionalidade.

Se não é possível, em nível prático, isolá-los da jurisdição constitucional, a ciência jurídica precisa incorporá-los ao seu objeto de análise - com vistas a orientar a magistratura e, particularmente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal no trato de eventos políticos capazes de comprimir ou suprimir as margens de seu convencimento motivado.

À míngua de guias teóricas e balizas deontológicas, o Supremo parece mal equipado de estratégias institucionais e critérios adjudicativos adequados à consolidação e à defesa de sua independência e autoridade, tanto em períodos de estabilidade como em tempos de crise democrática. Embora este não constitua o objeto central desta Tese, alguns apontamentos breves a esse respeito parecem úteis à investigação principal. Eis algumas propostas, seguidas de sua defesa sumarizada:

---

[263] *Cf.* SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 241-278.

[264] Konrad Hesse destaca, no seu ensaio sobre a mutação constitucional, que o fenômeno só foi possível graças ao sacrifício de um dos pressupostos metodológicos basilares ao positivismo: a separação estrita entre Direito e Realidade, entre o *dever ser* e o *ser*. Como consequência dessa evolução do método jurídico, pôde-se incorporar à hermenêutica constitucional considerações históricas, política, filosóficas, sociais e econômicas. Foi esse o percurso teórico que permitiu ao Direito identificar e, em seguida, melhor operar com o fenômeno da alteração informal da Constituição. *Cf.* HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 97.

(a) O respeito às deliberações legislativas e executivas razoáveis e compatíveis à Constituição. A deferência judicial não é postura eticamente fundada apenas em valores democráticos; constituí expressão de que o Judiciário reconhece e valoriza a independência dos demais Poderes, o que é pressuposto de sua convivência harmônica.

(b) Disponibilidade ao diálogo e à construção de consensos institucionais republicanos, especialmente diante de impasses ou problemas crônicos.

(c) O Supremo deve buscar manter relação estratégica com o Senado Federal – ao qual compete aprovar as indicações presidenciais à Corte e julgar os pedidos de *impeachment* em desfavor dos Ministros do STF.

(d) Os membros do Poder Judiciário não devem se engajar em articulações político-partidárias nem celebrar acordos transacionais com autoridades de outros Poderes que comprometam ou interfiram no exercício desembaraçado de sua atividade típica.

(e) A interlocução do Supremo Tribunal com a sociedade e a imprensa deve se dar, preferencialmente, de modo institucional. Especialmente em momentos de crise, convém que o Presidente do Tribunal fale em nome de todos, após alinhar o discurso com seus pares.

(f) Em casos politicamente controversos, o Supremo Tribunal Federal deve buscar, mesmo para os pedidos liminares, deliberar em conjunto. Decisões monocráticas, ainda mais quando heterodoxas ou intrusivas, fragilizam a posição institucional da Corte.

(g) Em casos politicamente controversos, argumentações técnicas, robustas e unanimidade decisória ampliam o valor político da decisão das Cortes.

(h) Os fatores políticos que interfiram na apreciação jurídica de uma ação devem ser reconhecidos e descritos pelos Ministros, além de valorados quanto à sua intensidade e legitimidade à luz da axiologia constitucional.

(i) Os juízes devem zelar pela exequibilidade de suas decisões e evitar atritos desnecessários entre os Poderes. A prudência judicial, contudo, deve ser exercida pelo método da ponderação jurídica, tendo em conta o grau de ofensa à Constituição *sub judice* e a busca pela harmonia e independência entre os Poderes – que também são tuteladas pela Carta de 1988 (art. 2º, *caput*).

(j) Na definição da pauta de julgamentos, os Ministros do STF podem antecipar ou diferir o julgamento de casos politicamente sensíveis, desde que a postergação não

impeça a tutela do direito autoral nem viole o princípio da duração razoável do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII).

(k) A simples omissão do STF em caso de transgressões abertas à Constituição encerra a frustração de sua missão institucional precípua e equivale ao vilipêndio derradeiro da Carta que seus Ministros juraram defender.

(l) Em tempos de normalidade institucional, a prolação de decisões politicamente inexequíveis representa um equívoco tanto aos olhos do Direito Constitucional como da Política, capaz de comprometer o capital institucional da Corte e, se não for reparado por ela, ensejar o desrespeito à autoridade de suas decisões. Na balança da Justiça, o equilíbrio só se alcança se o peso dado à norma jurídica for proporcional ao conferido à realidade política que lhe é subjacente.

(m) Em tempos de anormalidade institucional, sob ameaça concreta de erosão ou ruptura constitucional, contudo, os Ministros do Supremo não devem se furtar a declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato de autoridade[265] que seja vocacionado a deformar ou suprimir a democracia.

Quanto ao último ponto, vale acrescentar que a resistência do STF, no estrito cumprimento de seu múnus constitucional, a tentativas explícitas ou dissimuladas de ruptura democrática, de fato, propiciam o risco de desobediência judicial ou, em cenários extremos, mesmo de dissolução da Corte e perseguição a seus Ministros.[266]

No entanto, de pouco ou nada adianta a manutenção, formal ou simbólica, do Supremo Tribunal Federal em um regime autocrático e, por outro lado, não há pena mais severa e perene à biografia de um democrata do que a chancela ou a colaboração com as ditaduras. Nessa circunstância extrema e indesejável, os Ministros devem lembrar que as folhas timbradas do Supremo, mais do que revestidas de autoridade jurídica, são permeadas por considerável capital político – que, se não bastar para frear ou reverter o golpe, certamente

---

[265] A expressão empregada pretende abarcar qualquer ato, normativo ou concreto, de qualquer dos Poderes ou órgãos estatais, civis ou militares.

[266] Cerca de um mês após a edição do Ato Institucional nº 5, o Presidente Costa e Silva decretou a aposentadoria compulsória de três Ministros do STF: Victor Nunes Leal, que também foi afastado da docência, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima. Os ministros Antônio Carlos Lafayette de Andrada e Antônio Gonçalves de Oliveira renunciaram em protesto contra as cassações. Antes disso, em outubro de 1965, o Ato Institucional nº 2 já havia ampliado o número de Ministros do STF, de 11 para 16, a fim de garantir absoluta hegemonia do regime militar sobre a Corte. Vale lembrar que as Constituições de 1967 e 1969 previam a vedação da apreciação judicial dos atos institucionais, o que já era estipulado em favor dos atos de cassação de mandatos e de aposentadoria compulsória pelo AI-1 (art. 10). Investigação aprofundada do tema é feita por CAMARA, Heloisa Fernandes. *STF na Ditadura Militar Brasileira*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2017.

contribuirá com o esclarecimento e a mobilização da sociedade e da comunidade internacional para o reestabelecimento do regime democrático.

O Direito e a Política – assim como a economia – constituem sistemas concorrentes de ordenação das relações sociais e da atuação do Estado.[267] Na pós-modernidade, como já se mencionou, as teorias que propunham a pureza metodológica ou a preponderância abstrata de qualquer desses subsistemas sociais sobre os demais experimentaram progressivo declínio.[268]

O descompasso persistente entre as lógicas de subsistemas concorrentes de ordenação social gera atritos, prejuízos recíprocos e, em última análise, o sacrifício, momentâneo ou persistente, parcial ou total, de um em favor do outro. Eis a razão pela qual, tanto ao tempo da criação como na aplicação dos seus códigos, todos devem tender ao acordo intersistêmico; ter como horizonte o acoplamento estrutural, coerente e durável.[269]

A verdade é que o sistema jurídico sofre – queira-se ou não – interações frequentes, intensas e potencialmente derrogativas com outros subsistemas sociais;[270] não só pela natureza das dinâmicas sociais (*fato da vida*), mas mesmo em função da incorporação, ao Direito Positivo, de valores políticos ou códigos derivados de outros subsistemas, como o econômico, por exemplo.[271]

A solução, para esse embaraço teórico, parece mesmo ser a aposta na assimilação, pelo Direito, mediante a farmacologia e a gramática que lhe são próprias, de elementos e códigos identificados, gestados e regidos por seus subsistemas concorrentes.[272] Esse parece ser o caminho para a produção de normas e decisões jurídicas intersistemicamente legítimas.

---

[267] *Cf*. LUHMANN, Niklas. *Teoria dos Sistemas*: esboço de uma teoria geral. São Paulo: Editora Vozes, 2016, p. 78. As relações entre o subsistema jurídico e o sistema social é abordada em LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1993.

[268] O ponto pode ser ilustrado a partir da relação de interdependência entre Direito e Economia, pois, do mesmo modo que a eficácia das regras jurídicas depende de sua funcionalidade econômica, as atividades econômicas não logram prosperar adequadamente sem respaldo seguro do sistema jurídico. Daí, inclusive, a importância superlativa que os economistas atribuem ao princípio da segurança jurídica.

[269] *Cf*. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio de uma visão autopoiética do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 59, 2005, p. 30.

[270] Sobre o ponto, *v*. BALESTERO, Gabriela Soares. A Autopoiese Da Política e do Direito em Luhmann e o Papel Do Julgador. *UNOPAR Científica*, v. 11, pp. 47-56, 2010.

[271] A título ilustrativo, basta mencionar os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, de um lado, e da democracia e dignidade da pessoa humana, do outro.

[272] Essa proposta é aderente à compreensão do Direito como ‘um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto’. Como esclarece Celso Campilongo, "fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, o fechamento operativo de um sistema é condição para a sua própria abertura" (Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 67). Dito de outro modo, o Direito deve incorporar, sob seus signos e códigos, como

Essa abordagem mostra-se particularmente necessária entre os campos da Política e do Direito Público. Georg Jellinek, na obra fundante da Teoria Geral do Estado, já alertava não ser "possível desenvolver investigações eficazes de Direito Público na ausência do conhecimento daquilo que é possível politicamente". Para o autor, "o que é impossível politicamente não pode ser seriamente objeto de investigação jurídica".[273]

Mas não é preciso ir tão longe para encontrar as respostas à indagação central do tópico, que concerne ao posicionamento do *judicial review* entre os domínios político e jurídico. É que ainda que não se queira questionar a autonomia do Direito como ciência,[274] penso ser inelutável reconhecer que a jurisdição, como atividade estatal, sujeita-se às contingências políticas de cada tempo e lugar; fenômeno que, naturalmente, é ainda mais intenso no campo do controle judicial dos atos políticos.

Quando o foco recai sobre as decisões judiciais, a análise descritiva do Direito tende mesmo a se filiar ao realismo jurídico. Esse foi o caminho teórico percorrido por Oliver Wendell Holmes Jr., que buscou compreender o fenômeno jurídico a partir das sentenças e acabou concluindo pela inexistência de um sistema logicamente ordenado. Para o autor, o Direito seria apenas experiência.[275]

A falha da teoria de Holmes Jr. está na sua dimensão prescritiva; na legitimação sub-reptícia ao decisionismo judicial – que também consiste em expressão do arbítrio. A referência ao realismo jurídico não foi feita, portanto, em endosso às suas conclusões; mas em reconhecimento de sua premissa básica: as decisões judiciais não são forjadas em função de operações hermenêuticas matemáticas, regidas exclusivamente por normas jurídicas.[276]

---

regras, princípios ou doutrinas, os fenômenos advindos de outros subsistemas que com ele interagem no sistema social complexo.

[273] *Cf.* JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Cidade do México: FCE, 2000, p. 65-66.

[274] A própria classificação do Direito como ciência é questionável. *Cf.* MORAES, Renato José de. Que tipo de saber é o direito? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 62, pp. 83-111, 2017.

[275] *Cf.* HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Toronto: University of Toronto Law School, 2011, p. 5: "The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics".

[276] Nos últimos anos, o Direito brasileiro tem debatido e incorporado, de modo mais sistemático e teorizado, ainda que parcialmente, princípios e abordagens associadas ao pragmatismo jurídico (como o consequencialismo, o contextualismo e o antifundacionalismo), corrente da filosofia jurídica que deriva do realismo. Seja pelo pioneirismo, pela densidade ou pelo didatismo, a obra brasileira de referência sobre o

A influência de fatores externos ao subsistema jurídico no exercício da jurisdição estatal, contudo, não deve levar à renúncia do método jurídico; mas ao seu alargamento e adaptação.[277] É dizer: os juristas devem se propor o desafio de erigir uma metodologia decisória apta a equacionar todos os fatores palpáveis, jurídicos ou não, que influam em suas deliberações.[278]

Nesse prisma, é fundamental reconhecer o Poder Judiciário como Poder Político do Estado.[279] Muitos autores tradicionais, que se debruçaram sobre o tema desta investigação doutoral, referem-se ao Executivo e ao Legislativo como "*political branches*" em contraposição ao Judiciário, que acaba assim reduzido a uma burocracia tecnocrata e apolítica. A distinção não é acertada. Embora os juízes não devam se engajar em disputas partidárias nem sejam eleitoralmente responsivos, o Poder Judiciário é órgão constitucionalmente indispensável ao exercício da soberania, participando e fiscalizando, com base na Constituição, as deliberações da comunidade política.[280]

A melhor compreensão da natureza do Judiciário pode favorecer tanto o esclarecimento de seus membros quanto às suas responsabilidades institucionais, como facilitar a aceitação, pelos demais Poderes, de sua intervenção em questões tradicionalmente compreendidas como pertencentes exclusivamente ao reino da Política. Ora, o Judiciário também o integra.

Mas mais do que isso: o reconhecimento da contingência política do Poder Judiciário provê antídoto definitivo à querela de sua ilegitimidade democrática. A contingência política do *judicial review*, compreendida em sua dúplice dimensão, como colimitação decisória e

---

assunto é a versão comercial da Tese de Doutorado do Prof. José Vicente Santos de Mendonça (*Direito constitucional econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018).

[277] Na época de Holmes Jr., as normas se resumiam às regras e a doutrina formalista não ofertava soluções adjudicatórias fora do silogismo jurídico. Compreensível, pois, a defesa do realismo em oposição ao paradigma purista – notadamente nos casos em que a adoção de métodos positivistas forçava os magistrados a tomar decisões injustas ou adotar a postura inconsequente de '*fiat iustitia, et pereat mundus*'.

[278] No livro fruto de sua Tese de Doutorado, Patrícia Perrone examina "a influência do direito, da ideologia, das normas que regem o Judiciário, das regras que regem as decisões colegiadas, do Poder Executivo, do Poder Legislativo, da opinião pública e da imprensa no processo decisório do Supremo Tribunal Federal". *Cf.* MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[279] *Cf.* RIBEIRO, Antônio. O Judiciário como poder político no século XXI. *Revista de Informação Legislativa*, v. 144, 1999, p. 91-100.

[280] *Cf.* BESSETE, Murray. On the genesis and nature of judicial power. *Eidos*, vol. 15, pp. 206-232, 2011.

como reversibilidade em longo prazo,[281] é peça importante no equilíbrio entre os Poderes, eis que evita o descolamento extremo ou prolongado entre os Tribunais e as autoridades eleitas.

O Direito Constitucional é um muro que a sociedade constrói ao redor do arbítrio. No controle de atos do Poder Público, especialmente os atos políticos, o Poder Judiciário opera como espécie de filtro imperfeito[282] – que pode ceder, seja por acúmulo progressivo, seja em função de evento extremo isolado.

A possibilidade de ruptura,[283] contudo, não deve levar à demissão voluntária da Justiça Constitucional nem equivale à inocuidade do Direito ou de seus operadores – cujo potencial de represar atos contrários à Constituição é limitado e contingente, mas existe e se tem afirmado historicamente, na medida do valor que a Carta e as Cortes forem capazes de conquistar nos demais subsistemas sociais.

No curso da história constitucional brasileira, mesmo os atos que mais abertamente violaram a Constituição foram expressos mediante linguagem e expedientes jurídicos. Todo golpe, sob pena de sua frustração ou cessação, busca narrativas de legitimação, inclusive no âmbito e na gramática do subsistema jurídico. [284]

Dessa compreensão derivam dois princípios éticos ao exercício da jurisdição constitucional, conforme sejam os tempos de normalidade ou de crise democrática. A autocontenção e a deferência judicial devem ser expressões da tutela à relação de harmonia e

---

[281] Remete-se o leitor aqui aos argumentos traçados no desfecho do último tópico, em que propus que toda decisão judicial seria, na longa curva da história, provisória. Nesse ponto, enumerei mecanismos pelos quais a sociedade ou os demais Poderes poderiam reverter entendimentos firmados pelo STF.

[282] O esquema proposto – ilustrado por muros e diques imperfeitos – não descreve a realidade jurídica brasileira em sua inteireza. O Brasil, que tem a desigualdade como principal traço de sua dinâmica social, ainda convive com cenários incompatíveis à sua caracterização como um Estado de Direito imperfeito. Na maioria das penitenciárias do país, por exemplo, impera o Estado sem Direito. A Constituição e as Leis estão condenadas à inefetividade crônica e a ação estatal não é conformada pelo ordenamento, sendo os direitos nele previstos generalizada e sistematicamente violados (*vide* ADPF 347). Em boa parte das favelas, a seu turno, tem-se mesmo um Território sem Estado; espaços em que os agentes públicos não se fazem presentes, senão por incursões excepcionais – que, quando ocorrem, dão-se à margem da Constituição. Para essas pessoas, de cor, renda e escolaridade conhecidas, o Direito é não é mais que uma *ausência*.

[283] A dissolução da Suprema Corte da Rússia, alguns anos após o declínio da antiga União Soviética, é o exemplo mais eloquente desse risco. Mas a história mundial, inclusive a brasileira, é marcada por diversos ataques a autonomia das Cortes Supremas, como a alteração artificiosa do número de magistrados, aposentadoria compulsória de juízes e outros expedientes do gênero. *Cf.* BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 281-325.

[284] A afirmação pode ser ilustrada com referência à resolução do Congresso Nacional que declarou a evasão de João Goulart do território nacional e, por conseguinte, a vacância da cadeira presidencial. Como se viu, movimento similar se deu na crise institucional de 1955. As prisões e desterros políticos, promovidos com base no Estado de Sítio, de que tratei no *Capítulo 1*, também exemplificam a afirmação.

independência recíproca entre os Poderes em contextos de equilíbrio institucional e de congruência constitucional.

Nos cenários de degradação ou ruptura democrática, por outro lado, o dever ético-constitucional dos juízes é o de resistência argumentativa. Denunciar o talante e atribuí-lo a pecha de '*contrário à Constituição*', especialmente diante da visibilidade e do prestígio alcançados pelo STF,[285] pode não resolver *de jure* a ameaça autocrática; mas certamente auxilia no seu enfrentamento por meio de outros subsistemas sociais.[286]

2.3. Compreensão crítica e contextual do modelo de supremacia judicial

Encerro este capítulo com uma necessária nota crítica ao Poder Judiciário. A afirmação da justiciabilidade dos atos políticos implica uma transferência de poder e, por vezes, resulta apenas na transferência dos *problemas* da deliberação pública e dos *riscos* decorrentes do exercício do poder estatal. O Judiciário não é o repositório de toda a virtude e sabedoria humanas.[287] As teorias que, para defender a expansão do Poder Judiciário, concebem ou pretendem magistrados como figuras mitológicas acabam por confessar o seu distanciamento da realidade.[288]

Os órgãos judicantes têm capacidades institucionais limitadas, além de déficits de representatividade social significativos.[289] De modo algum, estão os magistrados imunes aos desvios éticos e à tendência expansionista que contaminam o Executivo e o Legislativo. Os equívocos e as pretensões autoritárias dos juízes também devem ser institucionalmente contidos, sob a batuta da sociedade e com o auxílio da imprensa e da doutrina especializada.

---

[285] Não é trivial a existência, no Brasil, da "TV Justiça" – órgão que transmite sessões judiciais em tempo real pela televisão e internet. Sobre o assunto, *v.* FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição constitucional e participação popular*: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

[286] Não só do subsistema político, mas também do econômico e do cultural, uma vez que a existência das ditaduras, como fenômeno social, depende de sua legitimação na lógica dos diversos subsistemas que pretendem reger o funcionamento da sociedade e de suas dinâmicas de poder.

[287] Rodrigo Brandão demonstra como leituras romantizadas das capacidades institucionais dos Poderes estatais têm contribuído para a construção de teorias normativas desconectadas da realidade. (*Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 248-259). Ver também: ARGULHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das 'capacidades institucionais' entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 38, p. 6, 2014.

[288] Há no parágrafo uma referência irônica ao arquétipo do "juiz Hércules" utilizado por Dworkin em sua argumentação em favor da expansão da atuação do Poder Judiciário, que se pode estender a toda análise que parta ou pretenda realizar concepções idealizadas dos Poderes e de seus membros. *Cf.* DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 378 e seguintes.

[289] *Cf.* SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, 2003.

A Teoria da Separação dos Poderes deve reconhecer o seu caráter contextual e, mesmo por isso, admitir de antemão a possiblidade de as circunstâncias se alterarem.[290] As experiências da *Era Lochner* e da *Corte de Warren* mostram como, no curso do tempo, a mesma Suprema Corte pode desempenhar papéis opostos na defesa dos Direitos Fundamentais e dos princípios constitucionais.[291] Do ponto de vista da axiologia democrática, nenhum dos Poderes está condenado a ser vilão nem destinado a ser herói.[292] Não há desenho infalível; mesmo porque os órgãos do Estado são indissociáveis dos seres humanos – *falhos, por definição* – que os exercem e os presentam.[293]

Esse dado, contudo, não altera a conclusão em favor da subordinação dos atos políticos ao império normativo da Constituição nem o entendimento quanto à sua submissão ao controle judicial, ao menos sob a égide da Constituição Federal de 1988 (*vide* **Tópico 2.1**).

A resistência a cenários de abuso da magistratura, particularmente por parte do STF, deve se dar menos pela negação da competência do Judiciário para a aferição da constitucionalidade de determinados atos estatais (*tese da insindicabilidade*); do que pela defesa, nos autos e fora deles,[294] da legitimidade jurídico-política do ato impugnado.

---

[290] Do contrário, resta aos constitucionalistas reformular totalmente a orientação de suas respectivas propostas teóricas conforme se alterem a correlação de forças ou a diretriz ideológica assumida por cada um dos Poderes. Parte expressiva dos críticos mais agudos e relevantes da atuação e dos poderes da Suprema Corte dos Estados Unidos, a exemplo do Professor Mark Tushnet, defendeu, décadas atrás, quando o perfil da Corte era mais progressista do que o do Congresso, a legitimidade do *judicial review*.

[291] *Cf.* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial da Suprema Corte Norte-Americana. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, vol. 60, pp. 59-117, 2016.

[292] No **Capítulo 1**, comentei, à luz do desenvolvimento do sistema francês de Separação dos Poderes, a tese da supremacia parlamentar na interpretação da Constituição, que foi hegemônica na Europa continental até o início do Século XX. Outros autores, a exemplo de Carl Schmitt (*v*. *Der Hüter der Verfassung*, 'O guardião da Constituição', 1931), propuseram que a interpretação constitucional competiria, em última instância, ao Chefe do Poder Executivo, que melhor encarnaria a vontade do povo e o sentimento constitucional da nação. Coube à Kelsen a resposta mais imediata e eloquente às propostas de Schmitt (*v. Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 'Quem deve ser o guardião da Constituição?', 1931), defendendo que tal papel deveria ser reservado a um Tribunal Constitucional; na medida em que as controvérsias sociais competiriam tanto à Política como ao Direito. Na Alemanha nazista, a teoria schmittiana prevaleceu. Com o fim da guerra, como destaquei na seção introdutória, a proposta kelseniana foi adotada não só na Alemanha, como em boa parte do globo. Desde a segunda metade do século passado, esse debate teórico tem girado em torno das teses (*i*) da supremacia judicial; (*ii*) dos diálogos institucionais e (*iii*) do constitucionalismo popular. Nas páginas seguintes, em ponto que retomarei no **Capítulo 5**, pretendo conciliar tais propostas.

[293] Sobre a teoria do órgão, que superou as teses do mandato e da representação, *v.* a obra fundadora de GIERKE, Otto. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlim: Weidmannn, 1887.

[294] Repise-se aqui a relação de concorrência e influência recíproca entre os subsistemas político e jurídico de organização das dinâmicas sociais. Em relação à influência da opinião pública nas deliberações do STF, esclarecem Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça, que o "Judiciário deve ser permeável à opinião pública, o que não significa que deva ser subserviente. O diálogo de que se falou não pode se converter em um monólogo à moda de sermão, em que magistrados iluminados revelam ao povo a verdade do Direito. Por

De minha parte, na qualidade de pesquisador do Direito Constitucional, procurarei mitigar o risco do *judicial review* abusivo mediante a propositura de parâmetros e graus ao seu exercício adequado (*vide* **Tópicos 5.1** e **5.2**). Tais balizas, conquanto suscetíveis de manipulação, não pretendem apenas nortear a autocontenção dos juízes (*consumo interno*); mas também servir de *standards* para a apreciação crítica de suas decisões pelos demais Poderes e pela sociedade (*consumo externo*).

No mesmo capítulo, especialmente no **Tópico 5.1**, também passo em revista os mecanismos presidenciais e parlamentares de controle dos atos políticos. Ou seja: embora o foco da investigação recaia sobre o *judicial review*; não ignoro o papel dos demais Poderes na *interpretação-aplicação* da Constituição nem no controle recíproco da constitucionalidade dos atos estatais.[295]

A ameaça da autocracia judicial, de todo modo, é a mais frágil e reversível entre todas as sublevações institucionais cogitáveis. É esse o sentido da compreensão do Judiciário como '*the least dangerous branch*'.[296] De fato: os Tribunais não dispõem da chave do cofre nem dos tanques e baionetas nem mesmo de voto algum. A capacidade das Cortes de fazerem frente aos anseios constitucionais do povo, quando encampados pelo Legislativo e pelo Executivo, é limitada e rúptil. Os Ministros do Supremo sabem que a arma de que são investidos é a palavra e nada mais. Não por outra razão a Constituição lhes reserva a '*última'* quanto à validade constitucional de qualquer ato estatal.

A *supremacia judicial* que dessa circunstância se infere, senão apenas aparente, certamente não é absoluta. Como sublinhei no **Tópico 2.2**, o direito de falar por último – isto é, de examinar a constitucionalidade de quaisquer atos públicos – não imuniza o Supremo das contingências próprias à política, tanto no que toca à influência de fatores extrajurídicos no

---

outro lado, tampouco se espera que eles decidam pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior, o que os transformaria em oficiais de justiça das redações de jornal. O que se tem, portanto, é um equilíbrio delicado e dinâmico, em que se alternam momentos de ativismo e contenção, bem como momentos de alinhamento e desalinhamento com a vontade majoritária". *Cf.* 'STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente'. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente>.

[295] Na introdução do **Capítulo 5**, procuro desvelar como esses sistemas, concorrentes e superpostos, de controle jurídico-político interagem (*vide* página 151 e seguintes).

[296] A referência original é ao artigo Federalista de número 78, cuja autoria é atribuída a Alexander Hamilton. O mote foi utilizado por Bickel, em seu livro mais conhecido, para se contrapor ao protagonismo judicial. Penso, ao contrário, que a baixa nocividade do Judiciário, na lógica dos demais subsistemas sociais, confere as condições necessárias para que ele exerça o papel de bastião argumentativo do pacto constitucional. *Cf.* BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

seu processo deliberativo (*juízes não decidem no vácuo),* como no que se refere à possibilidade de superação das interpretações constitucionais alcançadas pela Corte.

O instigante debate teórico quanto à titularidade da guarda da Constituição é, contudo, respondido normativamente pela Carta de 1988 – que (*i*) prevê que '*todo o poder emana do povo*' (art. 1º, parágrafo único); (*ii*) relaciona, dentre as competências comuns de todos os Poderes e entes federativos, '*zelar pela guarda da Constituição*' (art. 23, I); (*iii*) mas reserva ao Supremo Tribunal Federal o papel de '*guardião precípuo*' (art. 102, caput).

Como esclareço no **Capítulo 5**, a partir do raciocínio desenvolvido no último subtópico, embora as decisões do STF sejam formalmente inderrogáveis, as teses constitucionais nelas fixadas não o são; havendo mecanismos – de maior ou menor legitimidade – para superá-las institucional ou sociologicamente. É nessa perspectiva, contingente e provisória, que cabe falar no direito à '*palavra final*' do Supremo. A rigor, portanto, a descrição que apresento busca segmentar os planos de análise para, de algum modo, conciliar as teorias da supremacia judicial (cingindo-a ao *plano da validade dos atos públicos*) com as teorias dialógicas e populares (mais afeitas ao *plano da disputa perene quanto ao sentido das normas constitucionais*).

CAPÍTULO 3

EVOLUÇÃO FORÇOSA: SENTIDO E ESCOPO DOS ATOS POLÍTICOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

Os *atos políticos*, como examinado no **Capítulo 1**, constituem categoria forjada para interditar o controle jurídico, especialmente aquele a cargo do Poder Judiciário, sobre certos poderes estatais. Afirmada, no **Capítulo 2**, a incompatibilidade das pretensões de injusticiabilidade dos atos políticos com princípios estruturantes da ordem constitucional inaugurada em 1988, seria natural propor a abolição da categoria jurídica.

Decretada a morte da *raison d'être* original dos atos políticos, faz sentido dar sobrevida ao instituto e a nomenclatura que lhe corresponde? Penso que sim, desde que se reconheça a evolução forçosa, imposta pela Constituição de 1988, quanto ao sentido da categoria. Os atos políticos, sob a ótica do Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, devem demarcar as fronteiras de um regime especial de *revisão judicial* – que observa um parâmetro mais restrito de controle (**Capítulo 4**) e se orienta por *standards* e graus de escrutínio judicial consentâneos à sua natureza e à sua relação com a tutela da independência dos Poderes e do princípio democrático (**Capítulo 5**).

O controle, pelo Poder Judiciário, dos atos de investidura de Ministros de Estado, por exemplo, não pode ser processado na mesma lógica e sob os mesmos critérios pelos quais os magistrados apreciam impugnações a licitações ou demandas previdenciárias. A intervenção judicial sobre os atos políticos não pode ser assimilada como algo trivial; próprio ao cotidiano das Cortes.

Embora os Tribunais não possam ignorar ofensas à Constituição, afetas a qualquer função governamental e expressas mediante quaisquer fórmulas normativas, devem reconhecer a delicadeza institucional da invalidação de atos políticos pelo Judiciário – adotando liturgias e técnicas decisórias capazes de mitigar atritos e rompimentos institucionais sem que, para isso, precisem sacrificar a defesa da supremacia e da efetividade constitucional.

Esse desafio – de apontar as bases para uma metodologia adequada de *judicial review* dos atos políticos – será enfrentado na **Parte II** desta Tese, que abrange os mencionados **Capítulos 4 e 5**. Em seguida, na **Parte III**, dedicada ao exame dos atos políticos em espécie, serão apresentadas aplicações concretas do método proposto em cotejo com a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

Neste terceiro capítulo, afirmada a utilidade e redefinido o sentido dos atos políticos na ordem constitucional vigente, cuida-se agora de delimitar o escopo do conceito. De responder, em termos objetivos e precisos, quais são os atos políticos à luz da Constituição de 1988?

Como se viu no **Capítulo 1**, a literatura e a jurisprudência, no curso dos séculos XIX e XX, enfrentaram grande dificuldade de definir, mediante critérios claros e seguros, a abrangência dos *actes de gouvernment* ou da *political question doctrine*. Até em razão da falta de consolidação institucional dos órgãos judicantes, fator impeditivo de sua atuação independente, foram adotados critérios vagos, dúcteis e, muitas vezes, tautológicos ou mesmo contraditórios para a identificação dos atos políticos.

A doutrina brasileira também não foi capaz de fornecer uma resposta satisfatória à questão.[297] Carlos Roberto Siqueira Castro, por exemplo, compreende os atos políticos como aqueles "que, por decisão soberana do Poder Judiciário (e só deste), refogem ao âmbito do controle judicial e impedem o andamento do devido processo judicial", concluindo que "o que se disser, além disso, parece-nos arriscado e de difícil sustentação teórica".[298]

Paulo Thadeu Gomes da Silva, em sua Tese de Doutorado, reconhece, embora não se proponha a suprir, a falha da teoria constitucional em construir um conceito metodologicamente útil ao instituto.[299] Eis a proposta conceitual que desenvolvi, sua justificativa teórica e decomposição analítica.

Sob a ordem constitucional de 1988, entendo que os atos políticos abrangem (*i*) os atos de estruturação interna de um Poder e (*ii*) os atos de relacionamento (*ii.1*) entre Poderes independentes, (*ii.2*) unidades federativas autônomas ou (*ii.3*) Estados soberanos – que sejam objeto de previsão constitucional expressa e disciplina constitucional satisfativa.[300]

---

[297] A professora Odete Medauar fornece a síntese de nove teorias distintas para a caracterização dos atos de governo: (a) 'Teoria do fim político'; (b) 'Soberania´; (c) 'Distinção entre atividade de governo e atividade administrativa'; (d) 'Teoria do Quarto Poder'; (e) 'Execução da Constituição'; (f) 'interesse geral do Estado em sua unidade'; (g) Teoria da atividade livre ou discricionária; (h) 'Não apreciação jurisdicional'; (i) ´Critério da lista ou empírico´. *Cf.* MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista De Direito Administrativo*, Vol. 191, 1993, p. 70-77. A análise pormenorizada de cada uma dessas abordagens teóricas não se revelou metodologicamente útil à investigação doutoral.

[298] SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 263.

[299] Cf. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Questões Políticas*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC, 2005, p. 90-101. As páginas apontadas correspondem ao Tópico 2.5 da Tese referida, cujo título é "A indefinição de um conceito de questão política na teoria constitucional".

[300] Para a caracterização jurídica dos atos políticos é necessário que a Constituição tenha, ela própria, o instituído e o disciplinado com a densidade normativa necessária ao seu exercício, a despeito de qualquer integração legislativa superveniente. Nesse ponto, aliás, como se repisará em seguida, só se admite que o

A primeira nota distintiva proposta, extraída a partir do exame da racionalidade do catálogo constitucional, tem que ver com o conteúdo dos atos políticos em sentido estrito, que ou bem se destinam à organização interna de um Poder, ou bem constituem atos de relacionamento entre Poderes independentes, unidades federativas autônomas ou Estados soberanos.[301]

O segundo traço identificador da categoria tem que ver com seu fundamento normativo. Os atos políticos são criados e regidos diretamente pela Constituição.[302] Sendo a repartição de competências entre os Poderes matéria sujeita apenas à disciplina constitucional,[303] devem os atos políticos – que consubstanciam as faculdades de maior relevo de cada Poder – também estarem confinados à Carta. As atribuições criadas por lei não poderiam, pois, configurar atos políticos; nem pode o Congresso, via lei ordinária, suprimir ou estrangular os atos políticos criados pela Constituição.[304-305]

Mais do que isso: nem mesmo o Constituinte Derivado pode reconfigurar livremente o catálogo constitucional de atos políticos atribuídos a cada Poder, na medida em que a Separação dos Poderes encerra cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III); limite material ao poder de reforma ou revisão constitucional.

Congresso, via legislação infraconstitucional, disponha sobre os atos políticos constitucionalmente atribuídos a outros Poderes, nos casos autorizados expressamente pela própria Constituição Federal.

[301] Nas páginas seguintes, em que se relacionará todos os atos políticos contemplados na Constituição de 88, buscar-se-á relacionar cada um deles ao conceito proposto, a fim de comprovar sua funcionalidade descritiva.

[302] Esse aspecto conceitual, quanto à base normativa constitucional direta, já foi realçado por FIORINI, Bartolome. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1995, p. 339 e seguintes.

[303] *Cf.* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43 e SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 49-51.

[304] A limitação, por legislação infraconstitucional, dos atos políticos previstos na Constituição só pode ocorrer, validamente, nos casos expressamente autorizados pela própria Lei Fundamental. Isso ocorre, por exemplo, em relação ao indulto por força do art. 5º, XLIII, da CF/88. Com base nesse permissivo constitucional, os delitos que forem qualificados como hediondo, por lei ordinária aprovada pelo Congresso, passam a ser insuscetíveis ao benefício. Naturalmente, no que toca aos atos políticos do próprio Poder Legislativo, não parece haver óbice para que o Congresso limite-se a si próprio mediante Lei Ordinária; como também é dado ao Presidente da República fazê-lo por Decreto e aos Tribunais via atos normativos aprovados em sessões administrativas.

[305] Como afirmo nas páginas seguintes, os atos políticos têm base normativa constitucional 'direta e bastante' (ou 'imediata e suficiente'). Relacionando-os à teoria de classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, os preceitos instituidores de atos políticos precisam reunir o atributo da 'aplicabilidade imediata', podendo, contudo, ter 'eficácia plena' ou 'eficácia contida' (também e melhor referida como 'eficácia restringível'). Novamente: os atos políticos prescindem de integração legislativa para serem praticados e essa só pode se dar nas hipóteses expressamente autorizadas pela própria Constituição.

Propostas de Emenda à Constituição que tendam a abolir a Separação dos Poderes não são admissíveis. Essa restrição, imposta pelo Constituinte Originário, não pode, contudo, ser interpretada de modo a petrificar o sistema de repartição de competências promulgado em 1988. Não deve o Direito Constitucional render-se ao que Mangabeira Unger denominou de "fetichismo institucional"[306], isto é, a cristalização de concepções ou arranjos circunstanciais como modelos necessários, ideais ou perenes.[307]

Pelo contrário, como indicado no **Capítulo 2**, a própria teleologia do princípio da Separação dos Poderes recomenda ajustes periódicos no sistema constitucional de partilha de competências a fim de evitar ou corrigir distorções institucionais e ameaças despóticas. Nesse sentido, mais do que possível, é recomendável que o Congresso Nacional, via emendas à Constituição Federal, limite ou mesmo subtraia poderes historicamente incorporados à nossa tradição constitucional; mesmo porque muito deles, como é o caso da graça (ou indulto individual),[308] representam reminiscências absolutistas não assimiladas por nossa práxis constitucional em períodos de normalidade democrática.[309] O que a cláusula pétrea veda, repita-se, é a ablação do Poder compartilhado; não a busca por modelos mais adequados, eficientes e equilibrados de partilha do Poder do Estado.[310]

Antes de prosseguir à decomposição do conceito proposto à luz do catálogo de atos políticos da Constituição de 1988, farei três apontamentos que ajudam a melhor compreender o modelo sugerido e a diferenciá-lo das demais abordagens conceituais fornecidas pela literatura.

---

[306] *Cf*. UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized*: the progressive alternative. New York: Verso, 1998, p. 25.

[307] No mesmo sentido, manifestam-se SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 305 e LARA, Gustavo Dalpupo de. Experimentalismo institucional como antítese ao conservadorismo da crítica jurídica. *Revista de Ciências do Estado*, vol. 6, pp. 1–21, 2021.

[308] O indulto, em suas modalidades individual e coletiva, será examinado no **Capítulo 8** – em que se discutirá mesmo a sobrevivência ou não da graça na ordem constitucional inaugurada em 1988.

[309] Nesse sentido, *v*. as PECs 19/2018, 72/2019 e 89/2019. Após a concessão da graça ao Dep. Daniel Silveira, diversos Senadores, inclusive o Presidente do Senado, iniciaram movimentações para aprovar emenda à Constituição que restrinja o poder de indulgência do Presidente da República. *Cf*. "Pacheco articula PEC que restringe uso de indulto pelo presidente da República". Publicado pelo *Correio Braziliense*, em 30 abr. 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/04/5004507-pacheco-articula-pec-que-restringe-uso-de-indulto-pelo-presidente-da-republica.html>.

[310] *Cf*. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 25 abr. 2005, em que o Supremo reconheceu a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/04, particularmente no que toca à criação e à composição do Conselho Nacional de Justiça.

Os atos políticos, como categoria demarcadora de um regime peculiar de revisão judicial, abrangem expedientes de diversas naturezas jurídicas (normativa, administrativa, judicante), que podem produzir efeitos apenas na ordem interna ou, também, na ordem internacional.[311-312] Ou seja: os atos políticos são heterogêneos e classificáveis mediante outros aspectos de suas respectivas naturezas jurídicas. A capitulação como ato político diz respeito apenas ao regime de controle jurídico aplicável.

Outro aspecto relevante do conceito proposto prende-se à sua dimensão subjetiva. Parte da literatura clássica a respeito dos atos políticos compreendem-nos como privativos do Presidente da República. Entre nós, a Professora Odete Medauar tem sustentado que apenas a autoridade mais elevada do Poder Executivo pode praticar atos políticos.[313] Por outro lado, a jurisprudência norte-americana, como examinado no **Capítulo 1**, há muito reconhece, como atos políticos, diversas das prerrogativas constitucionais do Poder Legislativo – como a formatação dos distritos eleitorais e o *impeachment*.[314]

A exclusão subjetiva pretendida, por parte da doutrina, parece ligar-se mais ao tratamento histórico do fenômeno do poder político (especialmente, na gramática dos administrativistas), e às percepções distorcidas dele derivadas, do que ao Direito Constitucional Positivo – que distribui prerrogativas, sujeitas exclusivamente à normatização constitucional, entre *todos* os Poderes, (*i*) tanto como mecanismos necessários à sua estruturação, composição e funcionamento interno; (*ii*) quanto como ferramentas de controle recíproco.

---

311 Boa parte da literatura publicista trabalha, como mencionado no **Capítulo 1**, com a distinção entre Administração Pública e Governo, até em reboque da jurisprudência do Conselho de Estado francês a partir de 1875, ano que marca o abandono progressivo do critério do *mobile politique*. Influenciada por essa distinção fundacional, a literatura clássica se inclinou a assimilar os atos de governo, ou atos políticos, como espécie autônoma de ato estatal, a figurar ao lado dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Nesse sentido, por exemplo, *v.* MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. *Revista De Direito Administrativo*, vol. 189, 1992, p. 92 e seguintes. Radicalizando essa compreensão, Otto Mayer chegou mesmo a propor o reconhecimento do 'Governo' como um quarto poder, paralelo ao Legislativo, Executivo e Judiciário. Cf. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Horácio Heredia. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, Tomo I, p. 11 e seguintes.

312 A professora Odete Medauar, citando as doutrinas de Themistocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cretella Júnior, defende que os atos políticos teriam natureza ou constituiriam espécie do gênero ato administrativo – o que guarda coerência com a compreensão, referida na nota de rodapé abaixo, de que apenas o Presidente da República editaria atos políticos. *Cf.* MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista De Direito Administrativo*, Vol. 191, 1993, p. 79-81.

313 *Cf.* MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista De Direito Administrativo*, Vol. 191, 1993, p. 68-69. A autora renova esse entendimento, mais recentemente, na obra *Direito Administrativo Moderno*. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 184.

314 *Cf.* Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) e *Nixon v. United States, 506 U.S. 224, 228 (1993).*

Essas duas modalidades de atos políticos – de estruturação interna e de controle recíproco – são francamente repartidas pela Constituição entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Nem mesmo no que toca ao relacionamento entre unidades federativas ou Estados soberanos, há monopólio do Presidente da República – a quem compete, no sistema de governo brasileiro, a chefia do Poder Executivo da União Federal e a chefia do Estado brasileiro, perante a ordem internacional. Como se verá em seguida, nesse campo, há também atos políticos a cargo do Poder Legislativo e mesmo do Judiciário.

O último ponto a ser ressaltado é que a proposta conceitual cunhada se baliza por critérios objetivos, respeitantes ao conteúdo e ao fundamento normativo dos atos políticos. Ela não orbita ao redor de *impalpáveis juízos de relevância política*, não só por sua dificuldade operativa e falta de substrato normativo, mas mesmo porque todos os atos estatais, em graus infinitamente variados, desencadeiam consequências de natureza política.

A precisão conceitual proposta, além de derivar logicamente da Constituição, tem particular relevo para a compreensão teórica dos atos políticos; embora também se revista de inegável utilidade para a elaboração e para a aplicação da metodologia decisória que será apresentada na **Parte II** desta Tese.

Nesse segundo aspecto, contudo, deve-se encorajar, mais do que simplesmente admitir, a extensão analógica, total ou parcial, conforme a *avaliação prudencial* dos juízes do caso, dos princípios de revisão judicial dos atos políticos (*vide* **Tópicos 5.2** e **5.3**) às impugnações contra atos do Poder Público que – embora não se amoldem às balizas conceituais propostas – guardem similitude com espécies de atos políticos contemplados pela Constituição ou, por qualquer razão, apresentem invulgar relevância política, institucional ou econômica.

Dois exemplos ilustram o ponto. O primeiro é um caso concreto, o da nomeação do Delegado Alexandre Ramagem para a Diretoria-Geral da Polícia Federal – que será retomado no **Capítulo 6**. O referido cargo, bem como a prerrogativa presidencial de provê-lo, foi criado por Lei Federal ordinária. No entanto, a centralidade da nomeação para o Presidente da República, bem como o embasamento infamante da ação que a impugnou, somadas às anomalias que têm permeado o Governo Bolsonaro, recomendariam a atração, ao menos parcial, do regime de *judicial review* dos atos políticos; com vistas à preservação institucional do próprio Poder Judiciário.

A segunda ilustração pode ser feita mediante alusão às ações judiciais de vulto econômico expressivo, especialmente aquelas de difícil ou impossível absorção orçamentária.

Em casos como esses, podem os juízes, a seu critério, inspirar-se no modelo de revisão judicial dos atos políticos para julgarem, de modo institucionalmente mais cauteloso, demandas política ou economicamente periclitantes.[315]

Passa-se agora à análise do catálogo de atos políticos contemplados pela Constituição de 1988. Os constituintes forneceram uma pista redacional à identificação do *elenco principal*: a associação do verbo "*competir*" ao advérbio "*privativamente*"[316] ou, no caso do artigo 49, do emprego da locução "*competência exclusiva*". Na topografia da Constituição Federal brasileira, os atos políticos são localizados sobretudo abaixo de *caputs* que enunciam as '*competências privativas ou exclusivas*' de um órgão ou Poder; embora haja algumas disposições constitucionais esparsas que se amoldam às balizas conceituais propostas.[317]

Mais concretamente, são estes os dispositivos constitucionais que relacionam os principais atos políticos de cada Poder: artigo 49 (competências exclusivas do Congresso Nacional), artigo 51 (competências privativas da Câmara dos Deputados), artigo 52 (competências privativas do Senado Federal), artigo 84 (competências privativas do Presidente da República) e artigo 96 (competências privativas dos Tribunais).

Comecemos pelos atos políticos que tocam ao Presidente da República. O primeiro deles é o de nomear e exonerar os Ministros de Estado (art. 84, I), ato basilar à organização interna do Executivo Federal – cuja direção superior compete ao Presidente, com o auxílio dos Ministros (art. 84, II).[318]

Nos três incisos subsequentes, a Constituição dispõe sobre a participação do Presidente no processo legislativo propriamente dito, especificando os seguintes atos de relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo: "iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição" (art. 84, III); "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem

---

[315] Proponho, contudo, que o oposto não seja dado aos magistrados. Se o ato impugnado se amoldar à categoria jurídica dos atos políticos, nos termos conceituais propostos, os juízes competentes devem observar os princípios decisórios de que trato na **Parte II**, especialmente no **Capítulo 5**.

[316] A única exceção a essa regra é o artigo 22, da CF/88, que relaciona as matérias reservadas à competência legislativa da União Federal.

[317] Identifiquei algumas exceções à tendência de aglutinação topográfica dos atos políticos, como a requisição de intervenção federal pelo Poder Judiciário (art. 36, I e II) e algumas das prerrogativas de organização interna (art. 57) e controle externo do Poder Legislativo (*e.g.*, art. 50; art. 58, § 3º e art. 71, § 1º). No desfecho do capítulo, proporei reconhecer algumas competências do TCU como atos políticos e discutir, à luz do critério erigido, a classificação do próprio controle judicial de constitucionalidade como tal.

[318] Embora o art. 84, II, da CF/88, não institua um ato político propriamente dito, ele serve de substrato jurídico imediato aos poderes hierárquicos do Presidente da República, como chefe da Administração Pública Federal – a exemplo da avocação administrativa e do recurso hierárquico.

como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"[319] (art. 84, IV); e "vetar projetos de lei, total ou parcialmente" (art. 84, V).

No art. 84, VI, alíneas '*a*' e '*b*', a Constituição de 1988 prevê duas modalidades de decretos autônomos[320] – atos normativos do Chefe do Poder Executivo, com fundamento constitucional imediato, que reestruturam, de forma não onerosa, a organização interna da Administração Pública.[321]

Os dois incisos subsequentes dão conta de atos de relacionamento do Estado brasileiro com outros Estados soberanos: "manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos" (art. 84, VII) e "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional" (art. 84, VIII).

O artigo 84, IX, da Constituição Federal, refere-se à prerrogativa presidencial de "decretar o estado de defesa e o estado de sítio" – que constituem estados de exceção constitucional, que, além de permitirem a suspensão de alguns direitos e garantias individuais, modificam temporariamente a relação entre os Poderes e, em alguns casos, mesmo entre unidades federativas ou Estados Soberanos (CF/88, arts. 136 a 141).

O próximo ato político atribuído ao Presidente pela Constituição é o de "decretar e executar a intervenção federal" (art. 84, X) – que, evidentemente, concerne ao relacionamento entre unidades federativas autônomas, implicando, justamente, a restrição temporária da autonomia de Estado-membro ou do Distrito Federal, pelos motivos e ritos dispostos pelos artigos 34 a 36 da Constituição (*vide* **Capítulo 7**).

Outro exemplo de ato pertinente ao relacionamento entre Executivo e Legislativo pode ser encontrado na competência presidencial de "remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias" (art. 84, XI).

A Carta também confere ao Presidente a prerrogativa de "conceder indulto e comutar penas" (art. 84, XII). O indulto – que será examinado no **Capítulo 8** – encerra mecanismo de

---

[319] Os decretos e regulamentos de execução legislativa também traduzem um componente de organização do funcionamento interno da Administração Federal, na medida em que consagram orientações detalhadas que ampliam o grau de vinculação e uniformizam a ação administrativa federal.

[320] Sobre o tema, *v.* CYRINO, André. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*: a espécie regulamentar criada pela EC n 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

[321] CF/88, art. 84, VI. "Compete privativamente ao Presidente da República: (...) dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos".

relacionamento entre os três poderes, na medida em que autoriza o Presidente a extinguir ou mitigar o efeito de condenações criminais impostas pelo Poder Judiciário, com base na legislação penal aprovada pelo Congresso Nacional.

O dispositivo seguinte compreende atos de estruturação interna do Poder Executivo Federal, eis que se refere às competências do Presidente da República de "exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos" (art. 84, XIII).[322]

Dos incisos XIV a XVII, do artigo 84,[323] a Constituição prevê diversas competências do Presidente da República para nomear autoridades do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas da União e da própria Administração Pública Federal, além dos Governadores de territórios federais.[324] Tais atos, conforme o caso, constituem expressão (*i*) da prerrogativa de auto-organização administrativa do Presidente da República (*e.g.*,

---

[322] As Forças Armadas, aliás, não constituem um Poder independente nem mesmo um órgão constitucionalmente autônomo. Embora abrigadas sob a burocracia hierárquica do Poder Executivo Federal, cuja chefia compete ao Presidente da República, as Forças Armadas "destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem" (CF/88, art. 142, *caput*). As Forças Armadas são, portanto, órgãos de Estado subordinados à Constituição Federal, às Leis aprovadas pelo Poder Legislativo, aos atos administrativos do Presidente da República e às decisões do Poder Judiciário, inclusive quanto à constitucionalidade das Leis e dos atos do Presidente. As Forças não se revestem de autonomia nem devem ser impropriamente introduzidas na dialética institucional entre os Poderes, a fim de distorcer ou suprimir a independência de que eles são revestidos e a relação de equilíbrio que devem aspirar. À toda evidência, não compete ao Exército, à Marinha, à Aeronáutica nem ao conjunto das Forças qualquer papel de moderar ou arbitrar a relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. As Forças Armadas não reúnem legitimidade para remover Presidente que as desagrade, como fizeram em 1892, 1955 e 1964, nem podem, alegando subordinação servil ao Presidente da vez, embarcar em investidas antidemocráticas patrocinadas pelo Chefe do Poder Executivo (autogolpes), como fizeram em novembro de 1891, em outubro de 1930 e em novembro de 1937. As Forças Armadas devem obediência, em primeiro e último lugar, à Constituição. A intervenção dos militares na arena política só se admite, a título excepcionalíssimo, quando indispensável à prevenção ou à debelação de golpes contra a Constituição e a Democracia. É o caso – único em nossa história – do contragolpe capitaneado pelo Marechal Lott, em 11 de novembro de 1955, que garantiu a posse de Juscelino Kubitschek e João Goulart, eleitos Presidente e Vice-Presidente da República, respectivamente. *Cf*. CARLONI, Karla. *Forças Armadas e Democracia no Brasil*: o 11 de novembro de 1955. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

[323] CRFB/88, art. 84. "Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União; XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII".

[324] Embora os territórios federais então existentes (Amapá, Roraima e Fernando de Noronha) tenham sido extintos pela Constituição Federal de 1988 (ADCT, arts. 14 e 15), a Carta admite expressamente a criação de novos territórios federais e confere disciplina não exaustiva à sua organização (art. 18, § 2º e § 3º, e art. 33).

Advogado-Geral da União); (*ii*) do relacionamento entre Poderes reciprocamente independentes (*e.g.*, Ministros do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Contas da União); (*iii*) ou mesmo de relacionamento quase-federativo,[325] no caso dos Governadores de territórios.

As nomeações presidenciais exógenas – aquelas destinadas ao preenchimento de cargos em outros Poderes – se sujeitam sempre ao controle preventivo de órgãos constitucionalmente autônomos, seja mediante a elaboração de listas tríplices, como ocorre no caso dos magistrados nomeados pelo quinto constitucional, seja por meio do controle político do Senado Federal – o qual também se estende a posições endógenas que, conquanto abrigadas no interior do Poder Executivo, sejam revestidas de garantias de autonomia institucional conferidas pela Constituição ou por Lei.[326]

Na sequência, os incisos XIX e XX, do artigo 84, dispõe a respeito da declaração de guerra e da celebração da paz – que constituem os atos extremos do relacionamento entre Estados soberanos. Caminhando para o final do elenco de competências privativas do Presidente da República, a Constituição prevê três atos próprios ao relacionamento entre o Executivo e o Legislativo: (*i*) "enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição" (art. 84, XXIII); (*ii*) "prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior" (art. 84, XXIV); e (*iii*) "editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62" (art. 84, XXVI).

Por fim, o último e mais recente ato político do catálogo de competências presidenciais consiste na prerrogativa de "propor ao Congresso Nacional a decretação do estado de calamidade pública de âmbito nacional" (art. 84, XXVIII). O dispositivo foi incorporado à

---

[325] As Constituições de 1967 e 1969 mencionavam os "Territórios" entre os componentes da federação brasileira e omitia os municípios. A Constituição de 1988 inverteu a lógica anterior, integrando o município ao pacto federativo e excluindo deles os "territórios federais" – nomenclatura nova que melhor reflete a natureza autárquica que se lhe fora atribuída. Os territórios passaram, pois, a ser assimilados como produtos da mera descentralização administrativa-territorial da União (art. 18, § 2º). Embora não sejam titulares de autonomia federativa, é bem de ver que a Constituição busca resguarda os interesses dos cidadãos que eventualmente venham a residir em territórios federais ao exigir aprovação do Senado às nomeações presidenciais de Governadores de Territórios e ao estipular que, "nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa" (art. 33, § 3º).

[326] É o caso, por disposição constitucional, do Presidente e da Diretoria do Banco Central, e, por disposição legal constitucionalmente respaldada, dos Diretores de Agências Reguladoras federais. Lembre-se que a competência do Senado Federal para aprovar escolhas de autoridade se estende aos "titulares de outros cargos que a lei determinar" (art. 52, III, ´f´).

Constituição pela Emenda nº 109/2021, que resultou da chamada "PEC Emergencial", concebida e aprovada já no contexto da pandemia de COVID-19. O principal efeito da medida, cuja iniciativa é reservada ao Presidente, mas a decretação compete ao Congresso, é a ativação de um "regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações" (art. 167-B e seguintes). Logo, a calamidade pública de âmbito nacional implica, a título temporário, a reestruturação interna de regras de funcionamento do Poder Executivo (*e.g.*, contratações administrativas) e de relacionamento entre os Poderes (*e.g.*, orçamento público).

O leitor atento terá observado que cinco, dos vinte e sete incisos do artigo 84, não foram referidos acima. A razão para isso é singela: os incisos omitidos não consagram atos políticos, à luz do esquema conceitual proposto. Os atos referidos pelos incisos XVIII e XXI não contemplam efeitos jurídicos concretos, dada a natureza consultiva dos órgãos mencionados no inciso XVIII e considerado o caráter simbólico dos atos aludidos pelo inciso XXI.[327] No caso dos incisos XXII e XXV, as competências referidas são dependentes e subordinadas, pela própria Constituição, à disciplina de Lei Complementar e de Lei Ordinária, respectivamente.[328] O inciso XXVII limita-se a fazer referência inclusiva a disposições constitucionais esparsas, não se revestindo, pois, de conteúdo normativo próprio.[329]

Esses elementos repelem a apreensão integral e acrítica de todas as competências presidenciais elencadas pelo artigo 84 como atos políticos. Sugerem, pois, que a teoria constitucional deve ser erigida a partir da análise cuidadosa e sistemática do Direito Constitucional Positivo.

O Poder Legislativo é órgão investido de duas funções típicas centrais: a legiferação e a fiscalização (ou controle externo). As prerrogativas congressuais de auto-organização e de fiscalização do Poder Executivo se amoldam, clara e abstratamente, ao conceito de ato político proposto – como se verá abaixo em detalhes. No entanto, a atividade legislativa do Congresso também é disciplinada diretamente pela Constituição – que demarca as competências de cada ente, define as autoridades com poder de iniciativa e regula o processamento dos projetos legislativos até a sua promulgação – e, necessariamente, repercute

---

[327] CRFB/88, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: "XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; (...) XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas".

[328] CRFB/88, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: "XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; (...) XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei".

[329] CRFB/88, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: "XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição".

sobre a atuação dos demais Poderes, na medida em que devem ser observadas de ofício pelo Executivo (*princípio da legalidade*) e aplicadas, por provocação das partes, pelo Judiciário na composição de conflitos de interesses. Assim, embora a análise abaixo gire ao redor das competências fiscalizatórias do parlamento, as competências legislativas, como gênero, também encerram atos políticos – devendo ser controladas pelo Poder Judiciário de acordo com os *standards* descritos na **Parte II**. Na prática, portanto, o controle judicial dos atos políticos deve se orientar pelos mesmos princípios do controle de constitucionalidade das Leis, que daqueles constituem espécies. Nessa perspectiva, as propostas apresentadas na **Parte II** partem do acúmulo teórico quanto ao *judicial review* das Leis para chegar a um regime comum de controlabilidade judicial dos atos políticos.

As Leis, como todos os atos políticos, são editadas com fundamento diretamente na Constituição e repercutem sobre a relação entre os Poderes. Nada mais adequado que observem o mesmo sistema e parâmetros de escrutínio judicial.[330]

No âmbito da União, o Poder Legislativo compõe-se da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, integrado pelo conjunto dos parlamentares federais e comandado pelo Presidente do Senado.

A Constituição contempla atos políticos de auto-organização do Poder Legislativo, como é o caso da competência para elaborar o respectivo regimento interno (artigos 51, III; 52, XII e 57, § 3º, I). Além disso, Senado e Câmara são também titulares da prerrogativa de eleger sua respectiva Mesa Diretora (art. 57, § 4º); poder que não se aplica ao Congresso Nacional – na medida em que sua Mesa é formada conforme a regra do art. 57, § 5º, da Constituição.[331]

À Câmara e ao Senado, também compete "dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias" (arts. 41, IV e 52, XIII). Ao Congresso, por fim, tocam as prerrogativas de "mudar temporariamente sua sede" (art. 49, VI) e fixar idêntico subsídio para os Deputados e Senadores (art. 49, VII).

Os demais atos políticos atribuídos ao Poder Legislativo, pela Constituição, ainda quando abrangem componentes federativos ou internacionais, são permeados por uma lógica de

---

[330] O tema será retomado no **Capítulo 5**.

[331] CRFB/88, art. 57, § 5º: "A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal".

relacionamento e controle político entre Poderes reciprocamente independentes. É bem de ver, ainda, que muitos dos atos políticos tradicionalmente apreendidos como prerrogativas presidenciais constituem, na verdade, atos políticos complexos – que só se aperfeiçoam mediante a conjugação da vontade política do Executivo e do Legislativo (*vide* **Tópico 5.1**). Noutros casos, embora o ato político se consume apenas com a ação presidencial, a Constituição reserva ao Legislativo prerrogativas de suspender ou sustar os atos adotados pelo Executivo.

Feitas essas considerações, apresentam-se agora os principais atos políticos a cargo do Poder Legislativo que são aplicáveis às suas relações com os demais Poderes: (*a*) instaurar comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º); (*b*) convocar Ministros de Estado para prestar informações (art. 50); (*c*) autorizar o Presidente a declarar guerra, celebrar paz e a se ausentar do país por mais de 15 dias (art. 49, II e III); (*d*) aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer dessas medidas (art. 49, IV); (*e*) sustar atos normativos do poder executivo (art. 49, V); (*f*) fixar os subsídios do Presidente, do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado (art. 49, VIII); (*g*) julgar as contas do Presidente da República (art. 49, IX); (*h*) escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas (art. 49, XIII).

Sob a competência exclusiva do Congresso, também se abrigam os seguintes atos políticos parlamentares, referidos pelo artigo 49:

> X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; (...) XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; XV - autorizar referendo e convocar plebiscito; XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares. XVIII - decretar o estado de calamidade pública de âmbito nacional previsto nos arts. 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G desta Constituição.

À Câmara dos Deputados, compete privativamente, ainda, (a) "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" e (b) "proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa".

O Senado Federal, a seu turno, reúne competência privativa para: (a) processar e julgar diversas autoridades públicas por crimes de responsabilidade (art. 52, I e II); (b) aprovar a escolha de diversas autoridades indicadas pelo Presidente (art. 52, III); (c) autorizar operações natureza financeira e zelar pela administração tributária das unidades federativas (art. 52, V, VI, VII, VIII, IX e XV) e (d) suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais, de forma incidental, pelo STF (art. 52, X).[332]

Embora a lista seja mais restrita, a Constituição também confia ao Poder Judiciário o exercício de atos políticos. O principal ato político de auto-organização judiciária tem que ver com a prerrogativa de os Tribunais elaborarem o próprio regimento interno e elegerem seus respectivos órgãos diretivos (art. 96, I, 'a'). Além disso, o artigo 96, II, da Constituição, prevê, em favor de órgãos do Poder Judiciário, a iniciativa privativa de proposições legislativas concernentes à organização judicial brasileira.[333] Os atos de investidura direta ou de promoção de magistrados, assim como a formação de listas tríplices à apreciação do Presidente da República e a indicação de membros do CNJ e do CNMP por órgãos do Poder Judiciário, também constituem atos políticos de auto-organização judiciária.[334]

No capítulo da Intervenção Federal, a Constituição também consagra atos políticos, praticados pelo Judiciário, no contexto de seu relacionamento com os demais Poderes e com unidades federativas autônomas.[335] São eles: (*i*) a requisição de intervenção federal pelo STF em caso de coação contra o Poder Judiciário (art. 36, I) e (*ii*) a requisição de intervenção pelo

---

[332] Nesse ponto, remete-se à tese da mutação constitucional defendida pelo Prof. Gilmar Mendes. Embora o diagnóstico do Ministro seja preciso e eloquente, a proposta me parece esbarrar nos inflexíveis limites textuais do art. 52, X – que precisariam ser ignorados ou distorcidos para que se operasse a mudança interpretativa advogada, no sentido de assimilar a prerrogativa dos Senadores como medida desnecessária à concessão de eficácia *erga omnes* às decisões incidentais do STF, atribuindo-lhe o efeito de meramente ampliar a publicidade da decisão adotada pelo Supremo. *Cf.* DISCONZI, Nina; PINOS, Ondina. A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 198, 2013, p. 149-166.

[333] CRFB/88, art. 96, II: "Compete privativamente (...) II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias".

[334] Essas prerrogativas estão dispersas pelo texto constitucional. No caso das listas tríplices e da indicação de membros do CNMP, deve-se identificar também a dimensão relacional entre Poderes independentes e órgãos constitucionalmente autônomos.

[335] Não se incluiu, entre os atos políticos a cargo do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a solicitação de intervenção federal por coação dos demais Poderes (CF/88, art. 36, I), tendo em vista o caráter não vinculativo do pedido – o que o aproxima do direito de petição a todos reconhecidos (CF/88, art. 5º, XXXIV, '*a*').

STF, STJ ou TSE, em caso de desobediência à decisão judicial por Estado-membro (art. 36, II).

Antes de apresentar as conclusões do capítulo, examino duas situações peculiares. A primeira tem que ver com o Tribunal de Contas da União, ao qual a Constituição atribui prerrogativas de auto-organização semelhantes às concedidas aos Tribunais judiciários (CF/88, art. 73, caput, c/c art. 96) e poderes de controle externo, com fundamentação normativa constitucional direta e satisfativa, sobre as funções administrativas exercidas por todos os Poderes, em especial o Executivo. É o caso da competência de sustar atos administrativos (art. 71, X) e contratos antijurídicos celebrados pelo Poder Público (art. 71, § 2º).[336]

´Nessa esteira, também deve se reconhecer como atos políticos as prerrogativas de outros órgãos constitucionalmente autônomos que (*i*) gozem de fundamento normativo constitucional imediato e bastante; e (*ii*) que digam respeito à sua estruturação *interna corporis* ou ao seu relacionamento com os Poderes, as unidades federativas ou os Estados Soberanos. A ampliação proposta é mais singela do que pode parecer. Da compulsão integral e reiterada dos dispositivos constitucionais, além dos referidos atos incumbidos aos Tribunais de Contas, apenas as seguintes prerrogativas do Procurador-Geral da República satisfizeram todos os critérios formulados:[337] (*i*) propor ações diretas de controle de constitucionalidade (arts. 36, III, 103, VI e 129, IV); (*ii*) indicar membros ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, X e XI); e (iii) suscitar o "incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal" (art. 109, § 5º).

---

[336] Boa parte da doutrina questiona, a despeito da clareza da Constituição, tornada ainda mais incontornável pela Lei Orgânica do TCU (art. 45, § 3°), a competência subsidiária do Tribunal de Contas da União para sustar contratos públicos irregulares, que tem lugar diante da inércia dos demais Poderes mais de noventa dias. Abordei o tema em: ACCIOLY, João Pedro. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos. *Revista dos Tribunais*, vol. 975, p. 101-132, 2017. Em sentido contrário ao meu artigo, *v.* SUNDFLED, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 257, pp. 111-144, 2011 e BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 203, 1996, p. 137-139.

[337] Há diversas prerrogativas institucionais – de auto-organização ou relacionamento entre os Poderes – previstas em favor de órgãos constitucionalmente autônomos por Leis Complementares e Leis Orgânicas. É o caso não só do Ministério Público, mas também da Defensoria e mesmo da Advocacia-Pública de alguns entes federativos. Por falta de substrato constitucional imediato e satisfativo, tais prerrogativas não devem ser, à luz dos critérios técnicos apresentados, compreendidas como atos políticos em sentido estrito. A promoção da ação penal pública, por exemplo, embora compita privativamente ao Ministério Público, deve ser processada "na forma da lei" (CF/88, art. 129, I). Nesse caso, da Lei Complementar nº 75/1993, que reparte a competência interna dos membros do Ministério Público; da legislação penal que tipifica as condutas criminosas; e da legislação processual penal que disciplina o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e o seu processamento pelo Poder Judiciário.

A segunda proposta concerne ao próprio controle judicial de constitucionalidade dos atos do Poder Público. A jurisdição constitucional, tanto a difusa como a concentrada, é atividade que encontra fundamento constitucional direto e suficiente[338], além de repercutir sobre o relacionamento entre Poderes independentes e, conforme o caso, também sobre o relacionamento entre unidades federativas autônomas e Estados soberanos. Amolda-se, pois, a todos os critérios conceituais cogitados. O tema será retomado no **Capítulo 5**.

Embora árido, o estudo sistemático dos atos políticos, a partir da normatividade constitucional, permite que se pense neles por uma ótica ampliada e uniformizadora – necessária à construção de um regime jurídico comum. A mera identificação e justaposição das vastas espécies de atos políticos constitucionalmente contempladas auxilia no adequado dimensionamento da temática, que, longe de irrelevante ou lateral, é mesmo central ao sistema de Separação dos Poderes.

O exame normativo-sistemático dos atos políticos previne a '*miopia da análise isolada*' que, não raro, acomete os juristas que se dedicam ao tratamento monográfico de uma de suas espécies. Sob lentes macroscópicas, a tese da imunidade jurídica dos atos políticos revela-se ainda mais disparatada e inadmissível. Não haveria Estado Democrático de Direito se todos os atos mencionados neste capítulo escapassem à fiscalização de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Embora se tenha identificado significativo predomínio de atos políticos atribuídos ao Poder Legislativo e ao Presidente da República, o reconhecimento de que a Constituição também os prevê em favor do Poder Judiciário – e mesmo de órgãos constitucionalmente autônomos que transcendem à tripartição clássica do poder estatal – deixa claro que os atos políticos correspondem, em essência, aos mecanismos constitucionais de freios e contrapesos pelos quais os Poderes exercem sua independência, limitam-se reciprocamente e desenvolvem relações interfederativas e interestatais.

Esse dado somado à proposta de capitulação do controle judicial de constitucionalidade como ato político ampliam o respaldo da compreensão do Poder Judiciário como poder

[338] O controle incidental de constitucionalidade não é objeto de regulação infraconstitucional. As ações diretas, pelas quais se processam o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, embora sejam disciplinadas por lei ordinária, encontram a sua normatização primária na própria Constituição. Embora o legislativo goze de liberdade de conformação, para ajustar aspectos processuais das ações abstratas, o exercício do controle de constitucionalidade obedece a parâmetro de controle exclusivamente constitucional.

político: litisconsorte legítimo e necessário do processo de dialética institucional pelo qual se exerce, nos termos da Constituição, a soberania do Estado brasileiro.[339]

Em desfecho, recupero e articulo as principais conclusões alcançadas neste Capítulo. A primeira refere-se ao sentido que os atos políticos devem forçosamente assumir na ordem constitucional inaugurada em 1988, por força dos princípios examinados no **Capítulo 2**. Em vez de inibirem *in totum* o controle do Poder Judiciário, os atos políticos demarcam as fronteiras de um sistema especial de controlabilidade jurídica – que deve se orientar pelos requisitos, parâmetros e graus de intervenção que serão apresentados nos capítulos seguintes (**Parte II**).

A segunda liga-se à definição de um critério científico, que pretende superar a fluidez conceitual e os aforismos sem base normativa da literatura clássica, para a identificação precisa dos atos políticos contemplados pela Constituição Federal de 1988. De acordo com o esquema conceitual proposto, os atos políticos correspondem às prerrogativas, de fundamento normativo constitucional direto e bastante, pertinentes à estruturação interna de um Poder ou ao relacionamento entre Poderes independentes, unidades federativas autônomas e Estados soberanos. A partir de balizas técnico-jurídicas claras, pôde-se identificar objetivamente e analisar sistematicamente todos os atos políticos do catálogo da Constituição Federal de 1988.

Os resultados alcançados na **Parte I** desta Tese, como se verá, serão fundamentais ao prosseguimento desta investigação (**Partes II** e **III**) e, a meu sentir, contribuem para a reformulação, teórica e prática, do controle dos atos políticos.

[339] Remete-se às discussões e conclusões alcançadas no *Tópico 2.2* desta Tese, em que se procurou posicionar o controle judicial dos atos políticos entre os reinos do Direito e da Política.

PARTE II

CONFORMAÇÃO E CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS

Capítulo 4 – Requisitos de validade dos atos políticos.

4.1. Toda discricionariedade tem limites

4.2. Os limites formais dos atos políticos

4.3. Os limites substantivos dos atos políticos.

4.4. As exigências da probidade e da finalidade pública

Capítulo 5 – Métodos de controle dos atos políticos

5.1. Mecanismos presidenciais e parlamentares de controle

5.2. Parâmetros de controle judicial

5.3. Graus de controle judicial

CAPÍTULO 4
REQUISITOS DE VALIDADE DOS ATOS POLÍTICOS

4.1. Toda discricionariedade tem limites

Os atos políticos foram, equivocadamente, compreendidos como o campo das '*atividades livres*' ou '*puramente discricionárias*' do Estado. [340] Os atos políticos, de fato, conferem a mais ampla margem de discricionariedade admissível no Direito Público. Eles constituem atos jurídicos primários, que se fiam e se limitam pela Constituição.

Os limites materiais, formais e circunstanciais dos atos políticos estão, pois, dispostos expressamente na Constituição; e só podem ser conformados pelo legislador ordinário, nos casos em que a própria Lei Fundamental expressamente autoriza. [341]

Embora o terreno da discricionariedade no campo dos atos políticos seja vasto, ele certamente não é ilimitado. Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, não se pode confundir discricionariedade com '*cheque em branco*'[342] ou '*escusa universal para arbítrios vários*'.[343]

Não existe, pois, '*discricionariedade absoluta*' nem '*poder puramente discricionário*'.[344] Na acepção técnica do Direito do Estado, a '*discricionariedade*' é o atributo que permite a liberdade de ação, do agente público, no interior de margens jurídicas pré-definidas normativamente.[345]

---

[340] *Cf.* MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista De Direito Administrativo*, Vol. 191, 1993, p. 76. Nesta página, a autora aborda a perspectiva dos atos políticos segundo à 'teoria da atividade livre ou discricionária'.

[341] Reitere-se: apenas nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, mediante normas de eficácia restringível, pode o legislador ordinário disciplinar os atos políticos atribuídos a outros Poderes.

[342] BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 39.

[343] *Cf.* PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Discricionariedade Administrativa. In: *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 66: "Não há liberdade plena ou livre-arbítrio da autoridade pública no exercício da discricionariedade, há uma liberdade instrumental, isto é, uma liberdade de escolha entre opções que possam em tese atender a finalidade pública específica ou o interesse público específico inerente à prática de um determinado ato ou à tomada de uma determinada decisão".

[344] *Cf.* CASSAGNE, Juan Carlos. *El Princípio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Buenos Aires: IBDeF, 2016, p. 255: "*En el derecho administrativo clásico, la potestad discrecional se concebía como opuesta a la potestad reglada como si se tratara de formas puras de la actividad de la Administración*".

[345] Na ação administrativa ordinária, a discricionariedade do agente público é limitada pela Constituição, pelas Leis, pelas decisões judiciais e pelos atos normativos infralegais editados por superiores hierárquicos. No caso dos atos políticos, a margem de discricionariedade é definida apenas pela Constituição; sendo a possibilidade de integração legislativa admissível somente sob ressalva expressa da Lei Maior.

Na lição de Marcos Augusto Perez, "vinculação e discricionariedade, na verdade, decorrem da maior ou menor precisão, ou do maior ou menor detalhamento, dos textos" normativos que habilitem a atuação do agente público.[346]

Na doutrina do *controle da discricionariedade*, ainda é corrente a tese de que o *mérito da escolha*, confiada a agente político, obedeceria a parâmetros de oportunidade e conveniência[347] insindicáveis pelo Judiciário.[348] A imunização judicial do *mérito político* (e, *a fortiori*, do '*mérito administrativo*') não faz sentido. O controle judicial deve ceder apenas quando lhe faltar *parâmetro normativo* expresso ou implícito, de base constitucional ou legal, articulado mediante regras ou princípios.[349]

A interpretação dos atos políticos não pode, nesse sentido, considerar apenas o dispositivo constitucional que o prevê como competência privativa ou exclusiva de determinado Poder ou órgão constitucionalmente autônomo. Na preciosa e conhecida lição hermenêutica de Eros Grau, "*não se interpreta o Direito em tiras, aos pedaços*". Para o

---

[346] *Cf*. PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese de Titularidade. Universidade de São Paulo: 2018, p. 30.

[347] A doutrina diverge quanto à procedência normativa da discricionariedade administrativa. No Brasil, esse debate foi publicamente travado entre BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 15-22, entendendo que o poder discricionário deriva, essencialmente, da indeterminação legislativa, e GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 189-221, entendendo que o poder discricionário deriva de atribuição normativa expressa (de '*liberdade de ação*'), e não da vagueza semântica da norma habilitadora; que deve ser suprida hermeneuticamente. Para Eros, o poder discricionário propiciaria a '*eleição entre indiferentes Jurídicos, à margem, pois, da legalidade*' (p. 206). Penso que a ascensão normativa dos princípios esvazia a proposta teórica de Eros Grau, em que pese o brilhantismo de sua defesa. É que, seja fruto da atribuição normativa expressa, seja externalidade da indeterminação semântica da norma habilitadora, o poder discricionário, de base constitucional ou legal, deverá observar os limites, específicos e gerais, formais e materiais, que decorrem do espraiado sistema de regras e princípios estabelecido pela Constituição. Ainda que a Lei queira atribuir ao administrador *plena liberdade de escolha* em determinada matéria, a Constituição, norma suprema (*critério hierárquico*), impõem-lhe parâmetros transcendentes, com diferentes graus de maleabilidade semântica, que condicionam e conformam a ação administrativa; bem como permitem seu controle pelo Judiciário. Para parafrasear (*e retificar*) Eros Grau, os juízos de conveniência e oportunidade, atribuídos a agentes públicos, até podem se dar *à margem da legalidade*, por falta de parâmetros legislativos conformadores, mas jamais podem exorbitar das *margens constitucionais*, também compostas por princípios jurídicos; que, embora genéricos e fluídos, são dotados de eficácia normativa e sentidos mínimos, já concretizados e consolidados pela jurisprudência do STF.

[348] Em perspectiva clássica, *v*. SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, pp. 01-16, 1951 e CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 79, pp. 23-37, 1965. Em perspectiva mais alinhada às propostas desta Tese, questionando a validade da distinção clássica e pugnando pela possibilidade de revisão judicial do mérito administrativo, *v*. FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito administrativo pelo Judiciário*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[349] A única limitação objetiva ao controle de constitucionalidade, reitere-se, toca ao produto normativo do Poder Constituinte Originário; o que se verifica, conforme o tipo de vício identificado (*vide* **Tópicos 4.2** a **4.4**), é a variação do *grau de intensidade* do controle judicial dos atos políticos (*vide* **Tópico 5.3**)

Ministro aposentado do STF, "*um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum*".[350]

A análise dos requisitos de validade de um ato político deve, portanto, considerar o conjunto sistemático dos princípios e regras contidos na Constituição Federal; e não só a norma constitucional definidora da competência orgânica. Em primeiro lugar, no mais das vezes, a própria norma habilitadora traz, em seu bojo, limites materiais, requisitos formais e prazos específicos que condicionam a validade dos atos políticos e podem ser aferidos pelo Poder Judiciário, a partir de provocação de parte legitimada.[351]

Além disso, em muitos casos, embora os atos políticos sejam perfunctoriamente capitulados dentre as competências privativas ou exclusivas de um Poder, a Constituição também lhes dedica um capítulo próprio, com a normatização de diversas exigências substantivas e formais à sua edição. É o que acontece, por exemplo, com a intervenção federal (art. 34 a 36), o estado de sítio (art. 137) e o estado de defesa (art. 136).

Em tantos outros casos, a Constituição, embora enuncie o ato político dentre as competências privativas de determinado órgão, também prevê limitações específicas à sua edição em disposições esparsas. É o caso dos limites constitucionais ao indulto presidencial[352], objeto investigado no **Capítulo 8**, e dos requisitos específicos para os cargos políticos que ao Presidente compete prover,[353] tema que será examinado no **Capítulo 6**.

Nos casos em que o ato político é instituído mediante norma constitucional de aplicabilidade imediata, mas eficácia restringível, a autoridade competente para praticá-lo passa a ter de observar, como condição de validade do ato, as restrições ou exigências que o legislador venha a prever, via leis ordinárias ou complementares, no exercício legítimo da liberdade de conformação expressamente ressalvada pela Constituição. Este é o caso do *impeachment*, cujos tipos e procedimentos são regulados por 'lei especial' (art. 85, parágrafo

---

[350] *Cf.* GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

[351] A satisfação dos requisitos constitucionais de validade dos atos políticos também pode, em várias hipóteses, sobretudo no que concerne aos atos de competência privativa do Presidente da República, ser aferida pelo Congresso Nacional, mediante suas competências fiscalizatórias (CF/88, artigos 49, 51 e 51).

[352] CF/88, art. 5º, XLIII: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". O indulto será analisado no **Capítulo 8** (**Parte III**).

[353] A título de exemplos, menciono que os requisitos para a posse como Ministro de Estado constam do art. 87; como Ministro do STF, do art. 101; como Procurador-Geral da República, do art. 128, § 1º; como Ministro do TCU, do art. 73; e assim sucessivamente.

único), e do indulto, no que se refere à vedação do benefício para os crimes definidos legislativamente como '*hediondos*' (art. 5º, XLIII).

Todo ato político se sujeita, por fim, ao sistema de princípios constitucionais que deriva da interpretação sistemática da Carta. Como essa sujeição deve ser aferida e aplicada pelo Poder Judiciário é tema reservado ao **Capítulo 5**. No entanto, desde as contribuições de Ronald Dworkin,[354] o Direito não mais é compreendido como um sistema erigido apenas por regras. No plano da Constituição, aliás, nota-se particular prevalência de normas principiológicas, até em função da importância que os Direitos Fundamentais possuem para o constitucionalismo contemporâneo.[355]

Os princípios constitucionais traçam horizontes a serem perseguidos progressivamente,[356] mas deles também se desdobram efeitos jurídicos diretos. Em primeiro lugar, os princípios compõem o centro de gravidade axiológico da Constituição e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico pátrio. São importantes vetores, pois, para nortear a atividade legislativa infraconstitucional e para orientar a interpretação judicial do Direito, inclusive no que toca à colmatação de lacunas e à ponderação.[357]

Não é só, contudo. O núcleo dos princípios é revestido por regras. Sob pena de condená-los à eficácia meramente simbólica ou dependente, foi preciso reconhecer efeitos jurídicos imediatos aos princípios constitucionais – tanto para bloquear ações que sejam frontal e inequivocamente contrárias ao valor que eles expressam, como para exigir condutas indispensáveis à garantia de níveis mínimos de concretização normativa.[358]

---

354 *Cf*. DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*: Vol. 35, pp. 14-46, 1967.

355 A Constituição, na definição de Canotilho, perfaria um '*sistema aberto de regras e princípios*' (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1146-1150). A respeito da natureza principiológica dos Direitos Fundamentais, veja-se a seguinte obra coletiva: SIECKMANN, Jean-R (org.). *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 244.

356 *Cf.* ALEXY, Robert. *Derecho e razón prática*. México: Fontamara, 1993, p. 87 e seguintes.

357 *Cf*. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Interesse Público*, v. 5, n. 19, pp. 51-80, 2003.

358 Exemplos de regras diretamente desdobradas de princípios constitucionais, sem intermediação legislativa, são as de vedação ao nepotismo (cristalizada na Súmula Vinculante nº 13) e a proibição dos chamados 'Prefeitos Itinerantes', pela jurisprudência do STF e do TSE. Pude comentar a respeito do primeiro ponto em ACCIOLY, João Pedro; BAPTISTA, Patrícia. A administração pública na Constituição de 1988. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, 2018, p. 66-67. Comentarei a respeito do segundo ponto no **Capítulo 6** desta Tese.

Ao incorporar os princípios ao parâmetro do controle de constitucionalidade, a Jurisdição Constitucional dilatou a carga política de suas decisões. Os princípios representam a consagração normativa de valores político-culturais, cujas fronteiras semânticas são necessariamente fluídas, mesmo porque expressas mediante códigos linguísticos vivos e em disputa.[359]

Por isso, o manejo de princípios por magistrados – especialmente quando aplicado ao controle de atos políticos adotados por outros Poderes – deve ser cercado de cuidados técnico-metodológicos e inspirado por prudência política (*vide* **Tópico 5.3**). Jamais se deve confundir ou utilizar princípios como artifícios retóricos que permitam, mediante simples invocação, a formulação de qualquer pretensão jurídica ou, pior, a fundamentação sofismática de qualquer decisão judicial.[360]

Por mais óbvia que possa ser a constatação, é preciso reconhecer que há encartados na Constituição, tanto na forma de regras quanto na forma de princípios, requisitos gerais e específicos que limitam a prática de atos políticos. E sem a possibilidade de controle judicial da observância de tais requisitos, eles seriam convertidos em *letra morta*; verdadeiras normas sem sanção.[361]

Feitas essas notas introdutórias passa-se a analisar agora os limites formais dos atos políticos, para, na sequência, examinar-se suas limitações substantivas.

---

[359] Os estudos de William Labov costumam ser reverenciados como refundadores do fenômeno da variação linguística. *Cf.* LABOV, William. *Principles of Linguistic Change*: Social Factors. Massaschusetts: Blackwell Publishers, 1994. No Brasil, a pesquisa mais influente sobre o tema é a do Professor Marcos Bagno, da Universidade de Brasília. Entre os livros do autor sobre a temática, recomendo o '*Linguística da norma*' (Parábola, 2002) e o *'Nada na língua é por acaso*: por uma pedagogia da variação linguística' (Parábola, 2007). Em 10 set. 2021, escrevi um poema que chamei de '*festa*': "Que belo são os signos da língua. Significantes associados a significados. Uma festa sempre aberta a novos termos e sentidos. Uns encolhem, outros chegam, alguns se vão; todos variam. A língua é feito gente; tem vida".

[360] *Cf.* SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60-1: "Vive-se um ambiente de 'geleia geral' no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. (...) O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogia princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderas as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito". No **Capítulo 6**, examinarei o caso da tentativa de nomeação da Dep. Cristiane Brasil como Ministra do Trabalho, durante o Governo Temer. No episódio, uma decisão liminar, adotada por Juiz Federal Substituto, da Seção Judiciária de Niterói, suspendeu o decreto presidencial e impediu a realização da posse da Ministra – sob a alegação insólita e apressada de ofensa ao 'princípio da moralidade', na medida em que a Deputada já havia sofrido condenações em reclamações trabalhistas. Penso serem necessários níveis mais elevados de responsabilidade institucional e rigor metodológico para manejar princípios constitucionais como parâmetro do controle de juridicidade dos atos políticos.

[361] Esse resultado, conforme indicado no **Capítulo 2**, seria incompatível com o princípio da supremacia normativa da Constituição.

4.2. Os limites formais dos atos políticos

Neste tópico, serão analisadas as exigências formais que condicionam a validade dos atos políticos. Por utilidade didática, dividirei a abordagem em requisitos formais (*i*) específicos e (*ii*) gerais, pois eles derivam de espécies normativas distintas e, como se proporá no **Tópico 5.3**, o seu escrutínio obedece a lógicas próprias.

Os requisitos formais específicos dos atos políticos são dispostos mediante regras constitucionais, que fixam (*i*) a competência orgânica; (*ii*) o procedimento para o aperfeiçoamento do ato; e, eventualmente, (*iii*) prazos decadenciais ao seu exercício e (*iv*) pressupostos objetivos de cabimento.

O primeiro aspecto, portanto, que induz a inconstitucionalidade formal dos atos políticos é a ausência de competência constitucional para praticá-los, isto é, a incompetência orgânica. Todos os atos políticos do catálogo da Constituição Federal de 1988, como examinado no **Capítulo 3**, são postos sob a competência privativa – ou exclusiva[362] – de algum Poder independente ou órgão constitucionalmente autônomo.

O vício formal da incompetência orgânica resulta da usurpação de ato político alheio. Tal defeito teria lugar, por exemplo, se o Presidente do Congresso Nacional resolvesse nomear ou exonerar Ministro de Estado, em apropriação indevida da competência privativa do Presidente da República (art. 84, I); ou se o Tribunal de Contas da União resolvesse, ele próprio, julgar as contas do Presidente da República, esbulhando a competência exclusiva do Congresso (art. 49, IX); ou, ainda, se o Presidente da República pretendesse revogar, via Decreto, normas do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, em espoliação à competência privativa do próprio STJ (art. 96, I, '*a*').

O segundo aspecto consiste na inconstitucionalidade formal propriamente dita, aquela que decorre da violação do devido processo constitucional; das regras procedimentais que disciplinam a formação do ato.

Enquanto alguns atos políticos se aperfeiçoam juridicamente mediante ato unipessoal isolado,[363] outros se produzem mediante processos extensos, que são regulados, no todo ou

---

[362] Não há diferenciação técnica entre as expressões utilizadas pela Constituição Federal de 1988. Elas devem ser interpretadas como equivalentes.

[363] É o caso dos atos políticos de estruturação interna, mas também de alguns atos do Presidente da República, como o indulto (art. 84, XII), e do Congresso Nacional, como a sustação de atos normativos (art. 49, V)

em parte, pela Constituição. Além da atividade legislativa,[364] o *impeachment* é exemplo eloquente de ato político de rito distendido.[365]

Mas há na Constituição, como mencionado no **Capítulo 3**, diversos atos políticos complexos que só se realizam mediante a conjugação volitiva dos Poderes Executivo e Legislativo. O Presidente, a quem compete celebrar Tratados (art. 84, VIII), só pode ratificá-los, após o referendo do Congresso Nacional (art. 49, I). De igual modo, as nomeações presidenciais ao cargo de Ministro do STF (art. 84, XIV) só adquirem eficácia após a aprovação do nome pelo Senado Federal (art. 52, III, '*a*').

Em todas essas hipóteses, há requisitos procedimentais específicos à valida produção do ato político, tais como (*i*) o quórum de deliberação e de aprovação; (*ii*) a quantidade de votações necessárias; e, de modo geral, (*iii*) a ordenação sequencial das providências necessárias à perfectibilização do ato político.

A violação de qualquer regra da ritualística prescrita pela Constituição à produção do ato político acarreta a sua inconstitucionalidade formal, que pode ser declarada pelo Poder Judiciário, a partir da provocação de sujeito processual legitimado.

A Constituição também prescreve prazos decadências – ou *terminativos* – ao exercício de alguns atos políticos. É o caso da prerrogativa presidencial de "vetar projetos de lei, total ou parcialmente" (art. 84, V). O artigo 66, § 1º, da Constituição, estipula que o Presidente da República dispõe de quinze dias úteis, contados do recebimento do Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional, para vetá-lo. Em complemento da disposição, o § 3º, do mesmo artigo, prevê que "decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção". O veto presidencial extemporâneo, portanto, é exemplo de ato político formalmente inconstitucional. O prazo estipulado, nesse caso, reveste-se de natureza decadencial, de modo que o seu implemento leva ao perecimento do próprio direito ao veto quanto à proposição respectiva – que é tacitamente sancionada e convolada em Lei quando do seu escoamento.

Neste ponto, é importante fazer uma ressalva. A Constituição também prescreve *prazos impróprios* a determinados atos políticos, cujo implemento constituí o órgão competente em

---

[364] *Cf*. Constituição Federal de 1988, Seção VIII, artigos 59 a 69.

[365] Como mencionado no início do Capítulo, o processo por crime de responsabilidade, por expressa delegação constitucional (art. 85, parágrafo único), tem seus tipos e procedimentos disciplinados por lei especial. *Cf*. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Ou seja, no caso do impeachment, a conformidade jurídica do ato político tem como parâmetro não só a Constituição, mas também a Lei.

mora, mas não implica o perecimento do direito a exercê-los. É o caso, por exemplo, do prazo de 'trinta dias' para que o Congresso Nacional aprecie os vetos opostos pelo Presidente da República, previsto no art. 66, § 4º, da Constituição Federal de 1988.[366-367] É o caso também da competência exclusiva do Congresso para julgar as contas prestadas pelo Presidente da República, que deveria ser exercida anualmente (art. 49, IX).[368]

A Constituição, por fim, também estipula pressupostos objetivos de cabimento à prática de determinados atos políticos. Enquanto algumas espécies podem ser espontaneamente adotadas, independentemente do implemento de quaisquer circunstâncias ou da satisfação de quaisquer condições, outras tantas têm hipóteses de cabimento vinculadas.

A intervenção federal, por exemplo, só pode ser decretada nas hipóteses do artigo 34. O *impeachment* só pode ser processado com base na tipificação de conduta do Presidente da República como crime de responsabilidade, à luz do artigo 85, da Constituição, e da Lei que o disciplina. As Medidas Provisórias, estipula o artigo 62, só podem ser adotadas pelo

---

[366] Constituição Federal de 1988, art. 66, § 4º: "O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores".

[367] Tentando evitar que o Congresso derrubasse o veto da Presidente Dilma Rousseff ao PLS 448/2011, o Deputado Federal Alessandro Molon, do Rio de Janeiro (estado desfavorecido pela reforma da Lei do Petróleo), impetrou mandado de segurança perante o Supremo Tribunal. O Ministro Luiz Fux deferiu liminar monocrática para obstar a apreciação do Veto nº 38/2012 até que o Congresso apreciasse todos os vetos presidenciais pendentes em ordem cronológica. A liminar, contudo, foi revista pelo Plenário do STF, por 6 votos a 4. *Cf.* STF, Tribunal Pleno, MS 31.816 MC-AgR, Rel. Min. Luiz Fux (*original*), Rel. Min. Teori Zavascki (*para o acórdão*), DJ*e* 13 mai. 2013: "O que se pretende, na impetração, é provimento que iniba o Congresso Nacional de apreciar o Veto Parcial n.º 38/2012, aposto (sic) pela Presidente da República ao Projeto de Lei n.º 2.565/2011, antes da votação de todos os demais vetos anteriormente apresentados (mais de 3.000 – três mil), alguns com prazo vencido há mais de 13 – treze – anos. 3. A medida liminar, que tem natureza antecipatória, não pode ir além nem deferir providência diversa da que deriva da sentença definitiva. Assim, no entender majoritário da Corte, não há como manter a determinação liminar ordenando ao Congresso Nacional que 'se abstenha de deliberar acerca do Veto Parcial nº 38/2012 antes que proceda à análise de todos os vetos pendentes com prazo de análise expirado até a presente data, em ordem cronológica de recebimento da respectiva comunicação'. Isso porque se mostra pouco provável que tal determinação venha a ser mantida no julgamento definitivo da demanda, especialmente pela gravidade das consequências que derivariam do puro e simples reconhecimento, com efeitos *ex tunc*, da inconstitucionalidade da prática até agora adotada pelo Congresso Nacional no processo legislativo de apreciação de vetos presidenciais".

[368] Esta é outra prerrogativa que o Congresso Nacional, embora investido do poder-dever de fazê-lo, não exercita regularmente. As contas prestadas pelo falecido Presidente Itamar Franco, referentes ao ano de 1992, por exemplo, só foram aprovadas pelo Congresso em agosto de 2015 (PDC 384/97). E isso porque o então Presidente da Câmara, Dep. Eduardo Cunha, pretendera '*limpar a pauta*' das contas pendentes para poder rejeitar as contas referentes ao ano de 2014, prestadas pela então Presidente Dilma Rousseff (em que se constatou a ocorrência das 'pedaladas fiscais'). *Cf.* PASSARINHO, Nathalia. "Câmara aprova contas dos ex-presidentes Itamar, FHC e Lula". Publicado no portal de notícias *G1*, em 06 ago. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/camara-aprova-contas-dos-ex-presidentes-itamar-franco-e-lula.html>.

Presidente da República '*em caso de relevância e urgência*'. A declaração de guerra, por fim, só é constitucionalmente admissível no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX).

A inobservância dos pressupostos objetivos de cabimento, previstos pela Constituição, é a última modalidade de vício específico que pode levar à declaração de inconstitucionalidade formal de um ato político. Vejamos agora os requisitos formais gerais.

Os requisitos formais gerais derivam do sistema de princípios constitucionais, aplicando-se a todas as espécies de atos políticos – exceto previsão constitucional específica em sentido contrário. Em verdade, tais requisitos condicionam a validade de todos os atos do Poder Público, mas ganham conotações particulares no que se refere aos atos políticos, como se verá.

Os requisitos gerais de forma que condicionam a validade dos atos políticos derivam do princípio republicano, do princípio democrático, do princípio da publicidade e do princípio da motivação. Esses quatro princípios constitucionais, como se verá, acabam por impor, aos atos políticos, o *imperativo da processualidade*.

Como examinado no **Capítulo 3** e no **Tópico 4.1**, o fundamento normativo dos atos políticos é, essencialmente, a própria Constituição.[369] É nesse campo, como vimos, que os Poderes gozam da mais larga franquia do ordenamento à sua capacidade de autoderminação e de inovação na ordem jurídica, pois, pela própria natureza, abrangência, posição hierárquica e textura normativa da Constituição, as margens jurídicas que ela fixa são largas.

Essa constatação levou a teoria e as instituições a um *contrassenso injustificável*, que, no fundo, deriva da insepulta compreensão dos atos políticos como expedientes *ilimitados juridicamente* e *incontroláveis judicialmente*. Foi assim que se espraiou o entendimento e a cultura de que a motivação dos atos políticos – para alguns autores, dos atos discricionários em geral – seria *meramente facultativa*.[370]

No **Capítulo 6**, examinarei o ponto sob o enfoque das nomeações políticas do Presidente da República. Como se verá, mesmo no campo ordinário do provimento de cargos

[369] Já se referiu, diversas vezes, que a disciplina legislativa dos atos políticos só tem lugar a título excepcional, nos casos em que há ressalva constitucional expressa quanto à integração legislativa.

[370] *Cf*. PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese de Titularidade. Universidade de São Paulo: 2018, p. 140: "A motivação - que muitos, lembre-se, entendiam ser facultativa nos atos discricionários - passa a ser considerada um elemento essencial para a validade das decisões, notadamente quando forem discricionárias".

em comissão, em qualquer ente ou órgão, é corrente a afirmação de que o Chefe do Executivo dispõe das prerrogativas de "*livre nomeação e livre exoneração*".[371]

Neste tópico, quero apenas chamar atenção ao fato de que essa *inexistente liberdade substantiva* – eis que há limitações constitucionais ao seu exercício – acabou levando também a uma disparatada *liberdade formal* dos atos políticos. Como se eles, por serem acentuadamente discricionários, não necessitassem de fundamentações públicas e coerentes, construídas no seio de um processo administrativo, legislativo ou judicial.

Em sua Tese de Titularidade, a Professora Ana Paula de Barcellos dedicou-se a tratar do direito fundamental à justificativa, buscando extrair dele um 'devido procedimento na elaboração normativa', que se aplicaria tanto ao Poder Legislativo como às competências normativas dos demais Poderes.[372] A autora argumenta que o dever de justificativa, no âmbito da elaboração normativa, abrangeria a descrição dos seguintes conteúdos mínimos: (*i*) o problema enfrentado; (*ii*) os resultados pretendidos e (*iii*) os custos e os impactos da medida.

A obra de Ana Paula de Barcellos joga luz às exigências formais, derivadas da Constituição, para o exercício da liberdade de conformação normativa; no intuito de racionalizar a produção de normas estatais e, em seguida, de permitir a fiscalização quanto aos seus impactos sociais concretos.

O mesmo raciocínio se aplica, com maior razão,[373] aos atos políticos adotados pelo Chefe do Poder Executivo e pelo Poder Judiciário. Quanto maior a margem de apreciação, quanto mais dilatado o raio da discricionaridade, mais intensos devem ser o ônus da fundamentação pública e o imperativo da processualidade.

Dito de outro modo: os atos administrativos, legislativos e judiciais devem ser fundamentados em intensidade inversamente proporcional à densidade normativa da moldura

---

[371] O tema será detalhadamente abordado no **Capítulo 6**, em que trato das nomeações políticas do Presidente. Para ilustrar essa cultura antirrepublicana, que ainda persiste entre nós, basta mencionar que o Porta-Voz da Presidência da República, quando indagado das razões para a demissão do Ministro Gustavo Bebianno, limitou-se a alegar que era uma decisão de '*foro íntimo*' do Presidente da República. *Cf.* SOARES, Jussara; GAMBA, Karla. Governo oficializa exoneração de Bebianno e alega 'foro íntimo'. Publicado em *Jornal O Globo*, em 18 fev. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/governo-oficializa-exoneracao-de-bebianno-alega-foro-intimo-23461170>.

[372] *Cf*. BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa*. Devido Procedimento na Elaboração Normativa. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

[373] A legitimidade democrática e a natureza do processo deliberativo do Poder Legislativo, sugere, a meu ver, que o ônus de fundamentação e processualidade que recai sobre os parlamentares é menor do que aquele que se impõe ao Chefe do Poder Executivo e ao Poder Judiciário.

jurídica que os limita.[374] Permito-me, agora, aprofundar o ponto sob o enfoque do Poder Executivo, utilizando a gramática do Direito Administrativo.[375]

As concepções mais estreitas do Princípio da Legalidade, no campo do Direito Administrativo, não admitiam qualquer espaço para a *vontade do administrador*; pois se entendia que cabia à Lei predeterminar exaustivamente o conteúdo dos atos administrativos conforme a *vontade do legislador*.[376] Nesse paradigma, a motivação administrativa podia se limitar à referência legal e a invalidação judicial do ato – se corretamente escorado no respectivo diploma parlamentar – só se dava na excepcional hipótese de inconstitucionalidade da Lei.

Esse modelo rígido de legalidade administrativa, senão completamente equivocado, certamente não contempla todas as modalidades de atuação da Administração Pública. Ele deixa, em verdade, de apreender e de considerar o próprio ordenamento jurídico – constitucional e infraconstitucional –, que permite ou mesmo impõe ações administrativas com diferentes graus de vinculação normativa.

O reconhecimento da complexidade organizativa, normativa e deliberativa da Administração Pública implica a superação da dogmática clássica do Direito Público – que se calca numa concepção impraticável de legalidade, que desconsidera tanto as necessidades de agência da Administração (*dinamismo, adaptabilidade, eficiência e expertise*); como a realidade multifacetária do arcabouço normativo estatal. Para além de regras e comandos exaurientes, o ordenamento é permeado por delegações em favor do Executivo, direitos

---

[374] Em relação ao controle de constitucionalidade, que considero espécie de ato político (**Capítulo 3**), o ponto será desenvolvido no capítulo seguinte, quando tratar do princípio do '*ônus argumentativo reforçado*'. Em relação aos atos do Poder Legislativo, que não constituem o objeto central desta investigação, acredito que a referência à doutrina de Ana Paula de Barcellos baste para ilustrar o raciocínio.

[375] Optei por aprofundar o raciocínio sob o prisma da função administrativa, pois os aspectos que pretendo desenvolver são (*i*) tratados há mais tempo no campo do processo administrativo do que no processo legislativo e (*ii*) mais precariamente compreendidos no processo administrativo do que no processo judicial, que, de todo modo, será examinado no **Capítulo 5**.

[376] Das quatro concepções possíveis quanto ao Princípio da Legalidade, na sistematização de Charles Eisenmann, recuperada por Aragão, as duas mais restritivas apontam no sentido da predeterminação exaustiva, em sede legislativa, do conteúdo dos atos administrativos. *Cf.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 236, 2004, p. 52: "3. A Administração só pode emitir os atos que se esteiem em norma legal, não apenas habilitadora, mas predeterminante do conteúdo dos atos a serem praticados; 4. Em um plus em relação à visão anterior, a Administração Pública tem que estar apoiada em norma legal que esgote o conteúdo dos atos a serem tomados, que também deve determinar (não apenas facultar) a sua prática. Por esta visão, todas as competências da Administração Pública só poderiam ser vinculadas".

fundamentais dotados de eficácia objetiva, normas programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e enunciados de grande abertura semântica.[377]

Como indicado no início deste Capítulo, o esforço doutrinário – em relação aos atos discricionários, no geral, e aos atos políticos, em particular – deve ser dirigido a circunscrever a multiplicidade de possibilidades decisórias do agente público ao Direito. Trata-se de juridicizar o poder de escolha dos agentes estatais – sem suprimi-lo, porquanto inviável, nem o referendar apriorística e cabalmente, pois isso equivaleria a renunciar à missão fundante do constitucionalismo: a limitação da ação estatal, mediante o Direito, para proteger os indivíduos.

Quanto maior o grau de discricionariedade conferido pelo ordenamento, repita-se, mais importante é a prévia construção do conteúdo da decisão final, no seio de um processo administrativo racionalizador. Sempre que possível, de mais a mais, o processo administrativo deve contemplar também a participação efetiva de todos os interessados, com vistas a legitimar a ação administrativa à luz dos princípios republicano e democrático.[378]

- Abro um parêntesis.

Essa orientação vale para todos os Poderes. A participação, naturalmente, tem lugar especial no âmbito do Poder Legislativo, tanto na fase da iniciativa, como durante as discussões e deliberações.[379] Mesmo no Poder Judiciário e, particularmente, no campo da Jurisdição Constitucional, tem-se admitido a realização de audiência públicas e a participação, como *amicus curiae*, de organizações da sociedade que, embora desprovidas de legitimidade para figurar nos polos do processo, voluntariam-se para colaborar com a cognição e a resolução de casos tecnicamente complexos ou socialmente relevantes.[380]

- Feito o parêntesis, volto ao Direito Administrativo.

---

[377] O diagnóstico feito é uma condensação, por adesão integral, da doutrina de SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. 'Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo', in J. BARNES (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, p. 27-140.

[378] *Cf.* SCHIER, Adriana; MELO, Juliane. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 69, p. 127-147, 2017.

[379] *Cf.* OLIVEIRA, Bruno de. *A participação popular no processo legislativo*: o exercício da cidadania ativa e o discurso democrático no Brasil. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2010.

[380] *Cf.* SCARPINELLA BUENO, Cassio. Amicus curiae a audiências públicas na jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 24, pp. 1021-1051, 2013.

Na pós-modernidade, diversamente do paradigma da '*legalidade totalitária*'[381], a legitimação da ação estatal não deve ser buscada apenas na Lei; nem mesmo, apenas no Direito; mas em variados subsistemas sociais, que concorrem e se complementam[382] - como já referido no **Tópico 2.2**.[383]

A comprovação da legitimidade da ação discricionária – inclusive no âmbito dos atos políticos – depende, em primeiro lugar, de sua *fundamentação pública*, corolário do *princípio republicano*. E é daqui que decorre o imperativo da *processualidade administrativa*.[384] É no processo – *sucessão logicamente encadeada de atos* – que se deve forjar, dialética e racionalmente, o conteúdo e a motivação da decisão discricionária final.

O imperativo da processualidade, como mencionado, também recai sobre o Congresso Nacional, mediante o processo legislativo previsto pela Constituição Federal (artigos 59 a 69), e sobre o Poder Judiciário, por meio do processo judicial – cuja disciplina foi posta a cargo do legislador federal ordinário (CF/88, art. 22, I).

Em nenhum dos casos, contudo, a processualidade deve ser encarada como uma panaceia para todos os males da deliberação pública.[385] Ela deve ser entendida como uma exigência decorrente da abertura discricionária em favor de determinado Poder ou órgão constitucionalmente autônomo.[386] Na pós-modernidade, o conteúdo do agir discricionário precisa ser construído e fundamentado, a partir da combinação de perspectivas e saberes

---

[381] A expressão não é uma referência à acepção que o adjetivo tem na Ciência Política, que deriva do totalitarismo como forma de governo (monolítica, organicista e opressora). A expressão '*legalidade totalitária*' foi empregada para realçar o aspecto da supressão da vontade do administrador; da redução da Administração Pública à condição de braço mecânico – *e, portanto, acéfalo* – do Poder Legislativo.

[382] *Cf.* ARAGÃO, Alexandre. Teorias pluralistas das fontes de direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 36, 2008.

[383] Sob o enfoque do relacionamento entre os subsistemas jurídico e político de regulação da vida social.

[384] *Cf.* MEDAUR, Odete. *A processualidade do direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[385] Como bem expõe a *public choice theory* e, muito antes, já denunciava Bismarck (com sua célebre comparação entre a Lei e as salsichas), o processo deliberativo estatal é complexo, quando não caótico, sofrendo influências imponderáveis de grupos de pressão, vieses cognitivos, interesses particulares e transações escusas. A gravidade de tais patologias é tal, que sempre haverá meios de se driblar as amarras processuais – que, afinal, não podem apertar a ponto de paralisar a Administração Pública. A processualidade deve ser compreendida, pois, como um esforço necessário de racionalização das deliberações públicas. *Cf.* FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. *Law and public choice*. A critical introduction. Chicago: University of Chicago Press, 1991 e STEARNS, Maxwell; ZYWICKI, Todd. *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul: Thompson Reuters, 2009.

[386] Como já mencionado, de acordo com as concepções mais rígidas da legalidade administrativa, a Lei seria o único paradigma do ato administrativo, predispondo e justificando o seu conteúdo de antemão.

diferentes, e isso só pode se dar no seio de um processo administrativo, legislativo ou judicial.[387]

A processualização das deliberações políticas também é útil ao balizamento do controle, especialmente do controle judicial. Se a autoridade demonstra ter considerado as implicações do ato político, oportuniza que quaisquer interessados apresentem manifestações a seu respeito e fundamenta adequadamente sua atuação, o Poder Judiciário tende a lhe conferir maior deferência substantiva e pode, a partir dos dados do próprio processo, melhor escrutinar o ato afinal adotado – em caso de impugnações incidentais ou abstratas.

De modo geral, atos discricionários precariamente motivados acabam sendo controlados de modo também precário – pois o Judiciário tende a oscilar entre a chancela genérica, respaldada retoricamente a partir da invocação do princípio da '*Separação dos Poderes'*, e a simples fulminação do ato discricionário desprovido de fundamentação consistente; o que, não raro, redunda na substituição da vontade pessoal da autoridade competente, materializada no ato impugnado, pela vontade pessoal do juiz, expressa na sentença.

Seja como for, o imperativo da processualidade e da fundamentação adequada não podem ser vistos nem transformados em óbices à tempestividade, à eficiência e ao dinamismo do Estado. O vetor urgência, especialmente em cenários de crise,[388] deve ser seriamente considerado para a definição da extensão e do momento do procedimento. Não se deve utilizar, por exemplo, prazos processuais ordinários como escusa para a inação, a morosidade ou a ineficiência em face de desafios inadiáveis.[389]

Fato é que, como todo ato do Estado, os atos políticos precisam ser adequadamente motivados[390] e, por terem normatização de baixa densidade semântica em nível exclusivamente constitucional,[391] a deliberação a seu respeito deve ser feita no interior de um

---

[387] O paradigma oitocentista de legalidade condizia com uma *Administração de atos*. O arcabouço normativo e os desafios da contemporaneidade exigem uma *Administração de processos e resultados*. *Cf.* DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 43-71.

[388] A pandemia de COVID-19, marca já indelével do século XXI, dispensa-nos de criar ou exemplificar cenários de crise capazes de, mais do que justificar, exigir a atuação célere e eficiente da Administração Pública – para que esta possa promover seus objetivos constitucionais e legais.

[389] Diante de cenários graves e prementes, pode-se mesmo diferir o procedimento ou, com mais frequência, adotar fundamentações sucintas, sem prejuízo de complementações e monitoramentos posteriores.

[390] *Cf.* ARAÚJO, Florivaldo. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 e ANDRADE, José Carlos Vieira. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

[391] Exceto nos casos em que a própria Constituição ressalve a possibilidade de integração legislativa.

processo – administrativo, legislativo ou judicial – que vise à configuração racional do seu conteúdo e de sua justificativa pública.

4.3. Os limites substantivos dos atos políticos

Os limites substantivos dos atos políticos desdobram-se de normas constitucionais que, em vez de regularem o processo de formação do ato, conformam, direta ou indiretamente, o seu mérito. São dessas normas que se extraem as *margens materiais de apreciação* da autoridade competente; é a partir delas que se definem os contornos de validade do conteúdo exprimível por dado ato político; elas configuram, pois, o quadro no interior do qual a *discricionariedade política* pode ser exercida de modo *constitucionalmente legítimo*.

Também há utilidade didática em dividir os limites substantivos em específicos e gerais. Os primeiros são dispostos mediante regras constitucionais, que expressam uma vedação ou imposição direta ao conteúdo de determinado ato político. Como antecipado no **Tópico 4.1**, essas regras constitucionais que limitam, de modo específico, o conteúdo dos atos políticos se localizam (*i*) de modo contíguo à norma habilitadora, que fixa a competência orgânica;[392] (*ii*) em capítulos próprios[393] ou (*iii*) de modo disperso na Constituição Federal.[394]

No âmbito dos limites substantivos específicos aos atos políticos, também se notam variações no nível de densidade normativa – ou *ductibilidade semântica* – das regras constitucionais que os estabelecem. Isto é, as diferenças quanto à técnica redacional das regras constitucionais – que podem adotar *termos rígidos* ou *conceitos maleáveis* – implicam *graus de abertura* distintos à autoridade encarregada do ato político.[395]

Quero ilustrar o ponto antecipando um tema que será retomado no **Capítulo 6**: os requisitos constitucionais para a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Diz o *caput*, do artigo 101, da Constituição, que os Ministros do STF devem ser "escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de

---

[392] Como examinado no **Capítulo 3**, embora haja pontuais exceções dispersas pela Constituição, a previsão da competência orgânica dos atos políticos se concentra nos artigos 49, 51, 52, 84 e 96 da CRFB/88.

[393] Como mencionado no **Tópico 4.1**, é o caso da intervenção federal (art. 34 a 36), do estado de sítio (art. 137 a 1339) e do estado de defesa (art. 136), por exemplo.

[394] Como mencionado no **Tópico 4.1**, é o caso dos requisitos constitucionais para a investidura em cargos políticos que ao Presidente compete prover e, também, das limitações específicas ao indulto que constam do artigo 5º, XLIII.

[395] Como se proporá no **Tópico 5.3**, o nível de densidade semântico-normativa das regras constitucionais, que expressam limites substantivos aos atos políticos, também reflete no grau – ou intensidade – do escrutínio judicial dos atos políticos (*forte*, *moderado* ou *fraco*).

notável saber jurídico e reputação ilibada". Do preceito constitucional transcrito, que tem natureza de regra, é possível isolar quatro limites substantivos específicos ao ato político presidencial:[396] as exigências (*a*) de cidadania brasileira; (*b*) de conhecimentos jurídicos e (*c*) de respeitabilidade social, sob o prisma ético, além (*d*) da satisfação dos limites etários determinados.

Desses requisitos, dois são de ordem estritamente objetiva – a *cidadania* e a *idade* – e os demais se exprimem por meio de conceitos jurídicos indeterminados,[397-398] o '*notável saber jurídico*' e a '*reputação ilibada*'.

Nestes últimos, embora haja maior plasticidade semântica em relação aos primeiros, os constituintes também procuraram orientar – e, portanto, reduzir – o espaço da escolha política do Presidente da República. Aliás, a Constituição não se limitou a exigir, do escolhido, '*saber jurídico*'; exigiu mais: um *saber notável* – passível, pois, de ser objetivamente demonstrado e visualizado por todos, a partir da produção intelectual e dos feitos profissionais do indicado.[399] O mesmo ocorre em relação à exigência moral, que é

---

[396] Constituição Federal de 1988, art. 84, XIV.

[397] Os conceitos jurídicos indeterminados constituem expressões normativas fluídas. A vagueza semântica do texto normativo acaba delegando, à autoridade competente por aplicá-lo, o poder de completar o seu significado, de modo que a indeterminação abstrata é determinada ao tempo da concretização normativa. (*Cf*. CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1990, p. 26). Ao se valer de conceitos jurídicos indeterminados, em vez de critérios objetivos (nem sempre é possível utilizá-los), a Constituição estipula parâmetros dúcteis à autoridade competente para editar dado ato político. Dentro da moldura normativa, é possível identificar, conforme o caso, zonas de certeza positiva e negativa do conceito; além de uma disforme e inevitável zona de incerteza – a *zona grise*, de que fala a doutrina administrativista. *Cf*. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

[398] *Cf*. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 197-208. A doutrina clássica acreditava que "quando a lei condiciona o exercício do poder administrativo, mediante um conceito jurídico indeterminado, só admite uma solução justa, que decorre da subjunção dos fatos na esfera significante do conceito, mediante um processo lógico-jurídico". *Cf*. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados. *Themis*, vol. 2, 1999, p. 61. A crença não parece aderir aos fatos. Por evidente, não há um só brasileiro, no gozo dos direitos políticos, entre 35 e 70 anos de idade, que reúna os atributos do 'notório saber jurídico' e da 'reputação ilibada'. Mesmo que o Presidente da República decidisse exercer a competência prevista no artigo 84, XIV, da Constituição, do modo mais técnico e republicano possível, seria impossível chegar a um só nome a partir dos critérios estipulados constitucionalmente. Os conceitos jurídicos indeterminados não levam, pois, a uma solução única; mas conformam *a moldura das escolhas possíveis*. Há, nesse sentido, brasileiros, entre 35 e 70 anos, que (*i*) certamente satisfazem os critérios do notável saber e da reputação ilibada; (*ii*) outros tantos que indiscutivelmente não os preenchem; e (*iii*) uma terceira parcela cujo atendimento das exigências é discutível, pois depende do grau de severidade emprestado pelo intérprete aos imprecisos comandos constitucionais.

[399] *Cf*. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 533: "Não bastam, porém, a graduação científica e a competência profissional presumida do diploma; se é notável o saber jurídico que se requer, por seu sentido excepcional, é porque o candidato deve ser

exprimida pela categoria '*reputação ilibada*' – que impõe o reconhecimento social da probidade na conduta pública do nomeado.[400]

Os limites substantivos específicos, portanto, articulam-se mediante regras constitucionais, que expressam restrições objetivas, *rígidas* ou *maleáveis*, ao conteúdo dos atos políticos. Os limites substantivos gerais, por outro lado, derivam do *sistema de princípios constitucionais* – notadamente os direitos e garantias fundamentais,[401] mas também os princípios fundamentais (art. 1º), os objetivos fundamentais (art. 3º), os princípios das relações internacionais (art. 4º), os princípios da Administração Pública (art. 37), os princípios gerais da ordem econômica (art. 170) e os demais princípios e programas setoriais – que, em alguns casos, encontram-se dispersos pela Constituição e, noutros, acham-se positivados em '*capítulos temáticos*', na parte final da Carta.[402]

As normas constitucionais das quais derivam os limites substantivos gerais aos atos políticos expressam valores e programas transcendentes, que orientam não só as ações do Estado, como, em menor intensidade, da própria sociedade. Sob lentes poético-astronômicas, os princípios constitucionais podem ser equiparados ao sol, que irradia sua luz sobre todos os corpos do sistema – os quais, ao seu redor, orbitam; ou, pelo menos, à lua, que, apenas por sua posição elevada, faz-se refletir em todos os mares e lagos da Terra.[403]

Pela própria profusão e diversidade dos princípios expressos ou extraídos da Constituição Federal, seria impossível esgotar o tema nesta Tese; *ou mesmo num livro só*.[404]

---

portador de notoriedade, relevo, renome, fama, e sua competência ser digna de nota, notória, reconhecida pelo consenso geral da opinião jurídica do país e adequada à função".

[400] Em outras palavras, a inexistência de suspeitas éticas fundadas sobre ele.

[401] O catálogo principal consta do 'Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais' (arts. 5º a 17), dos Capítulos I a IV, que compreendem os artigos 5º a 16.

[402] Tais capítulos temáticos se concentram no Título VII, que trata da *'Ordem Econômica e Financeira*', e, particularmente, no Título VIII, que trata da '*Ordem Social*'. No título VII, exemplos de capítulos temáticos são o Capítulo II, que dispõe sobre a '*Política Urbana*' (arts. 182 e 183), e o Capítulo III, que tem por objeto a *'Política Agrícola e Fundiária*' e a '*Reforma Agrária*' (arts. 184 a 191). No Título VIII, os exemplos são abundantes: '*Seguridade Social*' (arts. 194 a 204); '*Saúde*' (arts. 196 a 200); '*Previdência Social*' (arts. 201 e 202); '*Assistência Social*' (arts. 203 e 204); '*Educação*' (arts. 205 a 214); '*Cultura*' (arts. 215 a 216-A); '*Desporto*' (art. 217); '*Ciência, Tecnologia e Inovação*' (arts. 218 a 219-B); '*Comunicação Social*' (arts. 220 a 224); '*Meio Ambiente*' (art. 225); '*Família*' (arts. 226 a 230) e '*Índios*' (arts. 231 a 232).

[403] A última imagem foi pensada a partir do poema de Fernando Pessoa citado na seção 'Notas Biográficas e Agradecimentos'. *Cf. Odes de Ricardo Reis*. Lisboa: Âtica, 1946, p. 148. "Para ser grande, sê inteiro: nada teu exagera ou exclui. Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes. *Assim em cada lago a lua toda brilha, porque alta vive*". Os princípios constitucionais vivem *no alto*; no último andar do edifício normativo interno. É natural que reflitam em tudo o que estiver abaixo.

[404] Não me propus à tarefa da abordagem integral das limitações substantivas decorrentes dos princípios constitucionais, porque, além de hercúlea, acredito que ela se revelaria um verdadeiro '*trabalho de Sísifo*': extenuante, irrealizável e, portanto, inútil.

Além de apontar, como fiz na página anterior, a localização topográfica dos princípios da Constituição de 1988, analisarei no tópico seguinte a incidência de dois dos mais relevantes princípios constitucionais à conformação jurídica e ao controle judicial dos atos políticos.

4.4. As exigências da probidade e da finalidade pública

Este tópico responde a duas necessidades identificadas ao longo desta investigação. A primeira é a de ilustrar o modo de incidência dos princípios constitucionais sobre os atos políticos. Além de demonstrar como se operam os limites substantivos gerais de que tratei acima, pretendo nas páginas seguintes colaborar para a compreensão teórica e para o manejo técnico-jurídico dos princípios da probidade e da finalidade pública.

Elegi-os, para tratamento em separado, por duas razões. A primeira deriva da recorrência de casos de controle judicial de atos políticos que se processam tendo-os como parâmetro; o que denuncia o caráter endêmico[405] e arraigado[406] que patologias como a corrupção, o abuso de poder e o desvio de finalidade[407] ostentam no Brasil. A segunda se prende ao fato de que os princípios da probidade e da finalidade pública conformam, a um só tempo, o modo de produção e o conteúdo dos atos políticos.

Das exigências de probidade e finalidade pública decorrem, pois, limites formais e substantivos aos atos políticos. Disso resulta que o vício que lhes corresponde, embora se

---

[405] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade Administrativa e Proibição de Contratar com o Poder Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 01: "Pode-se dizer, com indesejável segurança, que a improbidade administrativa, na intensidade e com as particularidades manifestadas em nosso país, é fenômeno endêmico à sociedade e ao Estado brasileiro".

[406] Em 1960, Francisco Bilac Moreira Pinto denunciava que a "corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada. A pertinácia com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram tôda a acústica às vozes isoladas que a denunciam e condenam". (Cf. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 322). A verdade é que as chagas da imoralidade e da impunidade na condução da vida pública brasileira precede, em muitos séculos, a Proclamação da Independência (1822). No 'Sermão do Bom Ladrão', escrito em 1655, o Padre Antônio Vieira já apontava: "Não só são ladrões, diz o santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com mancha, já com forças, roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco, estes sem temor nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados; estes furtam e enforcam".

[407] *Cf.* PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese de Titularidade. Universidade de São Paulo: 2018, p. 297: "A teoria do desvio de finalidade é uma das mais tradicionais do direito administrativo, remontando ao caso *Pariset*, julgado em 1875, pelo Conselho de Estado Francês. A ideia fundamental da teoria do desvio é a de que as autoridades públicas não podem servir de suas atribuições legais, de suas competências, para a satisfação de seus interesses pessoais. (...) No Brasil, há muito a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a figura do desvio de finalidade".

consume no desvirtuamento ético do processo de formação do ato político, em geral, também propicia a contaminação indelével de seu conteúdo.[408-409]

As exigências da probidade e da finalidade pública também derivam, em última análise, do princípio republicano. A primeira se liga à ideia de moralidade, que reclama decoro, lisura e seriedade no trato da coisa pública. Além de corolário republicano, a Constituição é incontornável ao impor a observância do princípio da moralidade à Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes e entes federativos (art. 37, *caput*).

A segunda se liga à ideia de interesse público. Numa República, o governo não só é escolhido pelo povo, como governa, com sua participação e sob o seu controle, para concretizar interesses gerais da sociedade (*vide* **Capítulo 2**). No sistema republicano, toda ação estatal deve perseguir – formal (*plano da motivação*) e materialmente (*plano da eficácia*) – finalidades constitucionalmente legítimas que convenham à coletividade.

É nesse ponto, aliás, que os princípios da probidade e da finalidade encontram a ideia de *igualdade republicana* – capitulada como '*princípio da impessoalidade*' pelo art. 37, *caput*, da Constituição. O princípio veda, em essência, que os agentes públicos ajam ou se omitam para produzir benefícios ou prejuízos de *caráter pessoal*, para si ou para terceiros. Explica-se.

Todo ato estatal, naturalmente, tem a aptidão de prejudicar ou beneficiar segmentos sociais, grupos de interesses ou indivíduos específicos. A compreensão contemporânea do princípio da igualdade, aliás, não reclama que o Estado dispense tratamento uniforme a grupos desiguais; mas intervenha – a partir de discriminações legítimas – para corrigir variadas formas de desigualdade.[410] Logo, o princípio da impessoalidade não é óbice para que o Estado, ancorado por objetivos previstos constitucional ou legislativamente, favoreça ou lese sujeitos identificáveis ou, mesmo, identificados, desde que a partir de critérios objetivos, transparentes, republicanos e com lastro normativo.

---

[408] Daí porque pareceu mais acertado tratar da probidade e da finalidade pública em tópico apartado e não nos anteriores, em que primeiro examinei os limites formais e, logo após, os substantivos. A natureza ambivalente da improbidade e do desvio de finalidade recomendam a sua análise em separado.

[409] Há casos excepcionais, porém, em que o desvio de probidade do agente político, conquanto seja ilícito por si só (*vício formal*), não produz um ato político de conteúdo incompatível com a Constituição (*conformidade substantiva*). O ponto será desenvolvido no desfecho deste Tópico, quando abordarei o tema dos atos políticos frutos de corrupção.

[410] É nessa linha de raciocínio que as ações afirmativas, notadamente as políticas de cotas, encontram respaldo constitucional. Sobre o ponto, *v.* PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

O '*desvio de finalidade*', no campo do Direito Público, é figura análoga ao '*abuso de direito*', nas lindes do Direito Privado.[411] Enuncia o art. 187, do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Ou seja: são nulos os atos – público ou privados – que resultem do exercício abusivo e ardiloso de faculdades jurídicas abstratamente lícitas.[412]

A *pessoalidade* é, no mais das vezes, a raiz comum aos vícios referidos no título deste Tópico, pois o ato político que mira objetivos pessoais, por imperativo lógico, viola os postulados republicanos da probidade e da finalidade pública.

Mas o princípio da finalidade tem um raio de alcance maior, que extrapola a dimensão da igualdade republicana. Nos casos em que a Constituição indica, expressa ou implicitamente, uma finalidade específica a dado ato político, a sua validade passa a depender não só da realização genérica de '*um* interesse público', mas da sua justificativa à luz do interesse público especificado pela norma constitucional.

Nesse ponto, o princípio da finalidade se conecta aos '*pressupostos objetivos de cabimento*', que a Constituição estipula para alguns atos políticos,[413] e à dimensão teleológica

---

411 *Cf.* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 566: "O seu germe prendia-se à noção do exercício dos direitos, que só se constituíam para proporcionar benefícios, vantagens ou utilidades ao respectivo sujeito. Conseguintemente à ideia do direito estaria imediatamente vinculado o correspectivo desfrute, situado na sua utilização, e, como esta é uma faculdade ou um poder do titular, admitir-se-ia em princípio que poderia ser levada ao último extremo, ainda que tal programa viesse a causar a ruína, a desgraça, a humilhação alheia. Quem o sustentasse poderia arrimar-se à velha parêmia que é deduzida em Gaio: '*nullus viedetur dolo facere, qui suo iure utitur*' e dizer que o exercício do direito, não podendo tachar-se de ilícito, tem como limite (apenas) o próprio conteúdo do direito. Mas, sendo articulado na definição do *ius* o princípio da convivência, uma análise mais detida do fenômeno já impunha conciliar a utilização do direito como respeito à esfera jurídica alheia, e aconselhava a fixar-lhe um limite. É precisamente na ideia desta limitação que se assenta a doutrina do abuso".

412 Por evidente, existe uma diferença quanto à intensidade da afirmação conforme seja o ato público ou privado. Aos agentes públicos, exige-se que exerçam seus cargos e atribuições para concretizar interesses coletivos normativamente definidos. Aos particulares, é dado – e esperado – que ajam no seu interesse egoístico. Mas mesmo os privados não se acham imunes às limitações que decorrem dos interesses coletivos; daí, por exemplo, decorrem, não só a noção de abuso de direito, mas também a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que mencionei no Capítulo 2; o *princípio da boa-fé objetiva* e mesmo o *princípio da função social da propriedade* (CF/88, art. 5º, XXIII). Em termos didáticos, pode-se resumir o ponto da seguinte forma: os atos do Estado são nulos sempre que persigam interesses pessoais ou não implementem interesses públicos; enquanto os atos jurídicos adotados por particulares só o são nas hipóteses em que o interesse pessoal do agente seja abertamente contrário e peculiarmente nocivo ao interesse geral da coletividade.

413 Ao final do **Tópico 4.2.1**, em que tratei dos limites formais específicos dos atos políticos, forneci as seguintes ilustrações de pressupostos objetivos de cabimento: "A intervenção federal, por exemplo, só pode ser decretada nas hipóteses do artigo 34. O *impeachment* só pode ser processado com base na tipificação de conduta do Presidente da República como crime de responsabilidade, à luz do artigo 85, da Constituição, e

de tais prerrogativas constitucionais, na medida em que investigações finalísticas são indispensáveis ao seu manejo legítimo.

A dificuldade mais característica do controle judicial do desvio de finalidade diz respeito à sua comprovação.[414] O cerne do vício, como vimos, é a ilegitimidade do *móvel* do ato; do propósito que levou à sua adoção. No entanto, numa perspectiva histórica abrangente, a finalidade degenerada e o interesse espúrio raramente são confessados, de modo explícito, pelo agente público.[415]

Embora tenha tratado do princípio da motivação como *exigência formal comum* a todos os atos políticos, certo é que as razões e os objetivos alegados pela autoridade, na justificativa do ato, podem não corresponder à realidade dos fatos. É dizer: a autoridade pode emprestar justificavas retóricas, palatáveis à opinião pública, à imprensa e às demais instituições, para mascarar e fazer valer o seu desiderato corrompido.

Como os juízes devem lidar com isso?[416]

O desvio de finalidade, além de mais frequente, é fenômeno particularmente complexo no âmbito dos atos políticos. Quanto mais normativamente vinculado é o ato, menor é o espaço que resta à vontade do agente público; e, por consequência lógica, menor também será o espaço para que ele se distancie volitivamente da finalidade pretendida pela norma.

---

da Lei que o disciplina. As Medidas Provisórias, estipula o artigo 62, só podem ser adotadas pelo Presidente da República 'em caso de relevância e urgência'. A declaração de guerra, por fim, só é constitucionalmente admissível no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX)".

414 *Cf*. PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese de Titularidade. Universidade de São Paulo: 2018, p. 297: "Há também certa clareza quanto às dificuldades de se comprovar o desvio de finalidade, a ponto de se admitir que o desvio seja provado por meio de indícios que convençam o magistrado da existência de interesses pessoais do administrador que sobrepujam, no caso concreto, o interesse público".

415 *Cf*. DALLARI, Adilson de Abreu. Desvio de Poder na Anulação do Ato Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, vol. 07, 2006, p. 7: "O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário".

416 O Professor Titular Marcos Perez, da Universidade de São Paulo, propõe um teste com cinco quesitos para guiar a apreciação judicial do desvio de finalidade administrativo. *Cf*. PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese de Titularidade. Universidade de São Paulo: 2018, p. 298: "(1) Há indícios de que a autoridade administrativa usou sua competência para o favorecimento de seus interesses pessoais? (2) Há indícios do favorecimento ou desfavorecimento de terceiros que mantenham algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal com a autoridade administrativa? Há pluralidade de interesses ou a coincidência aleatória entre o interesse público e os interesses pessoais do governante que justificaram a medida, aparentemente em desvio de finalidade? (4) O interesse público que se buscou verdadeiramente atender está diretamente relacionado com a decisão administrativa? (5) As autoridades tomaram os cuidados necessários para evitar o desvio de finalidade?".

Os atos políticos – por conferirem a discricionariedade mais ampla admitida pela Constituição – formam o campo mais fértil para o *abuso do poder do Estado*; para a instrumentalização das potestades estatais em proveito do *interesse impróprio e mesquinho de seus servos infiéis*.[417]

Em *condições normais de temperatura e pressão* política, a constatação do desvio de finalidade pelos juízes deve se dar a partir da formação de um *conjunto consistente de indícios* que apontem, fundamentalmente, (*i*) o caráter insólito da medida; (*ii*) a relação pessoal do agente público com os destinatários diretos do ato; e (*iii*) a artificialidade da justificativa oficial apresentada, à luz do contexto fático da deliberação política.

A anormalidade da medida pode ser constatada a partir de elementos objetivos e subjetivos, devendo-se, sempre que possível, conjugá-los. O primeiro fator a ser considerado é a frequência com a qual, nas últimas décadas, foram editados atos com características semelhantes, tanto pelo atual ocupante como pelas pessoas que o antecederam no cargo.

Para burlar as finalidades pretendidas pela Constituição, muitas vezes é necessário adotar atos que – na forma ou no conteúdo – destoam dos *padrões institucionais* assentados. O ponto, contudo, deve ser cercado de cautela, pois, do contrário, restaria interditado todo o espaço para a inovação política, ou mesmo para o enfrentamento de situações excepcionais – às quais o Estado só é capaz de fazer frente com medidas igualmente extraordinárias.[418]

Nessa perspectiva, um ponto relevante diz respeito ao caráter genérico ou personalista do ato político questionado. Os *atos políticos com destinatário certo* – seja por referência nominal, seja pela adoção de critérios abstratos extravagantes e casuísticos – demandam da autoridade um *ônus argumentativo* peculiar, a fim de demonstrar a legitimidade política e jurídica da decisão à luz do princípio da impessoalidade.

Parece ser possível mesmo presumir o desvio de finalidade nos casos em que os sujeitos peculiarmente beneficiados ou prejudicados pela medida nutram relação pessoal – ou, *a fortiori*, familiar[419] – com a autoridade que a tiver adotado. Haveria, nesse caso, proponho

---

[417] A expressão '*servos infiéis*' alude aos agentes públicos que escolhem servir aos seus interesses particulares espúrios em detrimento do interesse público.

[418] Muitos atos políticos, aliás, tem a excepcionalidade como parte constitutiva e declarada do seu espírito; é o caso da intervenção federal, do estado de sítio e do estado de defesa, por exemplo. Não se pode suprimir esses poderes constitucionais a partir da constatação de sua mera anormalidade. Eles existem apenas para casos extremos e, espera-se, inusuais.

[419] O nepotismo – patologia mencionada no **Capítulo 2**, que será retomada e aprofundada no **Capítulo 6** – constitui a expressão máxima da impessoalidade administrativa, na medida em que traduz a apropriação ilegítima do Estado em benefício direto de parentes do agente público.

eu, uma presunção relativa dos vícios de finalidade, de probidade e de impessoalidade; cujo afastamento, pelo juízo da causa, dependeria do conjunto de argumentos e provas trazido pela autoridade aos autos; pois sobre esta passaria a recair o ônus de provar a legitimidade constitucional do ato.

Ao beneficiar seus amigos ou lesar seus desafetos de modo anômalo, no gozo de poderes discricionários, a autoridade política deve estar preparada para defender a legitimidade excepcional do seu ato. Um exemplo ilustra o ponto. Imagine-se que o Prefeito de *micromunicípio*[420] nomeie seu irmão para o cargo de Secretário Municipal de Saúde. A situação, à primeira vista, parece imprópria em razão do caráter nepotista da escolha. No entanto, dado o pequeno contingente de munícipes[421] e às distorções na distribuição de médicos pelo território nacional,[422] é plausível que o irmão do gestor local seja o único médico da cidade; ou, ainda, o único profissional da região que esteja disposto e reúna condições mínimas de assumir o cargo e as reponsabilidades que lhe são inerentes.

Os atos políticos refratários ao princípio da impessoalidade só são admissíveis, a título excepcional, caso indispensáveis à consecução de interesse público transcendente. Como no exemplo cogitado, em que uma cidade acabaria sem Secretário de Saúde gabaritado caso o Prefeito preterisse o irmão.

Parece particularmente útil, à análise judicial do vício da pessoalidade, o quinto quesito do '*teste do desvio de finalidade*', proposto pelo Professor Marcos Perez – que se

---

[420] A categoria, proposta pelo pesquisador André Simões, refere-se aos municípios com população máxima de cinco mil habitantes. *Cf*. SIMÕES, André Geraldo de Moraes. População, Federalismo e Criação de Municípios no Brasil: uma análise dos casos de Minas Gerais e Rio Grande do Sul. In: *Anais do XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, 2004, p. 1-19.

[421] De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referentes a julho de 2020, quatro municípios brasileiros possuem menos de mil habitantes: "Serra da Saudade (MG) é o município brasileiro com menor população (776 habitantes), seguido por Borá (SP), com 838 habitantes, Araguainha (MT), com 946 habitantes, e Engenho Velho (RS), com 982 habitantes".

[422] O estudo '*Demografia Médica no Brasil - 2020*', realizado pelo Conselho Federal de Medicina e pela Universidade de São Paulo, aponta que, embora o Brasil possua 2,4 médicos a cada mil habitantes, média próxima a dos Estados (2,6), a distribuição dos profissionais pelo território nacional é profundamente desigual. Enquanto capitais como Vitória (13,71) e Florianópolis (10,68) ostentam médias muito superiores à da OCDE (3,5), capitais da região Norte - como Macapá (1,77) e Rio Branco (1,99) - têm índices muito inferiores. A taxa, contudo, é crítica no caso dos *micromunicípios*. Em cidades com até cinco mil habitantes, há apenas 0,37 médicos a cada mil munícipes. Ou seja: por derivação lógica da estatística, há mesmo, no Brasil, municípios totalmente desassistidos de profissionais médicos. *Cf*. *Demografia Médica no Brasil - 2020*. Coordenação científica: Mário Scheffer. São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Federal de Medicina, 2020. Disponível em: <https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica2020_9DEZ.pdf>.

processa mediante a seguinte indagação: "*as autoridades tomaram os cuidados necessários para evitar o desvio de finalidade?*".[423]

Retomando o exemplo das nomeações nepotistas em micromunicípios, para dar concretude ao teste formulado em abstrato, caberia ao Prefeito disposto a nomear pessoa com a qual tenha laços de parentesco demonstrar – objetivamente – que a escolha não se deveu ao intuito presumido de beneficiá-la, mas à ausência de outros profissionais qualificados e interessados em assumir o posto.

Em sendo esse o caso, seria mesmo recomendável, ao administrador municipal de boa-fé, fazer constar, nos autos do processo administrativo referente à nomeação, (*i*) dados do Conselho Profissional correspondente à formação acadêmica afeta ao cargo, atestando a escassez daquela '*mão de obra especializada*' na localidade;[424] (*ii*) a comprovação documental de que foram efetuadas ofertas ou empreendidos esforços para identificar outros profissionais aptos e interessados em assumir o cargo, que não guardassem laços familiares com o Prefeito; e, por fim, (*iii*) a prova de que o parente escolhido – a partir da sua formação acadêmica e experiência profissional – acumula a qualificação técnica necessária a bem exercer o cargo público que se lhe pretende confiar.

Na esfera da União,[425] é difícil pensar numa justificativa plausível que legitime uma escolha nepotista do Chefe do Poder Executivo. Ressalvado algum *caso manualesco*

---

[423] *Cf.* PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese de Titularidade. Universidade de São Paulo: 2018, p. 303: "Neste ponto, como se pode inferir, finalidade relaciona-se com dois outros elementos estruturantes do ato administrativo: o processo e o motivo. A correlação lógica e jurídica entre os interesses envoltos na decisão e a finalidade dela dependem da transparência na exposição desses interesses ao longo do processo (por vezes furto da participação e do contraditório) e, enfim, da ponderação desses interesses ou de seu *bilan* tanto por meio da utilização correta dos mandamentos processuais como por meio da correta identificação e exposição dos motivos que conduziram à decisão tomada. Como já se disse no capítulo anterior, atentas à quase constante pluralidade de interesses tangentes às decisões administrativas, notadamente nos casos de impacto econômico mais amplo e repercussões sociais gerais, as autoridades devem cuidar para que, no bojo do processo administrativo e da motivação do ato: (1) não se envolvam em decisões nas quais seus interesses pessoais as tornem impedidas ou suspeitas; (2) reste claro qual é a finalidade principal (ou as finalidades principais) da decisão administrativa; (3) estipulem quais são os resultados ou impactos esperados como fruto da medida decidida; (4) definam quais são os interesses particulares envolvidos, como se manifestaram ao longo do processo e como foram considerados pela decisão; e (5) procedam com transparência, em especial nas interações porventura mantidas entre a Administração e os particulares interessados".

[424] No exemplo narrado parágrafos acima, os dados seriam oriundos do Conselho Regional de Medicina – órgão responsável pelo registro profissional dos médicos. Mas seria possível cogitar casos análogos envolvendo advogados, engenheiros, economistas e urbanistas, por exemplo.

[425] O raciocínio pode ser estendido, ainda que em menor grau, aos Estados, ao Distrito-Federal e aos Municípios com população superior a um milhão de habitantes.

mirabolante,[426] sempre haverá outros nomes qualificados e dispostos a assumir o cargo federal que o Presidente da República cogite entregar a um parente.

Dois fenômenos exóticos, que se relacionam aos princípios da finalidade e da probidade, tornaram-se corriqueiros na cena político-jurídica brasileira, no curso das duas últimas décadas. Em desfecho do Tópico, abordo as esdrúxulas tendências (*i*) da *confissão espontânea* do desiderato político ilegítimo e (*ii*) dos atos políticos, em especial os de caráter normativo, editados mediante o recebimento ou a promessa de vantagens indevidas, isto é, *corrupção*.

Poucas páginas acima, defendi que, em 'condições normais de temperatura e pressão política', o desvio de finalidade deve ser constatado por meio de um *conjunto consistente de indícios*.[427] O Professor Adilson Dallari, escrevendo em 2006, afirmou que o "*desvio de poder nunca é confessado*", sendo mesmo "*caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito*".[428]

No **Capítulo 1**, contudo, examinei a batalha judicial contra o '*Trump Travel Ban*', referido como '*Muslin Ban*', não só pelo conteúdo objetivamente discriminatório da medida,[429] mas em função do componente de preconceito étnico e de intolerância religiosa que fora atribuído, pelo próprio Donald Trump, às medidas restritivas ao final editadas, em eventos de campanha, debates eleitorais e mesmo após à inauguração de sua presidência.[430]

---

[426] Para que se exercite o raciocínio jurídico, muitas vezes, é necessário se valer da imaginação. Pensemos, pois, no caso de o Presidente da República ter de escolher – com base em critérios técnicos restritivos, estipulados em hipotético Tratado Internacional – um astronauta brasileiro para integrar missão espacial interestatal destinada a fazer contato com alienígenas descobertos em Marte. Indo mais longe, imagine-se que o filho do Presidente, a quem compete a escolha do astronauta, seja o único brasileiro a satisfazer os rigorosos critérios da Convenção: (*i*) fluência em todas as línguas oficiais dos Estados-membros; (*ii*) número mínimo de horas em voo orbital a, pelo menos, 100 km de altitude, considerado o limite externo da atmosfera; (*iii*) estudos, em nível doutoral, nas áreas de linguística ou astrofísica; e (*iv*) publicações científicas relevantes sobre ufologia. O exemplo pareceu disparatado e irreal? Pois bem, apenas em circunstâncias tão improváveis e espetaculares seria legítimo ao Presidente da República indicar um filho seu a qualquer cargo que seja.

[427] Defendi, àquela altura, que tal conjunto de indícios deveria apontar, fundamentalmente, "(*i*) o caráter insólito da medida; (*ii*) a relação pessoal do agente público com os destinatários diretos do ato; e (*iii*) a artificialidade da justificativa oficial apresentada, à luz do contexto fático da deliberação política".

[428] *Cf.* DALLARI, Adilson de Abreu. Desvio de Poder na Anulação do Ato Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, vol. 07, 2006, p. 7.

[429] A *Executive Order 13769*, assinada em 27 de janeiro de 2017, era aplicável aos cidadãos do Irã, Iraque, Líbia, Somália, Sudão, Síria e Yemen, todos de maioria mulçumana. Com inclusões e exclusões pontuais, as duas medidas posteriores - *Executive Order 13780* e *Presidential Proclamation 9645* - buscaram disfarçar o caráter discriminatório da medida.

[430] (A) Donald Trump calls for complete ban on Muslims entering the US – video. *The Guardian*. 08 dez. 2015. Disponível em <https://www.theguardian.com/us-news/video/2015/dec/08/donald-trump-calls-for-complete-ban-on-muslims-entering-the-us-video>. (B) Donald Trump Stands By His Muslim Ban. *Vanity*

O Presidente Jair Bolsonaro, admirador confesso do *trumpismo*,[431] colecionou casos análogos no curso de seu mandato. Durante pronunciamento transmitido por suas redes sociais, em 19.07.2019, após confirmar a intenção de nomear seu filho, Eduardo Bolsonaro, ao posto de embaixador brasileiro em Washington, o Presidente confessou: "*Pretendo beneficiar meu filho, sim. Pretendo, está certo. Se puder dar um filé mignon ao meu filho, eu dou*".[432]

Em transmissão no dia 15.08.2019, Bolsonaro relatou orgulhoso a sua interferência, no âmbito da ANCINE, para impedir ou suspender o fomento a várias obras audiovisuais que abordavam questões raciais, sexuais ou de gênero, que o Presidente reputa abjetas.[433] O caso foi levado à apreciação da Justiça Federal, por iniciativa do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro.[434] No primeiro grau, a Juíza Federal constatou "um descompasso entre o motivo alegado para a elaboração do ato impugnado e a realidade dos fatos". Além disso, para a magistrada, "a liberdade de expressão, a igualdade e a não discriminação merecem a tutela do Poder Judiciário, inclusive em caráter liminar".[435]

Na sessão plenária de 31.03.2022, dedicada ao julgamento – até aqui não concluído – da chamada '*pauta verde*',[436] a Ministra Cármen Lúcia, relatora da maior parte dos processos, asseverou que: "A atuação redutora da proteção ambiental nem sempre é flagrante, podendo

---

Fair. 10 out. 2016. Disponível em: <https://www.vanityfair.com/video/watch/donald-trump-stands-by-his-muslim-ban>. (C) LANDERS, Elizabeth. Trump defends travel ban ahead of court hearing. *CNN*. 07 fev. 2017. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2017/02/07/politics/trump-defends-travel-ban/index.html>.

[431] A pessoalização das relações internacionais brasileiras é uma marca da política externa bolsonarista. Em minha avaliação, os interesses econômicos e geopolíticos brasileiros foram prejudicados, múltiplas vezes, em decorrência da falta de decoro do Presidente Bolsonaro, de seus Ministros e de seus filhos no trato com parceiros estratégicos e históricos do Brasil, como a China, a França, a Alemanha, a Argentina e a Venezuela. Nas eleições estadunidenses de 2020, o Presidente Bolsonaro, em desafio ao princípio da não-intervenção (CF/88, art. 4º, IV), declarou apoio a Donald Trump e fez críticas contundentes ao seu adversário, Joe Biden, que acabou vitorioso no pleito. *Cf.* 'Cinco momentos em que Bolsonaro expressou torcida por Trump e desafeto por Biden'. Publicado pela *BBC News Brasil*, em 02 nov. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54728318>.

[432] *Cf.* "Pretendo beneficiar um filho meu, sim', diz Bolsonaro". Publicado pela *DW Brasil*, em 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/pretendo-beneficiar-um-filho-meu-sim-diz-bolsonaro/a-49645527>.

[433] *Cf.* BALBI, Clara. 'Edital suspenso após críticas de Bolsonaro previa séries com gays'. *Folha de São Paulo*, em 24 ago. 2019: "'Mais fazer um filme sobre negros homossexuais do DF, confesso que não dá para entender. Então, mais um filme aí que foi para o saco', diz o presidente Bolsonaro em uma *live* no Facebook, veiculada no último dia 15. Na transmissão, ele dedica cerca de quatro minutos a listar uma série de títulos 'garimpados na Ancine' que, ele anuncia, conseguiu 'abortar''. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/edital-suspenso-apos-criticas-de-bolsonaro-previa-series-com-gays-e-evangelicos.shtml>.

[434] *Cf.* Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 11ª Vara Federal, Ação Civil Pública nº 5067900-76.2019.4.02.5101.

[435] A decisão liminar de primeiro grau foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Cf.* TRF2, 6ª Turma Especializada, Agravo de Instrumento nº 5009199-02.2019.4.02.0000.

[436] Entre outras ações e recursos, a chamada 'pauta verde' incluiria os seguintes: ADPF 651, ADI 6042, ADI 6148, ADI 6808, ADO 59, RE 1.348.854.

ser maquiada pela reestruturação de órgãos ambientais, sem deixar estampado seu agir ilegítimo".

É provável que assim se passe em outros países do mundo ou, mesmo, nalgumas unidades federativas brasileiras subnacionais. Não é o caso do Governo Federal, sob Bolsonaro, que tem implementado uma *política antiambiental* aberta. Durante a reunião interministerial de 22.04.22, Ricardo Salles, então Ministro do Meio Ambiente, declarou que "*precisa ter um esforço nosso aqui enquanto estamos nesse momento de tranquilidade, no aspecto de cobertura de imprensa, porque só fala de COVID, e ir passando a boiada e mudando todo o regramento*".[437]

Ainda antes da posse, em 01º de dezembro de 2018, Bolsonaro declarou à imprensa: "*Não vou mais admitir o Ibama sair multando a torto e a direito por aí, bem como o ICMbio. Essa festa vai acabar*".[438] De fato, as multas ambientais – previstas legislativamente em termos vinculativos, como é próprio à regulação das atividades de polícia administrativa – *praticamente acabaram*. Em relação aos crimes ambientais na Amazônia Legal, segundo estudo da UFMG, houve uma redução de **93%** das multas pagas durante o primeiro biênio do Governo Bolsonaro.[439]

---

[437] *Cf.* "Ministro do Meio Ambiente defende passar 'a boiada' e 'mudar' regras enquanto atenção da mídia está voltada para a Covid-19". Publicado no portal '*G1*', em 22 mai. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-do-meio-ambiente-defende-passar-a-boiada-e-mudar-regramento-e-simplificar-normas.ghtml>.

[438] Na verdade, além de ter adotado um discurso explicitamente antiambientalista em seus mandatos parlamentares (1989-2018), Jair Bolsonaro passou a pelejar contra o IBAMA após ter sido multado, em janeiro de 2012, por pesca ilegal na Estação Ecológica de Tamoios, em Angra dos Reis (RJ). Em junho de 2013, Jair Bolsonaro, então Deputado Federal, notório estimulador do armamento da população civil, apresentou o Projeto de Lei 5720, que pretendia revogar o "dispositivo que permitia o porte de arma para servidores designados para atividades de fiscalização ambiental". Menos de três meses após Bolsonaro assumir a Presidência da República, o servidor José Augusto Morelli, responsável pela fiscalização ambiental que o multou em 2012, foi exonerado do cargo de chefia que exercia. *Cf.* 'Servidor do Ibama que multou Bolsonaro por pesca irregular é exonerado de cargo de chefia'. Publicado no portal '*G1*', em 29 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/03/29/ibama-exonera-servidor-que-multou-bolsonaro-por-pesca-irregular.ghtml>. Ver também: MAISONNAVE, Fabiano; VALENTE, Rbens. 'Bolsonaro retaliou fiscais do Ibama após ser multado por pesca irregular'. Folha de São Paulo, 15 out. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/bolsonaro-retaliou-fiscais-do-ibama-apos-ser-multado-por-pesca-irregular.shtml.

[439] *Cf.* MARQUES, Júlia. 'Na gestão Bolsonaro, número de multas pagas por crimes ambientais na Amazônia cai 93%'. Publicado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, em 19 jul. 2021. Disponível eletronicamente em: <https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,sob-bolsonaro-n-de-multas-pagas-por-crimes-ambientais-na-amazonia-cai-93,70003782441>.

Há inúmeros outros casos semelhantes aos narrados[440], em que o real e inadmissível *móvel* das ações presidenciais foi, pública e espontaneamente, revelado pelo próprio Presidente. Alguns serão ainda examinados no **Capítulo 6**, em que trato das nomeações presidenciais para cargos políticos ou em comissão.

Em todos os casos comentados acima, além do descolamento entre o motivo alegado e a realidade dos fatos, as decisões presidências eram, em si mesmas, irreconciliáveis com a Constituição; pois, além de violar seus princípios basilares, não contribuíam positivamente para a concretização de nenhuma finalidade pública com lastro constitucional ou legislativo.

Identifiquei, contudo, dois casos mais complexos: de medidas presidenciais que, conquanto fossem objetivamente compatíveis com a Constituição e promotoras de interesses públicos, o Presidente também revelou tê-las adotado para prejudicar, deliberadamente, organizações da sociedade que ele enxerga como inimigas: a União Nacional dos Estudantes e a imprensa profissional.

Em agosto de 2019, o Presidente editou a Medida Provisória nº 892, para permitir a publicação eletrônica dos balanços empresariais exigidos pela Lei das Sociedades por Ações. Em abstrato, a medida é modernizadora, benéfica à atividade comercial (*na medida em que reduz os seus encargos indiretos*) e salutar ao meio-ambiente (*na medida em que evita publicações desnecessárias em papel*).[441] No dia seguinte à publicação da MP, contudo, o Presidente declarou: "*No dia de ontem eu retribuí parte daquilo que grande parte da mídia me atacou*".[442]

---

[440] A título ilustrativo, menciono (*i*) o desmonte deliberado das políticas antirracistas, a cargo da Fundação Palmares; (*ii*) as sucessivas trocas na Direção-Geral e no comando de Superintendências específicas da Polícia Federal, notadamente a do Rio de Janeiro, que conduzia investigações contra familiares do Presidente; (*iii*) a edição de atos normativos infralegais para dificultar o rastreio de munições e armas de fogo; (*iv*) o episódio do '*dossiê antifascistas'*.

[441] Na Exposição de Motivos da Medida Provisória, assinada pelo Ministro Paulo Guedes, aduz que a "necessidade de publicação em jornais exigida pelo art. 289 da Lei nº 6.404/1976 representa um custo de observância imposto às companhias que não mais se justifica nos dias de hoje, dado o avanço tecnológico ocorrido desde a publicação da Lei. Na verdade, a obrigação contida na Lei para que todas [as] companhias publiquem seus atos societários em jornais representa uma barreira de entrada ao mercado de capitais". *Cf.* EM nº 231/2019 - ME.

[442] *Cf.* GALHARDO, Ricardo. "MP que desobriga balanços em jornais é 'retribuição' a tratamento da imprensa, diz Bolsonaro". Publicado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, em 06 ago. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mp-que-desobriga-balancos-em-jornais-e-retribuicao-a-tratamento-da-imprensa-diz-bolsonaro,70002957201>. No discurso o Presidente chega a ironizar o risco de falência de veículos específicos: "*Eu espero que o Valor Econômico sobreviva à medida provisória de ontem*". Bolsonaro também (i) determinou a exclusão da Folha de S. Paulo de licitação da Presidência da República, em que pese recuo posterior, (ii) pressionou anunciantes do jornal a deixarem de sê-lo e (iii) lançou campanhas de boicote ao periódico: "Recomendo a todo o Brasil que não compre mais a Folha". *Cf.* URIBE, Gustavo. Bolsonaro cumpre ameaça e exclui a Folha de licitação da Presidência para assinatura de

A Medida Provisória nº 892, que chegou a ser questionada perante o STF,[443] caducou em 3 de dezembro de 2019, por não ter sido convertida em Lei, pelo Congresso, no prazo disposto pelo art. 62, § 3º, da Constituição.[444]

A polêmica envolvendo a UNE é parecida. Também por Medida Provisória, a MP 895/2019, o Governo Federal previu a criação de uma '*Carteira de Identificação Estudantil*', gratuita e preferencialmente digital, emitida pelo Ministério da Educação. Com exceção do vício formal quanto ao pressuposto objetivo da *urgência*, exigência constitucional específica à edição de medidas provisórias, o conteúdo da MP 895/2019 não viola a Constituição Federal; pelo contrário, ao simplificar e tornar gratuita à emissão de identificações estudantis, a medida teria mesmo o condão de concretizar o direito à educação e à cultura; facilitando o seu gozo.

A legitimidade da medida, novamente, *morreu pela boca* do Presidente da República. Na cerimônia de assinatura da MP, em setembro de 2019, Bolsonaro declarou: "*Essa lei de hoje, apesar de ser uma bomba, é muito bem-vinda, vem do coração. E vai evitar que certas pessoas, em nossas universidades, promovam o socialismo. Socialismo esse que não deu certo em lugar nenhum do mundo, e devemos nos afastar deles*". No mesmo evento, o Ministro da Casa Civil confirmou que as *razões* apresentadas pelo Presidente eram coincidentes com o motivo determinante da MP 895/2019, para a cúpula governamental.[445]

Mais uma vez: a MP não foi convertida, no prazo constitucional, em Lei; tendo caducado em 16 de fevereiro de 2020.[446]

---

jornais. Presidente havia prometido cancelar assinaturas e também ameaçado anunciantes do jornal. Folha de S. Paulo, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bolsonaro-cumpre-ameaca-e-exclui-folha-de-licitacao-da-presidencia-para-assinatura-de-jornais.shtml>.

[443] *Cf*. STF, ADI 6215, Rel. Min. Marco Aurélio. A perda de objeto da ação foi declarada em 6 dez. 2019. A Medida Provisória nº 896/2019, que revogava a necessidade de publicações da Administração Pública em jornais, também acabou caducando (16 fev. 2020). Antes disso, porém, o Min. Gilmar Mendes havia concedido medida cautelar para suspender a eficácia imediata da medida. *Cf*. STF, ADI 6.229 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ*e* 22 out. 2019.

[444] *Cf*. Ato Declaratório do Presidente do Congresso Nacional nº 68, de 2019.

[445] *Cf*. RODRIGUES, Mateus. 'Bolsonaro assina MP que cria carteirinha estudantil digital, emitida pelo governo'. Publicado no portal '*G1*', em 06 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/09/06/bolsonaro-assina-mp-que-cria-carteirinha-estudantil-digital-emitida-pelo-governo.ghtml>. Segundo a reportagem, a equipe do governo objetivava "desidratar" as fontes de custeio das entidades estudantis. Onyx Lorenzoni, à época Ministro da Casa Civil, declarou na cerimônia: "Instituições como a UNE e outras, impregnadas por uma esquerda... O que nós estamos fazendo hoje é libertar cada jovem, cada estudante. Não pagar dinheiro nem para UNE nem para Ubes, para quem quer que seja".

[446] Em março de 2022, o tema da identificação estudantil foi apreciado pelo STF, nos autos da ADI 5.108, que questionava a constitucionalidade de dispositivos da da Lei nº 12.933/2013. Por maioria, o Supremo entendeu que a exigência de que entidades estudantis regionais ou locais fossem filiadas às entidades nacionais (*UNE*, *UBES* e *ANPG*), para poderem emitir documentos oficiais de identificação dos estudantes, violava o direito fundamental à liberdade de associação. *Cf*. STF, ADI 5.108, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ*e* 31 mar. 2022.

Em ambos os casos, portanto, a falta de articulação parlamentar do Governo Federal obstou que a constitucionalidade das medidas – e de seus *motivos determinantes* – fossem apreciadas pelo Congresso Nacional e pelo Poder Judiciário. Os casos, em si, perderam o objeto. Mas a discussão que eles colocam não: *o que fazer com atos políticos que, embora editados por motivações mesquinhas e impróprias, promovam interesses públicos e valores constitucionais?*

Em primeiro lugar, é preciso aferir se o ato político tem natureza *concreta* ou *abstrata*. Os atos concretos são aqueles de objeto determinado e destinatários certos. A categoria opõe-se aos atos de conteúdo materialmente normativo, que disciplinam relações jurídicas de modo genérico e abstrato.

Quando a confissão do desiderato ilegítimo se ligar a ato político de efeitos concretos,[447] não parece haver razão que recomende a preservação judicial do ato. O vício do desvio de finalidade deve, pois, ser constatado (*a partir da confissão*) e fundamentar a declaração de inconstitucionalidade do ato político de *aspiração infame*.

Nos atos políticos genéricos e abstratos, a indagação não comporta resposta simples nem uniforme. No mais das vezes, será mesmo necessário *ponderar* (*i*) os benefícios à coletividade advindos do ato político com (*ii*) os prejuízos que dele decorrerão a desafetos ou a antagonistas do agente público responsável por sua edição.

Haverá casos em que o antagonismo político ensejador do ato é legítimo, pois dirigido à supressão de privilégios antirrepublicanos, encargos anacrônicos ou restrições de mercado injustificáveis. Por outro lado, se as utilidades sociais forem diminutas e os prejuízos específicos severos, a medida normativa poderá ser judicialmente anulada ou, se vinda do Executivo, sustada pelo parlamento.

A decretação da inconstitucionalidade parece ter especial sentido nos casos em que os prejuízos específicos do ato político abstrato, além de determinantes para sua edição, recaírem sobre atores institucionais ou sociais relevantes para o bom funcionamento do sistema democrático. Quando a medida, confessadamente persecutória, inviabilizar o funcionamento –

[447] A título exemplificativo, cito os atos de nomeação de autoridades; os indultos individuais (cuja recepção pela Constituição de 1988 será discutida no **Capítulo 8**); e a aprovação congressual da alienação de terras públicas superiores a dois mil e quinhentos hectares (CF/88, art. 49, XII).

jurídico ou econômico – da instituição lesada, a declaração de inconstitucionalidade parece mesmo inescapável, à luz do princípio democrático e da teoria da *democracia militante*.[448]

Trato agora do último assunto do Capítulo: os atos políticos resultantes do recebimento ou da promessa de vantagens indevidas. Nas últimas décadas, diversas reportagens e investigações[449-450] têm mostrado que a *corrupção propriamente dita* – fato tipificado como crime tanto na modalidade ativa quanto na modalidade passiva[451] – tem

---

[448] A teoria, proposta por Loewenstein, pouco após à ascensão do nazismo na Alemanha, defende que as instituições democráticas devem ser equipadas com instrumentos capazes de impedir o triunfo de projetos totalitários ou autoritários de poder. Nos Estados Unidos, ideias semelhantes são tratadas sob o rótulo '*Defensive Democracy*'. Lá se enfoca, com equívocos históricos graves (*e.g.*, Macarthismo), a necessidade de os órgãos do sistema democrático conjugarem esforços para defender o próprio sistema. Sobre o assunto, *v.* PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

[449] A título exemplificativo, podem ser citados o episódio do '*Mensalão*', julgado pelo STF no bojo da Ação Penal nº 470; a '*Operação Lava Jato*'; a '*Operação Zelotes*' e o '*Inquérito dos Portos*'. (*A*) No âmbito da *Lava Jato*, por exemplo, a delação de Claudio Melo Filho, ex-Diretor de Relações Internacionais da Odebrecht, relata 15 casos em que a empreiteira teria prestado vantagens indevidas, para que 12 medidas provisórias, 2 projetos de lei (com origem na Câmara) e 1 projeto de resolução do Senado fossem aprovados de modo favorável a seus interesses privados. (*B*) Na Zelotes, apurou-se indícios de que três Medidas Provisórias – MP 471/2009, MP 512/2010 e MP 627/2013 – teriam sido editadas 'sob encomenda' de grupos empresariais. (*C*) No caso dos Portos, Raquel Dodge, então Procuradora-Geral da República, denunciou que em "10 de maio de 2017, o Presidente Michel Temer, após ter aceitado promessa de vantagem indevida para esse fim, editou o Decreto nº 9.048/2017, com a finalidade de beneficiar empresas do setor portuário, com as quais mantinha relações desde a década de 1990". (*D*) A delação de Lúcio Funaro ainda dá conta de corrupção na MP 595/2013, também relativa ao setor portuário. Fontes: (*A*) *Cf.* VASCONCELLOS, Marcos de; MARTINES, Fernando. 'Compra de leis e MPs citada em delação da Odebrecht gera insegurança'. Publicado na Revista Consultor Jurídico, em 11 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/compra-leis-citada-delacao-odebrecht-gera-inseguranca>. (*B*) *Cf.* BOMFIM, Camila. 'Zelotes apura pagamento de propina para a edição de 3 medidas provisórias'. Publicado no portal *G1*, em 26 out. 2015. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/zelotes-apura-pagamento-de-propina-para-edicao-de-3-medidas-provisorias.html>. (*C*) A íntegra da denúncia aludida está disponível em: <www.mpf.mp.br/pgr/documentos/1937Inquerito4621denuncia17.12alteracaoRB62_COMTARJAS.pdf>. (*D*) *Cf.* 'Temer atuou por interesses de empresas portuárias, diz Funaro'. Publicado no portal *'Congresso em Foco*', em 14 out. 2017. Disponível eletronicamente em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/temer-atuou-por-interesses-de-empresas-portuarias-diz-funaro-veja-o-video/>.

[450] Boa parte dos processos criminais que resultaram das investigações mencionadas acima foram, no todo ou em parte, anulados nos últimos anos. Houve também, em casos pontuais, absolvições por falta de provas, como ocorreu com Michel Temer. Embora as críticas jurídicas, políticas, éticas e econômicas ao '*lavajatismo*' sejam, em larga medida, procedentes, é preciso reconhecer o caráter incontroverso de parte dos fatos desvelados pelas investigações – não só pela controversa confissão de parte dos réus, tornados delatores, mas pela devolução espontânea de mais de R$ 6 bilhões aos cofres públicos, além de provas documentais, telemáticas e videográficas de relações e transações indevidas entre agentes políticos e empresários. *Cf.* 'Acordos de leniência celebrados pelo MPF no âmbito da Lava Jato já devolveram mais de R$ 6 bilhões para os cofres públicos'. Publicado pela *Assessoria de Comunicação do Ministério Público Federal no Paraná*, em 24 jun. 2021. Disponível em: <www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/valor-devolvido-aos-cofres-publicos-em-leniencias-com-o-mpf-ultrapassam-r-6-bilhoes>.

[451] *Cf.* Código Penal, artigos 333 e 317. A corrupção passiva se consuma na solicitação ou no recebimento de vantagem indevida em razão de função pública, ou, ainda, no aceite da promessa de tal vantagem. A corrupção ativa se consuma no oferecimento ou na promessa de vantagem indevida a agente público, a fim de interferir no exercício de suas funções.

determinado a edição de Medidas Provisórias e Decretos, pelo Presidente da República; bem como influído na aprovação de projetos legislativos, pelo Congresso Nacional.

Em novembro de 2017, durante a XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, o Ministro Herman Benjamin, do STJ, afirmou: "*Infelizmente não temos, no nosso modelo constitucional, mecanismos de defesa para, por exemplo, a compra de medida provisória. O que eu vou fazer com uma lei comprada?*".[452]

Em outubro de 2020, durante palestra na Escola Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros, o Ministro Herman voltou ao tema, declarando que "*o Brasil é o único país no mundo onde, com provas robustas, comprova-se que leis foram compradas*". Em seguida, Benjamin indagou: "*o que fazemos, como operadores do Direito, com uma lei que eu sei que foi comprada? Isso merece uma tese de doutorado*".[453]

Embora este não constitua o objeto central desta Tese, penso ser pertinente enfrentá-lo – na medida em que há evidências fartas de que o vício da corrupção tem, com frequência espantosa, determinado o momento de edição e o conteúdo de atos políticos no Brasil, consoante à classificação proposta no **Capítulo 3**.

O primeiro aspecto a ser ressaltado é, justamente, a *robustez das provas*. O reconhecimento judicial da formação ímproba dos atos políticos, em razão de suas implicações institucionais e efeitos práticos, precisa estar alicerçado em evidências sólidas. De nada valem *convicções íntimas* e não basta *a mera palavra de delatores premiados*; deve haver lastro seguro; provas materiais consistentes.[454]

O segundo aspecto relevante é a natureza *unipessoal* ou *multipessoal* do ato.[455] Nos atos normativos editados pelo Presidente da República, por exemplo, só a sua vontade é necessária ao aperfeiçoamento da norma. Nos de competência do Congresso Nacional, por

---

[452] *Cf.* VITAL, Danilo. 'Brasil não tem defesa contra compra de leis, diz Herman Benjamin'. *Consultor Jurídico*, em 11 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-27/brasil-nao-defesa-compra-leis-herman-benjamin>.

[453] *Cf.* 'Provas mostram que leis tributárias foram compradas, diz Herman Benjamin'. *Consultor Jurídico*, em 31 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-31/leis-tributarias-foram-compradas-ministro-herman-benjamin>.

[454] Penso mesmo ser necessário que eventuais provas testemunhais sejam corroboradas por provas documentais ou periciais, especialmente quando as testemunhas sejam poucas ou se contradigam.

[455] Em alguns casos, a corrupção terá por objeto a iniciativa de projeto ou emenda legislativa. Parece-me possível analisar a relevância do vício também em relação aos atos de iniciativa isoladamente, que podem ser unipessoais ou multipessoais. Também parece adequada a anulação judicial de dispositivo legal resultante de emenda proposta mediante corrupção, especialmente se o autor ou a maioria dos autores estiver envolvida.

outro lado, a formação do ato se dá a partir da conjugação de *594 vontades*; na medida em que o Congresso se compõe de 513 Deputados Federais e 81 Senadores.

Como o vício da corrupção traduz uma manifestação volitiva ilegítima, é fundamental determinar (*i*) quantas vontades são necessárias à formação do ato e (*ii*) quantas foram comprometidas mediante ofertas ou promessas indevidas. No caso dos atos unipessoais, a prova de que a vontade única foi comprometida pela corrupção recomenda a sua anulação judicial.

No caso dos atos políticos multipessoais, é preciso confrontar, a partir dos dados indicados e das provas recolhidas, a abrangência e a centralidade do ajuste corrupto para a sua aprovação. Não parece adequado propor uma equação matemática rígida à hipótese; mas apontar que a resposta deve ser buscada no binômio *relevância-irrelevância* do esquema de corrupção.[456] Dito de outro modo: nos atos políticos multipessoais, parece razoável desconsiderar, em nome da segurança jurídica e do princípio democrático, os *vícios éticos insignificantes*.[457]

O terceiro aspecto toca à natureza concreta ou abstrata do ato político, de modo que remeto aos comentários que fiz páginas acima, ao tratar do fenômeno da confissão espontânea da finalidade ilegítima dos atos políticos. A lógica é a mesma: nos atos concretos, recomenda-se a invalidação pura e simples; nos abstratos, a resposta deve ser buscada na ponderação das utilidades e dos prejuízos advindos da medida.

A corrupção, repita-se, é um vício que macula a formação da vontade do agente público. Não necessariamente um ato fruto de corrupção é, em seu conteúdo, contrário à Constituição. Embora a probabilidade seja remota, o ato corrupto pode mesmo promover eficazmente interesses públicos legítimos. Além disso, é possível que decorra muitos anos ou

---

[456] A título de exemplo, imagine-se que cinco Deputados Federais tenham, mediante propina e financiamento eleitoral, alienado seus votos, em proposições legislativas economicamente relevantes, para determinado empresário. Assim retratado, o esquema parece, de todo, irrelevante. No entanto, uma proposição legislativa pode ser aprovada ou rejeitada por votação simbólica, por unanimidade ou mesmo pela diferença de um só voto. Também não se deve exigir maioria comprovada de corruptos para a invalidação da medida. Basta que o esquema de corrupção tenha influído, de modo relevante, na aprovação do ato e em seu conteúdo.

[457] O raciocínio encontra paralelo no Direito Penal. O princípio da insignificância (ou da *bagatela*) propõe a exclusão da tipicidade de condutas que, embora formalmente típicas, lesionem de modo ínfimo o bem jurídico tutelado pela norma penal. Sobre o assunto, ver GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 e DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática. Uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. *Revista de Estudos Criminais*, v. 57, pp. 205-243, 2015.

mesmo décadas entre o aperfeiçoamento do ato político e o surgimento das evidências de que ele foi forjado mediante corrupção.

Esses fatores podem recomendar, conforme as circunstâncias de cada caso, a adoção de técnicas decisórias concebidas pelos Tribunais Constitucionais,[458] e o advento de soluções inovadoras, capazes de coibir o vício da corrupção sem propiciar vácuos normativos, prejuízos sociais, crises institucionais ou contrações democráticas.

Entre as técnicas decisórias já incorporadas à jurisdição constitucional brasileira, são particularmente relevantes (*i*) a modulação de efeitos temporais[459-460] e (*ii*) a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, que, a rigor, encerra o caso mais extremo de modulação no controle de constitucionalidade – na medida em que se reconhece o vício, mas em razão de outros valores constitucionais (*que seriam sacrificados com a sua fulminação*), decide-se pela preservação definitiva dos seus efeitos; até a sua revogação por norma mais recente.[461]

O critério do *máximo aproveitamento dos atos políticos viciados*, que proporei e desenvolverei no **Tópico 5.2**, também poderá ser aplicado aos casos de corrupção – quando for possível, por exemplo, isolar um dispositivo que tenha sido indecorosamente incorporado a diploma legislativo abrangente e, de resto, inconspurcado. Parece possível também, por intermédio da técnica da *interpretação conforme a Constituição*, fixar intelecção do ato

---

[458] *Cf.* MELO, Teresa. Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

[459] O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, inspirado no sistema norte-americano, tem como regra a atribuição de efeitos retroativos (*ex tunc*) às declarações judiciais de inconstitucionalidade. No entanto, nas últimas décadas, o STF tem admitido, de modo sistemático, a modulação temporal dos efeitos nulificadores da declaração de inconstitucionalidade. Desde 1999, a técnica tem fundamento legal expresso: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado" (Lei nº 9.868, art. 27).

[460] Como explica Teresa Melo, o STF tem aplicado a técnica da modulação em outros casos que não a declaração abstrata de inconstitucionalidade: "(i) no controle difuso de constitucionalidade, (ii) na mudança de orientação jurisprudencial (ainda que fora da sede do controle de constitucionalidade) e, até mesmo, (iii) na declaração de constitucionalidade de normas". Segundo a autora, além do âmbito de aplicabilidade, também foram ampliadas as possibilidades de modulação: "os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo passaram a transitar numa escala que se inicia com o efeito retroativo puro (*ex tunc*), passa pelo efeito retroativo determinado no tempo (*pro praeteriti* – ou alguma data ou circunstância específica no passado), chega no efeito prospectivo puro (*ex nunc*) e termina no efeito prospectivo determinado no tempo (*pro futuro*)". *Cf.* MELO, Teresa. Modulação Temporal de Efeitos: técnica pragmatista de decisão e parâmetros para sua aplicação. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 29, 2021, p. 185-188.

[461] *Cf.* CARVALHO FILHO, José Santos. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 57, n. 225, p. 151-163, 2020.

corrompido que preserve suas utilidades sociais, que sejam constitucionalmente aderentes, mas expurgue eventuais '*privilégios odiosos*'[462], que tenham sido introduzidos ao ordenamento mediante vantagens indevidas a agentes políticos.

Gostaria, contudo, de propor duas soluções inovadoras e peculiares à decisão judicial quanto aos vícios de corrupção no processo de formação de atos políticos abstratos adotados pelo Poder Legislativo. Ambas são inspiradas no instituto da '*ratificação*', pelo qual se confirma ou se reestabelece a validade de um ato anterior, que padecia de vícios de nulidade ou anulabilidade.[463]

A hipótese que tenho em mente é, precisamente, a suscitada pelo Ministro Herman: a das '*Leis compradas*'. Quando for impossível determinar a extensão do comprometimento da vontade legislativa pela corrupção ou quando for contrário ao interesse público simplesmente extirpar o *ato político-normativo* viciado, o Supremo Tribunal Federal poderá, como forma de tutelar a probidade do Poder Legislativo sem usurpar sua competência primaz, assinalar prazo para que o Congresso Nacional, com o impedimento dos parlamentares comprovadamente envolvidos no esquema, rediscuta e reaprecie o ato corrompido, sob pena da suspensão de sua eficácia normativa, após o implemento do termo fixado pelo STF.

A segunda e extraordinária forma de ratificação de atos normativos corrompidos é a determinação, pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo de ação abstrata de controle, de que o ato viciado seja submetido a *referendo popular*.

---

[462] No Direito Tributário, o *privilégio odioso* seria produto da "autolimitação do poder fiscal, por meio da Constituição ou da lei formal, consistente na permissão, destituída de razoabilidade, para que alguém deixe de pagar tributos que incidem genericamente sobre todos os contribuintes ou receba, com alguns poucos, benefícios inextensíveis aos demais". *Cf.* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*: Os Direitos Humanos e a Tributação. Rio de Janeiro. Renovar. 3ª ed. 2005, p. 367. Utilizei a expressão em sentido ampliado, pretendendo alcançar todo e qualquer benefício, jurídico ou econômico, que (*i*) seja destituído de razoabilidade e fundamento constitucional e (*ii*) tenha um plexo restrito de beneficiários.

[463] A ratificação é instituto comum aos ramos públicos e privados do Direito. O Código Civil a prevê expressamente no art. 662, *caput* e parágrafo único. No âmbito do Direito Administrativo, em que também é referida por 'convalidação', 'confirmação' ou 'sanatória', o fundamento legal - no âmbito da União - é o art. 55, da Lei 9.874/1999. *Cf.* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 486: "A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. (...) O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado. É claro, pois, que só pode haver convalidação quando o ato possa ser produzido validamente no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser legitimamente produzidos".

O plebiscito e o referendo, embora sejam potentes instrumentos constitucionais de democracia direta, estão em franco desuso no país.[464] É fato que a Constituição prevê *competir exclusivamente* ao Congresso Nacional "*autorizar referendo e convocar plebiscito*" (art. 49, XV).

No entanto, nos casos em que o próprio Congresso, traindo o mandato, o interesse e a confiança popular, aliena – *mediante corrupção pura e simples* – o exercício intransferível de seus poderes a grupos corruptores, parece ser possível que, por decisão provocada e fundamentada do Supremo Tribunal, a norma maculada seja submetida à apreciação direta e definitiva de seu titular último: o povo.

A proposta, conquanto flexibilize a exclusividade da competência congressual de autorizar referendos, concretiza a cláusula da soberania popular: "*Todo poder emana do povo*", diz a Constituição.[465] Deputados e Senadores são meros representantes do povo; não são os titulares nem podem ser os beneficiários do poder político. É preciso extrair da Constituição soluções hermenêuticas que respondam às patologias éticas da representação parlamentar, sem que isso implique a *pilhagem*, desmedida e inapelável, das decisões políticas do Legislativo pelo Judiciário – que, afinal, não reúne a legitimidade do voto popular.

Essa é uma proposta que visa a conciliar o *ativismo judicial* na tutela da Constituição com o *princípio democrático*, na medida em que a decisão final a respeito do ato político seria transferida, pelo STF, ao eleitorado brasileiro – mediante referendo popular organizado pelo Tribunal Superior Eleitoral, preferencialmente na ocasião da eleição ordinária subsequente.[466]

---

[464] Só foram realizadas três consultas populares, de âmbito nacional, no curso da história constitucional brasileira: o referendo de 1963, sobre o sistema de governo; o plebiscito de 1993, convocado pelos constituintes para a manifestação popular quanto à forma e ao sistema de governo; e o referendo de 2005, a respeito do Estatuto do Desarmamento. Outros plebiscitos, de âmbito regional ou local, foram realizados, pela Justiça Eleitoral, a partir de convocação parlamentar, para a deliberação sobre a criação, incorporação, desmembramento ou fusão de unidades federativas subnacionais. Em 11 de dezembro de 2011, por convocação do Congresso Nacional (Decretos Legislativos nº 136 e nº 137, ambos de 2011), a Justiça Eleitoral realizou consulta extraordinária, fora do calendário eleitoral ordinário, sobre o desmembramento do Estado do Pará. A proposta era desmembrar a unidade em três: Pará, Carajás e Tapajós. Pouco mais de 66% do eleitorado paraense se manifestou contrariamente à criação dos novos Estados, neste que foi o maior plebiscito regional de nossa história. As informações referidas foram obtidas a partir da página "Plebiscitos e referendos", hospedada no site do TSE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos>.

[465] Constituição Federal de 1988, art. 1º, parágrafo único: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

[466] A sugestão de que as consultas populares sejam realizadas por ocasião da eleição regular mais próxima visa à racionalização dos recursos públicos necessários à promoção de uma eleição de âmbito nacional. Apenas para que se dimensione o volume de recursos gastos a cada pleito, menciono que o custo administrativo das eleições municipais de 2020 girou em torno de R$ 647 milhões, segundo apuração do TSE, desconsiderando os gastos com o financiamento público de partidos e candidaturas. *Cf.* 'Eleições de

A proposta, em *paráfrase provocativa* à Tushnet,[467] aprofunda (*i*) tanto o papel das Cortes na defesa da Constituição (*ii*) quanto o poder do povo sobre decisões políticas fundamentais e o seu papel na tutela da democracia e dos valores constitucionais.

Acredito que a ratificação por referendo deve ter lugar excepcional, apenas em (*i*) projetos legislativos de especial relevância e interesse popular ou em (*ii*) Propostas de Emenda à Constituição, sobre os quais recaiam provas fundadas de corrupção; desde que, em todo caso, a matéria possa ser compreendida pelo eleitor-médio.

Esta última hipótese não é mera conjectura. Evidências consistentes indicam que a Emenda Constitucional nº 16, de 1997, que introduziu a possibilidade de reeleição para a chefia do Executivo em todos os níveis de governo,[468] foi aprovada mediante a '*compra de votos*' de Deputados Federais.

No primeiro turno da votação, na Câmara, a PEC nº 01/1995 recebeu 336 votos favoráveis, apenas 28 a mais do que o mínimo necessário para o prosseguimento da proposta.[469] O esquema de corrupção na provação da PEC, pela Câmara, foi primeiro noticiado pelo jornalista Fernando Rodrigues, em reportagem publicada na capa da *Folha de*

2020: custo do pleito deve girar em torno de R$ 647 milhões'. Publicado no *site* do *Tribunal Superior Eleitoral*, em 07 out. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/eleicoes-2020-custo-do-pleito-deve-girar-em-torno-de-r-647-milhoes>. A Resolução nº 23.385/2012, do Tribunal Superior Eleitoral, estabelece as "diretrizes gerais para a realização de consultas populares concomitante com eleições ordinárias".

[467] *Cf.* TUSHNET, Mark; BUGARIC, Bojan. *Power to the People*: Constitutionalism in the Age of Populism. Oxford University Press, 2021 e TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 2000.

[468] O Presidente Fernando Henrique Cardoso, no poder à época da propositura e da aprovação da PEC da Reeleição, manifestou arrependimento quanto aos efeitos da Emenda, primeiro em artigo publicado no Estadão (2020) e, mais recentemente, no documentário '*O Presidente Improvável'* (2022), dirigido por Belisário Franca. *Cf.* CARDOSO, Fernando Henrique. 'Reeleição e crises'. Publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, em 05 set. 2020. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,reeleicao-e-crises,70003427387>. Embora FHC já tenha negado o esquema de corrupção em termos peremptórios, declarou em evento da Folha, no ano de 2007, o seguinte: "Houve compra de votos? Provavelmente. Foi feita pelo governo federal? Não foi. Pelo PSDB? Não foi. Por mim, muito menos". No segundo volume, de seus Diários da Presidência, publicado em 2016, FHC repete o raciocínio: "compras de votos, se houve – e pode ter havido –, não foram feitas pelo governo, pelo PSDB e muito menos por mim". *Cf.* 'Entenda como foi a compra de votos a favor da emenda da reeleição em 1997'. Publicado no portal *Poder360*, em 08 set. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/midia/entenda-como-foi-a-compra-de-votos-a-favor-da-emenda-da-reeleicao-em-1997/>.

[469] Para a aprovação de uma Proposta de Emenda à Constituição, é necessário que ela receba, ao menos, três quintos dos votos dos Deputados Federais (*308 votos favoráveis, de 513 votantes*) e dos Senadores (*49 votos favoráveis, de 81 votantes*), em duas sessões plenárias distintas no âmbito de cada Casa. *Cf.* Constituição Federal de 1988, art. 60, § 2º.

S. Paulo, de 13 de maio de 1997, sob a manchete: "*Deputado conta que votou pela reeleição por R$ 200 mil*".[470]

A série de reportagens de Fernando Rodrigues - '*Mercado de Voto*' - venceu a categoria principal do *Prêmio Esso de Jornalismo* de 1997.[471] No entanto, espantosamente, nenhuma investigação efetiva das denúncias foi conduzida pelos órgãos competentes.[472]

As reportagens foram produzidas a partir de gravações ambientais, por interlocutor cuja identidade foi mantida em sigilo, de conversas com os deputados Ronivon Santiago e João Maia, ambos do PFL-AC.[473] As provas materiais – cuja autenticidade foi confirmada por perícia independente – também apontavam o envolvimento dos deputados acreanos Osmir Lima e Zila Bezerra, também do PFL, e Chicão Brígido, do PMDB; além de indicar que dezenas de outros parlamentares (*não identificados*) teriam participado do esquema.[474] Os deputados gravados renunciaram aos mandatos em 21 de maio de 1997;[475] os outros três,

---

[470] O valor da propina individual, monetariamente corrigido, corresponde hoje a cerca de R$ 1 milhão.

[471] *Cf.* 'Jornalista da Folha é vencedor do Prêmio Esso de Jornalismo'. *Folha de S. Paulo*, 17 dez. 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/12/17/brasil/27.html>.

[472] As investigações ministeriais, segundo a imprensa, teriam sido arquivadas pelo Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, que ficou no cargo por quase 8 anos (julho de 1995 a junho de 2003) e acabou conhecido pela alcunha de *'engavetador-geral da República*'. A tentativa de investigar as denúncias, por meio de CPI, teria sido abafada pelo Planalto, mediante a distribuição de cargos a partidos da base aliada ao Governo. Nove dias após à publicação da primeira reportagem, o Deputado Eliseu Padilha e o Senador Iris Rezende, ambos do PMDB, assumiram as pastas dos Transportes e da Justiça, respectivamente. *Cf.* 'FHC prega 'basta' a 'clima de baderna' e critica o MST'. *Folha de S. Paulo*, 23 mai. 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/23/brasil/12.html>. Segundo reportagem do *Poder360*, a Polícia Federal intimou o jornalista Fernando Rodrigues a prestar depoimento sobre o caso de corrupção em 4 de junho de 2001. O inquérito, classificado como 'protocolar', 'não deu absolutamente em anda'. *Cf.* 'Entenda como foi a compra de votos a favor da emenda da reeleição em 1997'. Publicado no portal *Poder360*, em 08 set. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/midia/entenda-como-foi-a-compra-de-votos-a-favor-da-emenda-da-reeleicao-em-1997/>.

[473] *Cf.* RODRIGUES, Fernando. 'Entenda como foram conseguidas as gravações sobre a compra dos votos'. *Folha de S. Paulo*, 21 mai. 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/21/brasil/19.html>.

[474] Segundo as gravações, os corruptores, responsáveis pelos pagamentos indevidos, teriam sido os Governadores Orleir Cameli (PFL-AC) e Amazonino Mendes (PFL-AM), ambos da base partidária de sustentação do Governo Federal e interessados na sua própria reeleição aos respectivos Governos estaduais. *Cf.* RODRIGUES, Fernando. 'Deputado conta que votou pela reeleição por R$ 200 mil'. Publicado pelo jornal *Folha de S. Paulo*, em 13 mai. 1997. Disponível eletronicamente no *Acervo Digital da Folha*: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=13518&anchor=285377&origem=busca&originURL=>. No fim das contas, o governador acreano desistiu de disputar a reeleição e encerrou sua carreira política. Por outro lado, o amazonense acabou reeleito. Amazonino Mendes, além de Senador, foi Prefeito de Manaus por três mandatos e governou o Estado em quatro ocasiões. O seu último mandato de Governador se encerrou em 01º de janeiro de 2019; o primeiro se iniciou em 15 de março de 1987.

[475] *Cf.* DAMÉ, Luiza. 'Deputados renunciam para evitar processo de cassação'. *Folha de S. Paulo*, 22 mai. 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/22/brasil/8.html>.

nominalmente implicados, foram absolvidos das denúncias por quebra de decoro, à época processadas pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).[476]

Além dos questionamentos materiais quanto à conveniência abstrata e às consequências concretas do instituto da reeleição executiva, permanece pesando sob sua legitimidade constitucional a mácula da corrupção. Embora o Congresso Nacional possa rever o tema por nova emenda à Constituição,[477] o Executivo dispõe de um arsenal de recursos – *lícitos e ilícitos; morais e imorais* – para demover o parlamento de fazê-lo.

Em casos como esse, talvez, só a *força do povo* possa combater a '*força da grana'*, dos acordos oligárquicos, dos pactos excludentes, das transações espúrias.[478] A conjugação dos princípios democrático, republicano e da probidade, aliada à comprovação robusta do vício da corrupção política, parece ser suficiente para que o povo seja trazido, pelo STF, ao centro do debate e resolva diretamente a matéria conspurcada.

A Constituição não se reduz ao seu texto nem se compõe de palavras '*paradas e frias e mortas*'. A Constituição perfaz um sistema vivo e inteligente, aberto e adaptativo, do qual se pode extrair soluções eficazes e inovadoras, para responder aos desafios, por vezes inéditos e complexos, que se apresentem no curso de sua vigência. Fazê-lo, em muitos momentos, será a única forma de preservar a materialidade da ordem constitucional e do regime democrático.

---

[476] *Cf*. DAMÉ, Luiza. 'CCJ absolve deputados acusados de apoiar reeleição por R$ 200 mil'. Folha de S. Paulo, 09 out. 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc091006.htm>.

[477] Em 12 de mai. 2022, foi protocolada a Proposta de Emenda à Constituição n° 12/2022, subscrita por 29 Senadores, que pretende ampliar a duração dos mandatos executivos, de 4 para 5 anos, e extinguir a possibilidade da reeleição subsequente.

[478] Na sessão plenária de 1º out. 2012, dedicada ao julgamento da Ação Penal 470, o Ministro Celso Mello pontificou: "o ato de corrupção constitui um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cuja observância se impõe a todos os cidadãos desta República, que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper. (...) Este processo criminal revela a face sombria daqueles que, no controle do aparelho de Estado, transformaram a cultura da transgressão em prática ordinária e desonesta de poder, como se o exercício das instituições da República pudesse ser degradado a uma função de mera satisfação instrumental de interesses governamentais e de desígnios pessoais. (...) Em assuntos de Estado e de Governo, nem o cinismo, nem o pragmatismo, nem a ausência de senso ético, nem o oportunismo podem justificar, quer juridicamente, quer moralmente, quer institucionalmente, práticas criminosas, como a corrupção parlamentar ou as ações corruptivas de altos dirigentes do Poder Executivo ou de agremiações partidárias".

CAPÍTULO 5
MÉTODOS DE CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS

A partir da trajetória histórica recuperada no **Capítulo 1** e dos elementos teóricos desenvolvidos no **Capítulo 2**, foi possível traçar, no **Capítulo 3**, um escopo conceitual preciso aos atos políticos.

Propus que a categoria alcança os atos, com fundamento normativo constitucional direto e bastante, que promovam (*i*) a estruturação interna de um Poder; ou o relacionamento entre (*ii*) Poderes independentes; (*ii*) unidades federativas autônomas; ou (*iii*) Estados Soberanos. Em seguida, defendi também a mudança de sentido, em termos de efeitos jurídicos, dessa categoria constitucional. No lugar da imunidade judicial, aspiração primeira da teoria do *acte de gouvernement* e da *political question doctrine*, propus que os atos políticos se subordinam a um *sistema especial de controle*.

Após o **Capítulo 4**, em que apontei os limites substantivos e formais que condicionam a validade dos atos políticos (*plano da conformação*), é chegado o momento de examinar os sistemas e os métodos de controle jurídico dos atos políticos (*plano do controle*).

Nos **Tópicos 5.2** e **5.3**, proporei parâmetros e graus específicos ao controle dos atos políticos pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. O controle judicial de constitucionalidade, como apontei no **Capítulo 3**, encerra uma modalidade de ato político que incide sobre todas as demais. A única restrição objetiva ao controle de constitucionalidade dos atos estatais – como foi visto no **Capítulo 2** – é o produto normativo do exercício do Poder Constituinte Originário. Nada mais.

Embora a jurisdição constitucional seja o mecanismo mais abrangente de revisão da validade dos atos políticos, a Constituição prevê outros instrumentos de controle, de âmbito mais estreito, a cargo do Poder Legislativo e do Presidente da República – tema que será explorado no próximo Tópico.

Como nota prévia, contudo, convém esclarecer a relação entre esses sistemas concorrentes e superpostos de controle. Os atos políticos são sempre controláveis mediante atos políticos de outros Poderes. Todos se revezam nos papéis de controlado e de controlador; é assim que, concretamente, *le pouvoir arrête le pouvoir*.

Para melhor compreender a tipologia e a interrelação entre os atos políticos, na lógica dos *checks and balances* (que por seu intermédio se realiza), pode-se dividi-los em primários, secundários, terciários e quaternários.

Os atos políticos primários ou vestibulares são aqueles que não se motivam nem repercutem, necessariamente, sobre atos políticos antecedentes. O seu exercício abre, isso sim, a possibilidade de que os outros Poderes controlem a juridicidade e, em alguns casos, a conveniência do ato político vestibular.

Os atos políticos secundários encerram mecanismos de controle preventivo ou repressivo, a cargo de qualquer dos Poderes ou órgãos constitucionalmente autônomos, tendo sempre por objeto atos políticos vestibulares. Como se verá nos próximos Tópicos, a natureza, os efeitos e o momento dos controles parlamentares, presidenciais e judiciais variam. Mas todos podem, em casos distintos, editar atos políticos secundários – que rejeitem, sustem ou anulem atos políticos primários adotados por outros Poderes.

Com exceção do controle do veto presidencial pelo Congresso Nacional,[479] os atos políticos terciários e quaternários são reservados ao Poder Judiciário, pois dizem respeito ao exercício da jurisdição constitucional, também na modalidade difusa, mas especialmente na concentrada. Todo ato político, a partir do sistema inaugurado em 1988, pode ter sua constitucionalidade abstratamente desafiada perante o STF.[480]

A declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, que produz efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, é o ato político de último nível; na medida em que todos os demais – *a*

---

[479] A produção legislativa infraconstitucional – *ato político primário do Poder Legislativo* – sujeita-se ao poder de veto do Presidente da República – *ato secundário de controle*. O veto presidencial, por inconveniência ou inconstitucionalidade, pode, contudo, ser derrubado pela maioria absoluta do Congresso Nacional, reunido em sessão conjunta (CF/88, art. 66, § 4º). Ao fazê-lo, o parlamento produz um *ato político terciário*. Observe-se que não se computou a iniciativa da proposição legislativa, que, em alguns casos, a Constituição coloca mesmo sob a competência privativa de outro Poder. Além do benefício didático, considerei que a iniciativa integra o processo legislativo de modo indissociável. Mas parece razoável explicar (e contar) de outro modo; o que alteraria alguma das classificações propostas acima.

[480] Assim como se dá em alguns casos da produção legislativa do Congresso (*e.g.*, CF/88, art. 61, § 1º), o controle concentrado de constitucionalidade, pelo STF, só pode ser exercido mediante a iniciativa de outros atores institucionais, relacionados no art. 103, da Constituição. A propositura de ações diretas encerra espécie peculiar de ato político, na medida em que sua titularidade é estendida a organizações que se posicionam em diferentes regiões da fronteira entre o Estado e a Sociedade (CF/88, art. 103, incisos 'VII', 'VIII' e, especialmente, o 'IX'). Tanto neste caso, como no examinado na nota anterior, em que pese a relevância do poder de iniciativa, o seu exercício não tem o condão de criar, *per se*, nem direitos nem obrigações. Parecem constituir um todo indissociável. De qualquer modo, é possível ver diferente e acrescentar novas ordens de atos políticos. Isso não muda a conclusão de que o controle de constitucionalidade concentrado, pelo STF, ocupa sozinho o último nível da classificação.

despeito de sua classificação ordinal – podem sempre lhe servir de objeto; e nunca podem derrogá-la formalmente.

Remete-se aqui aos apontamentos teóricos feitos no **Capítulo 2**. Ao STF, reitera-se, cabe a *palavra final* sobre a validade constitucional de qualquer ato político e, por outro lado, não há nenhum instrumento jurídico, a cargo de qualquer dos Poderes, para reformar diretamente as decisões, tomadas pelo Supremo, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.[481]

Esse dado da engenharia da Separação dos Poderes é indispensável para prevenir o *curto-circuito* do sistema de freios e contrapesos; pois, do contrário, as disputas institucionais seriam intermináveis. No entanto, como também se apontou no **Tópico 2.2**, não se pode olvidar que as decisões do Supremo, além de limitadas pela normatividade constitucional, também o são pelas *contingências políticas* postas ao tempo da decisão. O Supremo, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, não decide no *vácuo*: há limites *jurídicos* e *políticos* a conformar as possibilidades decisórias do Tribunal.

Além disso, não quanto às decisões, mas quanto às *teses constitucionais* nelas fixadas pelo STF, também se identificou a existência de mecanismos político-jurídicos, formais e informais, para a sua superação legítima.[482] Essa é, em linhas gerais, a vista superior dos sistemas de controle dos atos políticos e das relações de encadeamento lógico-hierárquico estabelecidas entre eles.

5.1. Mecanismos presidenciais e parlamentares de controle dos atos políticos

O Presidente da República, no mais das vezes, edita atos políticos vestibulares; mas a Constituição também lhe confia o exercício de atos secundários de controle – que incidem sobre atos políticos adotados por ouros Poderes ou órgãos constitucionalmente autônomos.

Os atos políticos de controle a cargo do Presidente da República são os seguintes: (*i*) o veto de projetos legislativos; (*ii*) o indulto e a comutação de penas; (*iii*) a decretação de

[481] A afirmação pode ser estendida para as decisões judiciais do STF, de modo geral, com a ressalva de que as decisões condenatórias criminais do Supremo podem ser afetadas, desde que observadas as respectivas limitações constitucionais, mediante (*i*) indulto presidencial; (*ii*) anistia legislativa ou (*iii*) aprovação de norma penal mais benéfica ao condenado, o que abrange a hipótese de *abolitio criminis*. Contudo, mesmo nessas hipóteses, o Judiciário e, particularmente, o Supremo podem apreciar a constitucionalidade desses atos políticos revisores de condenações criminais. Novamente, a palavra final fica com os juízes – desde que sejam provocados por sujeito processual legítimo.

[482] O ponto foi desenvolvido às páginas 76/77, desta Tese. Como afirmei lá, na longa curva da história, toda decisão é sempre provisória.

descumprimento de lei reputada inconstitucional e (*iv*) o poder de propor ações diretas de inconstitucionalidade.[483]

Os Chefes de Governo, nos três níveis da Federação brasileira, participam intensamente da atividade legiferante. Além de serem dotados da capacidade – privativa, em algumas matérias – de deflagrar o processo legislativo, tais autoridades podem também editar Medidas Provisórias e Leis Delegadas, convocar urgência constitucional na apreciação de determinada proposição e, por fim, reúnem o poder de vetar as proposições legislativas aprovadas pelo Congresso.[484]

A Constituição Federal de 1988 contempla duas espécies de veto: o oposto por *inconstitucionalidade* e o oposto por *contrariedade ao interesse público*. Em ambos os casos, o veto pode ser total ou parcial, desde que recaia sobre a integralidade de um dispositivo normativo (*artigo, parágrafo, inciso* ou *alínea*).[485] Em qualquer hipótese, o Presidente da República deve comunicar, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto.[486]

O dever de motivação, apontado como limite formal geral dos atos políticos (*vide* **Tópico 4.2**), é realçado e concretizado expressamente quanto ao veto; com a assinalação de prazo próprio à comunicação dos motivos ao Congresso. A transgressão desse prazo, imposto em unidade horária, implica a inconstitucionalidade formal do veto.

A distinção entre os vetos por inconstitucionalidade e por inconveniência é relevante, na doutrina de Gilmar Mendes e Gustavo Binenbojm, para determinar a possibilidade de escrutínio judicial.[487] Para os autores, apenas o primeiro tipo poderia ser impugnado judicialmente.

---

[483] Alguns dos temas tratados neste Tópico foram por mim examinados em trabalho anterior, de modo que repetirei neste Tópico alguns trechos de ACCIOLY, João Pedro. Apontamentos sobre o Sistema de Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos Municipais. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 17, p. 40-62, 2017.

[484] O poder de veto não recai sobre (*i*) as competências exclusivas ou privativas do Poder Legislativo, listadas pelo art. 49, 50 e 51 da Constituição e exercidas mediante Decreto Legislativo ou Resolução, nem sobre (*ii*) as Propostas de Emenda à Constituição, que são promulgadas diretamente "pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" (CF/88, art. 60, § 3º).

[485] Constituição Federal, art. 66, § 2º: "O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea". *Cf*. Lei Complementar nº 95/1998, art. 10.

[486] Constituição Federal, art. 66, § 1º.

[487] *Cf*. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 259-266. No mesmo sentido, *v*. MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, 1997, p. 14.

A distinção é útil para determinar a extensão do controle exercido pelo STF; mas todas as modalidades de veto – ou melhor, *todos os atos políticos* – são sindicáveis pelo Supremo. Basta dizer que os vetos extemporâneos ou imotivados, seja por inconstitucionalidade seja por inconveniência, são nulos e podem ser desconstituídos judicialmente.

A distinção não é rigidamente aplicável nem mesmo ao controle de mérito, que deve ser processado de acordo com os parâmetros e graus propostos nos Tópicos seguintes. Mas, é evidente: o campo de discricionariedade e o espaço argumentativo-justificatório são maiores no veto por inconveniência do que no veto por inconstitucionalidade.

Embora seja mais fácil vislumbrar a intervenção judicial quanto ao mérito dos últimos, também é possível fazê-lo quanto aos primeiros. Basta que pensemos nos casos de desvio de finalidade, especialmente na hipótese de corrupção, que foram examinados no **Tópico 4.4**.

De todo modo, como será desenvolvido no **Tópico 5.2.**, o controle judicial substantivo dos vetos deve ser, senão excepcional, ao menos subsidiário, em razão do *princípio da primazia dos mecanismos políticos de controle*; na medida em que o próprio Congresso pode derrubá-lo.

O indulto será abordado, em detalhes, no **Capítulo 8**; no entanto, convém fazer algumas notas prévias que explicam a sua posição na dinâmica do relacionamento entre os Poderes.

A persecução criminal, dado o seu potencial de restringir a liberdade humana, talvez corresponda à atividade estatal de maior vinculação normativa e compartimentação institucional. No sistema da Constituição de 1988, a legislação penal e processual penal são colocadas sob a competência privativa do Congresso Nacional (art. 22, I); a investigação do crime compete a corporações policiais do Estado brasileiro (art. 144, § 1º e § 4º); a propositura das ações penais públicas compete ao Ministério Público (art. 129, I); o processamento e o julgamento da denúncia compete ao Poder Judiciário, prevendo a Carta que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII).

De modo esquemático, a Lei penal é criada pelo Poder Legislativo e aplicada pelo Poder Judiciário, no que toca à definição da culpa e à fixação da pena. Contudo, no que se refere ao

cumprimento da privação da liberdade, a aplicação da pena, imposta pelo Judiciário, compete ao Poder Executivo, na seara da administração penitenciária.[488]

Se ao Executivo compete o custeio e o gerenciamento das prisões, é razoável que o Presidente disponha de um instrumento de racionalização da população carcerária brasileira – que se aproxima, a passos galopantes, da trágica marca de *um milhão de detentos*.[489] Desde a Constituição de 1946, como se verá no **Capítulo 8**, o indulto tem sido utilizado como um instrumento impessoal de política pública penitenciária; exclusivamente na modalidade coletiva.[490]

Por intermédio do indulto e da comutação, o Presidente mitiga ou extingue os efeitos jurídicos das condenações penais impostas pelo Judiciário, com base na legislação aprovada pelo Congresso, tendo em conta razões humanitárias (*interesse público primário*) ou razões orçamentárias (*interesse público secundário*), na medida em que a criação e a manutenção de vagas em presídios demandam recursos públicos escassos.[491]

Seja como for, demonstrarei, no **Capítulo 8**, que há limites formais e substantivos, gerais e específicos, ao poder de indultar; cuja observância pode ser aferida, de forma abstrata ou incidental, pelo Poder Judiciário.

Todos os Poderes interpretam a Constituição. Aliás, a construção do sentido das normas constitucionais é tarefa contínua e dialógica, compartilhada até mesmo com atores não institucionais, como os cidadãos e os movimentos sociais.[492]

---

[488] *Cf*. ZAMBROTA, Luciano. A Administração Pública Penitenciária: um cenário crônico de ineficiência e ilegalidades no Brasil pós Constituição de 1988. *Revista Digital De Direito Administrativo*, vol. 09, pp. 15-43, 2022.

[489] Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referentes à 13 de maio de 2022, há, no Brasil, 919.651 pessoas presas. *Cf*. ABBUD, Bruno. 'Pandemia pode ter levado Brasil a ter recorde histórico de 919.651 presos'. Publicado pelo *Jornal O Globo*, em 05 jun. 2022. Disponível eletronicamente em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/06/pandemia-pode-ter-levado-brasil-a-ter-recorde-historico-de-919651-presos.ghtml>.

[490] O caso do indulto individual (ou '*graça*') concedido, pelo Presidente Bolsonaro, em favor do Dep. Daniel Silveira quebrou uma tradição que vinha sendo mantida desde 03.12.1945, quando foi publicado o último indulto em bases nominais de nossa história – para beneficiar integrantes e aliados da Força Expedicionária Brasileira, que combateu na Itália, no desfecho da Segunda Guerra. *Cf*. Decreto nº 20.082/1945.

[491] *Cf*. CNJ. 'Calculando Custos Prisionais: panorama nacional e avanços necessários'. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/calculando-custos-prisionais-panorama-nacional-e-avancos-necessarios.pdf>.

[492] *Cf*. GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

Não sendo a interpretação constitucional um monopólio do Poder Judiciário, qual seria a conduta aconselhável ao Poder Executivo diante da hipótese de incidência de lei que este repute inconstitucional? Deveria a Administração aplicá-la acriticamente ou negar-lhe aplicação, em reverência à supremacia da Constituição?

Antes da Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência brasileiras haviam consolidado o entendimento de que o Chefe do Poder Executivo poderia deixar de aplicar lei que considerasse incompatível com a Constituição, bem como expedir determinação aos seus subordinados hierárquicos para que de igual modo procedessem.[493]

Com o avento da nova Carta, algumas vozes passaram a se opor a esse entendimento,[494] alegando que a Constituição de 1988 ampliara sobremaneira os instrumentos processuais e a legitimidade ativa para deflagrar a fiscalização abstrata da constitucionalidade das Leis.[495]

A posição outrora pacífica, contudo, ainda parece predominar.[496] Mas o seu uso não é trivial. Em primeiro lugar, a possibilidade de descumprir Lei considerada inconstitucional é privativa dos Chefes de Governo, não sendo facultado a seus auxiliares nem, muito menos, a servidores subalternos fazê-lo.[497] Em segundo lugar, o descumprimento deliberado de Lei é tipificado como crime de responsabilidade (punível com o *impeachment*) e autoriza, no caso dos entes subnacionais, a intervenção da União nos Estados e a intervenção dos Estados nos respectivos Municípios.[498] Ou seja: se a Lei reputada inconstitucional pelo Chefe de Governo

---

493 *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. 'Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento' (Parecer). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 181, p. 387-397, 1990.

494 *Cf.* SOARES, Humberto Ribeiro. 'Pode o Executivo deixar de cumprir uma Lei que ele próprio considere inconstitucional?'. *Revista de Direito da Procuradoria Geral* (PGE/RJ), vol. 50, pp. 519-551, 1997 e VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 317-328.

495 Parte dos adeptos da nova corrente ressalvara a possibilidade de os Prefeitos negarem cumprimento a leis que considerem inconstitucionais – eis que a estes não é garantido acesso à jurisdição constitucional concentrada. Como mostro, contudo, as Constituições de todos os estados-membros, com exceção de Tocantins, concedem legitimidade ativa aos Prefeitos e às Câmaras Municipais, abrangidas por seu respectivo território, para a propositura de representação de inconstitucionalidade estadual. *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. Apontamentos sobre o Sistema de Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos Municipais. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 17, 2017, p. 50-51.

496 *Cf.* BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 270-280 e BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92-94.

497 Imagine-se, nesse sentido, o quadro de insegurança jurídica e desigualdade que se criaria se fosse dado a cada auditor da Receita Federal afastar a aplicabilidade das leis que eles considerassem incompatíveis com a Constituição.

498 Constituição Federal de 1988, art. 86, VII; art. 34, VI e art. 35, IV, respectivamente.

tiver a constitucionalidade confirmada pelo Poder Judiciário, ele se expõe mesmo a possibilidade de perder o cargo.[499]

A última forma pela qual o Presidente participa do controle dos atos políticos é mediante a propositura de ações abstratas de controle de constitucionalidade, perante o Supremo. Como referido,[500] este é um mecanismo impróprio de controle – na medida em que a decisão desconstitutiva compete ao STF (*que, por sua vez, só age mediante provocação*).

A Constituição é pródiga na previsão de atos políticos de controle ao Poder Legislativo, que, além da função legiferante, também acumula múltiplas e potentes funções típicas de fiscalização do Poder Executivo.

As patologias do sistema político brasileiro,[501] contudo, têm condenado boa parte desses instrumentos de controle parlamentar à ineficácia sistemática; o que se ilustrará, a partir de dados, no decorrer deste Tópico.

Esse estado de *anemia fiscalizatória* deriva dos padrões de relacionamento estabelecidos entre o Presidente da República e o Congresso Nacional, desde a Constituição de 1988. A fragmentação partidária impõe a formação de bases parlamentares de sustentação governamental amplas e ideologicamente disformes, no mais das vezes a partir da negociação, coletiva ou individual, de recursos orçamentários e cargos públicos em comissão.[502]

Como o convencimento do Legislativo pelo Executivo não se dá em bases programático-argumentativas, a independência imaginada entre esses dois Poderes, que deveria ser maior no presidencialismo do que no parlamentarismo, acaba comprometida. O apoio só é negociado

---

[499] Com base no art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, o Presidente pode ainda expedir regulamentos para fixar um modo constitucionalmente viável de interpretar dispositivo legal semanticamente dúbio. Ao fazê-lo, do ponto de vista técnico-jurídico, o Presidente necessariamente manifesta um juízo de inconstitucionalidade. De acordo com recente decisão do Supremo, a interpretação conforme a Constituição consubstancia inequívoco expediente de controle de constitucionalidade, atraindo inclusive, quando manejado por autoridade judicial, a cláusula da reserva de plenário (CF/88, art. 97). *Cf.* STF, Segunda Turma, Rcl 14872, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ*e* 29.06.2016: "6. Órgão fracionário afastou a aplicação do dispositivo legal sem observância do art. 97 da CF (reserva de plenário). Interpretação conforme a Constituição configura claro juízo de controle de constitucionalidade. Violação à Súmula Vinculante n. 10. 7. É vedado ao Poder Judiciário conceder reajuste com base no princípio da isonomia. Ofensa à Súmula Vinculante 37. 8. Reclamação julgada procedente".

[500] *Vide* nota de rodapé nº 483.

[501] Sobre o ponto, *v.* ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão*: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. No mesmo sentido, v. SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de Coalizão: Democracia e Governabilidade no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20, p. 253-299, 2016.

[502] *Cf.* VIEIRA, Gustavo. Bases e dilemas institucionais do presidencialismo de coalizão. Revista de Informação Legislativa, vol. 215, pp. 117-137, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p117.pdf>.

na modalidade '*porteira fechada'* e, diante de qualquer ruído ou iniciativa oposicionista, o Executivo *fecha a torneira* e exonera os indicados pelo antigo aliado.

A relação de subserviência do parlamento ao Presidente, para além dos mecanismos de controle, reflete-se mesmo na produção legislativa brasileira: na Nova República, a *taxa de dominância* do Presidente sobre o Congresso tem oscilado entre 75 e 90%; enquanto a *taxa de sucesso* tem girado em torno de 80%.[503]

O controle parlamentar se exerce tanto preventiva quanto repressivamente; como parte do processo de formação de um ato político ou como medida de sustação de um ato político já aperfeiçoado. O primeiro caso, como referido no **Tópico 4.2**, diz respeito a um ato político complexo – que só adquire efeitos a partir da conjugação volitiva entre o Presidente e o Legislativo. É o caso, por exemplo, do controle, exercido pelo Senado Federal, de nomeações presidenciais (art. 52, III e IV) e de operações externas de natureza financeira de interesse de quaisquer dos entes federativos (art. 52, V).

Nesta hipótese, a mora do Legislativo não pode ser suprida por nenhum dos outros Poderes; embora seja legítimo que o Presidente recorra à articulação parlamentar ou, excepcionalmente, ao próprio STF, para que o Legislativo se desincumba, em tempo razoável, do dever de apreciar a medida presidencial.

---

[503] A taxa de dominância corresponde ao percentual de matérias apreciadas pelo parlamento a partir de propostas oriundos do Executivo. A taxa de sucesso corresponde ao percentual de aprovação congressual das propostas apresentadas pelo Presidente. *Cf.* SCHIER, Paulo Ricardo. 'Presidencialismo'. In: Maurício Zockun et. al. (Orgs.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022: "Apenas para dar uma ideia do que este quadro representa considere-se que desde a promulgação da Constituição de 1988 a taxa média de dominância do Presidente da República no Congresso Nacional oscila entre 75 e 90%, tendo uma média de 76,6%. A taxa de sucesso do Presidente da República no Congresso Nacional gira em torno de 80%. E, nas matérias em que foi derrotado e o conteúdo de suas propostas foi alterado durante a votação no Congresso Nacional, o Presidente tem exercido sistematicamente o poder de veto. Em tais casos, embora o veto possa ser derrubado, na prática ele tem prevalecido - ao menos informalmente. Isto porque o prazo constitucional de 30 dias para a apreciação do veto presidencial pelo Congresso Nacional não é respeitado. Assim existem cerca de 4.000 vetos apostos pelo Presidente da República aguardando deliberação. Enquanto isso a vontade do Presidente predomina". Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/38/edicao-1/presidencialismo>. Em recente estudo elaborado por Oscar Vilhena, ao lado de outros pesquisadores da FGV-SP, a partir de critérios diversos, as referidas taxas oscilaram ao redor do patamar de 55%, até a crise política de 2013. No primeiro biênio do mandato de Bolsonaro, a taxa de dominância teria correspondido a 30,5% e a de sucesso a 31,3%. A discrepância estatística decorre, em essência, do fato de os pesquisadores da FGV não terem considerado propostas orçamentárias no cálculo. *Cf.* GALF, Renata. 'Bolsonaro adota infralegalismo autoritário contra democracia, apontam pesquisadores'. *Folha de S. Paulo*, 11 jan. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/bolsonaro-adota-infralegalismo-autoritario-contra-democracia-apontam-pesquisadores.shtml>.

Ainda no campo do controle preventivo, é importante mencionar a fiscalização da constitucionalidade das proposições legislativas – que é realizada, especialmente, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça de cada Casa.[504]

Alguns atos políticos se sujeitam ao controle prévio ou ao referendo, imediatamente posterior, do Congresso, conforme sejam as circunstâncias da sua edição. É o caso, por exemplo, da Intervenção Federal, do Estado de Defesa, do Estado de Sítio, da Declaração de Guerra e da Celebração da Paz.[505]

A ativação de quaisquer desses mecanismos parlamentares de controle preventivo impede a própria formação do ato político que lhe é objeto; sendo, nessa perspectiva, irretratável e insuprível.[506]

Os principais mecanismos de controle repressivo de atos políticos, a cargo do Poder Legislativo, ostentam *natureza sustatória*, na medida em que paralisam a produção de efeitos jurídicos de atos adotados pelo Poder Executivo. A Constituição Federal de 1988 contempla os seguintes: (*i*) a sustação de atos normativos exorbitantes; (*ii*) a suspensão de Leis incidentalmente declaradas inconstitucionais pelo STF; (*iii*) a sustação de contratos públicos antijurídicos; (*iv*) a sustação de atos administrativos inválidos e (*v*) a sustação de despesas orçamentárias não autorizadas.

A sustação de atos normativos exorbitantes encontra duplo fundamento constitucional. No artigo 49, V, a Constituição prevê a competência exclusiva do Congresso Nacional para "*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*". No inciso 'XI', do mesmo artigo, alude-se à prerrogativa congressual de "*zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*".

---

[504] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. Apontamentos sobre o Sistema de Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos Municipais. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 17, 2017, p. 46-47.

[505] Constituição Federal, art. 84, incisos IX, X, XIX e XX. Também obedecem a mesma lógica as competências congressuais de: "XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares", referidas pelo art. 49, da Constituição.

[506] Excepcionalmente, o STF até pode anular a deliberação parlamentar, em razão de algum vício formal, restando ao Supremo apenas determinar a realização de nova discussão e votação. No entanto, não é admissível que a Corte supra, ela própria, a falta de deliberação ou a negativa congressual. A vontade parlamentar, em si mesma, é exigência constitucional à formação válida dos *atos políticos complexos* dos quais o Legislativo coparticipa.

A leitura conjugada dos dispositivos transcritos deixa claro que o Poder Legislativo pode sustar atos normativos, exorbitantes ou usurpadores, editados por quaisquer órgãos ou entidades, de quaisquer dos Poderes.

Pela via do Decreto-Legislativo, pode o Congresso Nacional, portanto, sustar a eficácia de normas editadas por Agências Reguladoras[507] ou pelo Tribunal Superior Eleitoral,[508] por exemplo. No que se refere ao Poder Judiciário, a sustação congressual pode recair apenas sobre os atos normativos aprovados em sessões administrativas. Quanto às decisões judiciais propriamente ditas, reitere-se, a Constituição não contempla qualquer mecanismo de revisão parlamentar.[509]

O segundo mecanismo de controle repressivo do Poder Legislativo compete, no plano da União, privativamente ao Senado Federal: "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (art. 52, X).

Em nível federal,[510] a utilidade e a relevância da providência foram esvaziadas pelo alargamento da jurisdição constitucional e pela dilatação da envergadura institucional do Supremo – o que, em parte, é fruto de uma escolha do Poder Constituinte Originário; mas

---

[507] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. 'Pode o Congresso se substituir às Agências?'. *JOTA*, em 31 ago. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/34429027/Pode_o_Congresso_se_substituir_às_Agências>.

[508] Em abril de 2013, exótica resolução do TSE alterou a distribuição do número de cadeiras de Deputado Federal que cabe a cada Estado eleger (*vide* Resolução TSE nº 23.389/2013). A Constituição, contudo, expressamente reserva a disciplina da matéria ao tratamento de Lei Complementar (art. 45, §1º). Câmara chegou a aprovar, por 260 votos a favor e 60 contrários, o Projeto de Decreto Legislativo 1.361/2013, para sustar a resolução do TSE. Antes que o Senado apreciasse o projeto, contudo, a norma editada pelo Tribunal Superior Eleitoral foi declarada inconstitucional pelo STF, no bojo do julgamento conjunto das ADIs 4.947, 4.963, 4.965, 5.020, 5.028, 5.130 e ADC 33. *Cf.* 'Resolução do TSE que muda número de deputados é inconstitucional, diz STF'. Publicado na *Revista Consultor Jurídico*, em 18 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-18/resolucao-muda-numero-deputados-inconstitucional>.

[509] A única exceção que se pode vislumbrar, a partir da Constituição, a essa regra tem que ver com as prerrogativas das Casas Legislativas de (*i*) relaxarem prisão em flagrante de parlamentar e de (*ii*) sustarem o andamento de processos criminais por delitos cometidos por seus membros após a diplomação. *Cf.* Constituição Federal de 1988, art. 53, §§ 2º a 5º. O tema será retomado ao fim deste Tópico.

[510] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. Apontamentos sobre o Sistema de Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos Municipais. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 17, 2017, p. 47-48: "enquanto a possibilidade de suspensão de leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário tem se mostrado providência anacrônica à nível federal, a medida pode ser de grande valia na seara comunal – em que a via do controle de constitucionalidade concentrado, sobretudo perante o Supremo, é estreita e demorada. O mecanismo de suspensão é ainda mais relevante em face de violações à Lei Orgânica do Município – eis que, em regra, não existem expedientes de controle abstrato tendo tal Diploma como parâmetro. Assim, vereadores vigilantes podem abstratizar algumas declarações de inconstitucionalidade que só podem ser emitidas *incidenter tantum* e, por isso, também só produzem efeitos *inter partes*. Essa possibilidade foi expressamente prevista, entre outras, pela Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte" (art. 84, XIX, alíneas 'a' e 'b').

também foi reforçado pelo Poder Constituinte Derivado, notadamente pela EC 45/2004,[511] e pela própria expansão jurisprudencial levada a cabo pelo STF, sempre a partir da provocação de outros atores políticos.

Esses fatores levaram o Supremo a acolher, em julgados recentes, a tese da mutação constitucional suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes.[512] Embora o diagnóstico do Ministro Gilmar, quanto ao anacronismo do art. 52, X, seja preciso e eloquente, a sua proposta hermenêutica parece esbarrar nos inflexíveis limites textuais de tal dispositivo constitucional – que precisariam ser ignorados ou distorcidos para que se operasse a mudança interpretativa advogada, no sentido de assimilar a prerrogativa dos Senadores como medida desnecessária à concessão de eficácia *erga omnes* às decisões incidentais do STF, atribuindo-lhe o efeito de meramente ampliar a publicidade da decisão adotada pelo Supremo.[513]

O mecanismo próprio para fazer um entendimento, alcançado pela via do controle difuso, mandatório e universal é a súmula vinculante.[514] A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante são atributos dos quais apenas as decisões definitivas de mérito, adotadas pelo STF em ações

---

[511] Particularmente, quanto à *súmula vinculante* (art. 103-A) e à *repercussão geral* (art. 102, § 3º), que passou a ser exigida para a admissibilidade do recurso extraordinário.

[512] *Cf*. GERAIGE NETO, Zaiden *et. al*. A Objetivação do Controle Difuso e os Fundamentos da Inaplicabilidade da Mutação do Art. 52, x da Constituição Federal. In: *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*. Ribeirão Preto: UNAERP, 2020, p. 1525: "A tese foi inicialmente suscitada no julgamento da Reclamação 4335-5/AC, que se iniciou em 2006 e se estendeu até 2014, tendo como adeptos, na oportunidade, os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Teori Zavascki. Após, a tese foi reavivada, e inclusive acolhida, no julgamento das ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ". O Professor Doutor Zaiden Geraige Neto está entre os mais de 700.000 brasileiros que perderam a vida em razão da pandemia. Morreu no dia 02 de março de 2021, com apenas 50 anos de idade, menos de três meses após a publicação do artigo referido. Fica o registro da minha homenagem por sua trajetória e da minha indignação pela atuação homicida do Governo Federal na gestão da crise sanitária. *Cf*. PASQUINI, Patrícia. 'Motes: Dominou a justiça, a literatura e a arte de viver'. Publicado na *Folha de S. Paulo*, em 10 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/03/mortes-dominou-a-justica-a-literatura-e-a-arte-de-viver.shtml>.

[513] *Cf*. DISCONZI, Nina; PINOS, Ondina. A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 198, 2013, p. 149-166. Esse raciocínio foi antecipado na nota de rodapé nº 335.

[514] Constituição Federal de 1988, art. 103-A: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

de controle abstrato de constitucionalidade, são revestidos.[515] O ponto pode ser alterado, mas apenas por Emenda à Constituição Federal de 1988.[516]

O terceiro e o quarto mecanismos – *atos políticos de controle repressivo a cargo do Legislativo* – dizem respeito à sustação de contratos e atos praticados pela Administração Pública. Em nível federal, o controle externo da Administração é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.[517] A prerrogativa do Congresso de sustar contratos públicos antijurídicos é prevista no art. 71, § 1º, da Constituição.[518] A prerrogativa de sustar

---

[515] Constituição Federal de 1988, art. 102, § 2º: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004; *vide* ADIN 3392).

[516] No exame do trabalho, o Professor Luís Roberto Barroso esclareceu que o Supremo não teria propriamente acolhido a tese da mutação constitucional quanto ao art. 52, X; mas simplesmente constatado a objetivação do controle difuso em razão do advento da repercussão geral. Em minha opinião, a sistemática da repercussão geral, de fato, leva o STF a formular teses abstratas, a partir do julgamento de um caso concreto, para que a aplicação daquelas, por outros magistrados, resolva demandas análogas. A sistemática da repercussão geral, em meu juízo, não se reveste da mesma eficácia vinculante que é própria às decisões definitivas de mérito em sede de ação direta e às súmulas de que trata o art. 103-A; não autorizando, pois, o cabimento da *reclamação constitucional*. No âmbito dos recursos repetitivos, este foi o entendimento alcançado pela Corte Especial do STJ (Rcl 36476, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ*e* 06 mar. 2020). No que toca à sistemática da repercussão geral, entretanto, a 1ª Turma do STF entendeu que "a erronia na observância de pronunciamento do Supremo formalizado, em recurso extraordinário, sob o ângulo da repercussão geral, enseja, esgotada a jurisdição na origem considerado o julgamento de agravo, o acesso ao Supremo mediante a reclamação". *Cf*. Rcl 26874 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ*e* 09 dez. 2019. Vale lembrar que, em sua redação original, o CPC/2015 previa o cabimento da reclamação para garantir a observância de "precedente proferido em julgamento de casos repetitivos" (art. 988, IV). No entanto, a Lei 13.256/16, editada no período de *vacatio* do Código, deu a seguinte redação ao art. 988: "Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência". Como bem aponta a Min. Nancy, no precedente do STJ referido, "houve, portanto, a supressão do cabimento da reclamação para a observância de acórdão proferido em recursos especial e extraordinário repetitivos". Além disso, "a investigação do contexto jurídico-político em que editada a Lei 13.256/2016 revela que, dentre outras questões, a norma efetivamente visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição". Acredito, portanto, que a objetivação do recurso extraordinário operada pela exigência de repercussão geral, conquanto aproxime, não iguala o controle incidental ao abstrato, nem mesmo no âmbito do Supremo.

[517] *Cf*. ACCIOLY, João Pedro. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 975, 2017, p. 102: "Quase nada do que concerne aos Tribunais de Contas é pacífico. A doutrina diverge profundamente até mesmo quanto à natureza do órgão: há aqueles que o concebem como organismo meramente auxiliar do Poder Legislativo e há também os que o entendem como um órgão constitucionalmente autônomo, livre de laços de subalternidade com outros Poderes, a exemplo do que se verifica com o Ministério Público". Nesta Tese, defendo que os Tribunais de Contas são órgãos constitucionalmente autônomos, aos quais a Constituição mesmo confia o exercício de atos políticos (*vide* **Capítulo 3**).

[518] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 71, § 1º: "No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas

atos administrativos inválidos deriva da competência congressual exclusiva de "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta" (art. 49, X).[519]

O quinto mecanismo de controle parlamentar repressivo é o de sustar despesas orçamentárias não autorizadas por Lei. Trata-se de ato político complexo, cuja implementação requer a conjugação de atos do Congresso e do TCU. Diz a Constituição:

> Art. 72. A Comissão mista permanente a que se refere o art. 166, §1º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários.
>
> § 1º Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a Comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias.
>
> § 2º Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação.

Embora o Congresso Nacional tenha aprovado uma série de reformas constitucionais e criado técnicas heterodoxas para ampliar o seu papel na execução do orçamento público,[520] sob argumentos democrático-constitucionais (*mas motivações indisfarçavelmente fisiológicas e clientelistas*), os parlamentares não demonstraram nenhum empenho em exercer suas prerrogativas constitucionais de controle das despesas públicas.

---

cabíveis". No artigo citado na nota de rodapé *supra*, defendo que essa competência se estende, de forma subsidiária, ao Tribunal de Contas da União.

[519] A prerrogativa de sustar atos administrativos também é estendida, pela Constituição (art. 71), ao TCU – ao qual compete: "IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade" e "X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal".

[520] *Cf.* CONTI, José Maurício. 'Orçamento em Guerra: o processo orçamentário e a disputa pelo Poder'. Publicado no portal *JOTA*, em 26 ago. 2021. No quarto capítulo do '*Les Chants du Crépuscule*', o escritor Victor Hugo se refere ao orçamento público como um "monstro enorme, peixe admirável, ao qual de todos os lados lançam-se o anzol". A disputa pelo orçamento público é, pois, universal e ancestral. No entanto, a cruzada parlamentar, atualmente em curso no Brasil, em prol de seu esbulho progressivo impressiona. Apenas no que toca ao plano da Constituição, foram aprovadas quatro Emendas sobre o tema nos últimos sete anos: (*i*) a EC nº 86/2015, sob a gestão de Eduardo Cunha como Presidente da Câmara; (*ii*) a Emendas nº 100 e 105, ambas de 2019, sob o patrocínio de Rodrigo Maia; e (*iii*) a EC nº 121, promulgada em 10 de maio de 2022, já sob a gestão de Arthur Lira. Isso para não mencionar a aberrante inovação das '*emendas de RP9*', por meio da qual bilhões de reais têm sido alocados, pelo relator, na Lei Orçamentária Anual, de forma impositiva, ao Executivo, e sem transparência, para a sociedade e para os órgãos de controle. Tanto assim que a imprensa passou a se referir ao instituto como '*orçamento secreto*'. Até a conclusão desta Tese, em que pese a intervenção do STF, a constitucionalidade e a publicidade do orçamento da União ainda não foram plenamente restauradas pelo Congresso. *Cf.* CASTRO, Ana Paula *et. al*. 'Orçamento secreto: o que o STF decidiu, o que o Congresso divulgou e o que falta saber'. Publicado no portal '*G1*', em 15 mai. 2022.

Não localizei nenhum precedente de aplicação do artigo 72, da Constituição, nos repositórios do Congresso, da Câmara ou do Senado.[521] A *desídia*, aliás, é nota comum ao exercício dos atos políticos de controle parlamentar. Em quase 35 anos de vigência da Constituição de 1988, o Poder Legislativo federal sustou *apenas um* contrato administrativo ilícito;[522] *nenhum* ato administrativo; *uma só* despesa orçamentária[523] e *nenhuma* lei incidentalmente declarada inconstitucional.[524]

Nesse período, a sustação congressual de atos normativos editados por outros Poderes tem sido o mecanismo de controle repressivo mais empregado pelo parlamento. Das centenas de proposições apresentadas, dez foram aprovadas durante a vigência da Constituição de 1988; sete das quais na última década.[525]

Diversamente dos atos políticos complexos, em que a *vontade política* do parlamento é indispensável mesmo à sua formação, os mecanismos sustatórios se orientam por uma lógica

---

[521] Embora não seja indexado nem fundamentado nesse dispositivo constitucional, o Decreto Legislativo nº 294/2015 parece tê-lo aplicado materialmente. *Vide* nota de rodapé nº 526.

[522] *Cf*. ACCIOLY, João Pedro. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 975, 2017, p. 114-115: "Em quase três décadas de vigência da Constituição Federal de 1988, apenas oito Projetos de Decreto Legislativo foram apresentados com vistas a sustar contratações administrativas antijurídicas. Desses, sete foram arquivados, sem deliberação final, e apenas um foi aprovado. O Dec. Legislativo 106/1995, publicado na página 13469, do Diário Oficial da União, de 01.09.1995, foi o único expediente parlamentar a sustar um contrato público de que se tem notícia. No entanto, o próprio histórico de tramitação da proposição legislativa que deu origem ao citado decreto revela a inaptidão estrutural das Casas Legislativas para o exercício desse múnos constitucional. O PDS 72/1994 começou a tramitar em 18.10.1994, após as irregularidades contratuais que lhe dão esteio terem sido comunicadas ao Congresso pelo TCU – por força da Decisão 554/1994, Plenário, rel. Min. Paulo Affonso de Oliveira, Data da Sessão: 24.08.1994. Depois de rápida aprovação pelo Senado, em virtude dos trâmites regimentais, o PDS só foi aprovado na Câmara dos Deputados em 18.08.1995, sendo promulgado em 31.08.1995 e publicado pela Imprensa Oficial no dia posterior. Dito de outro modo, na única vez em que o Congresso lançou mão da providência cautelar de sustação dos efeitos de contrato ilícito, o parlamento demorou mais de um ano, após ter sido oficialmente comunicado, para fazê-lo. Durante tal interregno, muito provavelmente, danos ao erário, de difícil ou impossível reparação, foram perpetrados, desatendendo-se assim ao *telos* inibitório do instituto em estudo". Busquei atualizar esses dados em 17 jun. 2022. Contudo, os resultados aferidos em 2017, infelizmente, permanecem atualizados.

[523] O Decreto Legislativo nº 294, publicado no *DOU* em 24 dez. 2015, "bloqueia a execução física, orçamentária e financeira do Programa de Trabalho 15.453.2048.1 OSS.0001/2015", em razão da identificação de '*sobrepreço*' e de '*restrição à competitividade da licitação*'. Dos repositórios eletrônicos do Poder Legislativo, curiosamente, não constam nem o histórico de tramitação da proposição nem a sua exposição de motivos; de modo que não foi possível apurar maiores detalhes do caso, nem mesmo como se deu a interação entre o TCU e o Congresso na ocasião.

[524] A pesquisa, englobando os repositórios de matérias legislativas do Congresso, do Senado e da Câmara, foi conduzida em 17 jun. 2022 – a partir dos seguintes argumentos '*sustação*'; '*susta*'; '*suspensão*' e '*suspende*', além dos dispositivos constitucionais que fixam tais competências sustatórias.

[525] Em ordem cronológica, foram aprovados os seguintes Decretos Legislativos de sustação de atos normativos exógenos: DL nº 26/2021; DL nº 25/2021; DL nº 170/2018; DL nº 177/2017; DL nº 293/2015; DL nº 273/2014; DL nº 424/2013; DL nº 207/2002; DL nº 03/1992; DL nº 03/1989. Data do levantamento: 17 jun. 2022.

jurídica de controle, em que pese a natureza política do órgão controlador.[526] Por essa razão, a sustação parlamentar pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, particularmente pelo STF.

A premissa da sustação parlamentar, esclareça-se, é sempre a inconformidade jurídica do ato sustado; nunca a mera inconveniência política do seu conteúdo. Evidentemente, em razão mesmo da natureza da representação legislativa, os fatores e cálculos políticos influem na opção dos congressistas de intervirem ou não sobre os atos antijurídicos de outros Poderes. Isso é fato. Mas os mecanismos de sustação têm hipótese de cabimento vinculada. Só são manejáveis diante dos vícios jurídicos referidos pela própria Constituição.

A Constituição Federal de 1988 contempla, ainda, três mecanismos de controle repressivo *sem fundamentação jurídica vinculada*. O primeiro deles é o controle parlamentar sobre o veto presidencial a proposições legislativas aprovadas no Congresso. Diz o art. 66, § 4º: "o veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores".[527] Como se pode inferir do dispositivo transcrito, e até da dúplice modalidade do veto presidencial (que pode ser oposto por *inconstitucionalidade* ou por *inconveniência*), o Congresso pode derrubar o veto por critérios exclusivamente políticos (*liberdade substantiva*) – observadas as exigências procedimentais constitucionalmente prescritas (*vinculação formal*).

Essa descrição não colide com a concepção do *judicial review* irrestrito que venho defendendo, com a ressalva única das normas constitucionais originárias. Isso porque o controle de constitucionalidade, repressivamente exercido pelo Poder Judiciário, não será verdadeiramente afastado; apenas deixará de incidir sobre o ato parlamentar de derrubada do veto oposto pelo Presidente da República, passando a recair sobre o conteúdo – *e, também, a forma* – da Lei dele resultante.[528]

---

[526] Como anotei no desfecho do **Capítulo 3** e reforçarei no **Tópico 5.2**, todos os Poderes são, em alguma extensão e conquanto se orientem por técnicas e processos distintos, políticos; inclusive o Judiciário.

[527] A atual redação do dispositivo foi conferida pela Emenda Constitucional nº 76/2013, que suprimiu a previsão de que o veto seria apreciado '*em escrutínio secreto*'.

[528] O ato de derrubada do veto *itself* só pode, pois, ser judicialmente controlado quanto à sua constitucionalidade formal, quanto aos seguintes elementos: (*i*) competência orgânica do Congresso Nacional; (*ii*) deliberação em sessão unicameral e (*iii*) quórum de maioria absoluta para a aprovação. O controle se daria também pela via do Mandado de Segurança impetrado por parlamentar; mas o STF teria de adotar providências cautelares praticamente imediatas, antes da promulgação da Lei. Se algum vício formal na derrubada do veto for identificado antes da promulgação do diploma, parece tecnicamente possível que o Supremo determinasse a anulação da primeira sessão deliberativa e a realização de uma nova. Sobre o quórum de aprovação, o Regimento Interno do Congresso Nacional, prevê que os votos de Deputados e de Senadores serão computados separadamente (art. 43); exigindo-se 257 votos favoráveis,

Segundo levantamento de Paulo Ricardo Schier, publicado em abril de 2022, "*existem cerca de 4.000 vetos opostos pelo Presidente da República aguardando deliberação*";[529] dado que reforça o diagnóstico de desleixo crônico no exercício das prerrogativas congressuais de controle.

Os outros dois mecanismos consistem nas prerrogativas das Casas Legislativas de (*i*) relaxarem prisão em flagrante de parlamentar e de (*ii*) sustarem o andamento de processos criminais por delitos cometidos por seus membros após a diplomação. Prevê a Constituição:

> Art. 53. (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (...) 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

As prerrogativas de relaxar prisões em flagrante e de sustar o andamento de processos criminais contra parlamentares são respostas do Constituinte às perseguições, frequentes e brutais,[530] que Deputados e Senadores contrários à Ditadura, iniciada em 1964, sofreram.[531]

---

entre os membros da Câmara, e 41 manifestações positivas, entre os do Senado. Na minha intelecção da Constituição, parece mais correto entender, a partir da previsão de *'sessão unicameral'*, que, para a derrubada do veto, são necessários 298 votos favoráveis, entre Deputados e Senadores indistintamente. Lembre-se aqui também que, como referi no **Tópico 4.2**, o prazo de '*trinta dias*' para a apreciação do veto – CF/88, art. 66, § 4º – tem *natureza imprópria*; de modo que seu implemento não subtrai a prerrogativa congressual de revisão do veto nem induz a inconstitucionalidade das Leis formadas a partir da derrubada tardia. Após a promulgação, o controle de constitucionalidade repressivo e amplo deve ter como objeto a Lei já entronizada. Essa circunstância não implica limitação do *judicial review*, decorrendo, em verdade, de lógica jurídica espraiada e universal. Após o aperfeiçoamento de um ato jurídico, o controle judicial, de forma e de mérito, deve incidir sobre ele; não sobre atos antecedentes que integram o seu processo de formação. Ações impugnativas, previamente intentadas contra atos antecedentes, acabam mesmo extintas por perda superveniente de objeto; passando, os legitimados interessados, a ter que desafiar a constitucionalidade do *ato final*, daqueles resultantes.

[529] *Cf.* SCHIER, Paulo Ricardo. 'Presidencialismo'. In: Maurício Zockun et. al. (Orgs.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/38/edicao-2/presidencialismo>.

[530] Segundo a '*Comissão Parlamentar Memória, Verdade e Justiça*', órgão ligado à Câmara dos Deputados, 173 parlamentares foram cassados durante o regime militar (1964-1985). *Cf.* ALESSANDRA, Karla. 'Deputados cassados pela ditadura são homenageados na Câmara'. Publicado pela *Agência Câmara de Notícias*, em 10 abr. 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/431150-deputados-cassados-pela-ditadura-sao-homenageados-na-camara/>. De todos os arbítrios cometidos por agentes da Ditadura contra parlamentares, o que mais me choca é o caso do Deputado Rubens Paiva – sequestrado, em sua casa, em janeiro de 1971, torturado, morto e ocultado, por agentes do Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica. *Cf. Relatório Preliminar de Pesquisa - Caso Rubens Paiva*. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. O caso é o pano de fundo do próximo longa do premiado cineasta Walter Salles, que realizou '*Central do Brasil*' (1998); '*Diários de Motocicleta*' (2005) e '*Linha de Passe*' (2008). *Cf.* "Walter Salles vai filmar 'sumiço' de Rubens Paiva pela ditadura militar". Publicado no portal *Terra*, em

Na Nova República, contudo, os mecanismos projetados para proteger os membros do Poder Legislativo do arbítrio executivo e judicial vêm sendo manejados sob a mácula do corporativismo, para a proteção de parlamentares *sabidamente criminosos*. O problema é pior no âmbito das Assembleias Legislativas; em que as amarras do constrangimento são mais frouxas do que em nível federal, para onde a imprensa e a sociedade costumam apontar seus olhos.[532]

A sistemática atual é, ao menos, melhor do que a anterior. Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 35/2001, o processamento criminal de parlamentar exigia a licença prévia da Casa respectiva, de modo que a mera inércia do Legislativo garantia imunidade processual penal, ainda que a título provisório, ao congressista denunciado pela Procuradoria-Geral da República. Na sistemática atual, também adotada pela Constituição de 1969,[533] a lógica se inverte, de modo que a inércia parlamentar beneficia a tramitação da ação criminal.

O exercício de tais prerrogativas, de toda forma, não fulmina a pretensão punitiva do Estado, eis que a prescrição deixa de correr (CF/88, art. 53, § 5º). Delas não decorre, pois, uma *imunidade permanente*; mas simples *suspensão temporária* da persecução criminal para proteger o livre exercício da função parlamentar. Em casos de defeitos formais, assim como

---

30 jun. 2021. Disponível em: <https://www.terra.com.br/diversao/cinema/walter-salles-vai-filmar-sumico-de-rubens-paiva-pela-ditadura-militar,3a37edaaa0527bb7b2a9ec695d74d1ca5hshftb9.html>.

[531] Como se viu no **Capítulo 1**, a perseguição e o arbítrio contra parlamentares oposicionistas são notas que marcam a trajetória constitucional brasileira desde o início. Basta lembrar da dissolução violenta de nossa primeira Assembleia Constituinte, episódio que ficou conhecido como '*Noite da Agonia*' (12 nov. 1823) e levou à outorga da Carta Imperial de 1824. Ou, então, aludir as perseguições, prisões e desterros políticos operados, durante os sítios decretados na *República da Espada* (1889-1894), notadamente no governo de Floriano Peixoto.

[532] Concedi entrevista sobre o tema à OUCHANA, Giselle. 'Deputados do Rio podem sair da prisão baseados em decisão do STF', *O Globo*, de 08 mai. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/deputados-do-rio-podem-sair-da-prisao-baseados-em-decisao-do-stf-23650889>. No mesmo dia, publiquei o seguinte texto, para aprofundar o debate, em minha conta do *LinkedIn*: 'Imunidades Processuais e Prisionais de Deputados Estaduais: o que decidiu o STF?'. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/imunidades-processuais-e-prisionais-de-deputados-o-que-accioly/>.

[533] Constituição de 1969, art. 32, § 3º: "Nos crimes comuns, imputáveis a deputados e senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderá a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo". (Redação da pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982). O dispositivo foi muito utilizado, nos anos finais da Ditadura, sobretudo no Governo Geisel, marcado pelo projeto de abertura político-institucional '*lenta, gradual e segura*'. Apenas em fevereiro de 1988, antes da promulgação da Constituição de 05 outubro, a Câmara aprovou três resoluções para sustar a tramitação de inquéritos e ações penas, com base na Carta de 1969. *Cf.* Resoluções da Câmara dos Deputados nº 02, 03 e 04, todas de todas publicadas no *Diário do Congresso Nacional*, de 25 fev. 1988, p. 165.

nos vícios de probidade ou de finalidade, é possível cogitar a nulificação judicial de tais atos políticos parlamentares.[534]

O controle judicial de mérito, propriamente dito, não parece adequado nessas duas hipóteses excepcionais – que se articulam como mecanismos atípicos de controle do parlamento sobre a jurisdição criminal em desfavor de congressistas e que não se sujeitam, ao menos diretamente, a critérios substantivos pré-determinados normativamente.[535]

Há, por fim, os atos políticos primários de controle do Poder Legislativo sobre o Presidente da República e seus auxiliares diretos. A categoria abrange: (*i*) a convocação de autoridades; (*ii*) o requerimento de informações; (*iii*) as comissões parlamentares de inquérito; (*iv*) o julgamento das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; e (*v*) o processamento e o julgamento dos crimes de responsabilidade imputados ao Presidente e ao Vice-Presidente, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas, nos delitos de mesma natureza conexo com aqueles.[536]

A Constituição prevê que a Câmara, o Senado ou qualquer de suas Comissões, permanentes ou temporárias, são competentes para "convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada" (art. 50, *caput*). Além disso, as Mesas da Câmara e do Senado reúnem competência para formular pedidos escritos de informações a autoridades diretamente subordinadas ao Presidente da República, constituindo

---

[534] Fazê-lo, contudo, pode precipitar animosidades institucionais, dada a escalada limite na disputa entre o Congresso e o STF. Portanto, recomenda-se prudência, robustez argumentativa, atuação colegiada e articulação estratégica do Supremo ao julgar pedidos nesse sentido. *Vide* **Tópico 5.2**.

[535] Do ponto de vista da Teoria Constitucional pós-positivista, sempre se pode – *e se deve* – extrair limitações substantivas (gerais) dos princípios constitucionais. Mas, nesta hipótese específica, de prerrogativas de defesa da liberdade corporal dos membros do Poder Legislativo, parece problemático admitir que a interpretação principiológica do Judiciário as subtraia do parlamento, num terceiro momento. Neste caso particular, ainda mais tendo em conta o caráter temporário do benefício, entendo mais correto, senão por imposição jurídica, ao menos por prudência política, que o STF adote postura de autocontenção máxima quanto a impugnações de mérito contra as competências, das Casas Legislativas, de relaxarem prisões em flagrante e de sustarem o andamento de processos criminais contra parlamentares. Conforme sejam as circunstâncias, a garantia da liberdade de locomoção de um agente político pode representar um ato de salvaguarda ou de vilipêndio democrático. A porta da verdade, nos ensinou Drummond, vive *entreaberta*; revelando visões sempre parciais. Da bandeja de *meia-verdades*, cada um escolhe uma '*conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia*'. Isso não significa que não haja *fatos* nem que seja impossível chegar à *Verdade*; tem-se apenas que, na dúvida, o Direito Penal Constitucional opta sempre pela liberdade; quanto mais se ela não se traduzir em impunidade definitiva.

[536] Ainda compete ao Senado, "processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade", conforme o art. 52, II, da CF/88.

"crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas" (art. 50, § 2º).

Esses instrumentos, conquanto menos intrusivos (*exceto na hipótese de desobediência injustificada*), são potencialmente valiosos para a fiscalização congressual do Executivo. Sua utilização, contudo, acaba prejudicada pelos *laços de compadrio* típicos ao presidencialismo de coalização brasileiro. A convocação de Ministros, por exemplo, costuma ser aprovada apenas em Comissões onde a oposição é sobrerepresentada ou quando o Governo falha em arregimentar sua base de apoio a tempo de impedir a aprovação da proposta.

O pedido de informação, no mais das vezes, acaba sendo dirigido ao Executivo por comissões ou por parlamentares, individualmente; hipóteses em que não são aplicáveis nem o prazo de ´trinta dias´ nem a tipificação da recusa como crimes de responsabilidade. Somente os pedidos veiculados por meio das Mesas Diretoras reúnem esses atributos, sem os quais os pleitos informacionais do parlamento acabam, na prática, dependentes da *boa-vontade administrativa* ou do acionamento do Poder Judiciário.[537]

As Comissões Parlamentares de Inquérito são previstas pelo art. 58, § 3º, da Constituição Federal. As CPIs são criadas mediante requerimento de um terço dos membros da Casa Legislativa respectiva,[538] para apurar '*fato determinado*' por '*prazo certo*',[539] que se ligue à sua competência federativo-legislativa.[540]

---

[537] Uma solução possível ao problema identificado seria prever, em sede regimental, que a Mesa é obrigada a veicular pedidos de informação subscritos por uma quantidade pré-determinada de membros da respectiva Casa Legislativa. Em linha com o parâmetro adotado pelo art. 58, § 2º, I, da Constituição, proponho que tal quantidade corresponde a um décimo – ou dez por cento – dos parlamentares que integram à Casa respectiva.

[538] Em nível federal, são admitidas CPIs do Senado, da Câmara e do Congresso – que são referidas como '*Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito*'. As CPIs também existem em âmbito estadual, distrital e municipal. O quórum de iniciativa – que corresponde a um terço dos membros da respectiva Casa Legislativa – é abarcado, na visão do STF, pelo princípio da simetria, de modo que sua observância é obrigatória também no âmbito local.

[539] Os requisitos objetivos e cronológicos são dispostos constitucionalmente para limitar a abrangência e a duração das Comissões Parlamentares de Inquérito. Não há paz social nos Estados de vigilância global e permanente. As CPIs reúnem poderes de investigação próprios ao Judiciário, sem a amarra da inércia que recai sobre os magistrados. Sem limites claros (quanto ao seu escopo e período de funcionamento), convolar-se-iam em verdadeiros *Leviatãs*. No entanto, também não seria razoável nem eficiente impedir que as CPIs investigassem fatos conexos ao 'fato determinado' que a motivou, que fossem apurados no curso da investigação original. Como exceção à limitação objetiva das CPIs, admite-se que os parlamentares se debrucem sobre desdobramentos da investigação que guardem relação de continência ou, no mínimo, de afinidade com seu objeto inicial.

[540] Em primeiro lugar, o fato investigado deve ser relevante e de interesse público. Do contrário, não se justifica nem se legitima a fiscalização parlamentar. Em razão da Separação dos Poderes, e do escopo da atividade de controle externo parlamentar (gênero do qual a CPI é espécie), as Comissões não podem ter por objeto o exercício de funções tipicamente jurisdicionais. Entre 2019 e 2021, grupo de Senadores tentou

As CPIs são incumbidas de '*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*'. Além da possibilidade de convocação, inclusive de modo coercitivo, de quaisquer cidadãos como depoentes, indiciados ou testemunhas, as Comissões podem requisitar informações ou documentos, ainda que sigilosos, e determinar a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico.[541]

A jurisprudência do Supremo compreende as Comissões Parlamentares de Inquérito como um instrumento da minoria parlamentar. Satisfeitos os requisitos constitucionais e amealhado o número mínimo de assinaturas, os requerimentos de instituição não podem ser indeferidos ou ignorados, nem pela Mesa da Casa nem pela maioria do Plenário.[542]

Embora as CPIs sejam criadas por iniciativa e pressão das *minorias parlamentares*, o mais frequente é que suas posições de liderança – especialmente a de Presidente e a de Relator – acabem ficando com a *maioria governista*. Em razão do disposto pelo art. 58, § 1º,

---

criar a chamada '*CPI da Lava Toga*', para apurar desvios no exercício da função jurisdicional, inclusive casos de '*ativismo judicial*'. Os requerimentos, além de genéricos, desbordavam dos limites da função de controle externo incumbida ao Legislativo. No entanto, é possível a investigação de autoridades do Poder Judiciário quanto ao exercício atípico de funções administrativas; foi o caso da 'CPI do Judiciário', pela qual o Senado investigou, em 1999, denúncias de corrupção em obras realizadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, cuja sede é a cidade de São Paulo. Por fim, os poderes investigatórios do parlamento se limitam pelo escopo federativo de suas competências. A CPI da Pandemia ilustra este último ponto, na medida em que a pretensão de investigar ou mesmo convocar Governadores de Estado foi barrada pelo Supremo Tribunal. *Cf.* STF, ADPF 848 MC, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 21 jun. 2021.

[541] As CPIs não podem, contudo, determinar a instalação de interceptações telefônicas nem pretender, elas próprias, adotar medidas punitivas em relação aos indiciados. A única hipótese de prisão que pode ser decretada por CPI é a em flagrante delito; como pode acontecer na hipótese de alegação falsa de testemunha que prestou, na forma da legislação processual penal, o compromisso de dizer a verdade. *Cf.* LIMA, Eduardo; PIEVE, Flávia da. Poderes e Limites das Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, vol. 2, p. 187-205, 2016.

[542] *Cf.* STF, MS 26.441, Rel. Min. Celso de Mello, DJ*e* 18 dez. 2009: "A instauração de inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Lei Fundamental da República: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto da apuração legislativa e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. O requisito constitucional concernente à observância de 1/3 (um terço), no mínimo, para criação de determinada CPI (CF, art. 58, § 3º), refere-se à subscrição do requerimento de instauração da investigação parlamentar, que traduz exigência a ser aferida no momento em que protocolado o pedido junto à Mesa da Casa legislativa, tanto que, "depois de sua apresentação à Mesa", consoante prescreve o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 102, § 4º), não mais se revelará possível a retirada de qualquer assinatura. - Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. (...) A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional, que não dispõe de qualquer parcela de poder para deslocar, para o Plenário das Casas legislativas, a decisão final sobre a efetiva criação de determinada CPI, sob pena de frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalizar e de investigar o comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo".

da Constituição, a própria composição das CPIs é definida segundo "a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa".

Como o Executivo costuma erigir amplas bases de apoio parlamentar, na citada lógica do *presidencialismo de coalizão*, quando a minoria consegue emplacar uma CPI, a maioria dos assentos acaba, indiretamente, nas mãos do Governo; o que, evidentemente, prejudica a aprovação de *requerimentos inconvenientes* e a aprovação de relatórios técnicos e altivos.

O regimento interno da ALERJ contém uma regra que mitiga o problema identificado, ao prever que a presidência das CPIs caberá a um dos "*primeiros signatários dos Requerimentos de sua criação*".[543]

Em geral, é o Presidente da CPI que designa os relatores, além de lhe competir convocar e presidir todas as sessões da Comissão.[544] Garantir que o Presidente da CPI seja imbuído de efetivo ânimo fiscalizatório, parece ser a melhor solução – dentre as admitidas constitucionalmente – para que as Comissões Parlamentares de Inquérito sejam capazes de se desincumbir da sua *razão de ser*.

Ainda que o relatório final da CPI possa ser descaracterizado pela base governista e mesmo que as conclusões da CPI dependam de ações de outros órgãos e Poderes para que as autoridades indiciadas sejam efetivamente punidas, a instalação e o regular funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito geram efeitos políticos, imediatos e significativos, *per se*. As CPIs costumam receber grande cobertura da imprensa, de modo que não raro logram mesmo *pautar* o debate público do país.

Ao jogar *luz* sobre um assunto que o Governo preferia manter nas *sombras*, as Comissões Parlamentares de Inquérito podem precipitar a interrupção de ações criminosas ou a reformulação de políticas públicas, para evitar sangrias de popularidade. A CPI da Pandemia bem ilustra o ponto. Embora a omissão injustificável da Procuradoria-Geral da República

---

[543] *Cf.* Regimento Interno da ALERJ, art. 28, § 1º: "*As Comissões Parlamentares de Inquérito serão compostas, quanto possível, proporcionalmente pelos Partidos com representação na Assembleia; serão presididas pelos Deputados primeiros signatários dos Requerimentos de sua criação, e se reunirão para realização de atos instrutórios, com o número mínimo de dois Deputados*". Proposta mais eficaz, para garantir a disposição fiscalizatória das CPIs, seria a de escolher todos os seus membros dentre os signatários do requerimento para a sua criação. No entanto, tal proposta traria resultados potencialmente colidentes com a diretriz da proporcionalidade representativa fixada pelo art. 58, § 3º, da Constituição. Assim, a regra regimental adotada pela ALERJ parece ser uma solução que, conquanto paliativa, é constitucionalmente viável.

[544] Veja-se, por exemplo, o teor do art. 41, incisos II e VI, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: "Ao Presidente de Comissão compete (...) II - convocar e presidir todas as reuniões da Comissão e nelas manter a ordem e a solenidade necessárias; (...) VI - designar Relatores e Relatores-substitutos e distribuir-lhes a matéria sujeita a parecer, ou avocá-la, nas suas faltas".

tenha, até aqui, impedido a responsabilização das autoridades indiciadas, a CPI do Senado reúne os méritos de ter (*i*) identificado e impedido, por *shaming* e pressão política, a consumação de contratações diretas com sobrepreços, intervenções de lobistas e fraudes documentais; e (*ii*) precipitado a aquisição de imunobiológicos para o novo coronavírus (COVID-19).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26 de agosto de 1789, já previa que "a sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração" (art. 15). Todo agente público que administre recursos públicos tem o dever de prestá-las. Com exceção do Presidente da República, as contas dos demais administradores de recursos federais é julgada diretamente pelo Tribunal de Contas da União. No caso das contas prestadas pelo Presidente, o TCU as aprecia "mediante parecer prévio" (CF/88, art. 71, I) e o Congresso Nacional se encarrega do julgamento propriamente dito (CF/88, art. 49, IX). A Constituição ainda prevê competir, à Câmara dos Deputados, "proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa" (art. 51, II).

Antes de mais nada, as contas do Chefe do Governo devem ser publicamente apreciadas em razão do princípio republicano; traduzindo-se em indispensável método de *accountability* das despesas públicas ordenadas pelo poder político.[545] Embora a Constituição não preveja, expressamente, as sanções decorrentes da rejeição das contas presidenciais há consequências jurídicas aflitivas (*i*) diretas; (*ii*) indiretas e (*iii*) eventuais, que se produzem a partir dela.

No caso da identificação de indébito de responsabilidade do Chefe de Governo, o parlamento pode, em primeiro lugar, condená-lo ao pagamento da dívida atualizada monetariamente. A consequência indireta da rejeição das contas, nas circunstâncias abaixo descritas, é a *inelegibilidade*, para qualquer cargo, pelo período de oito anos. A Lei Complementar das Inelegibilidades, na redação que lhe atribuiu a LC nº 184/2021, prevê o seguinte:

> Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da

[545] *Cf*. CAMPOS, Anna Maria. 'Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?'. Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas, vol. 24, pp. 30-50, 1990. Disponível eletronicamente em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182>.

> Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição. (...)
> § 4º-A. A inelegibilidade prevista na alínea "g" do inciso I do caput deste artigo não se aplica aos responsáveis que tenham tido suas contas julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados exclusivamente com o pagamento de multa.

O julgamento da elegibilidade compete à Justiça Eleitoral, quando da apreciação de eventual registro de candidatura por cidadão que, no exercício de cargo ou função pública, inclusive os de natureza eletiva, tenha tido suas contas rejeitadas, por Tribunal de Contas ou Casa Legislativa, nos oitos anos que antecedem o pleito para o cargo ora em postulação.[546]

O *impeachment* será examinado, com detença, no **Capítulo 9**. Em razão das complexidades e peculiaridades do tema, parece mais adequado examiná-lo apenas em seu capítulo próprio.

Por fim, tal como ao Presidente, também compete, (*i*) à Mesa do Senado Federal; (*ii*) à Mesa da Câmara dos Deputados e (*iii*) à Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal,[547] o poder de propor ações abstratas de controle de constitucionalidade, na forma do art. 103, incisos 'II' a 'IV', da Constituição de 1988.[548]

5.2. Parâmetros de controle judicial

Rui Barbosa, como mostrei no **Capítulo 1**, foi um dos primeiros e maiores defensores – teóricos e forenses – do controle judicial dos atos políticos.[549] Isso não impediu o velho Rui de fazer críticas ácidas ao Poder Judiciário.[550]

---

[546] A Lei Complementar nº 184, de 29 de setembro de 2021, restringiu o alcance da inelegibilidade por rejeição das contas prestadas como administrador de recursos públicos. As exigências, conquanto mitigadoras da pena, parecem responder, de forma razoável, aos abusos perpetrados por órgãos de controle no curso da última década. A norma parece, pois, respeitar as raias constitucionais da liberdade de conformação do Congresso.

[547] Embora essa limitação não tenha base normativa (constitucional ou legal), a jurisprudência do STF entende que a capacidade postulatória das autoridades da órbita estadual depende da comprovação de '*pertinência temática*', entre o seu escopo de atuação institucional e a norma impugnada. *Cf.* QUEIROZ NETO, Luiz Vicente. A Pertinência Temática como Requisito da Legitimidade Ativa para o Processo Objetivo de Controle Abstrato de Normas. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, vol. 15, pp. 58-74, 2003.

[548] Faço remissão aos comentários que fiz, no texto principal e em notas de rodapé, quando tratei do tema, no início deste Tópico, como ato político de controle repressivo impróprio do Presidente da República; impróprio porquanto o controle em si é, efetivamente, exercido pelo STF.

[549] *Cf.* RUI BARBOSA *apud* MOTTA FILHO, Cândido. Rui Barbosa e o Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito* (USP), vol. 62, 1966, p. 196: "É da alçada incontestável do Poder Judiciário examinar a extensão dos poderes políticos. Se a autoridade invoca uma atribuição inexistente, embora discricionária dentro de seus limites, não pode a Justiça recusar socorro legal ao direito individual ou do Estado".

[550] A título exemplificativo, *v.* as críticas, aos vícios da judicatura, formuladas na célebre BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40-45.

A conclusão de que o STF pode controlar, em instância final, a conformidade jurídica de qualquer ato político é derivação inexorável da Constituição Federal de 1988, como examinado no **Capítulo 2**. Isso não significa, contudo, que o Supremo esteja exercendo de modo adequado, sob o *prisma técnico-jurídico*, e prudente, sob o *ângulo da Política*, essa nobre função que lhe fora confiada pela Constituição.

Neste tópico, proporei parâmetros decisórios específicos ao controle dos atos políticos pelo Poder Judiciário e, particularmente, pelo Supremo Tribunal Federal – a partir da identificação de patologias, do processo deliberativo e dos critérios adjudicativos, verificadas no *judicial review* dos atos políticos.

Se a crítica ao Supremo tem pecado pelo exagero, pela irresponsabilidade, pela beligerância e pela demagogia,[551] o STF, de fato, tem cometido equívocos estratégicos, como no caso da cláusula de barreira,[552] e repetido *arroubos monocráticos*, que serão ilustrados abaixo.[553] Em temáticas como o cumprimento de penas privativas de liberdade após o segundo grau, o Supremo não zelou pela evolução lógica nem pela estabilidade mínima de sua jurisprudência.[554] Em casos relacionados a interesses corporativos da magistratura, a exemplo dos *dribles* ao teto salarial e da fruição indevida do auxílio-moradia por juízes,[555] o STF falhou em adotar posições neutrais, republicanas e consentâneas com os princípios e regras da Constituição de 1988.

---

[551] *Cf*. MELO, Marcus André. 'A ditadura imaginária do Judiciário'. *Folha de S. Paulo*, 12 set. 2021: "Atribuída à Rui Barbosa, a afirmação de que a pior forma de ditadura é aquela exercida pelo poder Judiciário é repetida sem que, aparentemente, ele a tenha proferido. E mais: sem que ela seja consistente com sua visão das instituições. A expressão não faz sentido histórica ou conceitualmente; salvo como hipérbole para algum ativismo judicial e desacertos. O agente do abuso do poder nos sistemas políticos modernos é o ocupante do Executivo, e em algumas raras situações, os corpos legislativos. Nos sistemas políticos pré-modernos —regimes sultanísticos e autocracias dinásticas— há uma indiferenciação de poderes; neles "ditadura togada" sequer faria sentido. Nas democracias, o abuso —quando ocorreu e produziu degeneração— deveu-se invariavelmente à usurpação pelo Executivo de funções judiciárias e legislativas". Sobre o tema, *v*. o recém-lançado livro de ABBOUD, Georges. *Ativismo Judicial*: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

[552] *Cf*. STF, Tribunal Pleno, ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29 jun. 2007. Sobre a decisão, *v*. HAJE, Lara; NOBRE, Noéli. 'Gilmar Mendes diz que STF errou em decisão sobre cláusula de barreira'. *Agência Câmara de Notícias*, 21 mar. 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/509833-gilmar-mendes-diz-que-stf-errou-em-decisao-sobre-clausula-de-barreira/>.

[553] Especialmente, no exame do *princípio da colegialidade*; onde se examina, por exemplo, as decisões singulares que determinaram o afastamento de Presidentes de Casas Legislativas. No **Capítulo 9**, examina-se ainda a decisão monocrática que determinou a instalação de Comissão Especial para o exame de pedidos de *impeachment* do ex-Presidente Michel Temer.

[554] *Cf*. 'STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5'. *Migalhas*, 7 nov. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>.

[555] *Cf*. 'Fux revoga auxílio-moradia para juízes após sanção de reajuste para STF'. *ConJur*, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/fux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>.

Na vida, a *magnitude do poder* deve ser proporcional à da *responsabilidade de seu titular*.[556] Quanto mais na vida pública. Quanto mais no âmbito do Poder Judiciário, cujos membros não são investidos pelo voto popular e a legitimidade de sua atuação deriva de fontes jurídicas heterônomas, em especial a Constituição Federal – que limita e informa todas as demais espécies normativas.

O Poder Judiciário constitui, como os demais, um Poder jurídico-político. Todos os Poderes, com variações de grau, assim o são. O atributo da juridicidade deriva da condição de submissão dos Poderes, todos eles, às Leis e à Constituição. O atributo da *politicidade* deriva da constatação de que os Poderes, todos eles, *criam Direito novo* no exercício de suas competências constitucionais; fazem, pois, *escolhas políticas* no interior do *quadro normativo estabelecido* – que não predetermina exaustivamente todas as decisões que lhe cabem tomar.

Sob pena do coroamento do arbítrio e da dissolução do Estado de Direito, não pode haver Poder exclusivamente político. Sob pena do irreconciliável desequilíbrio entre os Poderes, não pode haver Poder exclusivamente jurídico – já que a vontade soberana e indivisível do Estado se forma a partir da conjugação dialética das vontades independentes de cada um dos Poderes.

O mito do Direito como técnica pura, capaz de fornecer, para toda situação concreta, uma única resposta correta, parece ter sido superado há muito. O mito do Judiciário como poder exclusivamente técnico-jurídico, por outro lado, ainda parece corrente e hegemônico.

A lenda do Judiciário como Poder apolítico é negada pela própria normatividade constitucional, que prevê a participação da magistratura na escolha dos integrantes dos Tribunais; na eleição de seus órgãos diretivos e, mesmo, na requisição de intervenção federal por coação ou descumprimento de decisões judiciárias.

Ainda que criticável, por suas raízes autoritárias e usos abusivos, o instituto da '*suspensão de segurança*', que permite à Presidência dos Tribunais cassar decisões liminares, proferidas por seus membros em desfavor do Poder Público, é exemplo de ato jurisdicional preponderantemente político.[557] Em maior ou menor grau, numa escala com infinitos gradientes, toda decisão judicial é *jurídico-política*.[558]

---

[556] Os quadrinhos do '*Homem-Aranha*', escritos por Stan Lee, e o primeiro filme da franquia homônima, dirigido por Sam Raimi (2002), popularizaram o provérbio segundo o qual *'with grat power comes great responsability'*. Em português, '*com grandes poderes vêm grandes responsabilidades*'. Esse adágio, tão ancestral quanto *pop*, bem ilustra o raciocínio em referência.

[557] *Cf.* RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*: sustentação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010. De modo mais sintético e cortante, o tema é enfrentado pelo mesmo autor no artigo: Apresentação e crítica de alguns

Por mais distante da realidade que seja, a compreensão sobrevive graças a objetivos antagônicos. De um lado, a subtração do caráter político do Judiciário – particularmente, do STF – interessa discursivamente ao Legislativo e ao Executivo, que podem alegar a circunstância para repelir decisões judiciais, que contrariem seus interesses (ainda que esses, por sua vez, contrariem a Constituição). Do outro, mobilizam-se os próprios magistrados, na esperança vã de que ao negar o caráter político do seu Poder e de suas decisões, elas sejam *imunizadas da crítica política* – como se expressassem *imposições aritméticas indisputáveis*, pelas demais instituição do Estado e da sociedade.

O Poder Judiciário é, ao mesmo tempo, político e jurídico; embora a intensidade do último atributo supere, em geral, à do primeiro. Mas não se propõe reconhecer a natureza *também* política da atividade judicial, especialmente no que toca ao controle de constitucionalidade dos atos políticos, para legitimar o decisionismo e o intervencionismo judiciário desmedido. Pretende-se o exato oposto; que os juízes, notadamente os do Supremo, adquiram consciência da lógica ambivalente de sua atividade e construam métodos decisórios compatíveis com ela.

Ao se apontar o Judiciário como *Poder político-jurídico*, pretende-se mesmo enrijecer as amarras e ampliar a responsabilidade institucional dos magistrados; transferindo-lhes o ônus de calcular suas decisões conforme critérios, circunstâncias, técnicas e consequências próprias ao reino do Direito e ao reino da Política.

O controle judicial dos atos políticos não pode obedecer à mesma lógica aplicável aos *atos administrativos ordinários*. Nomear um Ministro de Estado ou declarar guerra não são atividades comparáveis à elaboração de um edital licitatório ou à aplicação de uma multa de trânsito. Todas se submetem à Constituição; mas devem se sujeitar a metodologias distintas de revisão judiciária.

Se os atos políticos representam as atividades mais relevantes de cada um dos Poderes estatais, atrelando-se profundamente com a garantia de sua autonomia, os órgãos judicantes devem adotar uma postura de ***deferência reforçada*** quando do exame de sua validade.

O cerne do princípio se liga à ideia de que somente vícios graves, inequívocos e cabalmente demonstrados autorizam a suspensão ou a anulação de um ato político pelo Poder

---

aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável. *Interesse Público*, vol. 45, p. 39-56, 2007.

[558] Se a assertiva parecer exagerada, parece-me forçoso admiti-la, ao menos, no que toca ao *judicial review* dos atos políticos – que traduz o objeto central desta investigação doutoral.

Judiciário. Nessa dimensão nuclear, a deferência reforçada se apresenta como uma especialização do *princípio da presunção de constitucionalidade* – ou *de legitimidade*, como preferem os administrativistas[559] – dos atos estatais.

Como mencionado por último no **Tópico 5.1**, todos os Poderes são intérpretes da Constituição. As atividades incumbidas ao Legislativo e ao Executivo se subordinam à Constituição e se destinam a efetivá-la; tal como se dá no âmbito do Poder Judiciário. Bem por isso, os juízes devem guardar uma atitude de consideração e respeito para com as interpretações erigidas pelos demais Poderes, no exercício legítimo de suas competências constitucionais.

A presunção de validade, sempre *relativa* e *gradual*,[560] é um postulado de *autocontenção judicial* que tem por horizonte o princípio da *Separação dos Poderes*. Na sistematização de Luís Roberto Barroso,[561] o postulado implica três consequências fundamentais: (*i*) a inconstitucionalidade só deve ser declarada se for patente e inequívoca; (*ii*) o controle incidental de constitucionalidade só deve ser exercido caso não seja possível decidir a questão litigiosa por outro fundamento autônomo; e (*iii*) a inconstitucionalidade só deve ser pronunciada se não houver alternativa hermenêutica para extrair do texto significado normativo compatível com a Constituição.

Este último subprincípio, que se liga à técnica da *interpretação conforme a Constituição*,[562] impõe, como corolário, o parâmetro do ***máximo aproveitamento do ato político viciado***. No lugar da invalidação *total* do ato, diante da constatação de qualquer

---

[559] *Cf.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 89-90 (falando em '*princípio da presunção de veracidade e de legitimidade*').

[560] *Cf.* SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 458-463.

[561] *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 324.

[562] *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 325: "A interpretação conforme a Constituição, categoria desenvolvida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, (...) destina-se à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizam os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. (...) Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação 'corretiva', que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto".

defeito jurídico, os juízes devem, sempre que possível, utilizar técnicas hermenêutico-decisórias para, intervindo o mínimo possível no espaço de autonomia reservado a outro Poder, tornar o ato político impugnado compatível com a ordem jurídico-constitucional.

Alguns casos recentes ajudam a refletir sobre a diretriz proposta. Em dezembro de 2016, o ex-Ministro Marco Aurélio, a pedido cautelar do partido *Rede Sustentabilidade*, determinou o afastamento liminar do Senador Renan Calheiros da cadeira de Presidente do Senado Federal.[563] A tese que fundamentou a decisão monocrática operou uma extensão analógica imprópria e levou a uma conclusão política e juridicamente equivocada. Ora, o Presidente da República, ao se tornar réu por crime comum – exclusivamente por delito relacionado ao cargo e após a autorização por maioria qualificada da Câmara –, é afastado do cargo, por 180 dias, para que o STF realize um julgamento independente e livre de constrangimentos institucionais.

Nenhuma dessas circunstâncias se repete em relação às autoridades do Poder Legislativo que ocupam a linha de sucessão presidencial. Diversamente do que se dá em relação ao Presidente da República, (*i*) parlamentares podem se tornar réus por delitos não relacionados ou mesmo anteriores ao mandato; (*ii*) o STF pode aceitar denúncias criminais contra parlamentares independentemente de quaisquer autorizações prévias do Legislativo;[564] (*iii*) os processos criminais contra parlamentares, até por sua *trágica multiplicidade*,[565] não são, nem poderiam ser, objeto da mesma priorização e celeridade processual do que as denúncias-crime contra o Presidente da República; (iv) o afastamento do Presidente da República, tanto no aceite das denúncias de crime comum como nas por crime de responsabilidade, não protege

---

[563] *Cf*. STF, ADPF 402 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, *j*. em 5 dez. 2016, às 15 horas.

[564] Como examinado no **Tópico 5.1**, desde a EC 35/2001, não mais é necessário obter licença-prévia, da respectiva Casa Legislativa, para que o STF aceite e inicie o processo de denúncia criminal oferecida em desfavor de parlamentar federal. Na forma atual do art. 53, § 3º, da Constituição, as Cases Legislativas podem, por iniciativa de político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, sustar o andamento da ação.

[565] Em 2013, levantamento da *Rádio CBN*, apontou que 37% dos parlamentares federais – 222 de 594 – respondiam a processos ou eram alvo de inquéritos em tramitação no STF. *Cf*. MILITÃO, Eduardo. 'Um terço dos parlamentares tem processos no STF'. *Congresso em Foco*, 05 mai. 2013. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/na-justica-37-dos-parlamentares-tem-processos/>. Em 2017, levantamento do portal *DW Brasil*, computou mais de 500 investigações e processos em curso, no âmbito do Supremo, contra Deputados Federais e Senadores. *Cf*. DELGADO, Malu. 'Quantos parlamentares são alvo de processos no Supremo?'. *DW Brasil*, 18 abr. 2017. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quantos-parlamentares-são-alvo-de-processos-no-supremo/a-38467849>.
Embora os dados estejam defasados e sejam permeados por alguma imprecisão metodológica, eles transmitem uma noção eloquente quanto à magnitude do problema da delinquência na classe política – que impede o Supremo, corte multifuncional e sobrecarregada, de conduzir julgamentos criminais com eficiência e presteza.

somente o princípio da moralidade (e sua interação com a própria ideia de '*dignidade do cargo*'), mas visa a garantir as condições institucionais necessárias à realização de um julgamento independente, seja pelo Senado, no caso do *impeachment*, seja pelo Supremo, nas denúncias por crime-comum oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

Em um episódio constrangedor, de parte a parte, o Ministro aposentado do STF determinou – *sozinho* – o afastamento do Presidente do Congresso Nacional, com base em tese heterodoxa e não cristalizada pelo Plenário.[566] No dia seguinte, canais televisivos registraram as tentativas fracassadas de um Oficial de Justiça em notificar o Senador Calheiros da decisão. Menos de 48 horas após a instalação da crise, o pleno do Supremo decidiu mantê-lo na presidência da Câmara Alta e do Congresso; subtraindo-lhe apenas o direito à substituição presidencial.

Neste caso, penso que o ex-Ministro Marco Aurélio cometeu dois erros valorativos. Primeiro, superestimou a magnitude do seu próprio assento, individualmente considerado; determinado singularmente medida extraordinariamente intrusiva sobre outro Poder. O ponto será retomado. Mas, em segundo lugar, o Ministro se equivocou também ao subestimar a grandeza da cadeira de Presidente do Senado.

Diante da circunstância identificada, ou bem se entendia que a cláusula de afastamento temporário do Presidente não se aplica às autoridades de outros Poderes que lhe sucedem ou substituem a título provisório; ou bem se entendia que tais autoridades estavam impedidas apenas de substituir ou suceder o Presidente nas hipóteses de ausência, impedimento ou vacância.

O vício identificado não me parece legitimar, em absoluto, a intrusão operada, que suspendeu monocraticamente ato político basilar de estruturação interna das Casas Legislativas: o de escolher livremente o seu Presidente. A decisão do Plenário, embora mal-

---

[566] O único precedente similar do STF era a decisão monocrática, referendada pelo Plenário, adotada pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, em 05 mai. 2016, nos autos da ação cautelar nº 4.070/DF. Nesta ação, a Procuradoria-Geral da República pedia o afastamento - *a título de tutela inibitória* - de Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados, bem como a própria suspensão de seu mandato parlamentar. Nesta hipótese, totalmente excepcional, havia indícios de que Eduardo Cunha se valia da cadeira de Presidente da Câmara para delinquir sistematicamente. Penso que o pedido de afastamento deveria ter sido apreciado diretamente pelo Tribunal Pleno, mas entendo que, no caso de Cunha, diferentemente do de Renan, havia motivos e provas robustas que justificavam a intrusão extrema, na medida que a atividade criminosa descrita, pela PGR, era contemporânea, sistemática e gravíssima. Tanto assim que, em que pese gritas pontuais, o Plenário da Câmara aprovou, em 12 set. 2016, a cassação de Cunha, por 450 votos favoráveis a 10 contrários, sob vaias e protestos contra o ex-Presidente da Casa. *Cf.* CALGARO, Fernanda. 'Câmara cassa mandato de Eduardo Cunha por 450 votos a 10'. Portal '*G1*', 12 set. 2016. Disponível eletronicamente em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/camara-cassa-mandato-de-eduardo-cunha-por-450-votos-10.html>.

recebida pelas parcelas mais progressistas da imprensa e da sociedade, é muito mais coerente, tanto sob o prisma jurídico quanto sob a ótica política, do que a monocrática que ela superou.

A decisão singular do Ministro Barroso, nos autos da ADI 5.874, também se orientou por uma lógica de *máximo aproveitamento* do Decreto nº 9.246/2017. A primeira decisão monocrática, que suspendera o '*indulto natalino*' para todos os tipos penais, veio, durante o recesso, pela pena da Ministra Cármen Lúcia – que, à época, presidia a Corte.[567] A segunda decisão, tomada pelo Ministro Barroso, na condição de relator, suspendeu a aplicabilidade do benefício apenas para os condenados por '*crimes de colarinho branco*';[568] que, segundo a ação da PGR, teriam sido indevidamente beneficiados pelo Decreto assinado pelo Presidente Temer.

Partindo da identificação do mesmo vício, a decisão da Ministra Cármen prejudicou todos os beneficiários potenciais do '*indulto natalino*', enquanto a de Barroso preservou parte substancial do ato político, paralisando apenas os efeitos que, na sua visão, contrariavam a Constituição Federal de 1988.[569]

No fim das contas, o plenário do STF acabou confirmando, a meu juízo acertadamente, a constitucionalidade integral do Decreto.[570] Mas o confronto entre as decisões de Cármen e Barroso propicia uma ilustração didática da *utilidade social* da diretriz do ***máximo aproveitamento***. Segundo dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro,[571] 45 mil pessoas condenadas por crime sem violência ou grave ameaça – o que, àquela altura, equivalia a 6% da população carcerária brasileira – poderiam ter sua liberdade reestabelecida mediante o indulto natalino de 2017, atenuando o problema da superlotação penitenciária.

A aplicação do benefício aos condenados por *crimes de colarinho branco*, fundamento do juízo de inconstitucionalidade material nas duas decisões monocráticas, representava poucas

---

[567] *Cf*. STF, ADI 5.874 MC, Decisão Monocrática da Min. Pres. Cármen Lúcia, DJ*e* 01º fev. 2018.

[568] *Cf*. STF, ADI 5.874 MC, Decisão Monocrática do Min. Rel. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 14 mar. 2018.

[569] Entre as principais restrições propostas por Barroso estavam: (*i*) retirar do âmbito de incidência do benefício "os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa" e (*ii*) suspender a eficácia do indulto de multas penais.

[570] *Cf*. STF, Tribunal Pleno, ADI 5.874, Relator do Acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJ*e* 05 nov. 2020. O tema será retomado no **Capítulo 8**.

[571] As informações constam do site da *Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, no seguinte endereço: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/8577-Defensoria-Publica-do-Rio-defende-manutencao-do-indulto-de-Natal>.

dezenas de casos – *incluindo 21 ruidosos, porquanto relacionados à Operação Lava Jato*[572] – num universo de quase *50 mil beneficiários potenciais*.[573] Sob nenhum aspecto seria justificável, a partir do vício identificado, a suspensão ou invalidação integral do Decreto de indulgência. Daí a utilidade, senão necessidade, do *standard* do ***máximo aproveitamento dos atos políticos viciados***.

No episódio da nomeação do ex-Presidente Lula, para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil, em 2015, o Min. Gilmar Mendes adotou linha decisória antagônica à diretriz proposta. Com base na alegação de que a nomeação de Lula tinha o propósito de deslocar os procedimentos criminais de que era alvo para o Supremo, o Ministro suspendeu o próprio ato de nomeação, usurpando uma das mais importantes prerrogativas da Presidência da República: a de escolher livremente os Ministros de Estado, desde que observados os requisitos constitucionais.[574]

Solução *menos invasiva* – e, portanto, *constitucionalmente mais adequada* – seria a de afastar a aplicação do foro por prerrogativa de função das investigações ou processos criminais que o ex-Presidente já respondia. Curiosamente, essa tese – *de tão razoável* – acabou sendo acolhida, de modo abstrato, pela jurisprudência do STF, em 2018, com a redefinição do âmbito de aplicabilidade processual do foro por prerrogativa de função.[575]

---

[572] A imprensa chegou a publicar matéria sob a seguinte manchete: 'Temer contraria Lava Jato e dá indulto a condenado por corrupção'. Publicado no site da *Revista Veja*, em 23 dez. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/temer-contraria-lava-jato-e-da-indulto-a-condenado-por-corrupcao/>. Em sentido semelhante, *v.* MACEDO, Fausto. 'Indulto de Temer pode beneficiar 21 condenados da Lava Jato, alerta força-tarefa'. Publicado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, em 28 nov. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/indulto-de-temer-pode-beneficiar-21-condenados-da-lava-jato-alerta-forca-tarefa/>. Segundo a reportagem, na véspera do julgamento do STF, o Procurador Deltan Dallagnol, à época coordenador da Operação e hoje candidato a Deputado, postara, pelo *Twitter*, que a "liberação do indulto é a ruína da Lava Jato".

[573] A desproporção não chega a estarrecer; pois só de olhos cerrados não se identifica que a Justiça Criminal brasileira tem clientelas sociorraciais definidas. Há poucas condenações por crimes de '*colarinho branco'*, não em razão da menor delinquência proporcional nas camadas mais abastadas da sociedade, mas pela simples circunstância de que o sistema penal brasileiro não foi pensado nem é movimentado, salvo em circunstâncias excepcionais, para punir as *elites brancas*. *Cf.* VALLE, Julia Abrantes. A seletividade do sistema penal e o racismo estrutural no Brasil. *Revista de Direito*, vol. 13, pp. 01-34, 2021.

[574] Constituição Federal de 1988, art. 84, I, combinado com art. 87, *caput*. No caso concreto, o único vício de inconstitucionalidade apontado prendia-se à manipulação do foro por prerrogativa de função. Para os impetrantes e para o relator, haveria, pois, um 'desvio de finalidade'. No entanto, se o problema era apenas o foro, bastava suspendê-los para ações ou investigações em curso.

[575] *Cf.* STF, Tribunal Pleno, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 11 dez. 2018. Nessa oportunidade, foram fixadas as seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

O controle judicial dos atos políticos deve buscar, sempre que possível, isolar e remover, com precisão cirúrgica, apenas as células inconstitucionais de um *ato político salvável*. Haverá casos, de patologias indissociáveis, em que a cirurgia não será viável e restará ao Supremo apenas garantir uma *morte respeitosa* ao ato político integralmente contrário à Constituição. Noutros, porém, será possível amputar apenas a parte comprometida; de modo a talhar-lhe *o corpo* para preservar-lhe *a vida*.

Voltando à diretriz da deferência no *judicial review* dos atos políticos, é preciso constatar que ela vai muito além da *presunção relativa de validade*, acima examinada. Ela aponta que o Supremo, como Poder político, deve ouvir e considerar os argumentos apresentados pelas autoridades dos demais Poderes.

As portas do Supremo Tribunal Federal devem ficar abertas aos demais Poderes – que, sem renunciar à sua independência, devem buscar cooperar harmonicamente para a concretização de interesses públicos. A diretriz da deferência pode mesmo recomendar a abertura ao diálogo presencial e a celebração de acordos institucionais, envolvendo o STF, para resolver impasses ou prevenir conflitos entre os Poderes.

No entanto, o engajamento do Poder Judiciário em articulações institucionais deve se dar *sempre de maneira transparente e republicana*.[576] Juízes não podem prometer favores ou transacionar sentenças; mas o Presidente do STF pode, em reunião oficial com o Presidente da República e com líderes do Congresso, discutir o orçamento do Poder Judiciário federal ou temas de interesse nacional que perpassem a administração da Justiça, como é o caso da crise penitenciária brasileira e *ainda é* o da pandemia de COVID-19.[577]

Da diretriz substantiva da deferência, germina, como desdobramento formal, a exigência do ***ônus argumentativo reforçado***. Toda decisão judicial, por imposição da Constituição (art. 93, IX), precisa ser motivada; mas aquelas que suspendam ou invalidem ato político precisam ser *cuidadosa e especialmente fundamentadas*.

Não basta que se invoque princípios açodadamente nem que se reproduza modelos argumentativos padronizados. O controle judicial de atos políticos exige decisões refletidas e

---

[576] Infelizmente, *não tem sido sempre assim*. Para ficar num exemplo, *v.* CAMAROTTI, Gerson. 'Fora da agenda, Dilma tem encontro reservado com Lewandowski em Portugal'. Portal '*G1*', 09 jul. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/blog-do-camarotti/post/fora-da-agenda-dilma-tem-encontro-reservado-com-lewandowski-em-portugal.html>.

[577] *Cf.* 'Presidente do STF participa de reunião dos três Poderes sobre combate à pandemia da Covid-19'. Publicado na página eletrônica do *Supremo Tribunal Federal*, em 24 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462902&ori=1>.

artesanais, com a consideração dos argumentos, fatos e dados trazidos pelos sujeitos processuais, bem como a antecipação de consequências previsíveis da decisão.

A nulificação de um ato político é medida institucionalmente gravosa e precisa ser adotada com cautela e motivação aprofundadas, com vistas a facilitar o seu acatamento, prevenir embates e prestigiar argumentativamente os Poderes envolvidos.

Nesse ponto, podem ser especialmente úteis as lições advindas das teorias de *democracia deliberativa*, particularmente quanto ao '*princípio da economia das discordâncias morais*', proposto por Amy Gutman e Dennis Thompson.[578] Na definição de José Vicente Santos de Mendonça, seu significado seria o seguinte: "ao oferecer razões para a tomada de decisões, os cidadãos e seus representantes devem tentar encontrar justificações que minimizem as diferenças com seus oponentes. Ao agir assim, promove-se o valor do respeito mútuo. Evitam-se as mútuas alienações".[579]

Outra diretriz processual que deve nortear o controle judicial de atos políticos, inclusive no âmbito do Supremo, é o ***princípio da colegialidade***. O relevo institucional dos atos políticos desaconselha a adoção de decisões monocráticas.

A restrição aos juízos singulares tende a prevenir perseguições e favorecimentos, bem como a minorar a animosidade entre os Poderes, eis que a chance de reversão e de descumprimento são maiores quando a determinação contrarrepresentativa[580] é adotada individualmente.[581]

---

[578] *Cf*. GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. '*Why Deliberative Democracy?*'. Oxford University Press, 2004, p. 03-07. Para uma síntese traduzida da obra indicada, *v*. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Trad. Bruno Maciel. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Vol. 1, pp. 17-78, 2007.

[579] *Cf*. MENDONÇA, José Vicente. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 130. Na mesma página, o autor oferece definição sucinta, a partir da obra de Amy Gutman e Dennis Thompson, do conceito de democracia deliberativa: "uma forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam decisões em um processo no qual eles se oferecem razões mutuamente aceitáveis e acessíveis, com o propósito de chegar a conclusões vinculantes no presente, mas abertas a mudanças no futuro".

[580] A nova terminologia foi proposta para indicar que as decisões judiciais contrárias aos interesses de Poderes constituídos pelo voto popular nem sempre são contrárias ao interesse ou à opinião majoritária do povo. Antes disso, a literatura falava indistintamente em decisões contramajoritárias; o que traduzia a crença contrafactual de que as decisões do Legislativo e do Executivo são sempre coincidentes aos anseios populares. *Cf*. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 5, 2015, p. 41: "Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é contrarrepresentativa, entendendo-se o parlamento como o órgão por excelência de representação popular".

[581] Após a polêmica decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, que determinou o afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado (*vide* comentários acima), a Mesa-Diretora da Casa decidiu

A *litigiosidade em massa* levou os Tribunais Superiores, cuja jurisdição no Brasil é mandatória,[582] a forjar entendimentos jurisprudenciais ou criar, pela via regimental ou mediante articulação congressual, mecanismos processuais para (*i*) restringir o número de recursos apreciados pelas Cortes Superiores; (*ii*) fixar teses gerais que resolvam, em abstrato, controvérsias repetitivas; e (*iii*) ampliar os poderes monocráticos dos Relatores, de modo a poupar os órgãos fracionários e o Plenário de terem de se reunir para julgar casos de pouca relevância jurídica, econômica, social e política.

A porta da atuação monocrática foi mesmo aberta por um cálculo de *engenharia de produção*.[583] Se tudo fosse decidido colegiadamente, os Tribunais simplesmente não teriam condições de lidar adequadamente com o fluxo de processos que lhes são submetidos; o *volume represado* acabaria se transformando em *passivo irrecuperável*, o que feriria de morte a administração célere e eficiente da Justiça.[584]

No âmbito do controle judicial dos atos políticos pelos Tribunais, porém, as decisões singulares devem ser enfática e sistematicamente desencorajadas. O órgão decisório próprio

---

aguardar a decisão do Pleno do Supremo para tomar providências sobre o caso. *Cf.* 'Mesa do Senado decide aguardar decisão do Plenário do STF'. Publicado pela Agência Senado, em 06 dez. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/06/mesa-do-senado-decide-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf>. Mais recentemente, em 07 set. 2021, o Presidente Bolsonaro afirmou, em discurso na Avenida Paulista: "Dizer a vocês, que qualquer decisão do senhor Alexandre de Moraes, esse presidente não mais cumprirá. A paciência do nosso povo já se esgotou, ele tem tempo ainda de pedir o seu boné e ir cuidar da sua vida. Ele, para nós, não existe mais". *Cf.* 'Bolsonaro ataca Alexandre de Moraes e diz que não cumprirá mais decisões do ministro do STF'. Publicado no portal '*G1*', em 07 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/09/07/bolsonaro-ataca-alexandre-de-moraes-e-diz-que-ministro-tem-tempo-para-se-redimir-ou-se-enquadra-ou-pede-para-sair.ghtml>.

[582] No **Capítulo 1**, mencionei que a maior parte dos recursos apresentados à Suprema Corte dos Estados Unidos não é julgada, porque lá o acesso à Corte Suprema não é direito subjetivo das partes em geral. Compete aos *Justices* selecionar uma quota de casos, ínfima diante do montante de petições recebidas, que serão apreciadas pelo Tribunal a cada ano.

[583] A analogia e a explicação proposta são articuladas mediante conceitos básicos e abstratos de Engenharia de Produção: (*i*) demanda, (*ii*) capacidade produtiva e (*iii*) fluxo de produção. A Constituição não permite que o Legislativo ou o Executivo restrinjam as demandas judiciais, na medida em que prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição (*vide* Capítulo 2). A Constituição também não permite que o Poder Judiciário postergue indefinidamente a marcha processual (o fluxo), eis que consagra a '*duração razoável*' como direito fundamental de todos os litigantes (art. 5º, LXIX). Resta, aos magistrados, no mais das vezes, pois, ampliar sua capacidade produtiva. De modo geral, essa necessidade levou à ampliação do número de assessores, analistas, técnicos e estagiários, em todas as instâncias e ramos do Judiciário. No âmbito dos Tribunais, porém, passou-se a ampliar as hipóteses e os poderes monocráticos dos relatores dos processos.

[584] *Cf.* ANDRADE, Mário Celso Neves de. Análise da Demanda. In: MARTINS, Ernane Rosa. *Engenharia de produção*: planejamento e controle da produção em foco. Guarujá: Editora Científica, 2021, p. 23-38: "Para adequar os níveis de produção às necessidades do mercado, é necessário prospectar a demanda e traçar projeções com embasamento matemático e estatístico. Isso garante que a produção seja suficiente para o pleno atendimento da demanda, de modo a não haver, por um lado a falta de produtos, por outro o acúmulo de estoques. Uma análise bem embasada da demanda, em todas as suas nuances, é fundamental para o planejamento da produção e a adequação da capacidade operacional".

para tomar decisões liminares ou definitivas, em cognição sumária ou exauriente, em ações que visem à desconstituição de atos políticos é o Tribunal Pleno (ou o órgão especial); especialmente se o Relator vislumbrar plausibilidade nos pedidos autorais.

Apenas as decisões terminativas, que extingam o feito sem resolução de mérito, nas hipóteses listadas pelo art. 485 do CPC, podem ser adotadas monocraticamente; porquanto (*i*) não alteram o *status quo*; (ii) não propiciam conflitos institucionais; e (iii) podem ser reformadas pelo Colegiado, mediante recurso da parte interessada.

As sentenças terminativas não têm carga decisória positiva, porquanto sequer analisam o mérito dos pedidos formulados pelo autor. Tais decisões apenas extinguem o processo em razão de algum vício, originário ou superveniente, na sua formação; que impeça ou torne inútil o seguimento da marcha processual.[585] Nesta hipótese, eminentemente técnica, materialmente inócua e reformável pelo respectivo colegiado, pode-se admitir a decisão solitária, em nome da eficiência e da celeridade da prestação jurisdicional.

Nas decisões de mérito, liminares ou finais, contudo, parece-me impositivo que Desembargadores e Ministros obedeçam a *cláusula de reserva de plenário*, que, na Constituição de 1988, consta do artigo 97: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

A reserva de plenário foi introduzida na tradição constitucional brasileira pela Carta de 1934, que tentou corrigir as disfuncionalidades entre o sistema *difuso-incidental* de controle de constitucionalidade, adotado no Brasil, logo após a Proclamação da República, sob inspiração estadunidense, e o modelo pátrio de jurisdição, perfilhado à tradição romano-germânica (*Civil Law*), que coloca mais foco no Direito Positivo do que nos precedentes judiciais.

Para conter a insegurança jurídica e a falta de isonomia propiciada pela adoção da jurisdição constitucional difusa sem a *cultura*[586] do *stare decisis*, a Constituição de 1934 criou: (*i*) o mecanismo de suspensão *erga omnes* de Leis declaradas inconstitucionais pelo

---

[585] *Cf.* PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Efeitos e estabilidade das decisões terminativas. *Revista de Processo*, vol. 302, pp. 41-67, 2020.

[586] *Cf.* CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*: Disputing Systems in Cross-Cultural Context. New York University Press, 2007.

Senado[587]; (*ii*) a representação interventiva por violação dos '*princípios constitucionais sensíveis*'[588]; e, como antecipado, (*iii*) a cláusula de reserva de plenário, disposta por seu art. 179, nos seguintes termos: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público".

A redação original da cláusula de plenário, ao menos no que toca ao seu âmbito de incidência, parece mais adequada – do ponto de vista político-institucional – do que a fórmula adotada pela Constituição de 1988.[589] No entanto, não é preciso haver determinação constitucional, expressa e específica, para que os Tribunais judiciários, ao menos por *prudência política*, julguem, liminar ou definitivamente, ações que impugnem atos políticos no âmbito de seus órgãos plenários ou especiais.

O ***princípio da colegialidade*** coloca um *filtro quantitativo indireto* às decisões judiciais contrarrepresentativas. O STF realiza, a cada ano, cerca de 80 sessões plenárias ordinárias, sempre às quartas e quintas-feiras, no turno da tarde.[590] Se o controle dos atos políticos fosse reservado ao colegiado máximo, os Ministros do STF, sob mediação do Presidente do

---

[587] Constituição Federal de 1934, art. 91, IV: "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário". Em reforço dessa competência, o art. 96, da Carta, dispunha: "Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato".

[588] Constituição Federal de 1934, art. 12, § 2º: "Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade".

[589] Existem duas diferenças básicas entre os dispositivos constitucionais aludidos. A primeira delas é de ordem subjetiva. A declaração de inconstitucionalidade, na Carta de 34, só competia aos Plenos; na Carta de 88, cabem também aos respectivos Órgãos Especiais – que precisaram ser criados em razão do volume de processos e do quantitativo de magistrados que integram alguns Tribunais. Essa inovação é coerente e razoável; a norma apenas refletiu uma mudança socioinstitucional concreta. A segunda mudança operada tem que ver com o objeto da cláusula. Na redação original, ela alcançava a declaração de inconstitucionalidade de qualquer "ato do Poder Público". Na atual, abrange apenas "lei ou ato normativo do Poder Público". A meu juízo, seria melhor, de *constitutione ferenda*, incluir referência aos '*atos políticos*', consoante a classificação proposta no Capítulo 3, ou falar em "*atos do Poder Público com fundamento normativo constitucional*".

[590] Cheguei ao número dobrando o número de semanas no ano civil (53 x 2 = 106) e, após, descontando os recessos e feriados – que totalizam 90 dias, em média. A cada ano, portanto, o STF se reúne em cerca de 75% das quartas e quintas-feiras; o que equivale a 79,5 sessões. Por isso, a referência a uma média de 80 sessões ordinárias do Tribunal Pleno por ano. *Cf.* 'Calendário do STF estabelece ao menos 89 dias de folga em 2022'. *Poder360*, 18 dez. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/calendario-do-stf-estabelece-ao-menos-89-dias-de-folga-em-2022/>.

Tribunal, precisariam escolher *alvos prioritários*, evitando a *vulgarização* da intervenção judicial nos espaços constitucionais de independência dos demais Poderes.[591]

As decisões monocráticas geram um volume excessivo de decisões contrarrepresentativas, que saturam e degradam o relacionamento entre os Poderes – tornando-as, ao longo do tempo, inabsorvíveis e intoleráveis politicamente. O *judicial review* dos atos políticos não pode ser *trivial* nem *dominativo*; e os limites materiais à capacidade deliberativa do Pleno ajudam a preservar (*i*) tanto os espaços de independência dos demais Poderes (*ii*) como a aceitação institucional do STF, que se abala com a multiplicação descontrolada de decisões contrárias aos interesses do Presidente ou do Congresso.[592]

O ***princípio da colegialidade*** comporta exceções, pois a Constituição não admite que a omissão ou a mora judicial deem causa ao perecimento irreversível de direito por ela tutelado.[593] A título excepcional e sob ônus argumentativo específico, será forçoso permitir que providências liminares ou cautelares sejam determinadas monocraticamente, mesmo quanto aos atos políticos.

Nesta hipótese, porém, o julgador singular deve, primeiro, justificar a exceção ao *princípio da colegialidade*; demonstrando a necessidade de sua atuação, solitária e imediata, diante da (*i*) gravidade da lesão constitucional identificada e (*ii*) do risco de irreparabilidade do dano.

Como no âmbito do *judicial review* de atos políticos as decisões monocráticas não são próprias, é preciso que, quando forem inevitáveis, o plenário possa revertê-las imediatamente. No âmbito dos Tribunais em geral, o controle do colegiado pode se dar na primeira sessão subsequente do órgão; podendo-se mesmo prever, em sede regimental, a inclusão automática de decisões do gênero como item prioritário da pauta de julgamentos da sessão seguinte.

No âmbito do Supremo Tribunal, a ferramenta do plenário virtual pode ser instrumentalizada, também por via regimental, para a finalidade proposta. Decisões liminares incidentes sobre atos políticos devem ser liberadas, automaticamente, à apreciação pelo Plenário Virtual, sendo a decisão monocrática sustada (*i*) se for colhida, a qualquer tempo,

---

[591] Caso o controle dos atos políticos fosse privativo do Tribunal Pleno, no âmbito do Supremo, o número de decisões judiciais contrarrepresentativas e intrusivas seria necessariamente menor.

[592] *Cf*. RIBEIRO, Pedro José Almeida. *A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, particularmente o Capítulo 3.

[593] *Cf*. BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40: "Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato".

maioria de posicionamentos desfavoráveis a ela ou (*ii*) se, após o escoamento de um prazo razoável,[594] a decisão não tiver recebido a aquiescência da maioria absoluta dos Ministros (*06*).

Em casos vários, notadamente nos atos políticos de nomeação de autoridades, as decisões monocráticas contrarrepresentativas tendem a se tornar definitivas, em função do *tempo* e da *lógica* da Política, antes mesmo de o colegiado se reunir para apreciar a liminar solitária. Na suspensão liminar da posse de um Ministro de Estado, por exemplo, dificilmente a Presidência da República poderá aguardar os lapsos típicos à ultimação dos processos judiciais.

Se a questão não for equacionada em poucos dias, o Presidente se verá forçado a escolher outro nome para o cargo, abandonando a indicação original. Processualmente, isso leva (*i*) à extinção da ação impugnativa, sem julgamento de mérito, por perda de objeto e (*ii*) a petrificação informal da decisão monocrática. Esse dado é de conhecimento da magistratura, especialmente dos Ministros do STF. Ele permite que se opere espécie de *burla definitiva* ao juiz natural da causa,[595] que é o colegiado; não um de seus membros, isoladamente considerado.

O colegiado deve, aliás, guardar postura de vigilância e intolerância contra ardis manipulatórios ou inibitórios da jurisdição que sejam intentados por seus membros. Por vezes, pedidos de vista individuais diferem em anos, ou mesmo décadas, a conclusão de um julgamento plenário; mesmo que já haja maioria formada no sentido da procedência da ação.[596]

---

[594] Não parece adequado propor um prazo fixo, mas diante da gravidade institucional que monocráticas contrárias a atos políticos podem despertar, entendo que o interregno deveria ser expresso em unidade horária. Por essa razão, deixo como ponto de partida para discussões futuras duas sugestões: 48 ou 72 horas.

[595] A burla é mais claramente caracterizada nos casos abrangidos pelo art. 97, da Constituição. Como propus no Capítulo 3, tanto as Leis, aprovadas pelo Congresso, como os atos normativos, editados por quaisquer dos Poderes, constituem espécies de atos políticos. Para os demais, entendo que a competência do Plenário deriva do princípio da colegialidade, que tem base jurídico-política, tal como demonstrado nestas últimas páginas.

[596] *Cf.* LIMA, Felipe Herdem. A problemática dos pedidos de vistas no Supremo. *Revista Consultor Jurídico*, 25 nov. 2020: "Como exemplo desse cenário, merece destaque a ADI 4.650, em que o pedido de vista do ministro Gilmar Mendes suspendeu o julgamento por mais de um ano, quando, no caso, já existia maioria de votos para a sustentação de inconstitucionalidade das doações empresariais para campanhas políticas. Outro exemplo é o Recurso Extraordinário n° 188083, que chegou no STF em 9 de fevereiro de 1995. Em 18 de maio de 2006, o ministro Eros Grau solicitou vista do processo, voltando para o julgamento apenas em 11 de novembro de 2014, sendo julgado em 5 de agosto de 2015. Nesse caso, o pedido de vista gerou uma lentidão de oito anos dentro de um universo de duas décadas de duração".

Os integrantes de Tribunais não são titulares de *poder de veto*; não podem impedir, individual e arbitrariamente, que o Pleno ou os órgãos fracionários profiram as decisões que lhes competem em prazo razoável.[597] Curiosamente, o Regimento Interno do STF contém solução que, se aplicada, evitaria abusos autoevidentes, em que '*pedidos de vista*' são articulados como instrumentos de supressão da deliberação colegiada.

Na redação primitiva do art. 134, previa-se que o Ministro que pedir vista dos autos deveria devolvê-los, "para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente". Na redação atual, fruto da Emenda Regimental nº 54/2020, o prazo foi alterado para "trinta dias, contados da data da publicação da ata de julgamento".

Basta, portanto, que a Presidência, do colegiado respectivo (Pleno ou Turmas), prontifique-se a lhe conferir *enforcement*. A evolução tecnológica facilita o cumprimento do prazo regimental. Ressalvado um punhado insignificante de exceções, as ações em trâmite no STF são processadas mediante autos eletrônicos. Basta que, por ato da Presidência ou mesmo da Secretaria, eles sejam automaticamente devolvidos, por meio do sistema informático próprio, ao colegiado competente, assim que verificado o escoamento do interregno previsto no Regimento.

A manipulação individual da jurisdição deve, igualmente, ser rechaçada pelo colegiado. Ministros do STF não podem bolar estratégias mirabolantes para atrair um caso à sua relatoria ou levar, às Turmas, decisões que devem ser tomadas pelo Pleno. Sempre que expedientes do gênero forem identificados, será preciso prontamente desconstituí-los.

O colegiado parece também ser o antídoto mais eficaz à subserviência de Ministros a grupos partidários ou ao Presidente responsável por sua indicação.[598] Penso mesmo que o *constrangimento público* dos '*Ministros de cabresto*' é tarefa que precisa ser compartilhada entre os seus pares altivos, a imprensa, o parlamento e a sociedade.

Também parece adequado falar em certa ***primazia dos mecanismos políticos de controle***. Como procurei demonstrar no **Capítulo 3**, a Constituição prevê, em relação a grande parte

---

Disponível eletronicamente em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-25/felipe-herdem-problematica-pedidos-vistas-stf>.

[597] *Cf.* FALCÃO, Joaquim. O Supremo, a Incerteza Judicial e a Insegurança Jurídica. *Journal of Democracy*, Ano 5, Vol. 2, 2016, p. 91.

[598] O tema foi analisado na edição 204, do *Foro de Teresina*, *podcast* da *Revista Piauí* conduzido pelos brilhantes jornalistas Fernando de Barros e Silva, José Roberto de Toledo e Thais Bilenky. *Cf.* 'O Desparecimento da Vergonha'. Foro de Teresina, vol. 204. *Revista Piauí*, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/foroteresina/204-o-desaparecimento-da-vergonha/>.

dos atos políticos, competências de fiscalização, aprovação ou sustação a serem exercidas, sobre os primeiros, por outro Poder, notadamente o Legislativo.

Como explicitado no **Tópico 5.1**, o Presidente da República, em geral, edita *atos políticos primários*, que devem ou podem ser politicamente controlados pelo Poder Legislativo. A lógica de primazia proposta é a seguinte: quando a Constituição tenha atribuído a um Poder competências de *controle político*,[599] o *judicial review* do ato político primário deve ser excepcional e subsidiário.

O princípio da ***primazia dos mecanismos políticos de controle*** comporta duas incidências principais. A primeira é de ordem cronológica. O Poder Judiciário, especialmente quando as manifestações congressuais são necessárias ao aperfeiçoamento do ato político deflagrado pelo Poder Executivo, deve aguardar o exame do Parlamento para decidir ações impugnativas movidas contra o ato respectivo. Tem-se aqui uma deferência temporal, similar àquela que impede o controle de constitucionalidade preventivo, pelo Judiciário, quanto ao mérito de projetos de lei em formação.[600]

A segunda incidência vai no sentido de reforçar a *presunção de legitimidade*, especialmente quanto ao mérito, de atos políticos para os quais os Poderes Executivo e Legislativo tenham concorrido. Não se trata de impedir o *judicial review*; mas de fazê-lo considerar a *dupla manifestação volitiva* de Poderes que também são intérpretes, legítimos e autônomos, da Constituição Federal de 1988.

Conquanto não sejam *standards* específicos ao controle judicial dos atos políticos, mas sim diretrizes gerais da atividade jurisdicional do Estado-Juiz, penso ser relevante referir, neste Tópico, aos princípios da ***inércia*** e da ***congruência***.

No âmbito de sua atividade típica, o Juiz – a quem a Constituição confia a função de *dizer o Direito* – só age mediante provocação. Se ao Poder Judiciário fosse dado exercer a jurisdição espontaneamente, a judicatura convolar-se-ia em autêntico *Leviatã*. Não. O Estado-Juiz não pode deflagrar processos *sponte propria* nem os julgar com base em *critérios livres*.

---

[599] Reitero a crítica à terminologia empregada pela literatura para diferenciar os mecanismos de controle adotados pelo Executivo e Legislativo. Empreguei-a em nome da concisão didática e da consagração doutrinária, mas compreendo que todos os mecanismos de controle de constitucionalidade, repartidos entre os Poderes, ostentam natureza dual, político-jurídica, ainda que com variações de grau nos elementos da politicidade e da juridicidade. *Vide* início deste Tópico.

[600] *Cf*. FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 142, 1999, p. 291-293.

O poder do juiz depende de *prévio requerimento* de sujeito processual legítimo; e os critérios adjudicativos derivam, em primeiro e último lugar, da *normatividade constitucional*.[601]

O ***princípio da inércia*** comporta exceções. A título ordinário, são ressalvadas da exigência inercial as atividades administrativas incumbidas ao Poder Judiciário.[602] Os atos e contratos administrativos adotados por magistrados, no exercício de funções atípicas ínsitas à administração judiciária, constituem a ilustração mais clássica e lata. No entanto, alguns ramos e especializações judiciárias se particularizam pelo exercício, de ofício, de funções administrativas afetas à sua *matéria jurisdicional*. É o caso da Justiça Eleitoral, no que toca à organização, à gestão e à fiscalização do processo eleitoral,[603] e as Varas da Infância e Juventude, na prevenção e na fiscalização de transgressões às normas protetivas do ECA.[604]

A título extraordinário, a diretriz da inércia pode ser flexibilizada, pelo Supremo Tribunal Federal, em circunstâncias de *ameaça institucional ao Poder Judiciário* – ou, em qualquer outro aspecto, ao regime democrático – cumuladas com *objetiva omissão da Procuradoria-Geral da República*, a qual compete propor, privativamente, diversas demandas de *tutela constitucional*.

***- Abro um parêntesis*.**

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público era institucionalmente agrilhoado ao Chefe do Poder Executivo. No âmbito da União, tocava ao Presidente a *prerrogativa de nomear e de exonerar livremente* – ao menos, no entender prevalecente de então – o Procurador-Geral da República.[605]

Esse dado, de engenharia institucional, implicava a subordinação material do Chefe do Ministério Público Federal ao Presidente da República. Dito às claras, o PGR funcionava

---

[601] Como venho defendendo, a norma não predetermina exaustivamente os critérios para o julgamento de demandas subjetivas ou objetivas. Daí as necessidades de o Juiz interpretar, de preencher as lacunas e de corrigir as incongruências do ordenamento jurídico mediante leituras mais sofisticadas e abrangentes do Direito. Nesse processo, evidentemente, o magistrado cria Direito novo; mas os limites de sua atividade criativa devem ser, em último grau, os limites semânticos da normatividade constitucional, isto é, das regras e princípios dispostos na Constituição.

[602] A rigor, portanto, essa ressalva ordinária não constituí exceção à regra da inércia; que só recai sobre as prestações de caráter jurisdicional.

[603] *Cf.* STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. Jurisdição e administração: duas funções da justiça eleitoral. *Revista Jurídica da UniFil*, vol. 3, p. 117-124, 2006.

[604] *Cf.* BRANCHER, Naiara. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo papel do Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia (coordenadora). *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[605] *Cf.* MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 49-62.

como verdadeiro *capacho* do Presidente; mesmo porque, ao menor sinal de independência ou altivez, aquele poderia ser sumariamente destituído do cargo por este.[606]

A Constituição de 1988 pretendeu emancipar o Ministério Público; rompendo os grilhões que sujeitavam sua chefia ao Poder Executivo. O projeto constitucional de *libertação institucional* do Ministério Público tem gerado resultados significativos, mas também distorções graves; que precisam ser corrigidas. De um lado, os órgãos ministeriais têm falhado em erigir e seguir padrões mínimos de responsabilidade institucional – que, como indiquei, constituem pressuposto básico para o exercício de qualquer Poder Público.

Em todos os níveis e ramos da carreira, encontram-se Promotores e Procuradores acometidos pelo *complexo de Rambo*:[607] Muitos membros do *parquet* são punitivistas, movidos por ambições pretensamente heroicas, que se creem *a chibata moral da nação*, mas são capazes de perpetrar injustiças e de torcer a legalidade-constitucional, para promover seus *duvidosos justiçamento*s.

Isso para não falar da *hipocrisia na cruzada ministerial em nome da moralidade*; que convive com o *corporativismo aberrante* no racismo estrutural;[608-609] em conluios processuais

---

[606] Mesmo por isso, foi possível introduzir, em plena ditadura militar (*ex vi* EC nº 16/1965), o nosso primeiro mecanismo, de escopo amplo, de controle de constitucionalidade abstrato. Como explicam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira: "Pode parecer paradoxal que um governo de exceção tenha querido instituir novo mecanismo de controle de constitucionalidade, que, afinal, representa instrumento de fiscalização do respeito aos limites do exercício do poder político. Mas não havia paradoxo algum. É que 'o diabo morava nos detalhes': a representação de inconstitucionalidade só podia ser promovida pelo Procurador-Geral da República, que, à época, era funcionário de confiança, escolhido e exonerado livremente pelo Presidente. Assim, não havia qualquer risco de que as suas ações viessem a contrariar os interesses do regime. Por outro lado, como as decisões na representação de inconstitucionalidade possuíam eficácia erga omnes, tal ação, na prática, diminuía os poderes dos juízes e tribunais ordinários na jurisdição constitucional, transferindo-os para o STF, que, pela sua composição política, era tido como mais confiável pelo governo. Além disso, pela representação era possível o controle dos atos normativos dos Estados, que podiam eventualmente ser governados pela oposição". *Cf.* SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 141, Nota de Rodapé nº 142.

[607] A figura, por evidente, alude ao personagem 'John Rambo', do romance '*First Blood*', de David Morrell, que se popularizou graças aos filmes protagonizados por Sylvester Stallone (1982-2019).

[608] Em 13 de mai. 2022, o CNMP celebrou termo de cooperação com o IPEA, para o mapeamento da composição étnico-racial do Ministério Público brasileiro. Até 27 jun. 2022, porém, o resultado da pesquisa não havia sido divulgado. Estudo do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), publicado em dezembro de 2016, apontara que, dos membros do *parquet*, *apenas 30% são mulheres e somente 2% são negros*! Ainda que as desproporções tenham sido atenuadas pelos últimos concursos, parece haver uma longa estrada para que esses índices reflitam a composição racial e de gênero da sociedade brasileira. A primeira informação consta do site do CNMP, no seguinte endereço eletrônico: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/15302-cnmp-e-ipea-celebram-termo-para-mapear-o-perfil-etnico-racial-do-ministerio-publico-brasileiro>. Os dados da pesquisa do CESeC constam do seguinte endereço eletrônico: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2017/01/MP-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-3-marrom.pdf>; *vide* página 05.

com magistrados; nas inclinações e pretensões partidárias impróprias; na busca por vantagens financeiras inadequadas; e nas fraudes funcionais que permitem a acumulação de salários, o gozo de licença-moradia por quem tem casa(s) própria(s) e a extrapolação do teto constitucional.

O Ministério Público não tem sido só isso. Há uma outra banda, *nobre e valorosa*, na instituição, mais conectada à promoção dos anseios e promessas constitucionais. O Ministério Público tem sido, assim, *também* um agente de promoção – ainda que seletiva e insuficiente – dos (*i*) Direitos Fundamentais; (*ii*) da tutela do meio-ambiente e (*iii*) da defesa do erário.

No andar de baixo, Promotores de Justiça e Procuradores da República tem repetido excessos e professado grande incompreensão de seu *papel institucional*. Fundados numa *interpretação messiânica* do cargo que ocupam, com *ares de despotismo esclarecido*, Promotores e Procuradores, que oficiam perante a *Justiça de Piso*, confundem independência com ascendência institucional – constrangendo, perseguindo e humilhando a classe política; mediante incabíveis requisições extrajudiciais ou por meio de persecuções processuais imoderadas, midiáticas e contrárias ao Direito.

Na cúspide do *parquet*, o problema, de tempos em tempos, tem sido o oposto. Visando a garantir sua recondução ao cargo ou sua nomeação a um posto vitalício na cúpula do Judiciário, Procuradores-Gerais tem se demitido de exercer, com níveis mínimos de independência e diligência, suas responsabilidades institucionais mais sensíveis e vitais para a tutela da Constituição e da democracia; especialmente as que tenham por alvo o Chefe do Executivo.[610]

---

[609] O tema tem sido, recentemente, explorado pela literatura jurídica. Veja-se, por exemplo, o trabalho de MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. Ministério Público e Domínio Racial: poucas ilhas negras em um arquipélago não-negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 10, pp. 266-294, 2020. Ver, ainda, o artigo de RADOMYSLER, Clio Nudel. 'Somos Racistas?': enfrentando o racismo institucional no Ministério Público de São Paulo. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 6, pp. 81-110, 2019.

[610] Em nível federal, os casos mais graves, desde a redemocratização, são o do Procurador Geraldo Brindeiro, que se manteve omisso no cargo de 1995 a 2003, e o do atual Procurador-Geral da República, Augusto Aras, que se quedou inerte em face de crimes explícitos do Presidente Bolsonaro. Mas o problema também se repete no âmbito estadual, onde a fiscalização da imprensa e da sociedade é menor. No Rio de Janeiro, segundo depoimentos prestados pelo ex-Governador Sérgio Cabral, o enlace criminoso entre Executivo e Ministério Público teria ido ainda mais longe. *Cf.* GOMES, Marcelo; QUEIROZ, Mariana. 'Em novo depoimento, Cabral confirma pagamento de propina ao ex-chefe do MP do RJ e relata que negociou cargos para se livrar de punições'. *G1*, 02 mai. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/05/02/em-novo-depoimento-cabral-relata-troca-de-favores-com-ex-procurador-geral-do-rj-e-cita-outros-nomes-do-mp-e-do-judiciario.ghtml>.

O primeiro mal vem sendo corrigido pela sociedade, [611] pela imprensa, pelo Congresso e pelo próprio Judiciário, desde a inflexão sofrida pela Operação Lava Jato[612] – que levou à tardia declaração de suspeição e incompetência do ex-Juiz Sérgio Moro (*e.g.*, HC 193.726) e vem promovendo perceptível reorientação institucional do Ministério Público. Aqui o retorno do pêndulo também parece excessivo,[613] mesmo em função da segunda patologia.

Por outro lado, a previsão constitucional de mandatos por prazo certo, com exigência de aprovação prévia dos Senadores quanto à escolha e à exoneração antecipada do PGR, não tem sido suficiente para resguardar atuações altivas e independentes do Procurador-Geral da República, sobretudo quanto ao Presidente e a seus aliados mais próximos.

Em minha percepção, o problema foi nevrálgico para o agravamento da crise democrática brasileira e é vital para a sua superação definitiva. Por isso, declino a seguir sugestões para a sua contenção, de *constitutione ferenda* e de aplicabilidade imediata, a partir da normatividade constitucional vigente.

Sugiro a apresentação, como Propostas de Emenda à Constituição, dos seguintes conceitos: (*i*) vedação total de recondução ao cargo de PGR; (*ii*) vedação de que o PGR seja indicado para cargos vitalícios em Tribunais Superiores pelo Presidente que o tiver conduzido à chefia do MPF, bem como pelo seu sucessor imediato;[614] (*iii*) previsão do exercício subsidiário, por órgãos ministeriais revisores ou por *minorias parlamentares qualificadas*,[615] das competências privativas do PGR em relação (*a*) ao Presidente e ao Vice-Presidente da República; (*b*) aos Ministros de Estado; (*c*) a parlamentar federal; (*c*) a Ministros dos Tribunais Superiores e do TCU; e (*d*) ao Procurador-Geral e aos Subprocuradores-Gerais da República.

---

[611] *Cf.* 'Precisamos racionalizar o combate à corrupção'. *Instituto para Reforma das Relações entre Estado e Empresa*, 30 out. 2018. Entrevista concedida por Walfrido Warde (Presidente do IREE). Disponível em: <https://iree.org.br/precisamos-racionalizar-combate-a-corrupcao-e-nao-renovar-a-politica/>. *Cf.* WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

[612] *Cf.* BETIM, Felipe. 'Lava Jato sai de cena sob um Brasil em silêncio'. *El País*, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-04/lava-jato-sai-de-cena-sob-um-brasil-em-silencio.html>.

[613] *Cf.* LANÇA, Daniel. 'Retrocessos evidentes no combate à corrupção'. Revista Veja, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/matheus-leitao/retrocessos-evidentes-no-combate-a-corrupcao/>.

[614] No plano estadual, estende-se, por analogia, a vedação quanto à recondução de Procuradores-Gerais de Justiça e à indicação do PGJ, pelo Governador do Estado, a vagas no respectivo Tribunal de Justiça.

[615] No âmbito do parlamento, o espectro de quóruns de iniciativa dispostos constitucionalmente varia de *um décimo* a *um terço* dos membros da respectiva Casa Legislativa. Para o exercício subsidiário de competências privativas do PGR por congressistas, sugiro o quórum de *um quinto*.

A possibilidade de recondução ilimitadas mina a independência da Procuradoria-Geral da República. Ressalvados casos raros de dignidade pessoal inabalável ou de desapego ao Poder, os Procuradores-Gerais tendem a '*evitar desgastes*' com o Presidente da República para se *perpetuarem* no cargo. O *viés da bajulação* é fator impeditivo do controle; de modo que a Constituição não pode premiar nem incentivar o *servilismo letárgico* de Procuradores-Gerais da República.

Além de incentivar a independência, a restrição proposta milita em favor do corolário republicano da alternância de Poder, que deve ter aplicação ainda mais intensa no âmbito da chefia do Ministério Público, órgão titular de competências privativas de deflagração do *controle judicial*, do que no âmbito da Presidência das Casas Legislativas ou da Chefia do Poder Executivo que, conquanto eleitas (direta ou indiretamente), só admitem uma reeleição sucessiva.

A regra cogitada parece capaz de fortalecer institucionalmente o Ministério Público, na medida em que desestimula enlaces impróprios entre a Procuradoria-Geral da República, a Presidência e o Congresso Nacional; militando a favor de relações impessoais e institucionais entre o *Parquet* e os Poderes, próprias à dinâmica do controle independente.

A *domesticação* da Procuradoria-Geral da República tem sido conquistada, também, mediante ultrajantes promessas de nomeação a Tribunais Superiores. Também aqui o que se pretende é subtrair as vantagens possíveis, dentro da configuração institucional dos Poderes, que poderiam ser barganhadas, pelo Presidente ou mesmo pelo Congresso, para minar ou neutralizar a independência da PGR.

A última e mais abrangente saída para o *vírus da improvidência* que, renitentemente, acomete a PGR é a solução que o Constituinte de 1988 encontrou para capacidade postulatória nas ações de controle concentrado de constitucionalidade: a ampliação do rol de sujeitos processuais com legitimidade ativa.

Na proposta esboçada, sugiro que a mora ou a complacência da PGR seja suprida por iniciativa de órgãos ministeriais revisores ou mesmo por minorias parlamentares qualificadas; o que não só destravaria o controle judicial da cúpula governamental, especialmente em sede penal, bem como propiciaria a externalidade positiva de oxigenar e fortalecer o papel institucional das bancadas de oposição no Poder Legislativo.[616]

[616] Especialmente no caso do Presidente da República, em que o processamento criminal depende de prévia autorização qualificada da Câmara (*vide* **Capítulo 9**), a concessão de legitimidade subsidiária a consórcios

As soluções que pressupõem a aprovação de Emendas à Constituição demandam esforço e tempo. O Brasil, contudo, tem pressa. Por isso, apresento duas propostas de como suprir a servilidade da PGR à Presidência que não exigem a reforma textual da Constituição Federal; mas sua simples *aplicação perspicaz*.

O Código Penal tipifica a conduta do agente público que retarda ou deixa de adotar ato de ofício, ou o pratica contra disposição normativa expressa, para satisfazer sentimento ou interesse pessoal. Essa é a descrição do delito de *prevaricação*: crime contra a Administração Pública capitulado no art. 319, do Código Penal.

Embora os membros do Ministério Público gozem de independência funcional; sua atuação é informada pelo *princípio da obrigatoriedade*. A omissão deliberada na persecução criminal traduz, em si mesmo, novo crime: a *prevaricação*. Procurador-Geral da República que prevarica, omissiva ou comissivamente, infringe norma penal. Mas a quem cabe denunciar o PGR por crime comum?

Nos termos do art. 51, da Lei Complementar nº 75/1993, "a ação penal pública contra o Procurador-Geral da República, quando no exercício do cargo, caberá ao Subprocurador-Geral da República que for designado pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal".

O preceito deve ser lido conjugadamente aos incisos do art. 57, da LC nº 75, que elencam as competências do Conselho Superior do MPF; especialmente os seguintes:

> X - designar o Subprocurador-Geral da República para conhecer de inquérito, peças de informação ou representação sobre crime comum atribuível ao Procurador-Geral da República e, sendo o caso, promover a ação penal; (...) XII - opinar sobre o afastamento temporário de membro do Ministério Público Federal; XIII - autorizar a designação, em caráter excepcional, de membros do Ministério Público Federal, para exercício de atribuições processuais perante juízos, tribunais ou ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria; XIV - determinar a realização de correições e sindicâncias e apreciar os relatórios correspondentes; XV - determinar a instauração de processos administrativos em que o acusado seja membro do Ministério Público Federal, apreciar seus relatórios e propor as medidas cabíveis; XVI - determinar o afastamento preventivo do exercício de suas funções, do membro do Ministério Público Federal, indiciado ou acusado em processo disciplinar, e o seu retorno.

No parágrafo primeiro, do mesmo artigo, prevê-se ainda que "o Procurador-Geral e qualquer membro do Conselho Superior estão impedidos de participar das decisões deste nos casos previstos nas leis processuais para o impedimento e a suspeição de membro do Ministério Público".

---

parlamentares não parece imprópria; eis que, além do componente político deflagrador a cargo do Legislativo (já existente na atual sistemática), o julgamento da ação penal toca ao STF, com base em critérios técnico-jurídicos.

O Conselho Superior do MPF, em deliberações das quais o PGR não participa, é o órgão legalmente competente para, em primeiro lugar, designar Subprocurador-Geral para conhecer de inquérito, peças de informação ou representação sobre crime comum atribuível ao PGR, promovendo a ação penal, se forem reunidos indícios bastantes de autoria e materialidade.[617]

Em segundo lugar, também toca ao Conselho (*i*) determinar o afastamento preventivo de membros do MPF e (*ii*) autorizar a designação, em caráter excepcional, de membros do MPF para oficiarem 'perante juízos, tribunais ou ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria'.

Ora, mediante representação ao Conselho Superior do MPF, o PGR pode ser não só, investigado e denunciado pelo crime de prevaricação, como ser afastado preventivamente de suas atribuições, ao menos daquelas em relação às quais tenha prevaricado. Na própria representação, fundada em omissão do PGR para favorecer o Presidente, pode-se requerer a designação extraordinária de Subprocurador-Geral da República para exercer, perante o STF, as atribuições que tenham sido negligenciadas pelo PGR.

Embora a PEC proposta pareça antídoto mais eficaz à *letargia servil* da Procuradoria-Geral da República, o ordenamento jurídico brasileiro já conta com terapêuticas para combatê-la; além de medidas que podem incrementar as chances de êxito do tratamento disponível.

Sob a ótica da política, eis a profilaxia: a reverência à representação em desfavor do PGR é, de algum modo, diretamente proporcional à representatividade de seus signatários. Sob a ótica do Direito, a terapia complementar pode ser fornecida pelo STF; eis que o Supremo é competente para determinar, via Mandado de Segurança impetrado pelo representante ou por membro do Conselho Superior do MPF, a apreciação tempestiva da *notitia criminis* contra o PGR e das providências cautelares nela requeridas; bem como garantir que o PGR e eventuais amigos próximos não participem das deliberações a esse respeito.

***- Fecho o parêntesis*.**

O ***princípio da congruência*** – também referido como *princípio da adstrição* ou, ainda, *da correlação* – reclama que os limites da atividade cognitivo-adjudicativa do Poder Judiciário

---

[617] *Cf*. 'Subprocuradores aposentados pedem que CSMPF abra ação contra Aras por omissão'. *ConJur*, 14 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-14/subprocuradores-aposentados-acusam-aras-omissao-csmpf>.

sejam definidos a partir das alegações e dos requerimentos formulados pelos sujeitos processuais.[618]

Ao apreciar o mérito de um processo, o magistrado não pode conceder providências diversas das formalmente pleiteadas, nem em quantidade superior à pedida, nem em qualidade distinta da especificada. Tampouco pode o juiz, em razão do princípio da congruência, deixar de se pronunciar sobre *todos* os pedidos formulados pelas partes.

Esta última dimensão – quanto ao dever do pronunciamento judicial exaustivo; ou à vedação de sentenças *infra petita* – parece bem assimilada pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, a face da adstrição que coíbe o excesso na prestação judicial – ao vedar sentenças *extra* e *ultra petita* – tem propiciado controvérsias e embates, na Academia e na vida forense.

No âmbito do controle objetivo de constitucionalidade, por via de ação direta, algumas exceções ao princípio da adstrição derivam mesmo da Lei, como é o caso da modulação de efeitos – que pode ser decretada pelo STF, mesmo à míngua de pedido autoral.[619]

Ainda que a jurisdição constitucional abstrata implique processos sem partes, que marcham conforme o interesse – *geral e indisponível* – da coletividade na tutela da supremacia normativa da Constituição, o poder adjudicativo do STF deve ser lastreado e limitado pelos pedidos formulados pelo proponente da ação direta.

O *princípio da adstrição* fixa uma relação de *correspondência mandatória* entre o que foi pedido, pelas Partes, e o que será decidido, pelo Juiz. Dele, portanto, não decorrem limites pré-definidos, de modo que *se* os proponentes deduzem, perante o Supremo, requerimentos abrangentes e inovadores, sob o prisma da técnica jurídico-processual, o STF restará autorizado, nos termos dos pedidos, a proferir decisões de mérito *igualmente abrangentes e inovadoras*; caso os julgue procedentes.[620]

---

[618] *Cf*. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, vol. 83, p. 207-215, 1996.

[619] *Cf*. Lei nº 9.868/1999, art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

[620] O ponto é especialmente relevante para os chamados '*litígios estruturais*', que, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, costumam estar associados à figura do '*Estado de Coisas Inconstitucional*', que já foi reconhecido pelo STF quanto ao sistema prisional (*vide* ADPF 347). Sobre o tema, importado da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia, *v*. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. Sobre as recentes inovações quanto às técnicas decisórias do STF no exercício da jurisdição constitucional, *v*. MELO, Teresa. *Novas Técnicas de Decisão do STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2022

O último problema do controle judicial dos atos políticos, que examinarei neste Tópico, tem que ver com a *repartição das competências judiciárias*. Em diversos episódios recentes,[621] magistrados de primeiro grau, desembargadores e Ministros proferiram decisões conflitantes acerca de um mesmo ato político; o que gera custos, insegurança e morosidade processual.

De *constitutione ferenda*, parece mais adequado um modelo no qual o STF seja exclusiva e originariamente competente para o exame da constitucionalidade dos atos políticos praticados pelo Presidente da República, pelo Congresso Nacional e pelos Tribunais Superiores.

Acredito, contudo, que episódios recentes demonstram a necessidade de uma solução paliativa para a multiplicidade de decisões contraditórias em relação a um mesmo ato político. Em muitos casos, grupos de interesse abusam do direito de ação e, embora tenham uma finalidade em comum (*às vezes, um mesmo advogado*), movem ações diversas em comarcas distintas, buscando ampliar suas chances de êxito. Como a decisão buscada tem natureza desconstitutiva, basta que um magistrado defira o pedido autoral.

A solução paliativa que se propõe está a cargo dos próprios magistrados, que deveriam adotar postura mais cautelosa, sobretudo em sede de cognição sumária, na verificação da litispendência e da prevenção de outros juízos, uma vez que tanto a Lei de Ação Civil Pública[622] como a Lei de Ação Popular[623] dispensam a identidade de partes para tanto.

---

[621] Exemplo eloquente desse problema, que examinarei no **Capítulo 6**, é o caso da nomeação, da Dep. Cristiane Brasil, para o Ministério do Trabalho, do Governo Temer. A Deputada foi impedida de tomar posse como Ministra de Estado por uma decisão liminar, adotada por um Juiz Federal Substituto de Niterói; após outros pedidos liminares, em ações idênticas, intentadas pelo mesmo grupo de advogados trabalhistas, terem sido indeferidos. A guerra de liminares envolveu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. A liminar da Ministra Cármen Lúcia, à época Presidente do STF, acabou prevalecendo antes de o Pleno se reunir para apreciar o recurso apresentado pela AGU. Diante da controvérsia e do tempo consumido por ela, o Presidente da República desistiu da nomeação e a Ação Popular perdeu o objeto antes do julgamento definitivo do mérito.

[622] Lei nº 7.347/1985, art. 2º: As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

[623] Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 3º: A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

Mesmo no caso de outras vias processuais, com base no reconhecimento do *abuso de direito de ação*[624]-[625] ou mesmo no simplório instituto da conexão (CPC, art. 55), é possível garantir a prevenção da primeira autoridade judicante acionada. É importante fazê-lo.

5.3. Graus de controle judicial

Também é possível falar em diferentes *intensidades* para o *judicial review* dos atos políticos, conforme o tipo de vício identificado. A partir das classificações cunhadas no **Capítulo 4**, proponho uma escala com três gradientes: *forte*, *moderado* e *fraco*.

A tríade sugerida pode ser traduzida em distintas posturas judiciárias. O *controle forte* inspira *rigor circunspecto* na identificação do vício e na fulminação do ato político viciado. O *controle moderado* inspira *escrutínios parcimoniosos* e exige fundamentações dilatadas e cuidadosas. Nos casos sujeitos ao *controle fraco*, a suspensão ou a invalidação do ato político

---

[624] O abuso do direito de ação não acontece apenas em demandas contra o Estado. O caso do escritor JP Cuenca é narrado por TEMER, Sofia. 'J. P. Cuenca, o tuíte satírico e as ações coordenadas: como o direito processual pode ajudar na compreensão e tratamento do fenômeno?'. Publicado no portal *JOTA*, em 14 jan. 2021: "A *Revista Piauí* de janeiro veiculou, com bastante estilo, a saga do escritor J.P. Cuenca, que, em razão de um tuíte, virou réu em mais de 143 processos judiciais nos muitos cantos do país, somando mais de R$ 2,5 milhões em indenizações pretendidas. O relato da *Piauí* não foi inédito: a peculiar situação do jornalista fora noticiada também na *Folha de S. Paulo*, no *El País*, no *PEN America* e até no *New York Times*. O malsinado tuíte dizia: 'O brasileiro só será livre quando o último Bolsonaro for enforcado nas tripas do último pastor da Igreja Universal', uma releitura satírica da frase de Jean Meslier, no século 18, e recriada ao longo dos tempos ('O homem só será livre quando o último rei for enforcado nas tripas do último padre'). Em razão da publicação – posteriormente deletada –, diversos pastores da Igreja Universal do Reino de Deus ajuizaram as centenas de ações 'individuais', muitas em juizados especiais, buscando a reparação dos alegados danos morais".

[625] Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça aponta o entendimento de que o abuso do direito de ação deve ser reconhecido pelo Judiciário mesmo à míngua de prévia tipificação legal da conduta. *Cf.* STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.817.845/MS, Relatora do Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ*e* de 17/10/2019: "ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E DE DEFESA. RECONHECIMENTO COMO ATO ILÍCITO. POSSIBILIDADE. PRÉVIA TIPIFICAÇÃO LEGAL DAS CONDUTAS. DESNECESSIDADE. AJUIZAMENTO SUCESSIVO E REPETITIVO DE AÇÕES TEMERÁRIAS, DESPROVIDAS DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E INTENTADAS COM PROPÓSITO DOLOSO. MÁ UTILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE AÇÃO E DEFESA. (...) 4- Embora não seja da tradição do direito processual civil brasileiro, é admissível o reconhecimento da existência do ato ilícito de abuso processual, tais como o abuso do direito fundamental de ação ou de defesa, não apenas em hipóteses previamente tipificadas na legislação, mas também quando configurada a má utilização dos direitos fundamentais processuais. 5- O ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde. Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo ao nobre albergue do direito fundamental de acesso à justiça".

deve ser excepcional, apenas para casos gritantes; demandando fundamentações especialmente minudentes e zelosas.

O *judicial review* deve ser forte quando o vício identificado se ligar a *requisitos de validade específicos, formais ou materiais, de alta densidade semântica*.[626] O controle forte tem lugar, portanto, quando o ato político impugnado viola limitações articuladas mediante *regras constitucionais claras e retas*.

A violação de regras de competência ou dos prazos decadenciais para o exercício de determinados atos políticos constituem hipóteses de controle forte de vícios formais. A indicação de Ministro do Supremo sem a observância dos limites etários ou da exigência de nacionalidade brasileira, a seu turno, constituem hipóteses de controle forte de vícios materiais.

No controle forte, o ônus argumentativo – ao qual referi neste **Tópico** – encontra o seu menor grau de reforço; pois há fundamento normativo – *de significado cristalino* – na Constituição para infirmá-lo, com firmeza serena.

O controle judicial deve ser moderado quando o objeto da violação forem requisitos constitucionais específicos articulados mediante *conceitos jurídicos indeterminados* ou, de modo mais abrangente, por intermédio de *textos normativos que, conquanto específicos, sejam semanticamente vagos*. É o caso, por exemplo, das regras constitucionais que exigem, dos indicados ao STF, reputação ilibada e notório saber jurídico (*vide* **Tópico 4.3** e **Capítulo 6**).

No controle moderado, apenas as escolhas que restarem na *zona de certeza negativa*, da fórmula normativa indeterminada incidente, devem ser anuladas pelo Judiciário; preservando-se os atos políticos cuja transgressão ao comando constitucional maleável não seja inequívoca.

O controle deve ser fraco nas hipóteses em que o vício impugnado derivar de normas constitucionais principiológicas; ou seja, quando a transgressão recair sobre *limites formais ou materiais gerais dos atos políticos*.

Neste rol, incluem-se todos os princípios, de caráter normativo, expressos ou inferidos da Constituição Federal de 1988, inclusive os casos de violação à proporcionalidade[627] e de

---

[626] *Vide* **Capítulo 4**, sobretudo os **Tópicos 4.2** e **4.3**.

[627] O princípio da proporcionalidade, fruto da jurisprudência e doutrina alemãs, é extraído do princípio do *Rechtsstaat*; do Estado de Direito. Ele costuma ser desdobrado em três componentes: (i) adequação; (ii)

desvio de finalidade ou de probidade (*vide* **Tópico 4.4**). Quando a invalidação do ato político for requerida com base em *princípios constitucionais semanticamente fluídos*, ela só deve ser levada a cabo se o vício identificado for grave e patente.

Vale reiterar, contudo, que *o núcleo dos princípios é revestido por regras proscritivas ou impositivas*. Do valor '*dignidade da pessoa humana*', normatizado pela Constituição, é possível desdobrar a regra de vedação à *tortura*. Dos valores da '*moralidade'* e da '*impessoalidade administrativa*', também consagrados constitucionalmente, é possível extrair a regra da vedação ao *nepotismo*. Dos direitos fundamentais à saúde e à vida, também articulados pela Constituição em *bases principiológicas*, pode-se colher o dever estatal de prestar medicamentos necessários à preservação de vidas humanas.

Quando o vício constado incidir diretamente sobre elementos nucleares dos princípios constitucionais, especialmente se já houver amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial quanto a essa configuração, o controle, *a priori* fraco, enrijece-se. Mesmo assim, diferentemente da primeira modalidade sugerida, o ônus argumentativo aqui não se contrai.

O *judicial review* com base em princípios deve observar rigores metodológicos adequados à prevenção do *decisionismo judicial*. Como adverte Carlos Ari Sundfeld, no seu já citado *Direito Administrativo para Céticos*, o recurso aos princípios não pode ser feito por *preguiça* nem deve ser *leviano*. Os princípios não são *senhas mágicas*; não são *etiquetas sobrenaturais* que aderem e justificam qualquer decisão.

A invalidação de um ato político com base em princípio constitucional parece demandar: (*i*) a identificação da base normativa de estatura constitucional; (*ii*) a descrição da incidência do princípio sobre o ato impugnado; (*iii*) a valoração da ofensa, tendo em conta os parâmetros da jurisprudência para casos análogos; e (*iv*) a ponderação entre o princípio constitucional

---

necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. A constitucionalidade de qualquer ato estatal, que implique restrição a direitos, deveria passar nesses três testes sucessivos. É dizer: a restrição a direitos fundamentais só é constitucionalmente admissível se a medida adotada (A) mostrar aptidão para promover a finalidade pública pretendida (*plano da adequação*); (B) encerrar a menor restrição de direitos entre todas as medidas igualmente aptas à consecução efetiva da finalidade pública pretendida (*plano da necessidade*); (C) gerar, sob o prisma dos direitos fundamentais e dos interesses públicos, um saldo positivo; isto é, bônus superiores aos ônus (*plano da proporcionalidade stricto sensu*). A jurisprudência estadunidense, a seu turno, desenvolveu, a partir da cláusula do devido processo legal substantivo, a ideia de *razoabilidade* – como requisito de validade, dos atos públicos, sujeito ao *judicial review*. No Brasil, proporcionalidade e razoabilidade são, em geral, tratadas como sinonímicas. *Cf.* SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Veja-se, também, a notável e original contribuição de Humberto Ávila para o debate, do que ele refere como '*postulados específicos*' da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 189-218.

violado e o princípio da *independência harmônica* entre os Poderes. É preciso, em síntese, que a gravidade da ofensa à Constituição justifique a intervenção do Judiciário sobre os espaços constitucionais de autonomia dos demais Poderes; que deve ser excepcional.

Preconizo, por fim, uma modalidade excepcional de *controle forte*, mas *ônus argumentativo ultrarreforçado*, que deve ter lugar diante de atos políticos com potencial de *supressão ou degradação democrática*. Essa proposta se conecta ao *dever ético de resistência argumentativa*, que propus ao exercício da jurisdição constitucional, no **Tópico 2.2**, em face de cenários de erosão ou ruptura institucional.

Eis os parâmetros e os graus que proponho ao ***controle judicial dos atos políticos***. Nos capítulos seguintes, que constituem a **Parte III** desta Tese, procurarei ilustrar a aplicação de tais parâmetros e graus, aqui só enunciados em abstrato, à luz do controle judicial das nomeações políticas, da intervenção federal, dos decretos de indulto e do *impeachment* presidencial.

PARTE III
ATOS POLÍTICOS EM ESPÉCIE

Capítulo 6 – O Controle das Nomeações Políticas

6.1. Patologias no provimento de cargos públicos: evoluções, permanências e novas distorções

6.2. Requisitos substantivos das nomeações políticas

6.3. Requisitos formais das nomeações políticas

6.4. O controle jurídico-político das nomeações políticas

Capítulo 7 – O Controle da Intervenção Federal

7.1. Pressupostos constitucionais da intervenção federal

7.2. Ritos para o aperfeiçoamento da intervenção federal

7.3. O controle jurídico-político da intervenção federal

7.4. Solidariedade e responsabilidades interfederativas

Capítulo 8 – O Controle dos Decretos de Indulto

8.1. Antecedentes e evolução institucional do indulto

8.2. Limites constitucionais ao poder de indultar

8.3. O controle jurídico-político dos indultos

Capítulo 9 – O Controle do *Impeachment*

9.1. As distorções do *impeachment* no presidencialismo brasileiro

9.2. Natureza jurídico-política do *impeachment*

9.3. Rito constitucional do *impeachment* presidencial

9.4. O controle jurídico-político do *impeachment*

CAPÍTULO 6

O CONTROLE DAS NOMEAÇÕES POLÍTICAS

6.1. Patologias no provimento de cargos públicos: evoluções, permanências e novas distorções

O provimento de cargos em comissão,[628] no geral, e de cargos políticos,[629] em particular, constitui um dos maiores desafios à conformação do Estado brasileiro pelo princípio republicano. Não é preciso sequer compulsar os Diários Oficiais, basta acompanhar os jornais para conhecer casos recorrentes de: (i) nepotismo; (ii) '*funcionários fantasmas*' e '*rachadinhas*'; (iii) nomeações esdrúxulas para cargos que exigem conhecimentos técnicos ou '*notório saber*'; (iv) perseguições ideológicas a servidores públicos comissionados ou gratificados; e (v) exonerações imotivadas e obscuras.

Antes da Constituição de 1988, os concursos públicos – procedimentos objetivos, impessoais e de livre participação – não eram mandatórios para a seleção de recursos humanos para a Administração Pública.[630] Embora se verifiquem disposições constitucionais oscilantes e lacônicas a respeito do assunto, desde a Carta de 1934 até a EC nº 01/69,[631] a nomeação direta e a ascensão funcional[632] eram as vias prevalentes de acesso a cargos públicos; e, como parece intuitivo, elas permitiam *toda sorte de abusos* pelos eleitos de então.

---

[628] Os *cargos em comissão* são aqueles que não comportam provimento permanente, de modo que os seus ocupantes não precisam ser previamente habilitados em concurso público e, por outro lado, sujeitam-se a exoneração a qualquer tempo e independentemente de motivações vinculadas. Os *cargos de confiança*, como também são referidos, existem para que cada Governo possa espraiar seu programa, valores e métodos por toda a Administração Pública. São, portanto, imprescindíveis para a legitimação democrática do Poder Executivo e para a própria funcionalidade das estruturas administrativas hierárquicas. Por sua própria natureza, a tais cargos devem corresponder funções de direção, chefia ou assessoramento; sob pena de burla à exigência constitucional do concurso público.

[629] Neste artigo, a expressão '*cargos políticos*' faz referência aos cargos em comissão criados ou mencionados pela Constituição (*e.g.*, Ministros de Estado). Do ponto de vista do Direito Administrativo, tais posições sujeitam-se ao mesmo regime jurídico, definido pela forma de nomeação (*ex vi*, no âmbito da União, art. 9º, II, da Lei 8.112/90). No entanto, a diferença de nomenclatura parece se justificar sob o enfoque do Direito Constitucional, pois demarca um regime especial de discricionariedade e de controlabilidade; o regime dos *atos políticos*. Além disso, parte das nomeações políticas referem-se a cargos, temporários ou vitalícios, em Poderes independentes ou órgãos autônomos; o que, naturalmente, atrai um regime jurídico peculiar.

[630] *Cf.* PEREIRA, Ana Carolina Migueis Pereira. Regime Jurídico dos Servidores Públicos no Brasil: evolução, bypasses e transformações. In: Carlos Ari Sundfeld; Conrado Tristão. (Orgs.). *Vínculos Públicos e Formas de Seleção*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2021, p. 04-37.

[631] *Cf.* GARCIA, Emerson. Provimento de cargos efetivos sem concurso público: reflexões sobre declaração de nulidade, prazo e segurança jurídica. *Revista do Ministério Público*, v. 73, p. 79-92, 2019.

[632] O instituto da ascensão funcional permitia que a Administração Pública nomeasse diretamente um servidor público, já ocupante de cargo efetivo, para exercer outro cargo, geralmente com maior hierarquia, prestígio e remuneração. Isso porque a Constituição de 1969 só exigia a aprovação em concurso para a primeira investidura em cargo público (*vide* artigo 97, § 1º). O STF declarou inconstitucionais os dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos que permitiam a ascensão funcional (*cf.* STF, ADI nº 837, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 23 abr. 1993).

O disposto pelo art. 37, II, da Constituição[633] deu origem a um exitoso esforço de institucionalização dos certames por todo o país; trata-se de um dos exemplos de maior efetividade e capacidade transformadora do estatuto constitucional da Administração Pública (art. 37 e seguintes).[634]

Embora o sistema de concursos públicos adotado no país, notadamente seus métodos e critérios, comportem críticas e propostas de reformulação,[635] não deve haver dúvidas quanto ao incremento de racionalidade, impessoalidade, moralidade, mérito e qualidade funcional por ele propiciado. O problema fundamental é que esse influxo *republicano-profissionalizante*, trazido pela Constituição, cingira-se, até aqui, ao provimento de cargos efetivos. Para os cargos em comissão, dos mais elevados aos mais modestos, o cenário ainda é, em larga medida, semelhante àquele que vigorava antes da promulgação da Carta.

É no campo dos cargos sujeitos à *nomeação direta* – isto é, ao *provimento discricionário* - que viceja o maior entrave à profissionalização e à neutralidade da burocracia brasileira; [636] bem como as mais graves e recorrentes distorções éticas e meritocráticas na admissão de pessoal pelo Estado.

Em primeiro lugar, não se observa qualquer procedimento – ainda que *simplificado* (como fazem as organizações privadas, ao menos aquelas pautadas por mecanismos de *governança corporativa*,[637] e a própria Administração, para alguns vínculos não estatutários)[638] – para a seleção de pessoal para cargos políticos ou em comissão. É dizer: não há critério, nem objetivo nem subjetivo, balizado à luz do interesse público, para o *discriminem* entre pessoas que postulem ou sejam consideradas para tais cargos públicos.

---

[633] Constituição Federal de 1988, art. 37: "II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

[634] *Cf.* BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. A administração pública na Constituição de 1988. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, 2018, p. 63.

[635] *Cf.* FONTAINHA, Fernando *et al*. O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, p. 671-702, 2015.

[636] *Cf.* PEREIRA, Ana Carolina Migueis Pereira. Regime Jurídico dos Servidores Públicos no Brasil: evolução, bypasses e transformações. In: Carlos Ari Sundfeld; Conrado Tristão. (Orgs.). *Vínculos Públicos e Formas de Seleção*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2021, p. 27-28.

[637] *Cf.* LOBO, Jorge. Princípios de Governança Corporativa. *Revista da EMERJ*, vol. 37, pp. 198-220, 2007. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista37/Revista37_198.pdf>.

[638] *Cf.* MATTA, Marco. Contratação temporária de pessoal na Administração Pública. *Revista do TCU*, v. 106, p. 78-87, 2005.

Sem procedimentos nem critérios claros, não pode haver, nem remotamente, *igualdade* ou *racionalidade* no acesso a cargos políticos e em comissão.[639] Como não há processo nem parâmetro seletivo, as *nomeações diretas* também não costumam receber *justificativas adequadas*. Na ausência das *provas*, aplicadas nos certames estatais, deveria a Administração Pública, ao menos, justificar – por escrito e em bases curriculares – o ato de investidura.

É dizer: a todo cargo público precisa corresponder uma função pública e, portanto, somente pode exercê-lo quem reunir os atributos (*e.g.*, formação acadêmica, experiência profissional, habilidades pessoais) para bem desempenhá-la.

A informalidade com que é conduzida a seleção de pessoal para cargos de nomeação direta também alija a sociedade do direito de conhecer as circunstâncias, os personagens, os acordos e as intenções que circundam cada ato de investidura relevante. Com frequência, as nomeações diretas decorrem de indicações de partidos ou parlamentares integrantes da base de apoio ao Governo. Embora a imprensa, não raro, aponte os padrinhos da nomeação, não se guarda nenhum registro oficial dessa informação[640] – que, naturalmente, seria muito útil tanto ao controle social (*accountability*) quanto ao controle institucional (*revisão da investidura e responsabilização dos agentes públicos*).

A falha em processualizar, ainda que em nível infralegal e em bases flexíveis, a nomeação e a exoneração de cargos em comissão tem permitido a sobrevivência de uma práxis institucional abertamente patrimonialista, que desqualifica o serviço público, compromete a sua reputação social e causa prejuízos ao erário.

Tais cargos acabam tidos e lidos como propriedade privada da autoridade competente por lhes dar provimento – que, no mais das vezes, são meras detentoras de mandatos eletivos (e, por isso mesmo, transitórios). É esse o '*caldo indigesto*' que permite as deformações

---

[639] *Cf.* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Do princípio da igualdade de acesso aos cargos e empregos públicos. *Revista da AGU*, vol. 12, pp. 43-62, 2007. Naturalmente, nem todos os cargos públicos podem ser preenchidos mediante certames objetivos e de acesso universal. No entanto, o provimento direto de cargos públicos – mesmo os políticos e os em comissão – deve obedecer à *principiologia constitucional*, ainda que mediante procedimentos simplificados, exíguos e subjetivamente limitados.

[640] Há notícia de que o atual Ministro da Economia teria solicitado à Controladoria-Geral da União a implantação de um sistema que identificasse as indicações políticas a cargos públicos. A iniciativa, até aqui apenas anunciada, mostra-se totalmente aderente ao princípio republicano e ao princípio da publicidade. Torçamos, pois, para a sua concretização. *Cf.* "Guedes pede à CGU implantação de sistema que identifica indicações políticas para cargos públicos". In: *JORNAL DO BRASIL*, Publicado em 26.01.22, Disponível em: <https://www.jb.com.br/pais/politica/2022/01/1035453-guedes-pede-a-cgu-implantacao-de-sistema-que-identifica-indicacoes-politicas-para-cargos-publicos.html>.

enunciadas no primeiro parágrafo e que se passa a ilustrar com exemplos recentes, em especial os legados pelo Presidente Jair Bolsonaro.[641-642]

Em 28 anos, os mandatários da família Bolsonaro empregaram, mediante cargos em comissão nos respectivos gabinetes parlamentares, 102 pessoas com laços familiares.[643] Esse grupo "representa um terço do total de funcionários parlamentares da família, mas recebeu 62% dos recursos destinados a esse pessoal: um total de R$ 65,2 milhões", segundo levantamento realizado pelo jornal *O Globo*.[644]

Os casos de '*funcionários fantasmas*' e de '*rachadinhas*' são tributários da combinação entre patrimonialismo e fisiologismo e se beneficiam da falta de transparência para florescer à socapa, especialmente no âmbito de Casas Legislativas e dos entes subnacionais. Numerosos funcionários públicos brasileiros não prestam qualquer serviço ao povo. Como antecipado, os cargos que ocupam são considerados pertencentes à autoridade responsável por sua nomeação – a quem, na prática, cabe definir, a seu *bel-prazer*, a parcela do salário que cada funcionário efetivamente disporá e quais serviços ele prestará, podendo incumbir-lhes inclusive tarefas de interesse estritamente particular ou partidário.[645]

De muitos Governos, podem ser colhidos exemplos de nomeações esdrúxulas para cargos de natureza técnica ou para cargos sobre os quais recaiam exigências de "notórios conhecimentos". Alguns casos serão analisados no **Tópico 6.4**, mas a tentativa de nomeação do Dep. Eduardo Bolsonaro à Embaixada brasileira em Washington, caso que analisei no **Tópico 4.4**, bem ilustra o ponto. Além de nepotista, a designação descumpria a exigência de "*reconhecido mérito*", que a Lei nº 11.440 exige para a nomeação de Embaixadores estranhos aos quadros do Itamaraty (art. 41, parágrafo único).

---

[641] Embora outros personagens pudessem ser escolhidos para a ilustração, acredito que a relevância do cargo e a multiplicidade de episódios envolvendo o atual Presidente justifiquem a opção adotada.

[642] Também acredito que a produção acadêmica deva, sem se convolar em peça panfletária, refletir – de modo honesto e transparente – as visões político-filosóficas de cada autor. Do contrário, resta espaço apenas para teoria morna, que não parte nem pretende alterar a realidade posta.

[643] *Cf.* DAL PIVA, Juliana et. al. "Em 28 anos, clã Bolsonaro nomeou 102 pessoas com laços familiares". Publicado no jornal *O GLOBO*, em 04/08/2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/em-28-anos-cla-bolsonaro-nomeou-102-pessoas-com-lacos-familiares-23837445>.

[644] *Cf.* DAL PIVA, Juliana et. al. "Integrantes das 32 famílias que assessoram o clã Bolsonaro receberam R$ 65 milhões desde 1991". Publicado no jornal *O GLOBO*, em 09/08/2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/brasil/integrantes-das-32-familias-que-assessoram-clabolsonaro-receberam-65-milhoes-desde-1991-23864535>.

[645] Há inúmeras investigações, em curso, que apontam o envolvimento do Presidente e de seus familiares em expedientes do gênero. *Cf.* "Família Bolsonaro administra há três décadas holding da rachadinha". Publicado no portal *UOL*, em 03/09/2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/03/josias-familia-bolsonaro-rachadinhas.htm>.

O Governo Federal, na gestão de Bolsonaro, também tem sido pródigo em perseguições. Em 2019, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) exonerou, do Cargo em Comissão de Chefe do Centro de Operações Aéreas (DAS 101.3), o fiscal José Augusto Morelli – responsável por autuar e multar Jair Bolsonaro, por pesca ilegal, em 2012.[646] Episódios semelhantes aconteceram na Fundação Casa de Rui Barbosa, com diversos pesquisadores[647] e com a então Diretora-Executiva da FCRB;[648] no Conselho Penitenciário Nacional, com a pesquisadora Ilona Szabó;[649] no Ministério da Saúde, com a infectologista Luana Araújo;[650] na Polícia Federal, com mais de 20 substituições suspeitas em cargos de chefia;[651] no Itamaraty, com retaliações funcionais e financeiras a diplomatas considerados contrários ao Presidente e ao ex-Chanceler Ernesto Araújo.[652]

A última deformação que marca o tema tem lugar quando da exoneração: no mais das vezes, as circunstâncias e os motivos da dispensa não são esclarecidos ao povo – que não pode, sobre elas, formar juízo nem exercer adequadamente o controle social (por meio dos direitos de pressão, de impugnação e de voto). Quando indagado das razões para a repentina e

---

[646] *Cf.* "Servidor do Ibama que multou Bolsonaro por pesca irregular é exonerado de cargo de chefia". Publicado no portal de notícias G1, em 29/03/2019. Disponível eletronicamente em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/03/29/ibama-exonera-servidor-que-multou-bolsonaro-por-pesca-irregular.ghtml>.

[647] No caso do Professor Christian Lynch, servidor efetivo que assumiria um cargo de chefia na FCRB, o então Secretário Especial de Cultura, Roberto Alvim, associou explicitamente a revogação do ato de investidura às críticas que Lynch fez ao Presidente Bolsonaro em artigos e entrevistas. *Cf.* GULLINO, Daniel. "Secretário de Cultura cancela nomeação na Casa de Rui Barbosa por críticas de escolhido a Bolsonaro". *O Globo*, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/secretario-de-cultura-cancela-nomeacao-na-casa-de-rui-barbosa-por-criticas-de-escolhido-bolsonaro-24192899>.

[648] Sobre o episódio, consulte-se a seguinte reportagem: "Governo exonera diretora-executiva da Fundação Casa de Rui Barbosa". *Diário de Pernambuco*, 16 jan. 2020. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/politica/2020/01/governo-exonera-diretora-executiva-da-fundacao-casa-de-rui-barbosa.html>.

[649] *Cf.* CARVALHO, Jailton. "Moro cede a pressão e exclui Ilona Szabó do Conselho Nacional de Política Criminal". Publicado no jornal *O GLOBO*, em 28/02/2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-cede-pressao-exclui-ilona-szabo-do-conselho-nacional-de-politica-criminal-23489764>.

[650] *Cf.* CAMAROTTO, Murillo; TRUFFI, Renan. "Médica contrária a tratamento precoce diz que foi demitida por Queiroga 'sem maiores explicações'". *Jornal Valor Econômico*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/06/02/medica-contraria-a-tratamento-precoce-diz-que-foi-demitida-por-queiroga-sem-maiores-explicacoes.ghtml>.

[651] *Cf.* MOTTA, Rayssa *et. al*. 'Governo Bolsonaro já trocou ao menos 20 delegados de cargos de chefia na PF: série de intervenções não encontra precedentes e é atribuída a divergências políticas com o governo e com a cúpula da corporação, ou de investigações que desagradaram ao Planalto'. *O Estado de São Paulo*, 03 dez. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,governo-bolsonaro-ja-trocou-ao-menos-20-delegados-de-cargos-de-chefia-na-pf,70003915575>.

[652] *Cf.* GHIROTTO, Edoardo. 'Embaixador vai à Justiça contra assédio moral e perseguição no Itamaraty'. *Revista Veja*, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/embaixador-vai-a-justica-contra-assedio-moral-e-perseguicao-no-itamaraty/>.

conflituosa exoneração do Ministro Gustavo Bebianno, o então Porta-Voz da Presidência da República se limitou a alegar: "*motivo de foro íntimo do Presidente*".[653]

O silêncio fulcral também costuma ser a postura oficial após a exoneração de aliados suspeitos de irregularidades ou crimes; o que dificulta não só o acompanhamento do Governo pelo povo, mas também a própria atuação dos órgãos de controle interno e externo.

No campo das *nomeações políticas*, assim como no dos cargos em comissão, há *males da concepção à morte do vínculo*. Mais precisamente, é a *origem viciada*, traduzida por uma concepção *privada e extrajurídica* do ato de investidura – e, a partir disso, do cargo *per se* – que prejudica o exercício da função pública que se lhe incumbe.

Temos falhado, como se viu, tanto na substância quanto no procedimento. De um lado, abundam as transgressões materiais a princípios e regras constitucionais que limitam o acesso a cargos políticos. Do outro, faltam-nos processos administrativos racionais para a formação e justificativa dos atos de nomeação e exoneração de cargos políticos e em comissão, de modo que, não raro, são alcançados *resultados ilógicos* à luz do interesse público e, em todo caso, fica a sociedade alijada do direito de conhecer os atributos e as circunstâncias que levaram a eles.

6.2. Requisitos substantivos das nomeações políticas

A Constituição prevê, a partir de seu sistema de princípios, valores que devem informar e limitar a margem de discricionariedade administrativa para o provimento de cargos políticos, em todos os Poderes, entes, órgãos e entidades.

A incidência de tais princípios constitucionais – que correspondem aos *limites substantivos gerais* de que tratei no **Capítulo 4** – sobre o provimento de cargos políticos será examinada à diante. Analisa-se, antes, os *requisitos substantivos específicos* de tais cargos (*e.g.*, idade, nacionalidade, conhecimento, experiência), aqueles dispostos mediante *regras constitucionais*, de maior ou menor ductibilidade semântica, que foram examinados no **Tópicos 4.3**.

Embora também se verifiquem disposições restritivas do acesso a cargos públicos dispersas pelo texto constitucional, como no artigo 12, parágrafo 3º, que enumera os cargos privativos de brasileiros natos, a regra será encontrá-las de modo contíguo ao dispositivo que prevê o cargo. É

---

[653] *Cf.* SOARES, Jussara; GAMBA, Karla. "Governo oficializa exoneração de Bebianno e alega 'foro íntimo'". Publicado no jornal *O GLOBO*, em 18/02/2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/governo-oficializa-exoneracao-de-bebianno-alega-foro-intimo-23461170>.

lá onde os Constituintes tendem a assinalar *circunstâncias pessoais* que se lhe condicionam o acesso.

No **Tópico 4.3**, ilustrei o ponto a partir dos requisitos substantivos à escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Fazendo remissão àquelas páginas, exemplifico-o agora a partir do cargo de Ministro do Tribunal de Contas da União.

Na forma do art. 73, § 1º, da Constituição, os Ministros do TCU devem ser escolhidos '*dentre brasileiros*' que satisfaçam os seguintes requisitos: "I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior".

O primeiro requisito prescrito é o da nacionalidade brasileira. Neste caso, não há exigência de vínculo originário; de modo que os brasileiros naturalizados também podem integrar o Tribunal de Contas da União. Em seguida, no *inciso 'I'*, a Constituição estipula que os brasileiros nomeados para o TCU devem ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade. Essas duas primeiras exigências traduzem requisitos objetivos e incontornáveis; aferíveis mediante simples verificações documentais. Sujeitam-se, pois, a *controle judicial forte* (*vide* **Tópico 5.3**).

Após, no *inciso 'II'*, a Constituição estipula os requisitos pessoais da '*idoneidade moral*' e da '*reputação ilibada*'.[654] A redundância do Constituinte,[655] no caso dos Tribunais de Contas, explica-se pela natureza precipuamente fiscalizatória do órgão. Se o TCU é instituição dedicada ao controle externo das funções administrativas e dinheiros públicos, é mesmo vital que sobre seus membros não recaiam suspeitas ou máculas éticas. Nos incisos '*III*' e '*IV*', verifica-se o mesmo *rigor pleonástico* na exigência de conhecimentos técnicos e

[654] A decomposição conceitual do requisito da 'reputação ilibada' foi feita no Tópico 4.3. A exigência da 'idoneidade moral', embora parcialmente coincidente, dispensa o amplo reconhecimento social da conduta proba de um indivíduo – tanto assim que a Constituição o prescreve, como indicado na nota *infra*, para a naturalização de estrangeiros. A idoneidade moral traduz uma exigência ética aferível mediante a análise minudente da vida pregressa do sujeito, não se ligando necessariamente ao exercício de funções públicas.

[655] Para a maior parte das nomeações políticas a outros Poderes, a Constituição estipula apenas o requisito pessoal da '*reputação ilibada*' *(e.g.,* art. 101, *caput*). A Constituição fala em 'idoneidade moral' como requisito pessoal à naturalização do estrangeiro (art. 12, II, '*a*') e à nomeação de advogados, pelo Presidente da República, para integrar os Tribunais da Justiça Eleitoral (art. 119, II e art. 120, § 1, III). Apenas no caso dos Tribunais de Contas, a Constituição conjuga os dois requisitos éticos que, alternativamente, prescreve.

experiências afins.[656] Devido ao *grau de ductibilidade semântica* destas exigências – claramente superior ao dos requisitos antecedentes –, elas se sujeitam ao *controle judicial moderado*, de que tratei no **Tópico 5.3**; de modo que apenas transgressões inequívocas a tais exigências constitucionais autorizam a anulação judicial da nomeação política.

- Abro um parêntesis.

A sabedoria popular adverte, em adágio ancestral, que não se pode confiar a *raposas* a guarda do *galinheiro*. Na arquitetura constitucional brasileira, os Tribunais de Contas são incumbidos de funções centrais para o controle externo das atividades administrativas e despesas públicas. No entanto, as Cortes de Contas têm sido, elas mesmas, recorrentemente implicadas, em esquemas de tráfico de influência, associação criminosa e corrupção;[657] em grau perceptivelmente superior aos verificáveis em Tribunais do Poder Judiciário.[658]

Teresa Melo e eu publicamos, em junho de 2017, após o "afastamento de seis dos sete conselheiros do TCE/RJ e a investigação de quatro dos nove ministros do TCU", o texto '*Nomeações para tribunais de contas*: é preciso controlar'.[659]

---

[656] As exigências de experiência profissional relevante que exija a aplicação de 'conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública' deve, no meu entender, ser comprovada documentalmente, no ato de formalização da indicação. Nas profissões liberais, relatórios de atividade devem ser somados a provas materiais da atuação (*e.g.*, peças e certidões processuais). Nos vínculos estatutários, certidões de órgãos oficiais somados aos atos normativos que disciplinem as responsabilidades e o escopo de atuação do servidor parecem bastar. Nos vínculos celetistas, parece recomendável juntar ao processo administrativo referente à nomeação: (*i*) a Carteira de Trabalho e Previdência Social; (*ii*) o Contrato de Trabalho e, caso estes não sejam suficientes, (*iii*) relatório de atividades e (*iv*) e provas materiais da atuação.

[657] *Cf.* BELANDI, Caio. 'Quatro dos nove ministros do TCU são citados em investigações'. *O Dia*, 02 abr. 2017. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/brasil/2017-04-02/quatro-dos-nove-ministros-do-tcu-sao-citados-em-investigacoes.html>. No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, *v.* 'Saiba quem são os conselheiros do TCE-RJ envolvidos na Operação Quinto do Ouro'. G1, 29 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/saiba-quem-sao-os-conselheiros-do-tce-rj-envolvidos-na-operacao-quinto-do-ouro.ghtml>.

[658] Essa inferência se funda em minha observação atenta da vida pública brasileira. Não encontrei estudos parametrizados com esse escopo comparativo, entre os níveis, proporcionais, de delinquência ou de improbidade na magistratura judiciária e nos Tribunas de Contas. Entendi, contudo, que a postura de maior honestidade intelectual e utilidade ao debate público seria declinar essa conclusão indutiva, pois ela funciona como uma das premissas das propostas que desenvolverei na sequência. Também por honestidade intelectual, decidi escrever esta nota; revelando ao leitor a falta de evidências científicas a sustentar a afirmação. No entanto, reportagem do *Jornal O Globo*, reproduzida pelo site do *Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas* (CNPC), indica que, em junho de 2017, havia 41 integrantes da magistratura de contas respondendo a ações penais ou a inquéritos; o que representa cerca de 17% da categoria. Cf. 'TCU e TCEs têm 41 integrantes investigados'. *CNPC*, 26 jun. 2017. Disponível em: <https://cnpgc.org.br/tcu-e-tces-tem-41-integrantes-investigados-o-globo-26062017/>.

[659] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro; MELO, Teresa. Nomeações para tribunais de contas: é preciso controlar. *JOTA*, 13 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/nomeacoes-para-tribunais-de-contas-e-preciso-controlar-13062017>.

Àquela época, de acordo com estudos da *Transparência Brasil*, constatamos que "dos 233 ministros e conselheiros de contas do país, mais de 80% provêm de cargos políticos (107 deles eram deputados estaduais) e 31% são parentes de outros mandatários".

Esse *pecado original*[660] – que deriva da *formatação constitucional da escolha* dos membros dos Tribunais de Contas – tem bifurcado, de modo semelhante ao que se deu no Ministério Público, a atuação da magistratura de contas. Nos casos de menor monta econômica e relevância institucional, os Tribunais de Contas são pautados pelo apuro técnico de seu qualificado quadro de apoio. As distorções, nesses casos, ocorrem por excesso fiscalizatório ou por falta de sensibilidade política.[661] Em relação à cúpula governamental e aos casos mais estratégicos, contudo, as decisões dos Tribunais de Contas guiam-se menos pelo corpo técnico do que pelo arbítrio – e pelos *pactos antirrepublicanos* – das *raposas políticas* alçadas à magistratura de contas.

Em sua redação atual, a Constituição delega a escolha de *dois terços* dos membros dos Tribunais de Contas ao Poder Legislativo. A opção, em abstrato, faz sentido; uma vez que o Congresso Nacional é o titular do Controle Externo da função executiva. No entanto, sob as lentes da ciência política, parece evidente que o desenho institucional não tem gerado resultados adequados. A atribuição de prerrogativas de nomeação a *órgãos multipessoais*, particularmente no caso do Congresso (*que congrega 594 membros*), diluí a responsabilidade política pela escolha. Quando uma decisão é da *responsabilidade de muitos*, ela não é da *responsabilidade de ninguém*; de modo que se desatam as *amarras do constrangimento*.

Além disso, enquanto, dois dos três nomes indicados pelo Presidente devem pertencer, alternadamente, ao quadro dos Auditores de Controle Externo e ao do Ministério Público de Contas, as seis escolhas que tocam ao Congresso são livres de exigências quanto à procedência funcional, devendo observar apenas os requisitos pessoais dispostos pelo art. 73, da Constituição; em termos semanticamente maleáveis – *e muito transgredidos* – no que respeita à probidade e à competência profissional.[662]

---

[660] Nesse contexto específico, a expressão me foi dita pelo Professor Luís Roberto Barroso, na ocasião de minha entrevista de ingresso ao Doutorado, por ele presidida.

[661] De modo mais panorâmico e profundo, *v*. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Universidade de São Paulo: Tese de Doutorado em Direito do Estado, 2016. De modo mais conciso e agudo, *v*. JORDÃO, Eduardo. 'TCU agigantado: uma escolha do nosso Direito?'. *JOTA*, 01º dez. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-agigantado-uma-escolha-do-nosso-direito-01122021>.

[662] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 73, § 2º: "Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista

As escolhas do Legislativo aos Tribunais de Contas, frequentemente, não possuem currículos aceitáveis ao exercício do cargo, seja em termos éticos, acadêmicos ou profissionais.[663] Além disso, as Casas Legislativas tendem a priorizar, sistematicamente, nomes que mantenham laços – *impróprios à função fiscalizatória* – com parlamentares, partidos e governos.

Se respondem pela tutela da economia e da legalidade das despesas públicas, os Tribunais de Contas não deveriam ser compostos por pessoas *livremente* escolhidas pelas maiorias legislativas de ocasião ou pela Administração cujas ações irão controlar. A solução definitiva do problema passa pela reforma da Constituição.[664] O ideal seria elevar a representação nas Cortes dos procuradores de contas, auditores ou conselheiros substitutos – todos servidores de carreira, nomeados após aprovação em certames rigorosos. A lógica dos mandatos, longos, porém limitados e irrepetíveis, parece ser mais adequada a órgãos fiscalizatórios do que as investiduras vitalícias; porquanto melhor concretizadora da impessoalidade e da neutralidade institucional do controle externo. Regras que propiciam composições heterogêneas também parecem alcançar resultados positivos; equilibrando vieses cognitivos e inclinações institucionais antagônicas.

Baseado nesses fatores, proponho que a composição dos Tribunais de Contas seja *repartida em terços*, renováveis a *cada triênio*. No âmbito do TCU, que reúne nove integrantes, (*i*) três seriam indicados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal; (*ii*) três seriam escolhidos pelo Congresso Nacional, mediante votação unicameral, dentre os indicados em lista sêxtupla elaborada pelo TCU; e (*iii*) os três restantes seriam escolhidos pelo TCU, dentre os nomes indicados em lista sêxtupla, elaborada pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização.

---

tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional".

[663] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro; MELO, Teresa. Nomeações para tribunais de contas: é preciso controlar. *JOTA*, 13 jun. 2017: "Segundo o citado estudo da Transparência Brasil, 23% dos conselheiros de contas brasileiros são processados penalmente ou por improbidade administrativa. Além disso, boa parte deles sequer possui ensino superior ou, então, é graduada em área estranha à função que desempenham (odontologia, medicina veterinária, pedagogia, serviço social, arquivologia, geologia, zootecnia etc.)".

[664] Nestes 35 anos de vigência da Constituição Federal, mais de uma dezena de PECs já foram propostas para reorganizar as Cortes de Contas, especialmente a sua composição e sistemática de investidura. A mais recente delas é PEC 329/2013, que, além de alterar a forma de composição dos Tribunais de Contas, submete seus membros ao CNJ. As propostas que lhe antecedem são analisadas por RAMIRES, Celso; ROCHA NETO, Odir. A Reforma dos Tribunais de Contas: uma revisão a partir das propostas de emendas constitucionais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 10, p. 1184, 2015.

Em âmbito federal,[665] sugiro que o mandato de Ministro do TCU dure nove anos e que eles provenham de três classes distintas: um terço dos Ministros seriam escolhidos a partir do quadro efetivo, admitido por concurso público, do TCU e um terço dos Ministros seriam escolhidos dentre Professores Doutores em Direito Público; Ciências Contábeis; Economia; Finanças Públicas ou Administração Pública.[666] Sobre o terço restante, não seriam impostas exigências de procedência funcional específica, de modo a permitir que os Poderes incluam na Corte de Conta membros com experiência, traquejo e sensibilidade política; capazes de agregar pontos de vista distintos às deliberações do TCU; mas incapazes de *tomá-las de assalto*.

Enquanto a reforma da Constituição não vem, o *judicial review* dos requisitos de investidura é o único instrumento de prevenção ao desvirtuamento dos Tribunais de Contas.[667]

- *Fecho o parêntesis*; retorno aos requisitos substantivos das nomeações políticas.

Todos os requisitos específicos previstos pela Constituição, mesmo quando expressos mediante *fórmulas semanticamente fluídas*, devem ser efetiva e comprovadamente observados pela autoridade incumbida da nomeação política (*plano da conformação constitucional*). Nos casos sujeitos ao controle do Senado Federal, os Senadores reúnem verdadeiro poder de veto sobre a escolha presidencial – que, traduzindo-se em ato complexo, só se consuma e se aperfeiçoa mediante a conjugação da vontade executiva com a vontade legislativa (*vide* **Tópico 5.1**).

Em todo caso, sempre haverá a via do *judicial review*, particularmente perante o Supremo Tribunal Federal, que funciona, no Brasil, como órgão judiciário de cúpula e como Tribunal Constitucional. Em relação aos requisitos específicos, desdobrados de regras constitucionais,

---

[665] Em razão das diferenças quantitativas, no que toca aos integrantes dos Tribunais de Contas, a proposta precisaria ser adaptada para o âmbito local, mediante o Poder Constituinte Derivado ou Decorrente.

[666] A exemplo do que ocorre no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *Cf*. LIMONGI, Dante Braz *et al*. Breve estudo sobre a estrutura constitucional alemã, o federalismo no país e sua última reforma. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 1, p. 52-81, 2011.

[667] *Cf*. ACCIOLY, João Pedro; MELO, Teresa. Nomeações para tribunais de contas: é preciso controlar. *JOTA*, 13 jun. 2017: "A gravidade da situação requer resposta imediata. O Judiciário precisa, com natural parcimônia, controlar os requisitos constitucionais para nomeação de ministros e conselheiros. Para a investidura no cargo, a Constituição exige, além de requisitos de fácil verificação, outros menos objetivos, como 'idoneidade moral', 'reputação ilibada' e 'notórios conhecimentos'. Conceitos jurídicos indeterminados não são palavras vazias. Qualquer ato do Poder Público pode e deve ser controlado, especialmente quando haja requisitos constitucionais específicos para o seu exercício. É preciso superar o dogma, sem fundamento constitucional, de que os 'atos políticos' não podem ser controlados pelo Judiciário. O que varia é a intensidade do controle. No caso das nomeações para tribunais de contas, devem ser preservadas as escolhas razoáveis dos legisladores e chefes do Executivo. Na incerteza, os juízes devem adotar postura autocontida, sendo deferentes à escolha administrativa. Há hipóteses, contudo, em que o descumprimento da Constituição é evidente e, portanto, precisa ser reconhecido".

o grau de intensidade do controle judicial deve variar conforme o grau de determinação semântica do parâmetro constitucional. Como proposto no **Tópico 5.3**, violações a *regras semanticamente precisas* implicam *controle forte* e transgressões a *regras semanticamente fluídas* inspiram *controle moderado*.

Além das exigências específicas, articuladas mediante regras pela Constituição, os princípios constitucionais impõem *limites substantivos gerais* às nomeações políticas, de que tratei nos **Tópicos 4.3** e **4.4**. A transgressão a normas principiológicas, como propus no **Tópico 5.3**, podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário; mas sujeitam-se a *controle judicial fraco*, de modo que apenas ofensas graves e patentes justificam a invalidação judicial, sob ônus argumentativo reforçado e vencida a necessidade de ponderação da ofensa com o princípio da independência harmônica entre os Poderes.[668]

Os princípios substantivos mais pertinentes à conformação e ao controle das nomeações políticas são os da finalidade, da probidade, da impessoalidade, da eficiência e o republicano. Os três primeiros foram examinados no **Tópico 4.4** e o último fora tratado no **Capítulo 3**.

O *princípio da eficiência*,[669] ainda não analisado, reforça a diretriz da finalidade pública dos atos de provimento de cargos políticos, em lição extensível aos cargos comissionados em geral. O Estado existe para prestar, de modo apropriado e prestimoso, as finalidades coletivas que lhe são incumbidas pela Constituição e pelas Leis.

A diretriz da eficiência exige que a escolha de pessoal, nas lindes estatais, seja informada pelo *atributo da competência*, especialmente nos cargos mais elevados, sob o prisma das responsabilidades institucionais. Somente com agentes públicos competentes, pode o Estado lograr a eficiência reclamada pela Constituição.

Recupero e aprofundo, agora, um tema já abordado nesta Tese.[670] O *nepotismo* é a prática pela qual um agente público se vale da posição que ocupa para nomear, contratar ou favorecer pessoas com as quais possua relação de parentesco, seja por vínculo de consanguinidade ou afinidade. No Brasil, as fronteiras entre a esferas pública e privada nunca encontraram demarcação segura. Logo, não é de se espantar que o nepotismo – expressão ancestral do

---

[668] Ressalvada a hipótese excepcional de controle forte, mas ônus argumentativo ultrarreforçado, que pode derivar de transgressão principiológica com potencial de *supressão ou degradação democrática*, tema de que tratei no desfecho do **Tópico 5.3** e será retomado, à luz do caso Alexandre Ramagem (PF), no **Tópico 6.4**.

[669] *Cf.* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. Ver também: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[670] *Vide* a menção no **Capítulo 2** e o desenvolvimento, ainda que a título ilustrativo, no **Tópico 4.4**.

patrimonialismo – seja fenômeno frequente de nossa trajetória institucional e, apesar dos avanços, constitua chaga ainda não superada do projeto republicano brasileiro.

O nepotismo era objeto de proibição textual no Projeto de Constituição que foi submetido ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, em 1988. Dizia o § 9º, do artigo 44:

> Salvo em virtude de concurso público, o cônjuge e o parente até segundo grau, em linha direta ou colateral, consanguíneo ou afim, de qualquer autoridade, não pode ocupar cargo ou função de confiança, ainda que sob contrato, em organismos a ela subordinados, na Administração Pública.

No entanto, a exemplo de outros dispositivos vanguardistas,[671] o preceito transcrito fora suprimido por iniciativa do '*Centrão*',[672] na fase plenária da Assembleia Nacional Constituinte.[673] Como consequência, embora a Constituição, desde sua promulgação, já encartasse os princípios da impessoalidade, da moralidade e o republicano, o Brasil seguiu convivendo com rotineiros casos de favorecimentos de parentes por autoridades, em todos os Poderes e nos órgãos constitucionalmente autônomos.

Tanto assim, que o Conselho Nacional de Justiça, em outubro de 2005, editou a Resolução Normativa nº 07, proibindo a contratação de parentes de magistrados para o exercício de cargos comissionados ou funções gratificadas no âmbito do Judiciário. Por mais inacreditável que pareça, Tribunais e associações da magistratura impugnaram a Resolução perante o Supremo. O STF, em fevereiro de 2006, ao apreciar a medida cautelar na ADC nº 12-6, reconheceu a força normativa e a aplicabilidade direta dos princípios constitucionais do *caput* do art. 37, especialmente o da impessoalidade. Afirmou a constitucionalidade da norma do CNJ, que, em vez de inovar na ordem jurídica, limitava-se a dar aplicação a comandos constitucionais dotados de eficácia direta. Em agosto de 2008, o STF editou a Súmula

---

671 Também referente ao capítulo constitucional da Administração Pública, consulte-se a emenda 2P02039-9, que suprimiu a parte final do artigo 44 (que corresponde ao artigo 37 do texto final): "*exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade. § 1º Nenhum ato da administração pública imporá limitação, restrição ou constrangimento, salvo se indispensável para atender a finalidade da lei*". A referida emenda supressiva foi subscrita por 303 parlamentares e pode ser consultada em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/plenario/vol255_centrao_aprovadas.pdf>.

672 Embora o termo também tenha uso corrente, o '*Centrão*', no contexto da Constituinte, foi um agrupamento parlamentar suprapartidário e circunstancial, essencialmente conservador, que introduziu significativas modificações no texto do projeto na fase plenária da Assembleia. Sobre o tema, consulte-se: FREITAS, R; MEDEIROS, D; MOURA, S. Procurando o Centrão: direita e esquerda na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). In: Maria Alice Rezende de Carvalho; Cícero Araújo; Júlio Assis Simões. (Org.). *A constituição de 1988*: passado e futuro. São Paulo: Anpocsg, 2009, p. 101-135.

673 *Cf.* Emenda 2P00225-1, apresentada pelo Constituinte Vinícius Cansanção (PFL-AL). Justificativa: "Parece-nos iníqua a proibição. Não vemos nenhuma imoralidade ou aproveitamento [no fato de] parentes em linha direta ou colateral, consanguíneo ou afim, ocuparem cargos ou funções de confiança". Acesso: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-254.pdf>.

Vinculante nº 13, estendendo à vedação do nepotismo aos demais Poderes e órgãos autônomos.[674]

Infelizmente, nem mesmo a edição da súmula levou à superação do nepotismo na Administração Pública brasileira. Como a Professora Patrícia Baptista e eu escrevemos:

> A despeito da súmula vinculante, o assunto do nepotismo jamais deixou, nestes últimos dez anos, de figurar na pauta do Supremo Tribunal Federal. A Corte Constitucional continua sendo chamada a dirimir as mais diversas situações envolvendo a aplicação da súmula vinculante n.º 13. A possibilidade de contratação de parente como agente político ou de nomeação de parente ocupante de cargo de provimento efetivo, a necessidade ou não de configuração objetiva do nepotismo (ou seja, se o parente teve ou não condição de influenciar a nomeação do seu) etc. Tudo a evidenciar (i) que a impessoalidade não integra o padrão cultural nacional (contratar parentes parece ser algo naturalizado no país) e que (ii) a coercibilidade da norma demanda esforço e vigilância constantes.

Em 2017, por exemplo, ganhou o noticiário a nomeação, pelo Prefeito recém-empossado do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, de seu filho para ocupar o cargo de Secretário da Casa Civil. Embora, nessa ocasião, a posse tenha sido suspensa monocraticamente, alguns julgados da Corte admitem nomeações de parentes para cargos de natureza política.[675]

Daí o imbróglio formado diante da tentativa de indicação do Dep. Eduardo Bolsonaro para chefiar a missão diplomática brasileira nos Estados Unidos, com pareceres conflitantes emitidos pela Advocacia-Geral do Senado e pela Consultoria Legislativa da Casa.[676]

---

[674] Súmula Vinculante 13, DOU 29/08/2008: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal". Como a súmula é aplicável à função administrativas, ela incide mesmo sobre os Poderes que a exercem de modo atípico; como o Legislativo e o próprio Judiciário.

[675] A nomeação foi suspensa, logo em seguida, em caráter liminar, pelo STF, na Reclamação 26.303. Colhe-se da decisão do Relator, Min. Marco Aurélio, a seguinte passagem: "Sinalizando o alcance da Constituição Federal, o enunciado contempla três vedações distintas relativamente à nomeação para cargo em comissão, de confiança ou função gratificada em qualquer dos Poderes de todos os entes integrantes da Federação. A primeira diz respeito à proibição de designar parente da autoridade nomeante. A segunda concerne a parente de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento. A terceira refere-se ao nepotismo cruzado, mediante designações recíprocas. No mais, o teor do verbete não contém exceção quanto ao cargo de secretário municipal. 3. Defiro a liminar para suspender a eficácia do Decreto "P" nº 483, de 1º de fevereiro de 2017, do Prefeito do Município do Rio de Janeiro." De toda sorte, a jurisprudência do STF tem sido tolerante à nomeação de parente para o exercício de cargo de natureza política. Cf. "Estou convencido de que, em linha de princípio, a restrição sumular não se aplica à nomeação para cargos políticos. Ressalvaria apenas as situações de inequívoca falta de razoabilidade, por ausência manifesta de qualificação técnica ou de inidoneidade moral".

[676] *Cf.* SARDINHA, Edson. "Indicação de Eduardo Bolsonaro à Embaixada abre guerra de pareceres no Senado". Publicado no portal *Congresso em Foco*, em 05/09/2019. Disponível em:

O debate não é tão simplório quanto os exemplos descritos sugerem. De um lado, tem-se a necessidade de conferir efetividade às normas constitucionais, inclusive as de natureza principiológica, que condicionam o acesso a cargos públicos; *todos eles*. Do outro, não se pode desconsiderar a natureza peculiar dos cargos políticos, especialmente dos diretamente subordinados ao Presidente da República. Como compatibilizar o liame de confiança *intuitu personae* que liga tais agentes públicos, pela própria natureza de suas funções, com a exigência de administração impessoal?

Para o conflito entre valores legítimos, deve-se recusar as soluções sem matizes, porquanto sacrificam um em detrimento do outro. Para evitar o casuísmo, contudo, resta à jurisprudência e à doutrina a tarefa de erigir parâmetros decisórios objetivos que forneçam justiça e previsibilidade à composição das controvérsias relacionadas ao tema.

Parece-me insuficiente, para tanto, a alusão ao princípio da razoabilidade como fator limitante da nomeação de parentes para cargos políticos, tal qual feito em julgados do STF ou no mencionado parecer da Advocacia do Senado. Por isso, no **Tópico 4.4**, propus que o *desvio de finalidade* deve ser presumido nos atos políticos em que os sujeitos peculiarmente beneficiados ou prejudicados pela medida nutram *relação particular* – ou, *a fortiori*, familiar (*vício do nepotismo*) – com a autoridade que os tiver adotado.

Haveria, nesse caso, propus, uma presunção relativa dos vícios de finalidade, de probidade e de impessoalidade; cujo afastamento, pelo juízo da causa, dependeria do conjunto probatório trazido pela autoridade aos autos, pois sobre esta passaria a recair o ônus da prova.

Ao beneficiar seus afetos ou lesar seus desafetos de modo anômalo, no gozo de poderes discricionários, a autoridade política deve estar preparada para defender a legitimidade excepcional do seu ato; ponto que exemplifiquei a partir da realidade dos *micromunicípios*.[677]

Apontei, no **Tópico 4.4**, que os atos políticos refratários ao princípio da impessoalidade só são admissíveis, a título excepcional, caso indispensáveis à consecução de *interesse público transcendente*. Como no exemplo cogitado, em que uma pequena cidade acabaria sem Secretário de Saúde gabaritado caso o Prefeito preterisse o irmão.

<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/indicacao-de-eduardo-bolsonaro-a-embaixada-abre-guerra-de-pareceres-no-senado/>.

[677] No **Tópico 4.4**, página XX, narrei: "Imagine-se que o Prefeito de *micromunicípio* nomeie seu irmão para o cargo de Secretário Municipal de Saúde. A situação, à primeira vista, parece imprópria em razão do caráter nepotista da escolha. No entanto, dado o pequeno contingente de munícipes e às distorções na distribuição de médicos pelo território nacional, é plausível que o irmão do gestor local seja o único médico da cidade; ou, ainda, o único profissional da região que esteja disposto ou reúna condições mínimas de assumir o cargo e as reponsabilidades que lhe são inerentes".

Daí a *conclusão austera* de caber ao agente político disposto a nomear pessoa com a qual tenha laços de parentesco demonstrar – objetivamente – que a escolha não se deveu ao *intuito presumido de beneficiá-la*; mas à ausência de outros profissionais qualificados e interessados em assumir o posto.

Nos autos do processo administrativo referente à nomeação de parente a cargo político, portanto, a autoridade pública responsável pelo ato deveria apontar: (*i*) dados do Conselho Profissional correspondente à formação acadêmica afeta ao cargo, atestando a escassez daquela '*mão de obra especializada*' na localidade;[678] (*ii*) a comprovação documental de que foram efetuadas ofertas ou empreendidos esforços para identificar outros profissionais aptos e interessados em assumir o cargo, que não guardassem laços familiares com a autoridade; e, por fim, (*iii*) a prova de que o parente escolhido – a partir da sua formação acadêmica e experiência profissional – acumula a qualificação técnica necessária a bem exercer o cargo político que se lhe pretende confiar. [679]

- Abro um parêntesis.

A compreensão a que cheguei, no **Tópico 4.4**, estabelece um padrão elevado de intolerância ao nepotismo. No **Capítulo 2**, porém, afirmei que os princípios constitucionais ostentam um '*caráter evolutivo*', que induz à sua '*concretização em níveis progressivos*'. Atento a esse dado da *Teoria Constitucional*, opto por declinar também uma *proposta mais matizada* quanto ao controle judicial de nomeações nepotistas; se a conclusão coletiva for que o nível de conformação republicana que propus não guarda aderência à realidade institucional brasileira.

Nessa proposta mais branda, a restrição ao nepotismo também seria aplicável a todos os Poderes e cargos; admitindo-se, a título excepcional, a nomeação de parentes para cargos políticos transitórios, sem funções de controle e investigação, no âmbito do Poder da autoridade nomeante e desde que a pessoa nomeada reúna solidez e pertinência curricular para exercê-lo bem e o ato de investidura seja justificado de modo específico, suficiente, razoável e prévio.

---

[678] No exemplo narrado parágrafos acima, os dados seriam oriundos do Conselho Regional de Medicina – órgão responsável pelo registro profissional dos médicos. Mas seria possível cogitar casos análogos envolvendo advogados, engenheiros, economistas e urbanistas, por exemplo. (*Nota repetida no **Tópico 4.4***).

[679] Na esfera da União, dos Estados e mesmo dos Munícipios mais populosos, notei no **Tópico 4.4**, não parece haver justificativa plausível que legitime uma escolha nepotista do Chefe do Poder Executivo. Ressalvado algum *caso manualesco mirabolante*, sempre haverá outros nomes qualificados e dispostos a, por exemplo, assumir o cargo federal que o Presidente da República cogite entregar a um parente

O primeiro fator a ser considerado seria a natureza do cargo. A primeira diretriz é comum às duas propostas: os cargos em comissão, de matriz exclusivamente legal, dada a prevalência de sua *natureza administrativa*, não comportariam a nomeação de parentes em *nenhum caso*.

Os cargos imbuídos de *funções investigativas ou de controle*, bem como aqueles pertencentes a outro Poder (*cuja independência é fundamental resguardar*), especialmente os sujeitos a *investidura vitalícia*, também seriam, mesmo nessa proposta mais flexível, vedados a pessoas que possuam relações de parentesco com a autoridade competente pela nomeação.

A diferença entre as duas propostas, no âmbito do Poder Executivo, liga-se à tolerância da nomeação de *parentes qualificados* para os cargos de (*i*) Ministro de Estado, pelo Presidente; (*ii*) Secretário Estadual, pelos Governadores; e (*iii*) Secretarias Municipais, pelos Prefeitos. A primeira exige a *inexistência de alternativas adequadas* para afirmar a legitimidade constitucional da escolha nepotista; a segunda não.

Em todo o caso, dado o seu caráter excepcional, a nomeação de parentes para o exercício de cargos políticos cria um ônus argumentativo específico e prévio para a autoridade nomeante, que deverá demonstrar, na justificativa do ato, a pertinência curricular da pessoa designada e as circunstâncias e interesses públicos que levaram à sua escolha.

***- Fecho o parêntesis*.**

A partir do sistema de princípios constitucionais, desdobram-se muitas outras restrições de acesso a cargos políticos e comissionados. Vejamos *en passant* algumas ilustrações. Violaria o princípio da probidade arranjo em que um cargo político fosse '*conquistado*' mediante expressiva '*doação*' de campanha (*vide* **Tópico 4.4**). Violaria o princípio da eficiência a designação de pessoas sem experiência ou qualificação profissional para integrar o Conselho de Administração ou a Diretoria de empresa estatal.[680] Violaria o princípio da finalidade a nomeação de negacionistas ambientais para órgãos legalmente incumbidos da defesa do meio-ambiente; ou de adeptos do *movimento antivax*,[681] para órgãos responsáveis pelas campanhas de imunização.

---

[680] Este ponto foi, recentemente, objeto de concretização legislativa. *Cf.* Lei 13.303/2016, art. 17.

[681] A '*hesitação vacinal*' foi relacionada, pela Organização Mundial da Saúde, dentre as dez maiores ameaças sanitárias globais. *Cf.* Ten Threats to Global Health. *WHO*, 2019. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/spotlight/ten-threats-to-global-health-in-2019>. Segundo a publicação, as vacinas salvam até 3 milhões de vidas a cada ano. No entanto, a cobertura vacinal vem retrocedendo mundo afora, em larga medida graças a movimentos *negacionistas-conspiratórios*; o que tem propiciado o reaparecimento de patologias erradicadas. *Cf.* STEIL, Juliana. 'Sarampo, polio: doenças erradicadas estão voltando por baixas na imunização'. *Terra*, 09 jun. 2022. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/sarampo-polio-doencas-erradicadas-estao-voltando-por-baixas-na-imunizacao,cbb231e40e7b8f87b51f3fac6d960d9cnbvjlj5b.html>. *Cf.* MOREIRA, Cibele. 'Especialistas

Este último exemplo merece ser aprofundado. A todo cargo político correspondem *finalidades públicas definidas normativamente*, pela Constituição ou pelas Leis, com diferentes graus de explicitude e de determinação semântica. No entanto, alguns cargos admitem, em razão da natureza das atividades que lhes tocam, variações ideológicas extremas; *outros não*.

O Ministro da Economia, sob a égide da Constituição de 1988, pode assumir programas liberais ou desenvolvimentistas; pode abraçar *Hayek* ou *Keynes*, para administrar a política econômica brasileira; desde que observadas as exigências constitucionais a esse respeito.[682] Isso não se repete, por exemplo, em relação ao Ministério do Meio Ambiente. Da Constituição às normas infralegais, parece claro que o Ministro encarregado da pasta deve demonstrar *adesão pessoal* ao encargo institucional de zelar pela "preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, biodiversidade e florestas".[683]

Não parece constitucionalmente legítimo que o Presidente confie o cargo mais elevado da tutela do meio-ambiente a pessoas que, mais do que entusiastas de simplificações regulatórias e de racionalizações sancionatórias, revelem a predisposição *sádica e estulta* de explorar predatoriamente os recursos naturais; lesando a fauna, a flora e as populações tradicionais.[684]

---

temem volta de doenças erradicadas por falta de vacinação'. *Correio Braziliense*, 22 jul. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2021/07/4939020-especialistas-temem-volta-de-doencas-erradicadas-por-falta-de-vacinacao.html>.

[682] *Cf*. MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 709-741. Na sessão de qualificação desta Tese, o exemplo foi questionado pelo Professor Rodrigo Brandão. Por isso, parece útil esclarecer que, à luz da Constituição de 1988, não há plena liberdade de conformação econômica pela Administração Pública brasileira; mas existe largo espaço para implementar o programa constitucional mediante premissas e instrumentos diversos. À luz da Constituição de 1988, por exemplo, o Estado não pode deixar de prestar serviços educacionais e de saúde, especialmente a quem não possa contratá-los da iniciativa privada em condições de mercado. Mas pode optar por fornecê-los diretamente, por meio de órgãos e servidores públicos, ou indiretamente, mediante concessionários privados ou sistemas de *voucher*, por exemplo. Ou seja: a própria Constituição impõe a intervenção do Estado no domínio econômico em casos vários, mas deixa aos agentes eleitos amplo campo para definição dos termos e formatos da ação estatal.

[683] *Cf*. Lei 13.844/2019, art. 39, II.

[684] Um grupo de parlamentares oposicionistas protocolou representação na PGR, requerendo ao MPF o processamento criminal e a iniciativa para o afastamento de Ricardo Salles do cargo de Ministro de Estado do Meio-Ambiente. Outro grupo denunciou-o diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade (*vide* PET 8.351). Os denunciantes, em síntese, imputaram à Salles os seguintes delitos: "*a. Descumprimento do dever funcional relativo à Política Nacional do Meio Ambiente e à garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225); b. Atos incompatíveis com o decoro, honra e dignidade da função ao perseguir agentes públicos em razão do mero cumprimento da função; c. Expedir ordens de forma contrária à Constituição Federal ao promover alterações da estrutura do CONAMA; d. Não tornar efetiva a responsabilidade do seu subordinado, Sr Eduardo Bim, ao permitir a exploração de áreas de proteção na bacia de Abrolhos*".

Conquanto fora do âmbito conceitual dos atos políticos (*vide* **Capítulo 3**), são tragicamente didáticos os casos da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)[685] e da Fundação Cultural Palmares. Esta última, embora seja encarregada legalmente da "*promoção da afro-brasilidade*", foi presidida por personagem que defendeu a escravidão (chegando a afirmar que ela teria sido "*benéfica*" aos negros); que rotulou o movimento preto de "*escória maldita*"; que perseguia as religiões de matriz africana (chegando a afirmar que: "*não vai ter nada para terreiro enquanto eu estiver aqui dentro, zero, nada. Macumbeiro não vai ter um centavo*"); e que vetou a produção de biografias sobre o líder negro Zumbi dos Palmares (*em honra de quem a própria Fundação é batizada*); do abolicionista Luiz Gama e da escritora Carolina Maria de Jesus.[686]

Sérgio Camargo foi nomeado Presidente da Fundação Cultural Palmares pela Portaria 2.377, de 27 nov. 2019, do Ministro-Chefe da Casa Civil – ao qual a entidade é vinculada. Nos autos da Ação Popular nº 0802019-41.2019.4.05.8103, o juízo da 18ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Ceará, suspendeu liminarmente a nomeação, em 04 dez. 2019. Em 12 dez. 2019, a liminar foi mantida pelo Tribunal Federal da 5ª Região (Agravo de Instrumento nº 0815755-88.2019.4.05.0000), mas suspensa pela presidência do STJ, em 11 fev. 2020 (Suspensão de Liminar nº 2.650). A Defensoria Pública da União e o Autor Popular agravaram a decisão da Presidência do STJ em 18 fev. 2020. Em junho de 2020, a DPU requereu urgência na apreciação do agravo – relatando a consumação de danos graves em função da concretização da nomeação, em nítido desvio de finalidade, do Sr. Sérgio Camargo. A Corte Especial do STJ, em agosto de 2020, desproveu os agravos de instrumento por unanimidade.[687]

---

[685] O desmonte da FUNAI, mediante o contingenciamento de recursos, interferências administrativas e inviabilização material de suas atividades, tem como símbolo mais trágico e emblemático o homicídio do indigenista Bruno Araújo Pereira e do jornalista britânico Dom Phillips. O crime bárbaro, aparentemente executado por pescadores ilegais (associados ao tráfico e ao garimpo), tem relações autoevidentes com o desmantelamento das políticas ambientais e indigenistas, especialmente na *Amazônia profunda*. *Cf.* BARRETO FILHO, Herculano. 'Escudo dos povos indígenas': quem era Bruno Pereira, morto na Amazônia. *UOL*, 15 jun. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/06/15/quem-foi-bruno-pereira-servidor-licenciado-da-funai-morto-na-amazonia.htm>.

[686] *Cf.* RODRIGUES, Thaís. 'Sérgio Camargo fora da Palmares: relembre polêmicas e ataques ao movimento negro'. *Alma Preta*, 31 mar. 2022. Disponível em: <https://almapreta.com/sessao/politica/sergio-camargo-fora-da-palmares-relembre-polemicas-e-ataques-aos-movimentos-negros>.

[687] *Cf.* STJ, Corte Especial, SLS nº 2650, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ*e* 13 ago. 2020: "AGRAVOS INTERNOS NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO POPULAR. PRESIDÊNCIA DA FUNDAÇÃO CULTURAL. ATO DE NOMEAÇÃO DE LIVRE ESCOLHA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INTERFERÊNCIA INDEVIDA DO PODER JUDICIÁRIO CARACTERIZADA. INTERESSE DE AGIR DA UNIÃO

A eficácia bloqueadora dos princípios constitucionais sobre o provimento de cargos públicos não foi reconhecida apenas quanto ao nepotismo. Mesmo nos cargos eletivos, em que a escolha é manifestação da soberania popular, há restrições extraídas de normas principiológicas já sedimentadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É o caso dos chamados '*prefeitos itinerantes*', alcaídes que, depois de eleitos e reeleitos em dado município, candidatam-se ao mesmo cargo em cidade vizinha. De acordo com o entendimento firmado, a figura dos prefeitos itinerantes (ou *profissionais*) viola a ideia de alternância de poder, que é inerente ao Princípio Republicano. No julgado paradigma, fica claro: o princípio é a base normativa da hipótese de inelegibilidade reconhecida pelos Ministros. [688]

Ou seja, princípios são *coisa séria*. Assim como são as regras constitucionais, de menor ou maior elasticidade semântica, que criam restrições específicas ao acesso a cargos políticos. Ambos devem, pois, ser direta e mandatoriamente observados por todos os agentes públicos, inclusive os políticos (*plano da conformação constitucional*); e a sua observância é passível de escrutínio pelo Senado Federal, nas indicações sujeitas à aprovação da Casa, e, em todo caso, pelo Poder Judiciário (*plano do controle político-jurídico*), desde que observados os parâmetros e graus propostos nos **Tópicos 5.2** e **5.3**.

EVIDENCIADO. OITIVA DO AUTOR DA AÇÃO POPULAR. DESNECESSIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STJ. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. 1. A análise do pedido de suspensão dispensa a prévia oitiva da parte contrária, providência facultada ao julgador quando a considere necessária para a formação de seu convencimento. 2. Incide em grave violação da ordem pública a decisão judicial que, a pretexto de fiscalizar a legalidade de nomeação realizada no âmbito do Poder Executivo, interfere, de forma indevida, nos critérios de conveniência e oportunidade do ato em questão, causando entraves ao exercício da atividade administrativa estatal". Vale apontar que, à época, o Ministro Noronha postulava um assento no STF, tendo adotado esdrúxulas decisões monocráticas em benefício do clã Bolsonaro, como aquela que concedeu prisão domiciliar a Fabrício Queiroz, ex-Chefe de Gabinete de Flávio Bolsonaro na ALERJ. *Cf.* 'Quem é Otávio de Noronha, presidente do STJ que concedeu prisão domiciliar a Queiroz'. *BBC*, 09 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53358224>.

[688] *Cf.* STF, RE 637485, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ*e* 21/05/2013: "O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade administrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação. Entendimento contrário tornaria possível a figura do denominado "prefeito itinerante" ou do "prefeito profissional", o que claramente é incompatível com esse princípio, que também traduz um postulado de temporariedade/alternância do exercício do poder. Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação teleológicas do art. 14, § 5º, da Constituição. O cidadão que exerce dois mandatos consecutivos como prefeito de determinado município fica inelegível para o cargo da mesma natureza em qualquer outro município da federação".

6.3. Requisitos formais das nomeações políticas

Os *cargos políticos* e os *cargos de confiança* são tradicionalmente compreendidos como postos de "*livre provimento e exoneração*".[689] Essa expressão malsinada, além sugerir que o preenchimento de cargos políticos ou em comissão pode se dar ao *puro arbítrio* da autoridade competente (*liberdade substantiva*), também acaba redundando numa *disparatada liberdade formal* das seleções e nomeações políticas: como se elas, por serem acentuadamente discricionárias, não necessitassem de fundamentações públicas, coerentes e ancoradas em finalidades coletivas, construídas no seio de um processo administrativo racionalizador.[690]

Ressalvadas as *nomeações complexas*, que só se aperfeiçoam mediante *aquiescência parlamentar*, a Constituição não estabelece *requisitos formais específicos* ao provimento de cargos políticos. Mas incidem, sobre tal atividade, os *limites formais gerais*, examinados no **Tópico 4.2**, que decorrem de *princípios constitucionais*, sobretudo o republicano, o democrático, o da publicidade e o da motivação; que, como afirmei, acabam por impor aos atos políticos o *imperativo da processualidade*.

O provimento dos cargos políticos – e, *a fortiori*, dos em comissão – não é *formalmente livre*; apenas não há *previsão legal* de *forma vinculada* para o preenchimento deles, como há em relação às vagas sujeitas a concurso público. Os atos políticos não são campo nem de *liberdade substantiva* nem de *liberdade formal*; o que há é discricionariedade, material e formal, no interior do quadro normativo definido pelas regras e princípios consagrados pela Constituição.[691]

Toda nomeação deve atender aos princípios constitucionais referidos. O que varia é a forma de implementação de tais valores: em alguns casos, exige-se a observância de procedimento objetivo, geral e vinculado, sujeito à disciplina legislativa minudente (o *concurso público*); e, noutros, viceja a liberdade de formas no plano legal, devendo-se buscar, em nível administrativo, a melhor forma de implementá-los conforme as circunstâncias de cada caso.

Como observado no **Capítulo 3**, a nomeação para cargos políticos é, em si mesma, um *ato político* – sujeito, portanto, a dilatadas margens de discricionariedade. Mas não há,

---

[689] A expressão "livre exoneração" era empregada pela Lei 8.112/90, mas acabou suprimida pela Lei 9.427/97, que reformulou a redação do artigo 9º, II, daquele diploma (que trata da nomeação em comissão, para cargos de confiança).

[690] Esse ponto foi enunciado no **Tópico 4.2**, com a nota de queria retomado e aprofundado aqui.

[691] E, nos casos de ressalva constitucional expressa, também mediante Leis integrativas (*vide* **Capítulo 3**).

também aqui, espaço para o arbítrio, para a dispensa do dever de fundamentação ou para a vedação do *judicial review*.

O raciocínio, como visto,[692] é o oposto. Nos atos intensamente vinculados à Lei, sobra pouco espaço para a vontade do administrador (*já que o Diploma predetermina seu conteúdo conforme a vontade do legislador*); de modo que *o ônus da motivação administrativa* pode ser suprido com mera referência legal. [693] Nos atos sujeitos a *elevado grau de discricionariedade material*, por outro lado, o *ônus formal da processualidade administrativa* adquire intensidade máxima. Quanto maior é o espaço da discricionariedade (*poder de escolha; de ação voluntária*), maiores são o *peso da responsabilidade* e o *ônus da justificativa*.

Na admissão de pessoal via concurso público, o ato de nomeação decorre da aplicação técnico-burocrática da Lei, de modo que ele pode ser justificado por mera remissão ao procedimento administrativo referente à homologação do certame. Nas nomeações para *cargos políticos* ou *de confiança*, o dever de motivação, em vez de inaplicável, torna-se mesmo crítico para a afirmação da legitimidade político-jurídica do ato de provimento discricionário.

As nomeações políticas precisam ser adequadamente motivadas e, por terem normatização de baixa densidade semântica em nível exclusivamente constitucional, a deliberação de agentes políticos a seu respeito deve ser feita no interior de um processo administrativo que vise à configuração lógico-racional do seu conteúdo e justificativa, à luz do interesse público.

Em nível constitucional, seria conveniente prever, em nome da clareza e da *pedagogia institucional*, a aplicação do dever de processualidade e de justificativa curricular específica para o provimento discricionário de cargos públicos.[694] O dever da motivação, ainda que sucinta, porém, já decorre da Constituição e, como destaquei no **Tópico 4.2**, quando os agentes políticos logram se desincumbir dele adequadamente, acabam por inibir a intervenção judicial.

---

[692] *Vide* **Tópico 4.2**.

[693] A referência à '*vontade administrativa*' se justifica na medida em que os atos de gestão de pessoal, no âmbito dos Poderes Públicos, sempre traduzem o exercício, típico ou atípico, da função administrativa. Quando uma autoridade do Poder Judiciário ou Legislativo nomeia alguém, age como '*administrador*'.

[694] Na verdade, todas as ações discricionárias do Estado devem ser revestidas desses atributos formais, sob pena de sua ilegitimidade político-jurídica. A ressalva específica ao provimento de cargos políticos e comissionados parece, contudo, justificar-se diante das patologias descritas no **Tópico 6.1**.

Em nível infralegal, é oportuno que os Poderes e órgãos autônomos regulamentem os procedimentos de seleção, nomeação e exoneração para os cargos políticos e em comissão – estabelecendo suas partes obrigatórias (*e.g.*, currículo do selecionado, critério de seleção, justificativa da escolha, indicações políticas e conflitos de interesse) e facultativas (*e.g.*, atas, recomendações, metas, planos ou projetos). A processualização do provimento de cargos políticos e comissionados gerará, sem comprometer a faculdade de agência administrativa, significativo incremento na conformação do Estado brasileiro pelo princípio republicano.

6.4. O controle jurídico-político das nomeações políticas

No **Tópico 2.1**, em razão (*i*) da supremacia normativa da Constituição; (*ii*) do princípio republicano; (*iii*) da garantia da inafastabilidade do controle judicial; e (*iv*) da Separação dos Poderes, afirmei a *controlabilidade jurídica* dos atos políticos, inclusive perante o Poder Judiciário.[695] No **Capítulo 4**, debrucei-me sobre os requisitos de validade dos atos políticos; tendo desenvolvido, nas últimas seções, algumas aplicações particulares de tais requisitos às *nomeações políticas* (**Tópicos 6.2** e **6.3**).

No **Tópico 5.1**, quando examinei os mecanismos de controle parlamentar dos atos políticos, analisei a competência privativa do Senado de aprovar a nomeação de autoridades para cargos políticos.[696] Nesse caso, afirmei que a nomeação terá natureza de *ato político complexo*; aperfeiçoando-se apenas mediante a conjugação volitiva entre o Presidente e a maioria do Senado Federal.

O controle de nomeações pelo parlamento admite ampla revisão do *mérito da escolha*; na medida em que ela é mesmo compartilhada, pela Constituição, entre o Executivo e o Legislativo. Ou seja: a mera avaliação política de que ela *não é boa*; justifica a objeção ao nome indicado pelo Presidente,[697] na lógica do controle parlamentar preventivo (*vide* **Tópico 5.1**).

Até o século XX, o papel do Senado Federal na escolha de autoridades era discreto e protocolar. A Casa, entre as *mordaças do autoritarismo* e a *permissividade do fisiologismo*, não apresenta histórico de oposição ou vigilância em relação às indicações do Poder Executivo. Datam do Século XIX, mais especificamente do conturbado Governo Floriano

---

[695] O único limite subjetivo da jurisdição constitucional é, como tenho repetido, o produto normativo do Poder Constituinte Originário. Nada mais. *Vide* **Capítulo 2** e **Capítulo 5**.

[696] *Cf.* Constituição Federal de 1988, art. 52, III e IV. Por força do art. 52, III, alínea '*f*', essa competência do Senado se estende a "titulares de outros cargos que a lei determinar".

[697] Faço ressalva para circunstâncias de abusos ou desvios manifestos nas deliberações parlamentares; o que justificaria a anulação e, em seguida, a repetição da sessão deliberativa (*vide* **Tópico 4.4**).

Peixoto (1891-1894), os únicos episódios de rejeição, pelo Senado, aos nomes indicados pelo Presidente para o Supremo Tribunal, por exemplo.[698]

Nos últimos anos, à medida que se incrementou a relevância do Judiciário e do Ministério Público, cresceu o interesse no processo de escolha das autoridades de cúpula de tais órgãos e, com ele, a duração, a cobertura e os embates nas sabatinas e votações realizadas pelo Senado.[699]

Para o aperfeiçoamento da nomeação, o que importa é aprovação, em Plenário. No entanto, a realização da sabatina e a votação do relatório, perante a Comissão competente,[700] é antecedente necessário da apreciação do nome pelo conjunto dos Senadores.

Essa circunstância acaba por permitir a obstrução parlamentar da nomeação presidencial, seja por meio da não designação de relator, seja pela não inclusão da respectiva Mensagem em pauta. O Senador Davi Alcolumbre, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, foi recentemente acusado, por seus pares, de morosidade deliberada no agendamento da sabatina do Ministro André Mendonça, que ficou pendente por quase 5 meses, e chegou mesmo a ser objeto de ação proposta perante o Supremo Tribunal Federal.[701]

Como mencionado no **Capítulo 1**, no ano final do Governo de Barack Obama, o Senado dos EUA, de maioria Republicana àquela altura, recusou-se a apreciar a sua indicação para a Suprema Corte; concedendo a Donald Trump a chance de preencher uma vaga aberta ainda na

---

[698] Entre os nomes indicados ao Supremo rejeitados pelo Senado, o mais notável é o de Barata Ribeiro, médico baiano, que havia sido prefeito do Rio de Janeiro e chegou a exercer o cargo de Ministro do STF por 10 meses. As cinco rejeições ocorreram na turbulenta gestão do Marechal Floriano, período de anormalidade institucional e democrática, em que os conflitos entre os Poderes foram frequentes. Naquela época, ademais, era dado ao Senado exercer tal competência mesmo após a posse. *Cf.* WESTIN, Ricardo. "Senado já rejeitou médico e general para o STF". Publicado no *Jornal do Senado*, em 01/06/2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/senado-ja-rejeitou-medico-e-general-para-o-stf>.

[699] *Cf.* JORGE, Álvaro Palma de. *Supremo Interesse*: a evolução do processo de escolha dos ministros do STF. Rio de Janeiro: Synergia, 2020, p. 67-117.

[700] A aprovação final da indicação do Presidente da República é sempre de competência do Plenário do Senado Federal. No entanto, a arguição do candidato deve ser realizada no âmbito de uma das Comissões Permanentes da Casa. Ministros de Tribunais Superiores, assim como o Procurador-Geral da República, são sabatinados pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ. Diplomatas o são perante a Comissão de Relações Exteriores – CRE. A sabatina de autoridades indicadas para o Banco Central ou para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ocorre perante a Comissão de Assuntos Econômicos – CAE. Para a Diretoria de Agências Reguladoras, as comissões competentes costumam ser a de Assuntos Sociais (CAS), responsável por ANVISA e ANS, e a de Infraestrutura (CI), que responde pela ANATEL, ANAC, ANTT, ANTAQ, ANM.

[701] *Cf.* SANTOS, Rafa. "Lewandowski nega pedido para obrigar Alcolumbre a sabatinar André Mendonça". *Consultor Jurídico*, 11 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-11/lewandowski-nega-pedido-obrigar-alcolumbre-sabatinar-mendonca>.

gestão Democrata.[702] Também há notícias do expediente reverso: a omissão prolongada, por parte do Presidente da República, em indicar magistrados, com vistas a dificultar ou mesmo inviabilizar, por falta de quórum deliberativo, o funcionamento das Cortes Superiores.[703]

Regressando ao Brasil e ao caso de Eduardo Bolsonaro, foi a pressão do Senado, especialmente dos membros da Comissão de Relações Exteriores,[704] que demoveu o Presidente do intento de indicar o filho para chefiar a Embaixada brasileira em Washington; que já havia mesmo recebido o '*agrément*' do Governo Trump.[705]

Esses episódios mostram que a obstrução é um instrumento que pode servir (ou ferir) a *qualquer Senhor*. Pode ter legitimidade e utilidade, desde que empregado com parcimônia. Estados obstrutivos prolongados, no entanto, são prejudiciais às próprias instituições, de modo que se deve buscar, a cada caso, determinar o limite entre o *direito* e o *abuso do direito*, no binômio constitucional da harmonia e independência entre os Poderes.[706]

A sabatina, que é pública (*com exceção daquelas para postos diplomáticos*), é um instrumento poderoso, e ainda subutilizado, de pressão e controle político das indicações presidenciais.[707] Ao exigir a aquiescência parlamentar como condição de aperfeiçoamento de

---

[702] *Cf.* SMITH, David. "Obama supreme court nominee will not get Senate hearing, say key Republicans". *The Guardian*, 23 fev. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/law/2016/feb/23/obama-supreme-court-nominee-senate-hearing-vote>. Essa manobra, de 2016, foi responsável por garantir hegemonia aos juízes conservadores da Suprema Corte; o que tem movido a Corte em favor do Partido Republicano (*vide* **Capítulo 1**) e permitido a revisão de precedentes constitucionais sedimentados, como o histórico *Roe v. Wade* (1973), que reconhecera o direito constitucional à interrupção da gestação. *Cf.* GLENZA, Jessica *et. al*. 'US supreme court overturns abortion rights, upending Roe v Wade'. *The Guardian*, 24 jun. 2022. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2022/jun/24/roe-v-wade-overturned-abortion-summary-supreme-court>.

[703] *Cf.* BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228 e seg.

[704] *Cf.* LELLIS, Leonardo. 'Oposição diz ter votos para barrar Eduardo Bolsonaro em embaixada'. *Veja*, 17 jul. 2019. Disponível: <https://veja.abril.com.br/politica/oposicao-conta-com-votos-para-barrar-indicacao-de-eduardo-bolsonaro/>.

[705] *Cf.* WETERMAN, Daniel. 'EUA dão aval para indicação de Eduardo Bolsonaro a embaixador em Washington'. *O Estado de S. Paulo*, 09 ago. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,itamaraty-informa-que-recebeu-aval-dos-eua-para-eduardo-na-embaixada,70002960815>.

[706] Sobre o assunto, consulte-se o trabalho do Professor Tushnet sobre o dito "jogo duro constitucional". *Cf.* TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *J. Marshall L. Rev.*, Vol. 523, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1557&context=facpub>.

[707] Em 2020, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro rejeitou, pela primeira vez, um nome indicado para compor agência reguladora estadual. Bernardo Sarreta, indicado ao cargo de Conselheiro da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio – AGENERSA, foi rejeitado pela ALERJ devido à falta de experiência profissional, tal qual estipulado pela Constituição Estadual, e ao seu embaraçoso desempenho na sabatina realizada pela Comissão de Normas Internas e Proposições Externas. *Cf.* NATARIO, Gustavo. "Comissão da ALERJ rejeita indicação de Bernardo Sarreta ao cargo de Conselheiro da AGENERSA". Publicado no portal da *ALERJ*, em 04 fev. 2020. Disponível em: <https://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/48134?AspxAutoDetectCookieSupport=1>.

certas nomeações políticas, contudo, reitere-se: a Constituição exonera os Senadores da deferência e autocontenção necessárias à revisão das escolhas presidenciais pelo Judiciário. É dizer: o Senado pode reavaliar desassombradamente as indicações do Presidente e, até pela natureza do processo parlamentar, o ônus argumentativo que recai sobre os Senadores é sensivelmente inferior ao dos magistrados.

O controle judicial das nomeações políticas segue *lógica diversa*, devendo observar os *parâmetros decisórios* e os *graus de intensidade* propostos nos **Tópicos 5.2** e **5.3**, respectivamente. Em primeiro lugar, o *judicial review* não é necessário à formação do ato, sendo deflagrado apenas por provocação de parte com legitimidade processual e, nas hipóteses pertinentes, deve respeitar a dimensão cronológica da primazia do controle parlamentar; quando aplicável.[708] Em segundo lugar, o *judicial review* sujeita-se aos princípios da deferência e do ônus argumentativo reforçados: a escolha do Presidente só deve ser afastada pelo Judiciário se transgredir regra constitucional objetiva ou violar, de forma inequívoca e irreconciliável,[709] normas constitucionais de maior ductibilidade semântica, reclamando a decisão fundamentação robusta e específica, a partir da normatividade constitucional.

No **Tópico 5.2**, tratei também do princípio da colegialidade; com vistas a restringir a deliberação monocrática no controle judicial dos atos políticos; tendo em conta a prevenção de arbítrios individuais e a preservação do capital institucional dos Tribunais.

De todo modo, como assinalei no **Tópico 4.1**, a ideia de que o controle judicial não incide sobre o mérito da escolha política – e, *a fortiori*, sobre o mérito administrativo – é objetivamente equivocada. As nomeações discricionárias não se pautam apenas por insondáveis critérios de oportunidade e conveniência, porquanto limitadas pela normatividade constitucional. O controle judicial deve ceder apenas quando lhe faltar *parâmetro normativo* expresso ou implícito, de base constitucional ou legal, articulado mediante regras ou princípios.

---

[708] Nas nomeações presidenciais sujeitas à confirmação parlamentar, o controle preventivo do parlamento deve vir antes do controle repressivo do Judiciário; até como forma de preservação institucional do Supremo Tribunal Federal; o Legislativo, além de maior legitimidade democrática para o controle, reúne melhores condições de absorver o desgaste institucional gerado pela infirmação da nomeação presidencial (*vide* **Tópico 5.2**).

[709] Nos casos em que a harmonização constitucional do ato político for hermeneuticamente possível, terá lugar a diretriz do 'máximo aproveitamento do ato político viciado' (*vide* **Tópico 5.2**).

Não há, propriamente, uma jurisprudência consolidada quanto à revisão judicial das *nomeações políticas*. No entanto, existem julgados relevantes a respeito do tema, de modo que é possível apontar tendências, acertos e equívocos no tratamento da matéria pelo Judiciário.

Em precedente relatado pelo Min. Dias Toffoli, o STF reconheceu que os requisitos de "idoneidade moral" e "reputação ilibada", constitucionalmente exigidos para o cargo de Conselheiro de Contas, são passíveis de serem "aferidos de forma objetiva", inclusive pelo Poder Judiciário.

> Em que pese a indeterminação dos conceitos de 'idoneidade moral' e 'reputação ilibada' e a necessária interpretação tenho que os poderes legislativo e executivo, ao indicarem e nomearem o apelante Natanael José da Silva deveriam descrever o preenchimento dos requisitos constitucionais. Idoneidade moral e reputação ilibada podem, sim, ser aferidos de forma objetiva pela análise da vida funcional e pessoal do candidato a tão honroso e importante cargo público.[710]

No julgado, o Relator ainda apontou que competiria aos Poderes Executivo e Legislativo "descrever o preenchimento dos requisitos constitucionais" – em linha com o dever de motivação e a exigência de processualização examinados nos **Tópicos 4.2** e **6.3**.

Nesta última década, de convulsões políticas recorrentes, o Poder Judiciário, em geral, e o Supremo Tribunal, em particular, foram por diversas vezes instados a examinar a validade de indicações controversas para cargos proeminentes do Poder Executivo.

Permito-me iniciar a análise desse conjunto de julgados retomando um caso antecipado no **Tópico 5.3**, quando tratei da diretriz do *máximo aproveitamento dos atos políticos viciados*.

Em 16 de março de 2016, cerca de um mês antes da abertura do processo que culminou no seu afastamento, Dilma Rousseff nomeou o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva para o Ministério da Casa Civil. O movimento atípico encontrava justificativa na tarefa prioritária do Governo naquele momento: a articulação política para a rejeição do *impeachment*.[711] No entanto, havia outra circunstância atípica no caso: embora ainda não fosse réu e o Ministério Público não houvesse sequer o denunciado, Lula já era àquela altura investigado no âmbito da Operação Lava-Jato, em Curitiba.

---

[710] *Cf*. STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 696.375, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ*e* 20 nov. 2013.

[711] É notória a capacidade de articulação política do ex-Presidente, especialmente no que toca ao Congresso Nacional. Haveria, assim, *razão de ser* na sua nomeação como Ministro da Casa Civil àquela altura, já que a Pasta é responsável pelo gerenciamento e pela integração das ações governamentais (Lei nº 13.844/2019, art. 3º).

O Partido da Social-Democracia Brasileira (PSDB) e o Partido Popular Socialista (PPS), antiga denominação do Cidadania, impetraram Mandado de Segurança Coletivo perante o STF contra o ato de nomeação, alegando *desvio de finalidade*. Os impetrantes argumentaram que a nomeação impugnada seria um expediente ilícito para burlar, por meio do foro por prerrogativa da função de Ministro de Estado, a competência da 13ª Vara-Federal de Curitiba.

Em 18 de março de 2016, o Ministro Gilmar Mendes, relator dos Mandados de Segurança nº 34.070 e 34.071, deferiu medida liminar para suspender a eficácia da nomeação e determinar a manutenção da competência da justiça de primeiro grau para os procedimentos criminais em desfavor do ex-Presidente. Para o relator do caso, a prova do *détournement de pouvoir* seria uma interceptação telefônica extemporânea de chamada envolvendo a Presidente da República, que fora determinada e tornada pública, naquele mesmo dia, pelo ex-juiz Sérgio Moro, então titular da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Há três incongruências na decisão em comento. Duas delas, aliás, foram posteriormente reconhecidas e reparadas pelo Supremo. A primeira tem que ver com o foro por prerrogativa de função. Na jurisprudência superada do STF, o dito '*foro especial*' valia para quaisquer delitos, independentemente do objeto e da cronologia do crime. De acordo com a orientação a que chegou à Corte em 2018,[712] a prerrogativa deve alcançar apenas os crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções públicas desempenhadas.[713]

Ou seja: se o atual entendimento do STF quanto à extensão do foro especial já prevalecesse ao tempo da nomeação de Lula para a Casa Civil, não haveria espaço para o *desvio de finalidade alegado*. E aqui entra outra falha técnica da decisão: o ato político impugnado poderia ter o seu núcleo preservado, sem prejuízo do afastamento da suposta burla processual.

Como propus no **Tópico 5.3**, técnicas decisórias menos interventivas e binárias, similares à lógica da '*interpretação conforme a Constituição*', são capazes de permitir o '*máximo aproveitamento de atos políticos viciados*'; afastando os elementos e efeitos inconstitucionais sem suprimir o ato nem o poder de praticá-lo da autoridade constitucionalmente competente.

---

[712] *Cf.* STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018. A decisão constou do Informativo n. 900, do STF.

[713] Na virada do milênio, a jurisprudência do STF também já havia assinalado que a prerrogativa de foro se extingue uma vez findo o exercício da função pública que o justifica; de modo que, ressalvados os casos de burla ou ameaça à efetividade da jurisdição penal, os autos correspondentes devem ser baixados à Justiça de primeiro grau quando o réu deixar o cargo. A decisão adotada no Inq 687 QO/SP, relatado pelo Min. Sydney Sanches, levou ao cancelamento da Súmula 394 do STF (que apontava a ultratividade do foro especial).

O aproveitamento, ainda que parcial, de atos políticos viciados tende a ser mais bem recebido pelos Poderes controlados do que *fulminações totais*; contribuindo para a preservação qualitativa das relações institucionais, sem que o STF se dispense do dever de tutelar a supremacia da Constituição.

No caso analisado, bastaria restringir temporalmente a eficácia do foro especial para Ministro de Estado, como afinal acabou fazendo em abstrato a Corte, que não restariam óbices à nomeação. Por fim, e com grande mora, o Supremo Tribunal acabou reconhecendo também a incompetência da 13ª Vara-Federal de Curitiba, além da suspeição de seu ex-Juiz Titular, nos processos criminais que se desdobraram das investigações que justificaram a suspensão da posse de Lula como Ministro de Estado.[714-715]

Outro caso bastante noticiado, que também já foi mencionado *en passant*, foi o da ex-Deputada Cristiane Brasil. Logo após sua nomeação para o Ministério do Trabalho, durante o governo de Michel Temer, a posse foi suspensa por decisão da 4ª Vara Federal de Niterói.[716] Ofensa ao princípio da moralidade administrativa foi o motivo alegado pelos Autores Populares e reconhecido pela Justiça Federal de Niterói; na medida em que a Deputada designada para chefiar a pasta do Trabalho teria sido condenada em duas reclamações trabalhistas.

A decisão liminar, mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região,[717] foi, na sequência, cassada pelo Superior Tribunal de Justiça[718] e reestabelecida pelo Supremo

---

[714] *Cf.* STF, Tribunal Pleno, HC 193.726, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. do Acórdão Min. Gilmar Mendes, Rel. do último incidente Min. Edson Fachin (HC-AgR-AgR-segundo), decisões publicadas entre 04 fev. 2021 e 07 out. 2021.

[715] As decisões do STF, ao contrário da narrativa abraçada por setores à esquerda do espectro político, não implicaram a absolvição do ex-Presidente. Os processos foram anulados, tardiamente, com base em vícios processuais sabidos e ressabidos: a incompetência do juízo e a suspeição do juiz. Em minha avaliação, a despeito dos conluios e da violação sistemática e espetaculosa das garantias processuais penais, as ações criminais em desfavor de Lula eram *juridicamente frágeis*, tanto no que se refere às teses acusatórias, como no que toca às provas produzidas pelo MPF. Isso não significa, porém, que o ex-Presidente tenha recebido qualquer chancela ética do Judiciário; nem que deva ser exonerado da *responsabilidade política* sobre o esquema colossal de corrupção – transpartidário, público-privado, para fins de disputa eleitoral e de enriquecimento pessoal –, que tomou conta de órgãos, entidades e empresas estatais submetidas ao seu poder hierárquico. A persecução criminal, contudo, sob pena de nulidade, precisa respeitar os inflexíveis ditames do devido processo legal.

[716] A liminar foi proferida nos autos da Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102, pelo Juiz Federal Leonardo da Costa Couceiro. A decisão está disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-suspende-posse-cristiane-brasil.pdf>.

[717] *Cf.* TRF-2, Suspensão de Liminar 0000114-14.2018.4.02.0000, Rel. Des. Fed. Guilherme Couto de Castro, j. em 09 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trf-mantem-cristiane-brasil-fora.pdf>.

Tribunal Federal, em sede de reclamação.[719] Após todo esse imbróglio, o Governo revogou a nomeação; prejudicando o seguimento da ação popular e a apreciação colegiada da liminar.[720]

Há, na decisão analisada, problemas de mérito e de forma, além de uma inconsistência processual. Em primeiro lugar, a ofensa vislumbrada ao princípio da moralidade não encontra respaldo legal, jurisprudencial ou doutrinário; nem pode ser diretamente deduzida de seu núcleo. Além disso, a justificativa do julgado mostra-se insuficiente e lacônica, consistindo basicamente na invocação retórica do princípio da moralidade. Ou seja: as decisões liminares não observaram (*i*) o ônus da deferência reforçada; (*ii*) o ônus argumentativo reforçado; nem, ao nível dos Tribunais, (*iii*) o princípio da colegialidade (*vide* **Tópico 5.2**).

Além disso, as decisões desfavoráveis à União, aplicaram grau de intensidade inadequado ao vício impugnado; as transgressões a princípios constitucionais de baixa densidade semântica sujeitam-se a *controle fraco*, de modo que "a suspensão ou a invalidação do ato político deve ser excepcional, apenas para casos gritantes; demandando fundamentações especialmente minuciosas e zelosas" (*vide* **Tópico 5.3**). Não houve ponderação mínima entre a gravidade do vício identificado e o princípio da independência harmônica entre os Poderes; a revelar a impropriedade da intrusão judicial que se operou.

Por derradeiro, o caso permite uma ilustração clara do problema da multiplicidade de ações contrárias a um mesmo ato político, que examinei ao fim do **Tópico 5.2**. Outras duas ações populares, de conteúdo idêntico, foram distribuídas, na mesma data (08 jan. 2018), nas Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e de Magé. Nestas últimas demandas, os magistrados indeferiram os pedidos liminares de suspensão da posse, que teria ocorrido no dia seguinte (09/01), não fosse a decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Federal de Niterói.

Todas as três decisões foram proferidas no mesmo dia, nos autos de três ações populares idênticas, movidas por um só grupo de advogados trabalhistas.[721] O episódio mostra as

---

[718] *Cf.* Suspensão de Liminar e de Segurança n. 2.340/RJ. A decisão monocrática favorável à União foi adotada pelo Min. Humberto Martins, à época Vice-Presidente no exercício da Presidência do STJ, em 20 jan. 2018.

[719] *Cf.* Reclamação nº 29.408. Após o deferimento parcial da liminar, em 22/01/2018, a Reclamação foi julgada procedente em 14/02/2018 pela Min. Carmen Lúcia, então Presidente do STF.

[720] No **Tópico 5.3**, ao tratar do *princípio da colegialidade*, destaquei: "Em casos vários, notadamente nos atos políticos de nomeação de autoridades, as decisões monocráticas contrarrepresentativas tendem a se tornar definitivas, em função do tempo e da lógica da Política, antes mesmo de o colegiado se reunir para apreciar a liminar solitária. Na suspensão liminar da posse de um Ministro de Estado, por exemplo, dificilmente a Presidência da República poderá aguardar os lapsos típicos à ultimação dos processos judiciais. Se a questão não for equacionada em poucos dias, o Presidente se verá forçado a abandonar a indicação original e escolher outro nome. Processualmente, isso leva (*i*) à extinção da ação impugnativa, sem julgamento de mérito, por perda de objeto e (*ii*) a petrificação informal da decisão monocrática".

dificuldades de implementação do mecanismo de prevenção e litispendência previsto no artigo 5º, § 3º, da Lei 4.717/65.[722] Além disso, evidencia-se também a inadequação institucional – ao menos, à luz da estrutura judiciária brasileira – do *controle abstrato* de atos políticos por magistrados de primeiro grau.

O controle de constitucionalidade *difuso-incidental* da produção legislativa é admitido na tradição constitucional brasileira desde a Proclamação da República; mas produz apenas efeitos *inter partes*. No caso da impugnação de atos políticos não normativos, mediante ações constitucionais subjetivas, as decisões judiciais frequentemente implicam a suspensão ou anulação do ato político *itself*; produzindo efeitos *erga omnes* e obstando a ação política visada pela autoridade competente.[723]

O problema da multiplicidade de ações, a singularidade decisória (*de início*), o périplo recursal (*na sequência*) e a maior vulnerabilidade ao aliciamento político[724] contraindicam a competência da Justiça Federal para o exame, a título de questão principal, da validade de atos políticos do Presidente da República.

A correção desse problema, contudo, pressupõe a reforma da Constituição. O *judicial review* dos atos políticos do Presidente ficaria bem incluído no rol de matérias sujeitas à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Dada à gravidade institucional da suspensão ou da anulação judicial de atos políticos, mesmo o STF, ao fazê-lo, deve observar a diretriz da colegialidade (*vide* **Tópico 5.2**) – de modo a fortalecer a dignidade, a

---

[721] As três exordiais estampavam, no cabeçalho, a logo do '*Movimento dos Advogados Trabalhistas Independentes – MATI*'.

[722] Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 3º: "A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos".

[723] Parece mais próprio, à luz de nosso modelo misto de jurisdição constitucional, que aos juízos de piso só toquem aferir a legitimidade constitucional dos atos políticos a título de questão prejudicial, no bojo de um processo subjetivo (ou seja: incidentalmente à composição da lide); de modo que o juízo de inconstitucionalidade (*i*) não conste da parte dispositiva do julgado, mas da fundamentação; (*ii*) não produza coisa julgada em sentido material e (*iii*) não alcance sujeitos que não integraram a relação processual. A aplicação de Decreto de Indulto a um apenado concreto pode ser incidentalmente afastada, pelo juízo da vara pena ou da vara de execução penal competente. Mas só o STF pode declará-lo inconstitucional com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*. Acredito que o sistema deveria oferecer esse tratamento a todos os atos políticos, em razão do seu fundo normativo constitucional e de sua invulgar relevância institucional.

[724] Como examinado no **Capítulo 3**, a Constituição coloca sob a alçada do Presidente o provimento direto de diversos cargos em Tribunais de segunda instância e em Tribunais Superiores, além do próprio STF. Nessa perspectiva, apenas os Ministros do Supremo seriam insuscetíveis ao aliciamento presidencial; não por transcendentes escrúpulos de consciência, mas pela falta de cargo mais atrativo, em termos de poder, prestígio ou rendimentos. Evidentemente, a corrupção pode ser engendrada mediante outros ativos; mesmo em pecúnia. Além disso, pode-se argumentar que a proximidade, inclusive física, entre o Supremo e os demais Poderes facilita a cooptação dos Ministros, em comparação com os mais de 1.300 Juízes Federais espraiados pelo Brasil.

definitividade e a coercitividade do provimento; e reduzir a instabilidade, o arbítrio e o oportunismo propiciados pela monocratização da jurisdição no âmbito dos Tribunais, inclusive o Supremo.[725]

Ou seja: a proposta de concentração do *judicial review* abstrato dos atos políticos no STF, consoante a proposta conceitual formulada no **Capítulo 3**, tem como premissa a revalorização e o fortalecimento da *colegialidade*.

Mais recentemente, o STF enfrentou outro ruidoso questionamento à *nomeação discricionária* da Presidência da República. O Delegado Alexandre Ramagem foi nomeado, pelo Presidente, para a Direção-Geral da Polícia Federal, em 27 abr. 2020. O Partido Democrático Trabalhista impetrou Mandado de Segurança contra a nomeação de Ramagem. A relatoria da impetração foi distribuída ao Min. Alexandre de Moraes, que, em 29 abr. 2020, suspendeu a eficácia do ato e impediu a posse do novo Diretor-Geral da PF.

A impetração do PDT e a decisão de Moraes apontaram que a nomeação fora praticada em *desvio de finalidade* (*vide* **Tópico 4.4**). A conclusão se baseou nas denúncias de interferência política na PF apresentadas por Sérgio Moro, na entrevista coletiva que antecedeu a sua exoneração do cargo de Ministro da Justiça.[726] Também foram juntados aos autos provas de convívio íntimo entre Alexandre Ramagem e os filhos do Presidente da República, que eram alvo de inquéritos em trâmite na Polícia Federal. De acordo com a decisão de Moraes:

> O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito, e, portanto, as escolhas e nomeações realizadas pelo Presidente da República devem respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, podendo, excepcionalmente nesse aspecto, o Poder Judiciário analisar a veracidade dos pressupostos fáticos para a sua celebração. (...) O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, portanto, tem o dever de analisar se determinada nomeação, no exercício do poder discricionário do Presidente da República, está vinculada ao império constitucional, pois a opção conveniente e oportuna para a edição do ato administrativo presidencial deve ser feita legal, moral e impessoalmente pelo Presidente da República, podendo sua constitucionalidade ser apreciada pelo Poder

---

[725] O espaço para decisões monocráticas, no controle de atos políticos, deve ser excepcional e breve, na linha do princípio da colegialidade (*vide* **Tópico 5.2**). A respeito da monocratização da jurisdição no âmbito do STF, consulte-se: ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro. Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, vol. 37, p. 13–32, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&nrm=iso>.

[726] *Cf.* 'Sergio Moro pede demissão do Ministério da Justiça e denuncia interferência política na PF'. *RFI*, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/brasil/20200424-sergio-moro-pede-demissão-do-ministério-da-justiça-e-denuncia-interferência-política-na-pf>.

> Judiciário, pois na sempre oportuna lembrança de ROSCOE POUND, 'a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto'.[727]

No caso de Ramagem, mais do que a solidez da denúncia, respaldada até por confissões gravadas do Presidente,[728] o fator decisivo que levou à atuação do STF foi o risco de degeneração institucional da Polícia Federal – órgão competente pelo exercício exclusivo da função de polícia judiciária da União, inclusive no âmbito das investigações criminais que tramitam no Supremo. Para os impetrantes, o Presidente almejaria "o aparelhamento particular – mais do que político, portanto – de órgão qualificado pela lei como de Estado".

Sob ótica técnica-jurídica, como mencionei no **Capítulo 3**, a nomeação de Ramagem não perfaz um ato político. Falta-lhe, para tanto, o atributo do *fundamento normativo constitucional direto e bastante*. O cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, bem como a competência presidencial de provê-lo discricionariamente, dentre os Delegados Federais de Classe Especial, foram criados por diploma legislativo: a Lei Federal nº 9.266/1996.[729]

Por prudência jurídico-política, contudo, tendo em conta a relevância e a delicadeza institucional do caso, seria recomendável que o Supremo observasse os parâmetros, técnicas e graus de controle propostos nos **Tópicos 5.2** e **5.3**, com o fito central de preservar a autoridade da Corte perante os demais Poderes.[730]

A decisão monocrática de Moraes passaria em quase todos os filtros propostos. Isso porque o Ministro vislumbrou, no ato objeto da impetração, potencial de degradação democrático-institucional; o que, conforme proposto no **Tópico 5.3**, enseja *controle forte*, mas *ônus argumentativo ultrarreforçado*. Em 15 *laudas densas*, o Ministro fundamentou adequadamente sua decisão liminar. As circunstâncias do caso, ademais, justificavam a

---

[727] *Cf*. STF, MS 37.097, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática assinada em 29 abr. 2020 e publicada no DJ*e* de 04 mai. 2020.

[728] Inclusive durante a reunião ministerial do dia 22 de abril de 2020, cujas gravações foram tornadas públicas por decisão do Ministro Celso de Mello. *Cf*. D'AGOSTINO, Rosanne. "Ministro retira sigilo do vídeo de reunião que Moro diz ser prova da interferência de Bolsonaro na PF". Publicado no portal *G1*, em 22/05/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-retira-sigilo-do-video-de-reuniao-que-moro-diz-ser-prova-da-interferencia-de-bolsonaro-na-pf.ghtml>.

[729] *Cf*. Lei nº 9.266/1996, art. 2º-C: "O cargo de Diretor-Geral, nomeado pelo Presidente da República, é privativo de delegado de Polícia Federal integrante da classe especial. (Redação dada pela Lei nº 13.047/2014).

[730] *Cf*. CRUZ, Valdo. 'Bolsonaro ameaça descumprir primeira decisão que STF proferir contra atos de seu governo'. *G1*, 05 ago. 2021: "Bolsonaro comentou com interlocutores que vai esperar a primeira liminar do Supremo derrubando algum de seus atos para descumpri-la. Ele chegou a citar que, se fosse hoje, não respeitaria a liminar concedida por Alexandre de Moraes que impediu a posse de Alexandre Ramagem como diretor da Polícia Federal". Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/valdo-cruz/post/2021/08/05/bolsonaro-ameaca-descumprir-primeira-decisao-do-stf-contra-atos-de-seu-governo.ghtml>.

exceção ao princípio da colegialidade, ante (*i*) a gravidade da lesão constitucional identificada e (*ii*) o risco de irreparabilidade do dano (*vide* **Tópico 5.2**).

No entanto, Moraes falhou ao não liberar sua monocrática imediatamente à revisão do Plenário, presencial ou virtual. O Ministro houve por bem determinar: (*i*) a intimação do Presidente da República; (*ii*) a ciência, inclusive por WhatsApp, do Advogado-Geral da União; e, após, (*iii*) o encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral da República, para apresentação de parecer. Uma vez mais, o itinerário processual adotado levou à cristalização definitiva da monocrática, antes de sua apreciação colegiada;[731] na medida em que o Presidente acabou desistindo da escolha original e nomeando outro Diretor-Geral à PF.[732]

A expansão da conformação constitucional e do controle jurídico-político dos atos discricionários de provimento de pessoal – tanto as *nomeações políticas* como as nomeações para *cargos em comissão* (de natureza administrativa) – são providências urgentes e necessárias para a superação dos antigos *déficits ético-republicanos* do Estado brasileiro; que o condenam à *apropriação privada* e à *ineficiência atávica*.

A Separação dos Poderes deve estar a serviço da tutela e da implementação das demais normas da Constituição; e não servir de garantia para a sua transgressão impune. Os atos políticos, como qualquer ato do Estado, são passíveis de controle jurídico-político, inclusive pelo STF, em instância única ou final. É preciso apenas que a sua revisão se dê de forma compatível com a natureza peculiar que possuem, consoante às diretrizes e intensidades propostas no **Capítulo 5** e acima pormenorizadas, à luz da jurisprudência recente do Supremo.

---

[731] No **Tópico 5.2**, escrevi: "Como no âmbito do *judicial review* de atos políticos as decisões monocráticas não são próprias, é preciso que, quando forem inevitáveis, o plenário possa revertê-las imediatamente. No âmbito dos Tribunais em geral, o controle do colegiado pode se dar na primeira sessão subsequente do órgão; podendo-se mesmo prever, em sede regimental, a inclusão automática de decisões do gênero como item prioritário da pauta de julgamentos da sessão seguinte. No âmbito do Supremo Tribunal, a ferramenta do plenário virtual pode ser instrumentalizada, também por via regimental, para a finalidade proposta. Decisões liminares incidentes sobre atos políticos devem ser liberadas, automaticamente, à apreciação pelo Plenário Virtual, sendo a decisão monocrática sustada (*i*) se for colhida, a qualquer tempo, maioria de posicionamentos desfavoráveis a ela ou (*ii*) se, após o escoamento de um prazo razoável [*48 ou 72 horas, propus no rodapé*], a decisão não tiver recebido a aquiescência da maioria absoluta dos Ministros (06)".

[732] *Cf.* 'Após derrota no Supremo, Bolsonaro desiste de nomear Ramagem para direção da PF'. *Folha de S. Paulo*, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/bolsonaro-recua-e-anula-nomeacao-de-ramagem-para-policia-federal.shtml>. A decisão presidencial foi comunicada pela AGU, ao STF, em petição datada de 07 mai. 2020. No dia seguinte, o Min. Alexandre de Moraes julgou o Mandado de Segurança prejudicado, extinguindo-o.

CAPÍTULO 7
O CONTROLE DA INTERVENÇÃO FEDERAL

A Federação e a República chegaram ao Estado brasileiro não só ao mesmo tempo (1889), como da mesma forma: *sem lastro social*. A Proclamação foi capitaneada por um Marechal monarquista, numa articulação sem povo.[733] A Federação costuma ser referida como obra intelectual de Rui Barbosa, admirador confesso do constitucionalismo estadunidense.[734]

Seja como for, ambos os movimentos não representaram expressões da soberania popular;[735] não constituíram, para além da retórica, frutos da autodeterminação do povo nem contavam com abrangente suporte econômico-cultural dos corpos sociais de então.[736]

A falta de lastro social a sustentar as formas de Governo e de Estado adotadas no Brasil é, em algum grau, diagnóstico que ainda permanece válido. O republicanismo e o federalismo constituem ideais que jamais concretizamos plenamente.

Olhando apenas para a trajetória federativa brasileira, desde o final do século XIX, pode-se destacar, entre outros, os seguintes aspectos: (*i*) centralização política; (*ii*) concentração orçamentária em nível federal; (*iii*) irrelevância das competências legislativas atribuídas aos Estados e Municípios; (*iv*) recorrentes episódios de desrespeito à autonomia federativa dos Estados-membros; (*v*) ausência de mobilização cívica e participação cidadã, especialmente em âmbito local; e (*vi*) debilidade dos mecanismos de coordenação entre as unidades federativas, o que propicia perseguições e favorecimentos injustificáveis.

---

733 *Cf*. GOMES, Laurentino. *1889*: Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da República no Brasil. São Paulo: Globo, 2013, especialmente Capítulos 2 e 10. Ver também CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas*: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

734 *Cf*. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 108.

735 O jornalista Aristides Lobo, testemunha ocular da Proclamação, assim resumiu o evento: "O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava. Muitos acreditaram seriamente estar vendo uma parada" (Diário Popular, 18 de novembro de 1889). Sobre as circunstâncias históricas da queda do regime monárquico e do triunfo republicano, *v.* SCHWARCZ, Lilia; STARLING, Heloisa. *Brasil*: uma biografia. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, Capítulos 12 e 13.

736 GOMES, Laurentino. *1889*. São Paulo: Globo, 2013, Introdução: "Diferentemente do que fazia supor os discursos e anúncios oficiais, a República brasileira não resultou de uma campanha com intensa participação popular. Em vez disso, foi estabelecida por um golpe militar com escassa e tardia participação das lideranças civis. Apesar da intensa propaganda republicana por meio da imprensa, panfletos, reuniões e comícios, a ideia da mudança de regime político não deslanchava na população. Na última eleição parlamentar do Império, realizada em 31 de agosto de 1889, o Partido Republicano elegeu somente dois deputados e nenhum senador".

A Constituição de 1988 foi uma oportunidade perdida para o aprofundamento do federalismo brasileiro; a simples leitura dos artigos 21 e seguintes deixa isso claro. Os constituintes apostaram no reforço de um sistema de repartição de competências que reserva quase todas as matérias relevantes ao trato privativo da União e essa escolha, naturalmente, reverbera por todo o texto – inclusive sobre os capítulos tributários e financeiros da Carta.

Não bastassem as opções textuais do constituinte originário, o desequilíbrio federativo brasileiro foi exponenciado pelas torpezas das instituições subnacionais, generalizadamente contaminadas pelo fisiologismo e pelo despreparo;[737] além da jurisprudência centralizadora[738] do Supremo Tribunal Federal – que segue se orientando por princípios que sequer foram abraçados pela ordem constitucional vigente (*i.e.*, o princípio da simetria).[739]

Se a Constituição de 1988 não primou pela equidade federativa, ela, até em razão dos traumas do Estado Novo (1937-1945) e da Ditadura Civil-Militar (1964-1985),[740] mais do que reformular o capítulo que disciplina a intervenção federal, alterou profundamente a sua lógica e práxis institucional.

Na Nova República, só há dois episódios de intervenção federal e ambos remetem ao recente, heteróclito e breve governo de Michel Temer (2016-2018). Até então, o assunto intervenção federal era visto, no Direito Público brasileiro, como um '*apêndice*' – não no sentido gráfico do termo, mas na analogia biológica com o *órgão vestigial* que já não mais desempenha função relevante no corpo humano.[741]

---

[737] *Cf.* MARENCO, André. Burocracias profissionais ampliam capacidade estatal para implementar políticas? Governos, burocratas e legislação em municípios brasileiros. *Dados - Revista De Ciências Sociais*, vol. 60, pp. 1025-1058, 2017.

[738] A percepção dessa discrepância ético-meritocrática entre os entes federativos parece perpassar a jurisprudência centralizadora do STF, ora justa, ora injustamente; ora expressa, ora veladamente.

[739] No **Tópico 2.1**, registrei a seguinte nota crítica "ao emprego, sem base normativa, do 'princípio da simetria' como parâmetro de controle das Constituições Estaduais pelo Supremo Tribunal Federal; o que vai de encontro à lógica federalista de autonomia organizativa. Embora o controle judicial do Poder Constituinte Decorrente também seja possível, penso que ele deve ser processado com mais deferência e abertura, de modo a permitir o experimentalismo institucional e o exercício efetivo da democracia local. Sobre esse ponto específico, *v.* LIZIERO, Leonam. A simetria que não é princípio: análise e crítica do princípio da simetria de acordo com o sentido de federalismo no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, v. 11, p. 392-411, 2019".

[740] *Cf.* CABRAL, Gustavo César Machado. Federalismo, autoridade e desenvolvimento no Estado Novo. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 189, pp. 133-146, 2011 e OLENSCKI, Antonio Roberto. Inflexões no federalismo brasileiro no período de 1964 a 1988. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas (SP), 2003.

[741] *Cf.* CAVACALNTE, Meire. Para que serve o apêndice? *Super Interessante*, 26 dez. 2016: "O apêndice era considerado um órgão vestigial, ou seja, um vestígio da evolução cuja função havia sido perdida com o tempo – praticamente um fóssil em nosso abdome. Mas, em 2007, cientistas da Universidade de Duke, nos

A Presidência de Jair Bolsonaro reascende a relevância social e jurídica da intervenção federal – colocando-nos, ainda, o desafio de equacionar questões que não encontram paralelo no tempo ou no espaço. Afinal, deparamo-nos diariamente com: (*i*) confrontos e ameaças federativas; (*ii*) conflitos de competência (travados nas ruas e nas Cortes); (*iii*) transgressão explícita e reiterada pelo Presidente da República de normas locais (especialmente as de natureza sanitária); (*iv*) tentativas de autoridades federais de romper as cadeias de comando das corporações militares estaduais (com incentivo político e material a motins); e (*v*) catástrofes decorrentes da combinação entre a pandemia e a debilidade do Governo Federal no seu enfrentamento.

Esse é o contexto de que parto para escrever a respeito da intervenção federal, almejando não apenas entender seus pressupostos, ritos e controles, como também examinar, à luz da solidariedade federativa, o poder-dever de intervir ou agir da União sobre crises havidas no âmbito dos Estados.

7.1. Pressupostos constitucionais da intervenção federal

Na ordem constitucional de 1988, a intervenção federal corresponde ao ato excepcional que restringe, de modo transitório e razoável, a autonomia de uma unidade da Federação para salvaguardar o próprio pacto federativo ou os seus fundamentos ontológicos, os chamados *princípios sensíveis*.[742]

A Constituição de 1988 buscou, portanto, limitar – com pressupostos (art. 34) e procedimentos (art. 36) – o poder-dever da União de intervir sobre os Estados para preservar a integridade política, jurídica e territorial da Federação.

É curioso que a forma imaginada para proteger o pacto federativo se exprima por meio da suspensão temporária de seu princípio basilar: a *autonomia recíproca* entre os seus componentes. A única forma de compatibilizar a intervenção federal ao federalismo, como doutrina, é entendê-la como um *remédio amargo*, a ser prescrito apenas em razão de patologias severas, na menor dosagem e pelo menor período possível.

EUA, divulgaram que ele fabrica e serve como depósito de bactérias que auxiliam na digestão. 'Além disso, também apresenta um conglomerado de células linfóides, que produzem anticorpos e ajudam na defesa do organismo', afirma Marco Aurélio Santo, cirurgião do aparelho digestivo do Hospital das Clínicas, em São Paulo". <https://super.abril.com.br/saude/para-que-serve-o-apendice/>. De acordo com a literatura médica mais recente, portanto, a analogia não é plenamente adequada. Ou, dependendo do ângulo de observação, ela é ainda mais correta; pois o apêndice e o capítulo da intervenção federal eram considerados fadados ao desuso e descobriu-se, há pouco, que ambos seguem *vivos* e dotados de funções relevantes.

[742] *Cf.* LEWANDOVSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

A Constituição Federal de 1988 parece ter adotado essa perspectiva, para além do seu texto, na concreta conformação da vida política brasileira e de suas dinâmicas interfederativas. No que se refere às mudanças do Direito Constitucional positivo, apenas uma é digna de nota. A Constituição de 1969 autorizava a intervenção federal para pôr termo "*a corrupção no poder público estadual*" (art. 10, III).

O permissivo era genérico, especialmente diante da corrupção sistêmica que marca a história do Brasil, e despropositado, à luz do federalismo. A corrupção, no âmbito de cada unidade da Federação, deve, a princípio, ser investigada, ressarcida e sancionada por esse mesmo ente. Claro, hipóteses de corrupção estadual generalizada, ou de clara leniência institucional em sua prevenção e repressão, podem justificar intervenções da União, existindo inclusive mecanismos judiciários próprios para tanto – como a competência do STF para julgar causas em que mais da metade do Tribunal de origem esteja impedido ou seja interessado (CF/88, art. 102, I, '*n*') e, nas hipóteses caracterizáveis como '*grave violação de direitos humanos*', o Incidente de Deslocamento de Competência, previsto no art. 109, § 5º, da Constituição.[743]

Seja como for, utilizar a intervenção federal como antídoto primaz para a corrupção local despertaria complexidades irresolvíveis. Basta que pensemos no princípio do devido processo legal, na garantia da presunção de inocência e na possibilidade de decretação de intervenções, baseadas em denúncias de corrupção, em desfavor de Governadores adversários do Presidente.

Na ordem constitucional inaugurada em 1988, a intervenção federal é admitida, a título de exceção, para (*i*) manter a integridade e a soberania do território nacional; (*ii*) solucionar graves crises de ordem pública; (*iii*) tutelar os princípios cardeais da Constituição Federal; (*iv*) proteger a autonomia das unidades federativas, inclusive na dimensão financeiro-orçamentária, e (*v*) resguardar a Separação dos Poderes, tanto no que toca ao exercício desembaraçado e independente de cada Poder, como no que se refere à autoridade cogente de suas decisões.

Por trás de todas as hipóteses que constam do artigo 34 da Constituição Federal,[744] há o risco de desintegração ou desnaturação do pacto federativo. Na teleologia constitucional,

---

[743] *Cf.* CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo*: o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009.

[744] *Cf.* Constituição Federal de 1988, art. 34: "A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da

essa parece ser a premissa de fundo a perpassar todas as circunstâncias autorizadoras da intervenção.

Numa analogia médica, para fazer uso da gramática que nos fora legada pela pandemia, a intervenção federal se assemelharia ao ECMO, à oxigenação por membrana extracorpórea (referida coloquialmente como "*pulmão artificial*"). Trata-se de técnica extremamente invasiva e arriscada, por meio da qual se suspende o funcionamento de órgãos do corpo, enquanto se busca regenerá-los; desempenhando-se artificialmente, nesse ínterim, as funções dos sistemas sobrestados por meio de aparatos estranhos.[745]

A Constituição descreve, nos incisos do art. 34, os *pressupostos objetivos de cabimento* da intervenção federal. Impõe, pois, mediante regras constitucionais, com distintos graus de determinação semântica, limites formais específicos à intervenção (*vide* **Tópico 4.2**).

Tais limites específicos, conquanto formais, são dotados de um aspecto substantivo implícito; ainda mais nítido do que nas exigências de *relevância* e *urgência* para a edição de Medidas Provisórias, por exemplo.[746] Embora as situações de fato, genericamente descritas nos incisos do art. 34, condicionem a própria validade formativa do ato, porquanto a Constituição pressupõe sua ocorrência e caracterização para autorizar a iniciativa interventora; elas também traduzem uma *proscrição latente* ao conteúdo das intervenções federais, que pode justificar juízos parciais de inconstitucionalide.

Explica-se. Imagine-se, sem grande distanciamento da realidade, que o Presidente da República decreta intervenção federal, alegando grave comprometimento na segurança pública do Rio de Janeiro; mas, no bojo da medida, nomeia interventor federal para chefiar a

---

Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde".

[745] Dada à complexidade, ao custo e à perniciosidade do procedimento, o ECMO só é recomendável a pacientes com comprometimentos graves em suas funções pulmonares ou cardiopulmonares; inclusive em decorrência de COVID-19. *Cf.* BADULAK, Jenelle *et. al.* Extracorporeal Membrane Oxygenation for COVID-19: Guidelines from the Extracorporeal Life Support Organization. *ASAIO Journal*, vol. 67, pp. 485-495, 2021.

[746] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 62, *caput*.

Secretária de Estado de Turismo, argumentando o subaproveitamento do Governo Estadual quanto ao potencial turístico local.

A intrusão federal na pasta estadual do turismo seria inconstitucional. E o vício admite três caracterizações distintas. Pode-se interpretar que tal medida específica seria formalmente inconstitucional por não satisfazer nenhum dos pressupostos objetivos de cabimento arrolados pela Carta; ou se pode vê-la como materialmente inconstitucional, por violar regra substantiva implícita (derivada da combinação entre o *caput* do art. 34 e seus incisos); ou, ainda, tê-la como violadora do subprincípio da adequação, que integra o princípio da proporcionalidade, na medida em que as finalidades interventivas são taxativamente enumeradas pela Carta.

O princípio da proporcionalidade,[747] aliás, tem especial relevância para a aferição da legitimidade constitucional das intervenções federais. A lógica da razoabilidade irradia seus efeitos por todo o sistema jurídico e condiciona a legitimidade de todos os atos públicos, inclusive os políticos (*vide* **Capítulo 3**). No entanto, no capítulo da intervenção federal, o constituinte adotou, de modo expresso, porém difuso, uma diretriz substantiva que orienta à *mínima intervenção possível* dos entes mais abrangentes sobre os de menor abrangência.

A uma, fala-se em intervenção como exceção (art. 34, *caput*). A duas, obriga-se a especificação da amplitude e do prazo da medida (art. 36, §1º). A três, prevê-se que "o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade" (art. 36, §3º). A quatro, estabelece-se que "cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão" (art. 36, §4º).

---

[747] No **Tópico 5.3**, Nota de Rodapé nº 630, escrevi: "O princípio da proporcionalidade, fruto da jurisprudência e doutrina alemãs, é extraído do princípio do *Rechtsstaat*; do Estado de Direito. Ele costuma ser desdobrado em três componentes: (*i*) adequação; (*ii*) necessidade e (*iii*) proporcionalidade em sentido estrito. A constitucionalidade de qualquer ato estatal, que implique restrição a direitos, deveria passar nesses três testes sucessivos. É dizer: a restrição a direitos fundamentais só é constitucionalmente admissível se a medida adotada (*A*) mostrar aptidão para promover a finalidade pública pretendida (plano da adequação); (*B*) encerrar a menor restrição de direitos entre todas as medidas igualmente aptas à consecução efetiva da finalidade pública pretendida (plano da necessidade); (*C*) gerar, sob o prisma dos direitos fundamentais e dos interesses públicos, um saldo positivo; isto é, bônus superiores aos ônus (plano da proporcionalidade stricto sensu). A jurisprudência estadunidense, a seu turno, desenvolveu, a partir da cláusula do devido processo legal substantivo, a ideia de razoabilidade – como requisito de validade, dos atos públicos, sujeito ao judicial review. No Brasil, proporcionalidade e razoabilidade são, em geral, tratadas como sinonímicas. Cf. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Veja-se, também, a notável e original contribuição de Humberto Ávila para o debate, do que ele refere como 'postulados específicos' da razoabilidade e da proporcionalidade, em seu *Teoria dos Princípios*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 189-218".

Como a intervenção se destina a preservar o pacto federativo, e a autonomia de todos os entes é um elemento basilar desse acordo, a ingerência da União sobre os Estados **(a)** deve ser feita apenas se imprescindível; **(b)** deve ter a menor abrangência possível e **(c)** deve durar não mais que o mínimo necessário.

Deriva da interpretação da Constituição, especificamente da leitura conjugada do *caput* dos artigos 34 e 35, a vedação quanto às intervenções *per saltum*.[748] Na lógica tridimensional do federalismo brasileiro, o poder interventor da União cinge-se aos entes da segunda órbita: os Estados e o Distrito-Federal. Por outro lado, a intervenção sobre os Municípios, nos casos previstos pelo art. 35, é da alçada exclusiva do Estado que o envolva territorialmente.[749]

Examinada a teleologia comum das hipóteses que autorizam a decretação da intervenção federal, é fundamental compreender a natureza e os partícipes do seu processo decisório. Como se verá no **Tópico 7.3**, a natureza e o conteúdo das decisões que competem a cada agente político variam de acordo com o rito de processamento da intervenção federal (art. 36), que é determinado pela sua *espécie* ou, mais tecnicamente, por seu *pressuposto objetivo de cabimento*, conforme o elenco do art. 34, incisos I a VII, da Constituição.

Neste tópico, pretende-se examinar apenas a natureza da *iniciativa interventora*, que geralmente cabe ao Presidente da República; mas também compete, em hipóteses específicas, a autoridades do Poder Legislativo (art. 36, I), do Poder Judiciário (art. 36, I e II) e ao Procurador-Geral da República (art. 36, IV).

A simples implementação, no plano dos fatos, de evento concreto que se amolde às hipóteses autorizadoras do art. 34 não obriga a decretação da intervenção federal; mas cria, em favor da autoridade competente, no mais das vezes o Presidente, uma escolha discricionária[750] que deve ser feita mediante um juízo de proporcionalidade: *esse fato é grave o bastante, tendo como parâmetro a ontologia constitucional, para justificar a intervenção federal*?

---

[748] *Cf*. Constituição Federal de 1988: "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para" e "Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando".

[749] A exceção normativa, sem concretização atual, toca aos Municípios localizados em Territórios Federais (art. 35, *caput*). Como os Territórios não são entes políticos, mas meras descentralizações administrativas da União (com natureza autárquica), a prerrogativa interventora sobre os entes municipais, nessa hipótese (hoje teórica), deve ser exercida diretamente pelo Presidente da República, que é eleito pelo povo e reúne maior legitimidade política para fazê-lo.

[750] *Vide* **Tópico 4.1**.

Para resolver essa equação, devem ser consideradas todas as alternativas aptas a solucionar o evento concreto – especialmente, as de natureza cooperativa e as de caráter judiciário (medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas).[751] É preciso que se confronte a gravidade do ato interventivo, levando em conta suas consequências institucionais (como, por exemplo, o sobrestamento das Propostas de Emenda à Constituição),[752] com a gravidade da causa que lhe motiva.

Embora a intervenção federal constitua *ato político* e, portanto, beneficie-se de dilatadas margens de discricionariedade, não há, também aqui, espaço para o arbítrio, para a dispensa do dever de fundamentação ou para a insuscetibilidade de escrutínio judicial, como venho afirmando desde o **Capítulo 2**.

Novamente, como requisito formal geral de validade das intervenções federais, assentado na principiologia constitucional, sobressai o *imperativo da processualidade*; que se traduz no dever, da autoridade política, de construir, no seio de um processo racionalizador, o conteúdo e a justificativa, à luz do interesse público, do ato interventor.

Como apontei no **Tópico 4.2**, quanto maior a abertura discricionária propiciada pela norma habilitadora, maior será também o ônus de fundamentação e processualidade a recair sobre o agente público competente; inclusive no campo da intervenção federal.

O momento e a extensão do processo, naturalmente, respondem à gravidade e à urgência da situação concretamente estabelecida. Para entender o ponto, basta pensar na distinção entre *cirurgias eletivas* e *emergenciais*. As primeiras são precedidas de exames de risco cirúrgico e, em geral, permitem ao paciente escolher uma data que lhe seja conveniente. As últimas, porém, em função do risco iminente à vida, são promovidas de imediato, sem exames prévios e, em algumas circunstâncias extremas, nem mesmo consentimento expresso.

A intervenção federal comporta distinção análoga. No caso de invasão estrangeira ou de conflitos bélicos entre unidades federativas subnacionais, por exemplo, é preciso *agir rápido*, com base em fundamentações sucintas; *operar de emergência*, sob pena do perecimento, total ou parcial, do próprio pacto federativo. No entanto, intervenção federal que pretenda sanar crise recalcitrante, em setores como a segurança, o sistema penitenciário ou a saúde de Estado-membro, precisa resultar de *processo mais analítico*, que inclusive contemple

---

[751] *Cf*. MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 247, pp. 231-245, 2015.

[752] Constituição Federal de 1988, art. 60, § 1º: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio".

a participação efetiva da cidadania interessada e das autoridades estaduais sobre as quais se pretende intervir, com vistas a legitimar a medida interventiva à luz dos princípios republicano e democrático.[753]

A processualização, como referi no **Tópico 4.2**, também é útil ao balizamento do controle político-jurídico, a cargo do Legislativo e do Judiciário. Se a autoridade interventora demonstra ter considerado as implicações do ato, oportuniza que quaisquer interessados apresentem manifestações a seu respeito e fundamenta adequadamente a intervenção federal, o Congresso e o Supremo tendem a lhe conferir maior deferência substantiva e podem, a partir dos dados do próprio processo, melhor escrutinar o ato interventivo (*vide* **Tópicos 5.1** a **5.3**).

Seja como for, a intervenção federal precisa ser adequadamente motivada e, por ser objeto de normatização de baixa densidade semântica em nível exclusivamente constitucional, a deliberação de agentes políticos a seu respeito deve ser feita no interior de um processo - administrativo, legislativo ou judicial[754] – que vise à configuração racional do conteúdo e da justificativa da medida interventora.

7.2. Ritos para o aperfeiçoamento da intervenção federal

A Constituição de 1988 procurou excluir a faculdade de intervenção federal de um só dos Poderes da União. O complexo emaranhado decorrente do artigo 36 da Constituição responde a esse objetivo, de inspiração iluminista (*vide* **Tópico 2.1**).

Vale recuperar, nesse ponto, a dimensão de que a Federação representa uma técnica de separação territorial do Poder (*plano vertical*), que reforça lógica que anima a separação orgânico-funcional ao nível de cada ente político (*plano horizontal*):[755] a fragmentação do poder político para a contenção do arbítrio estatal e para a proteção dos indivíduos.

---

[753] *Cf.* TORO, José Bernardo. *A construção do público*: cidadania, democracia e participação. Rio de Janeiro: Senac, 2005.

[754] Nas hipóteses do art. 36, I e II, da Constituição, mesmo quando a iniciativa interventora parta do Poder Judiciário, a requisição do STF, STJ ou TSE assume natureza de ato administrativo; assim administrativo também será o processo do qual ela é resultante. Na hipótese do art. 36, III, a representação interventiva será apreciada, pelo Supremo, mediante processo judicial objetivo (jurisdição constitucional concentrada).

[755] A separação orgânico-funcional, que também poderíamos denominar separação horizontal, é aquela que cinde o poder do Estado, de acordo com as diferentes funções que lhe são confiadas, e o atribuí a órgãos reciprocamente independentes. A separação orgânico-funcional do Poder, impropriamente, ainda segue atrelada à imagem, redutora e antiquada, da tripartição do Poder divulgada por Montesquieu – como se o Estado só legislasse, administrasse e julgasse e sua complexa estrutura se resumisse ao Legislativo, Executivo e Judiciário. A esse respeito, *vide* **Capítulo 2** e o célebre ensaio, já referido, de ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, 2014.

Como a intervenção federal resulta na suspensão temporária da autonomia de um Estado (ou seja, da *Separação dos Poderes em nível vertical*), a Constituição exige a concertação entre, ao menos, dois dos Poderes da União para o aperfeiçoamento do ato – isto é, *associação volitiva* em nível horizontal.

O artigo 36, inciso I, trata da intervenção federal por coação ao "livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação" (art. 34, IV). No caso de ofensa ao Poder Legislativo ou Executivo (de qualquer das órbitas federativas), o órgão coagido deve solicitar a intervenção, em face do agente coator estadual, ao Presidente da República.

Nos casos de coação contra o Judiciário, a intervenção depende de "requisição do Supremo Tribunal Federal". A Constituição também fala em "requisição", pelo STF, STJ ou TSE, para a decretação de intervenção federal por desobediência a ordem ou decisão judiciária (art. 36, II).

A interpretação dominante[756] aponta, a partir da distinção verbal adotada pelo constituinte ('solicitação' *versus* 'requisição'), que o pedido formulado pelo Poder Judiciário vincula o Presidente da República (que seria compelido a intervir, mas seguiria competente para definir o método, a extensão e o prazo da intervenção),[757] ao passo que os pedidos apresentados por órgãos legislativos ou executivos teriam caráter de meras solicitações – que o Presidente da República poderia atender ou desatender livremente.

Penso ser razoável atribuir à distinção vocabular da Constituição algum efeito jurídico. No entanto, não parece correto entendê-la em termos absolutos. Solicitar e requisitar são comandos que conduzem a diferentes graus de vinculação decisória, mas não se pode falar, de modo abstrato nem apriorístico, em decisão 'plenamente vinculada' ou 'plenamente discricionária' – confundindo-se o conceito da 'discricionariedade' com o de 'liberdade irrestrita', que não mais subsiste nem para os particulares, que dirá para o Estado (*vide* **Tópico 4.1**).

Dito de outro modo: tanto pode haver solicitações emanadas de órgãos legislativos ou executivos que, por seus fundamentos jurídicos e fáticos, obriguem a intervenção ou ação –

---

[756] *Cf.* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 790: "Essas modalidades de intervenção, como se vê, passam, antes de se concretizarem, por crivo judicial. Nesses casos, não há discricionariedade para o Presidente da República – ele está vinculado a decretar a intervenção. Ao Presidente da República cabe a formalização da decisão judicial".

[757] Ressalvada a exceção do art. 36, § 3º, da Constituição: "Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade".

chegarei a essa distinção mais adiante (*vide* **Tópico 7.4**) – da União Federal no âmbito constitucionalmente reservado aos estados;[758] como pode haver requisições de intervenção federal emanadas do Poder Judiciário que, por ilegitimidade jurídica, política, econômica ou social, são passíveis de serem desafiadas pelo Presidente da República, mediante os instrumentos institucionais disponíveis.[759]

O último rito especial que a Constituição prevê é aplicável aos casos de violação aos *princípios constitucionais sensíveis* (art. 34, VII) ou de recusa à execução de lei federal (art. 34, VI, primeira parte).[760] Nessas duas hipóteses, a decretação da intervenção depende de dois atos principais: (*i*) a propositura de representação interventiva pelo Procurador-Geral da República e (*ii*) o provimento da representação pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento do art. 36, inciso III, impõe o maior grau de vinculação sobre a intervenção federal a ser executada pelo Presidente da República. Tem-se aqui efetivo processo objetivo e abstrato de controle de constitucionalidade – o primeiro da tradição constitucional brasileira, eis que introduzido ainda pela Carta de 1934.[761] A decisão alcançada

---

[758] Imagine-se a situação de prolongado cerco policial, determinado pelo Governador de Estado, à Assembleia Legislativa que conduz processo de *impeachment* em seu desfavor. Imagine-se que o Presidente da República recebe ofício, subscrito pelo Presidente da Assembleia Legislativa, solicitando a intervenção forças da União e narrando que os Deputados e servidores da Casa estão há três dias encarcerados nas dependências da Assembleia, com estoque crítico de comida e água. Em hipótese de tamanha gravidade, a combinação das circunstâncias fáticas e jurídicas acaba por vincular a decisão do Presidente – *reduzindo a zero* a margem decisória que lhe caberia. *Cf.* COSTA, Ângelo Augusto. *Devido Processo Legal e Redução da Discricionariedade Administrativa*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC-SP, 2008, p. 26-7: "A discricionariedade surge precisamente no caso em que a lei concede à Administração um espaço de liberdade no qual pelo menos duas alternativas de comportamento são igualmente válidas perante o direito. Se for possível, mediante alguma técnica específica, reduzir as várias opções no plano da norma a uma só diante do caso concreto, ocorrerá o que a doutrina alemã chama de redução da discricionariedade a zero (*Ermessens Reduzierung auf Null*) ou contração do poder discricionário. Desaparecerá então a competência discricionária e, em seu lugar, teremos uma clara vinculação".

[759] Em casos tais, o Presidente poderia impugnar a requisição perante o próprio Supremo Tribunal Federal; poderia, fora da hipótese do art. 36, § 3º, da CF/88, enviar um projeto de decreto, à apreciação do Congresso Nacional (buscando apoio parlamentar para a sua posição), deliberando pela não intervenção ou por uma ingerência simbólica sobre a autoridade coatora; poderia, finalmente, descumprir a requisição, expondo-se, contudo, ao risco de responsabilização por crime comum e por crime de responsabilidade. Voltarei ao ponto.

[760] A EC 45/2004 revogou o inciso IV, do artigo 36, da Constituição Federal – que assim dispunha: "de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal". Na nova sistemática, compete ao STF julgar tanto as representações interventivas por violação aos princípios sensíveis, como aquelas por recusa ao cumprimento de Lei federal.

[761] *Cf.* Constituição Federal de 1934, art. 12: "A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras '*a*' a '*h*' , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; (...) § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade".

pelo plenário do STF reveste-se de caráter jurisdicional, sendo, pois, cogente – além de irrecorrível; salvo, ao próprio Supremo, para aclaramentos.

O Congresso Nacional, ao aprovar a Lei nº 12.562/2011, corroborou esse entendimento, pois inclusive fixa '*prazo improrrogável*' para que o Presidente da República cumpra a decisão do STF. Diz o artigo 11, do referido diploma:

> Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado na representação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 (quinze) dias, dar cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal.

A Lei nº 12.562/2011 também permite, ao Supremo, a adoção de providências liminares no bojo da representação interventiva;[762] sendo ainda dado à Corte, nos termos dos pedidos do PGR, predeterminar, no todo ou em parte, o conteúdo da intervenção a ser executada pela União Federal sobre o Estado-membro demandado.

Para todas as demais hipóteses autorizadoras do artigo 34 (incisos I a V), o rito de decretação aplicável pressupõe a iniciativa do próprio Presidente da República – a quem também compete executar a intervenção federal (art. 84, X).

Nas intervenções de ofício, embora a iniciativa e a execução compitam ao Presidente da República, o decreto de intervenção federal não se aperfeiçoa apenas no âmbito do executivo. Em todas as suas modalidades, como assinalado, a intervenção federal é um ato complexo – que pressupõe, mediante ritos variados, a confluência volitiva de, ao menos, dois dos Poderes da União para adquirir eficácia.

Nas hipóteses do art. 34, VI e VII, combinados com art. 36, II e III, a confluência entre Judiciário e Executivo dispensa o controle do Poder Legislativo (art. 36, § 3º).[763] Repare-se

---

[762] *Cf*. Lei nº 12.562/2011, art. 5º: "O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na representação interventiva. (...) § 2º A liminar poderá consistir na determinação de que se suspenda o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ou administrativas ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da representação interventiva".

[763] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 34: "A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde". *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 36: "A decretação da intervenção dependerá: (...) II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral; III - de

que, ao contrário do que sustenta a doutrina (frequentemente, capitaneada por vozes ligadas à magistratura), a dispensa de apreciação parlamentar só vale para os casos do art. 34, VI e VII, não abrangendo as hipóteses de coação sobre o Poder Judiciário (art. 34, IV combinado com art. 36, I). Ou seja: neste último caso, há necessidade de submissão do decreto interventivo ao controle preventivo do Congresso Nacional, que não só pode rejeitar a decretação, como pode lhe impor restrições materiais ou cronológicas.

Nos casos de intervenção *ex officio* (art. 34, I a V), o decreto interventivo deve ser submetido à apreciação pelo Congresso Nacional, no prazo de 24 horas (art. 36, § 1º combinado com art. 49, IV) – que também reúne, por força do último dispositivo, a competência para, a qualquer tempo, suspender o decreto presidencial.

7.3. O controle jurídico-político da intervenção federal

No **Capítulo 2**, em razão (*i*) da supremacia normativa da Constituição; (*ii*) do princípio republicano; (*iii*) da garantia da inafastabilidade do controle judicial; e (*iv*) da Separação dos Poderes, afirmei a *controlabilidade jurídica* dos atos políticos, gênero do qual a intervenção federal é espécie, inclusive perante o Poder Judiciário.[764] No **Capítulo 4**, debrucei-me sobre os requisitos de validade dos atos políticos; tendo desenvolvido, nos últimos Tópicos, aplicações particulares à *intervenção federal*. Trato agora do seu controle político-jurídico, pelo Legislativo e pelo Judiciário.

A intervenção é ato político complexo, cujo aperfeiçoamento definitivo exige, além da vontade do Presidente, a manifestação aquiescente de outro Poder da União (*controle preventivo*).[765] Em paralelo, a intervenção federal também se sujeita ao *controle repressivo*, tanto por parte do Congresso Nacional (art. 49, IV), como por parte do Supremo Tribunal Federal, mediante a provocação de qualquer legitimado.

---

provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (...) § 3º Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade".

[764] O único limite subjetivo da jurisdição constitucional é, como tenho repetido, o produto normativo do Poder Constituinte Originário. Nada mais. *Vide* **Capítulo 2** e **Capítulo 5**.

[765] Como examinado, em geral, o controle preventivo cabe ao Congresso Nacional; dispensando-se, contudo, a atuação do parlamento nas hipóteses do art. 36, II e III, da CF/88, em razão da manifestação antecedente do Judiciário

O controle preventivo da intervenção federal, como apontei no **Tópico 7.3**, pode ser exercido, cumulativa ou alternativamente, pelo Congresso Nacional e por órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

A participação de órgãos do Judiciário na formação do ato interventivo, a propósito, sempre antecede cronologicamente à decretação presidencial e, por conseguinte, à execução material da intervenção federal. O controle prévio do parlamento, a rigor, não precede à decretação nem, necessariamente, ao início de seu implemento. No entanto, a Constituição determina que o decreto interventivo seja submetido à apreciação do Congresso Nacional no prazo de *vinte e quatro horas*; mesmo que durante o recesso parlamentar, mediante convocação extraordinária.[766] Considerada a exiguidade do prazo e a necessidade do controle para o aperfeiçoamento definitivo da intervenção federal, além da distinção entre as prerrogativas congressuais de '*aprovar*' e de '*suspender*' o decreto interventivo (art. 49, V), considero adequado assimilar a primeira – *aprovação congressual* – como mecanismo de controle preventivo.[767]

As requisições interventivas do Judiciário, por coação ou desobediência à decisão judicial (art. 36, I e II), não são fruto de deliberações jurisdicionais e, mesmo por isso, não se sujeitam ao *princípio da inércia* (*vide* **Tópico 5.2**). As requisições interventivas do Judiciário, confirmação eloquente de seu *status* de *Poder Político-Jurídico*, devem ser objeto de deliberação em sessões administrativas, mediante processos administrativos objeto de disciplina regimental.[768] Nessas hipóteses, para além das normas e postulados jurídicos, os

---

[766] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 36, § 1º: "O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas. § 2º Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembleia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas".

[767] Para agradar aos gostos terminológicos mais rigorosos, sugiro, alternativamente, referir à aprovação congressual da intervenção federal como mecanismo de *controle parlamentar adjacente*.

[768] O Supremo Tribunal Federal, no entanto, processa as solicitações interventivas, que lhe são dirigidas por órgãos judiciários, em formato jurisdicional; inclusive sob a mesma classe processual da representação interventiva: '*Intervenção Federal – IF*'. O repositório do STF indexa 116 acórdãos referentes a essa classe especial, publicados entre 1938 e 2012. Desde 1988, a generalidade das solicitações interventivas, efetuadas por órgãos judiciários, tem que ver ao inadimplemento de precatórios por entes federativos. O Supremo formou entendimento restritivo a essas demandas, *cf*. STF, IF 4640 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 25 abr. 2012: "INTERVENÇÃO FEDERAL. Pagamento de precatório judicial. Descumprimento voluntário e intencional. Não ocorrência. Inadimplemento devido a insuficiência transitória de recursos financeiros. Necessidade de manutenção de serviços públicos essenciais, garantidos por outras normas constitucionais. Agravo improvido. Precedentes. Não se justifica decreto de intervenção federal por não pagamento de precatório judicial, quando o fato não se deva a omissão voluntária e intencional do ente federado, mas a insuficiência temporária de recursos financeiros".

Tribunais devem considerar, com centralidade, aspectos extrajurídicos para exarar ou não a requisição; isto é, *fatores políticos*.

Possuem contornos peculiares as intervenções decorrentes do provimento de representação interventiva (art. 36, III), pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da iniciativa (*privativa*) da Procuradoria-Geral da República (art. 129, IV). Nesta hipótese, como já referido, a manifestação prévia ostenta caráter de *decisão judicial* (*vide* Lei nº 12.562/11, art. 11); tomando o espaço do controle parlamentar (art. 36, § 3º), exceto pelo que o Presidente inovar em relação à decisão do STF; ainda que com vistas a implementá-la.

A jurisprudência do Supremo, em relação às representações interventivas, é claramente restritiva; em linha com o tratamento da matéria pela Constituição. O ponto pode ser ilustrado com a decisão que adotou a Corte, no episódio da crise ético-institucional que atingiu o Distrito Federal, no final do Governo de José Roberto Arruda, em 2010:

> INTERVENÇÃO FEDERAL. Representação do Procurador-Geral da República. Distrito Federal. Alegação da existência de largo esquema de corrupção. Envolvimento do ex-governador, deputados distritais e suplentes. Comprometimento das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Fatos graves objeto de inquérito em curso no Superior Tribunal de Justiça. Ofensa aos princípios inscritos no art. 34, inc. VII, "a", da CF. Adoção, porém, pelas autoridades competentes, de providências legais eficazes para debelar a crise institucional. Situação histórica consequentemente superada à data do julgamento. Desnecessidade reconhecida à intervenção, enquanto medida extrema e excepcional. Pedido julgado improcedente. Precedentes. Enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes.[769]

Voltando à dispensa do controle parlamentar (art. 36, § 3º), importa reafirmar que ela toca apenas aos casos do art. 34, VI (*desobediência à decisão judicial*) e VII (*princípios sensíveis*), que correspondem aos ritos do art. 36, II e III. No caso das intervenções motivadas por coação, mesmo que exercida contra órgão judiciário (art. 36, I), o controle preventivo (ou *adjacente*), pelo Congresso Nacional, é necessário para o aperfeiçoamento definitivo do decreto interventivo.[770]

---

[769] *Cf.* STF, IF 5179, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 08 out. 2010. De acordo com pesquisa da *DataSenado*, realizada em março de 2010, 59% dos brasileiros consideravam que a intervenção da União no DF era necessária. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/a-crise-no-df-e-a-possibilidade-de-intervencao-federal>.

[770] A conclusão deriva da interpretação literal do art. 36, § 3º, da Constituição: "Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade".

Quanto à hipótese do artigo 36, II, que não tem caráter de decisão judicial, identifico maior abertura para que o Presidente da República e o Congresso Nacional atuem politicamente para reduzir o alcance da requisição judiciária. Poderia se cogitar, nesses casos, mesmo da concertação do Presidente com o Congresso para tal desiderato. Até porque, além do controle preventivo (ou *adjacente*), o Congresso Nacional também é titular de competências repressivas de controle sobre a intervenção federal.[771]

A Constituição relaciona, como competências exclusivas do Congresso, a prerrogativa de "*suspender*" a execução da intervenção federal (art. 49, IV, parte final) e de "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo" (art. 49, X).

Com base nos dispositivos constitucionais aludidos, o Congresso Nacional pode tanto fiscalizar intimamente a execução da intervenção federal, inclusive por meio de comissões parlamentares especiais; como suspender, em caso de excessos ou de cessamento do motivo, a execução, no todo ou em parte, da intervenção, desde que ela ainda esteja em curso.

Em paralelo aos mecanismos parlamentares, preventivos (ou *adjacentes*) e repressivos, os atos interventivos também podem ser desafiados perante o Poder Judiciário, particularmente ante o Supremo Tribunal Federal, desde que observados os *standards* e graus de controle propostos nos **Tópicos 5.2** e **5.3**.

A intervenção federal, por sua gravidade institucional e excepcionalidade, é objeto de *regramento procedimental minudente*, deitado em capítulo próprio da Constituição.[772] Esse dado, derivado da normatividade constitucional, amplia a incidência do *controle forte*, do Judiciário, sobre os atos interventivos. Quando o Constituinte, mediante regras de alta densidade semântica, prevê numerosos requisitos específicos de validade a dado ato político, acaba por legitimar que sua revisão judicial seja rigorosa; que, da constatação objetiva do vício, chegue-se à sua fulminação.

Outro dado, peculiar da intervenção federal, que reflete no seu *judicial review* tem que ver com a diretriz da *primazia dos mecanismos parlamentares de controle* (*vide* **Tópico 5.2**). Especialmente nas decretações sujeitas à apreciação congressual, deve o Supremo, ao menos

---

[771] A articulação parlamentar do Governador afetado pela intervenção pode, em cenários vários, levar o Congresso Nacional a fazer uso dessas potentes prerrogativas de controle. A suspensão da intervenção federal pelo Congresso parece aplicável apenas aos casos em que sua execução material ainda esteja em curso, isto é, que ela seja continuada e contemporânea. Se a intervenção se consumar mediante simples suspensão de ato local (art. 36, § 3º) ou se sua execução já tiver findado, descaberá, pois, o controle parlamentar repressivo; sendo também imprópria e incabível a concertação executivo-legislativa para driblá-la.

[772] *Cf*. Constituição de 1988, Título III (*Da Organização do Estado*), Capítulo VI (*Da Intervenção*)

no exíguo prazo prescrito (*24 horas*), aguardar a conclusão dos parlamentares; antes de decidir eventuais impugnações judiciais quanto ao decreto interventivo.[773]

Por outro lado, nas hipóteses de burla ao procedimento constitucional interventivo, particularmente ao controle congressual preventivo (ou *adjacente*), o Supremo deve julgar, com celeridade e altivez, as impugnações que lhe cheguem pela via judicial. A *intervenção informal* da União na rede hospitalar municipal do Rio de Janeiro, em 2005, bem ilustra o ponto.

No primeiro Governo Lula (2003-2006), a oposição era capitaneada pelo PSDB e pelo PFL.[774] Uma das principais lideranças desta última sigla, em âmbito nacional, era o então Prefeito do Rio de Janeiro, Cesar Maia. Em 2005, a prefeitura carioca enfrentou controversa crise de gestão hospitalar.

Em 10 mar. 2005, o Presidente Lula editou o Decreto nº 5.392, requisitando "bens, serviços e servidores" afetos a hospitais municipais (art. 2º) e prevendo que o Município ficaria "desabilitado da gestão plena do sistema de saúde municipal, passando a referida gestão para a responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro" (art. 4º). Nos parágrafos do art. 2º, previa-se, ainda, a possibilidade de o Ministério da Saúde, à época chefiado pelo Sen. Humberto Costa, requisitar "outros serviços de saúde públicos e privados" (§ 1º), além de "todos os recursos financeiros afetos à gestão" dos hospitais municipais requisitados (§ 2º).

---

[773] No **Tópico 5.2**, escrevi: "O Poder Judiciário, especialmente quando as manifestações congressuais são necessárias ao aperfeiçoamento do ato político deflagrado pelo Poder Executivo, deve aguardar o exame do Parlamento para decidir ações impugnativas movidas contra o ato respectivo. Tem-se aqui uma deferência temporal, similar àquela que impede o controle de constitucionalidade preventivo, pelo Judiciário, quanto ao mérito de projetos de lei em formação". Essa deferência cronológica preserva o capital institucional do Supremo; eis que o Congresso tem, por sua legitimidade democrática, melhores condições de absorver o custo e o desgaste político de impedir a intervenção desejada pelo Presidente.

[774] O Partido da Frente Liberal – PFL é um dos herdeiros da agremiação governista, durante o regime militar (*e seu bipartidarismo imposto),* a Aliança Renovadora Nacional – ARENA (1965-1979). Com a dissolução do ARENA, seus quadros fundaram o Partido Democrático Social – PDS, cuja Presidência coube a Paulo Maluf. O PFL é fundado em 24 jan. 1985, como uma dissidência do PDS. Em 28 de mar. 2007, o PFL opta pelo *rebranding* e passa a se chamara Democratas – DEM. Em 8 fev. 2022, o TSE aprovou a fusão do DEM com o Partido Social Liberal – PSL, legenda pela qual Jair Bolsonaro venceu as eleições de 2018, dando origem ao União Brasil. Curiosamente, o nome escolhido remete à União Democrática Nacional – UDN (1945-1965), partido conservador, antigetulista, que participou da conspiração civil-militar que promoveu a quebra do regime democrático em 1º abr. 1964. Durante a ditadura, o bipartidarismo foi imposto pelo AI-2, que extinguiu as agremiações existentes e previa exigências proibitivas para a criação de novos partidos (art. 18). O sistema foi flexibilizado no primeiro ano do Governo Figueiredo, pela Lei nº 6.767/1979; mas só com o fim do regime, em 1985, passou-se a admitir novamente partidos autodenominados socialistas ou comunistas. *Trágico, não?*

A intervenção operada foi abertamente contrária à Constituição.[775] A uma, porque a União não pode intervir em Municípios; A duas, porque o ato, conquanto intervenha, simula ser um 'decreto de calamidade pública', de modo a escapar do controle congressual; A três, porque a requisição administrativa, prevista na Lei do SUS (art. 15, XIII), não se aplica quanto a bens públicos de titularidade de outro ente federativo; A quatro, porque a União não pode 'desabilitar' um ente autônomo de suas competências constitucionais e transferi-las a outra unidade federativa. Não existe, na Carta, hipótese de intervenção que seja decretada por um ente e executada por outro.

Nos autos do MS 25.295, proposto pelo Município carioca e julgado em 20 abr. 2005, o STF, por unanimidade, concedeu ordem para fazer cessar a intervenção, sob os seguintes fundamentos:

> (i) a requisição de bens e serviços do município do Rio de Janeiro, já afetados à prestação de serviços de saúde, não tem amparo no inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080/1990, a despeito da invocação desse dispositivo no ato atacado; (ii) nesse sentido, as determinações impugnadas do decreto presidencial configuram-se efetiva intervenção da União no município, vedada pela Constituição; (iii) inadmissibilidade da requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio. Suscitada também a ofensa à autonomia municipal e ao pacto federativo.[776]

À época, o PFL também propôs a ADI 3454, questionando a constitucionalidade do "*inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080*".[777] A ação foi distribuída, em 31 mar. 2005, à relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. O julgamento, contudo, só foi concluído muito recentemente, em 21 jun. 2022. A decisão, também unânime, atribuiu interpretação conforme a Constituição ao dispositivo legal impugnado, "excluindo a possibilidade de requisição administrativa de bens e serviços públicos de titularidade de outros entes federativos". [778]

Nos autos da ADPF 635, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, sob o patrocínio do Professor Daniel Sarmento, a Advocacia-Geral da União alegou que a procedência da ação implicaria "*uma verdadeira intervenção federal*", dado o grau de detalhamento dos pedidos

---

[775] Do ponto de vista da gestão da saúde pública, a intervenção também não parece ter logrado êxito. *Cf.* JUSTO, Adriana Maiarotti. *O processo de intervenção federal no Município do Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado. Fundação Oswaldo Cruz: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2008.

[776] *Cf.* STF, MS 25.295, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 05 out. 2007.

[777] *Cf.* Lei nº 8.080/1990, art. 15: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: (...) XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização".

[778] *Cf.* STF, ADI 3454, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual realizado em 21 jun. 2022, ata publicada no DJ*e* de 28 jun. 2022 (*acórdão ainda não publicado*).

autorais no que se refere aos critérios propostos como condicionantes das operações policiais em favelas cariocas. [779] O argumento da AGU, no caso, é incorreto. O Supremo é, também e sobretudo, o Tribunal Constitucional da Federação brasileira;[780] além do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional – frise-se '*nacional*'; *da* Federação como um todo e não apenas *da* União Federal.

Ou seja: as limitações impostas, pelo STF, no exercício da jurisdição constitucional, aos Estados-membros ou mesmo aos Municípios não podem ser equiparadas à intervenção federal – que tem pressupostos, lógicas e ritos totalmente distintos.

O primeiro caso – *a intervenção informal na saúde carioca* – evidencia que o Presidente da República não pode se valer de outros instrumentos jurídicos para *invadir clandestinamente* a esfera de autonomia constitucional de outro ente federativo; burlando a sistemática prevista nos artigos 34 a 36, da Constituição de 1988. O segundo caso – a '*ADPF das Favelas*' – mostra que a restrição da autonomia, estadual ou municipal, imposta pelo Supremo, com base na Constituição, não tem nada que ver com subsistema da intervenção federal; não devendo obediência aos seus pressupostos e ritos.

Durante toda a vida da Constituição de 1988, só houve, até aqui, duas intervenções federais formalmente decretadas.[781] Ambas o foram pelo Presidente Michel Temer. Com base

---

[779] *Cf*. STF, ADPF 635 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 21 out. 2020, p. 40: "Dentre os pedidos enumerados na petição inicial, cogita-se da elaboração de um planejamento com uma série de critérios (principalmente no item 'a' e respectivos subitens) que, dado o grau de detalhe oferecem, equiparam se a uma verdadeira intervenção federal. Esse instituto, porém, encontra fundamentos e requisitos procedimentais próprios, já previstos na Constituição Federal. Dentre eles, ela estabelece que a intervenção poderá ser deferida para 'pôr termo a grave comprometimento da ordem pública' (artigo 34, inciso IV) ou assegurar a observância dos 'direitos da pessoa humana' (artigo 34, inciso VII, 'b', hipóteses semelhantes às apresentadas pelo partido político arguente. Ocorre que, de forma bastante diversa da ADPF, a decretação da intervenção dependerá do requerimento de legitimados específicos, que não são os mesmos elencados no repertório do artigo 103 da Constituição. Também de forma bastante diversa, a amplitude, o prazo e as condições para intervenção serão previstas em Decreto, que será submetido à apreciação do Congresso Nacional, em hipótese de intervenção em Estado-membro (artigo 36, § 1º)".

[780] É, inclusive, da competência originária do STF processar e julgar "as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta" (Constituição de 1988, art. 102, I, 'f').

[781] Há casos vários de atuação requisitada da União Federal sobre as demais esferas federativas. Nessa hipótese, não é adequado falar em intervenção federal; instituto compulsório e impositivo, que é processado e implementando à míngua de aquiescência ou mesmo sob o protesto da unidade atingida. Do próprio Estado do Rio de Janeiro, podem ser colhidos exemplos mesmo de atuação do Exército em suporte às forças estaduais de segurança. *Cf*. CONTREIRA, Hélio; OTÁVIO, Chico. 'Brizola autoriza ações do Exército no Estado'. *O Estado de S. Paulo*, 03 de out. 1993; segundo a reportagem, o pedido do Governador Brizola, ao Comando Militar do Leste, abrangia "a cessão de armas de alto poder de destruição e o treinamento da Polícia Militar". Já sob o Governo do Professor Nilo Batista, *v*. CHAGAS, Antônia. 'Canhões no teto do Rio'. *O Estado de S. Paulo*, 31 de dez. 1994: "A invejável paisagem do Rio ganhou, nos últimos dois meses, elementos típicos dos campos de batalha. Na guerra da lei contra o crime, as Forças

no Decreto 9.288/2018, o Governo Federal interveio no Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da segurança pública (art. 1º, § 1º). O Decreto nomeou, como interventor federal, o General Braga Neto (art. 2º) – anunciado, neste ano, como candidato à Vice-Presidente na chapa de Bolsonaro. No parágrafo único do dispositivo, o Decreto previra que "o cargo de Interventor é de natureza militar".

Essa disposição, a meu juízo, é inconstitucional. Não pode ato infralegal do Presidente da República transmutar a *natureza civil* dos Poderes e dos seus cargos de chefia; quanto mais em âmbito federativo autônomo. No caso concreto, a questão não foi trivial. Além de reforçar a militarização das forças estaduais de segurança pública, a disposição poderia mesmo atrair a competência da Justiça Militar sobre os atos do interventor;[782] dificultando a contenção de arbitrariedades e a tutela dos Direitos Fundamentais, especialmente dos mais vulneráveis.

O Partido Socialismo e Liberdade propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade desafiando o Decreto 9.288/2018. A ADI 5915 foi distribuída à relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em 14 mar. 2018, com pedido de medida cautelar (*tutela de urgência*). O Supremo não chegou a apreciar nem a cautelar nem o mérito da ADI. Em 28 fev. 2019, o Min. Lewandowski extinguiu o feito monocraticamente, por perda de objeto, considerando que o Decreto impugnado tinha termo de vigência prefixado (31 dez. 2018).[783]

A mora do Supremo deixou o caso sem resposta. A *culpa*, contudo, não foi do Relator. No dia seguinte à distribuição, o Min. Lewandowski exarou despacho adotando o rito do art. 12, da Lei 9.868/99;[784] que, na linha do *princípio da colegialidade* (*vide* **Tópico 5.2**), permite que a cautelar seja apreciada diretamente pelo Pleno, que, nessa oportunidade, também pode

---

Armadas entraram em cena para impor a ordem. Tanques e canhões passaram a fazer parte do cotidiano carioca, machucando a beleza da cidade. E o Rio começa janeiro ainda coma as tropas nas ruas, encarando o verde-oliva como símbolo do esperado fim da violência. Para enfatizar a promessa de dias mais tranquilos, o novo governo do Estado terá um general reformado na Secretaria de Segurança".

[782] *Cf*. GOMES, Juliana Cesário Alvim; ROLDAN, Andrés Del Río. Direitos Humanos e Relações Cívico-Militares: o caso da expansão da competência da Justiça Militar no Brasil. *Revista Mural Internacional*, vol. 11, pp. 1-15, 2020, e48807. Tramitam no Supremo seis ações diretas que questionam a constitucionalidade de competências da Justiça Militar (*v*. ADI 5032, ADPF 289, ADPF 826, ADI 5901, ADI 5804, ADI 4164).

[783] De acordo com o relatório da decisão de Lewandowski, o PSOL alegava, entre outros argumentos, que o Decreto seria "inconstitucional por ter natureza de uma intervenção militar, com as atribuições de poderes civis de Governador a um General de Exército".

[784] *Cf*. STF, ADI 5915, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ*e* 19 mar. 2018.

julgá-la definitivamente. A Presidência do STF, contudo, jamais pautou o caso; mesmo sendo de conhecimento público que o Decreto se sujeitava a termo prefixado de vigência.[785]

A segunda intervenção federal, promovida por Temer, foi sobre o Estado de Roraima, no contexto da crise migratória venezuelana. [786] O Decreto 9.602/2018 nomeou Antonio Denarium para o cargo de interventor (art. 2º); atribuindo-lhe as competências previstas para o Governador do Estado de Roraima (art. 3º). Antonio Denarium havia sido eleito Governador no segundo turno das eleições de 2018, que ocorreu em 28 de outubro. A intervenção federal, decretada em 08 dez. 2018, portanto, acabou equivalendo a uma antecipação da posse do eleito, em pouco mais de três semanas.[787]

A segunda intervenção, também implementada por metodologia heterodoxa,[788] foi tão ineficaz quanto à primeira. O próprio Supremo chegou a essa constatação, ao julgar parcialmente procedente, em outubro de 2020, a Ação Cível Originária proposta pelo Estado de Roraima contra a União Federal.[789]

---

[785] *Cf*. BITTAR, Bernardo. 'Ministros do STF não querem se envolver com a intervenção no Rio'. *Correio Braziliense*, 16 fev. 2018: "Três ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) telefonaram uns aos outros para comentar sobre a intervenção do Exército no Rio de Janeiro. Todos concordaram que alguém pode acionar o Supremo para tentar invalidar a decreto do presidente Michel Temer. A preocupação deles é que, caso o processo seja acolhido pela presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia, e a Justiça precise se envolver nesse caso, isso crie ainda mais instabilidade entre Judiciário e Executivo; poderes que estão em crise desde que o STF avocou a competência para julgar se a deputada Cristiane Brasil (PTB-RJ) poderá tomar posse como ministra do Trabalho. Um dos mecanismos que possibilitaria a discussão sobre o fim da intervenção militar no Rio é Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Se a Corte receber o processo, o entendimento, a meu ver, pode acabar criando uma brecha na lei. Nunca tivemos situação parecida no Brasil desde que a Constituição de 1988 foi criada. A situação, em si, me parece possível. Hoje em dia, os advogados e as entidades que eles representam conseguem argumentos para tudo; contou um dos ministros que participou do telefonema entre membros da Suprema Corte". Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/02/16/interna_politica,660387/ministros-do-stf-nao-querem-se-envolver-com-a-intervencao-no-rio.shtml>.

[786] Novamente, o permissivo invocado foi o art. 34, III, da Constituição Federal de 1988: "pôr termo a grave comprometimento da ordem pública".

[787] O que, naturalmente, implicou um abreviamento equivalente no mandato da então Governadora Suely Campos.

[788] O adjetivo '*heterodoxa*' foi empregado sem juízo de valor. A escolha do Governador-eleito para funcionar como interventor federal, por um lado, pode ser compreendida como democrática e deferente à autonomia do povo local; por outro, a medida pode ser empregada para desalojar precocemente desafetos do Presidente da República; antecipando ilegitimamente a posse de aliados eleitos.

[789] *Cf*. STF, Tribunal Pleno, ACO 3121, Rel. Min. Rosa Weber, DJ*e* 27 out. 2020: "Ação Cível Originária. Fluxo migratório massivo de refugiados da Venezuela. Conflito federativo. Pretensão de reforço nas medidas administrativas nas áreas de controle policial, saúde e vigilância sanitária na fronteira. Acordo realizado e homologado. Pedido de fechamento da fronteira ou limitação de ingresso dos venezuelanos. Indeferimento. Pedido incidental da união para suspensão de decreto estadual restritivo aos imigrantes. Superveniente revogação. Prejudicado. Pedido de condenação da união a aportar recursos adicionais para suprir custos do estado com serviços públicos aos imigrantes. Política migratória. Competência da união. Ônus desproporcional do estado de Roraima decorrente do aumento populacional para prestação dos

A intervenção federal é ato político que, conquanto discricionário, sujeita-se aos ritos, pressupostos e princípios previstos na Constituição de 1988 (*plano da conformação constitucional*); bem como ao controle, preventivo e repressivo, do Congresso Nacional e, em todo caso, ao *judicial review*, em especial perante o Supremo Tribunal Federal (*plano do controle jurídico-político*); que deve ser processado com base nos *standards* e graus de intensidade propostos nos **Tópicos 5.2** e **5.3**.

A intervenção, repito, é o remédio amargo que a farmacologia constitucional só autoriza para o tratamento de patologias graves, pela menor dosagem e tempo possíveis. O Congresso e o Supremo compartilham, na forma descrita neste Tópico, o dever de controlar o tratamento.

7.4. Solidariedade e responsabilidades interfederativas

A intervenção ou ação federal, como mecanismos de preservação da integridade federativa, traduzem-se como um poder-dever da União. A Constituição estabelece constituir competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas" (art. 23, I).

A Constituição atribui à União a competência de assegurar a defesa nacional (art. 21, III). O primeiro artigo da Carta estabelece: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito". Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estão: "garantir o desenvolvimento nacional" e "reduzir as desigualdades sociais e regionais" (CF/88, art. 3º).

No artigo 85, a Constituição tipifica, como crimes de responsabilidade, "os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais".

A própria posse presidencial, nos termos do artigo 78 da Carta, é condicionada à prestação do compromisso solene "de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis,

---

serviços públicos. Federalismo cooperativo. Cooperação obrigatória. Solidariedade. Arbitramento proporcional em metade da quantia vindicada. Ação julgada parcialmente procedente".

promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil".

É possível extrair, da análise sistemática da Constituição, um dever de ação interfederativa do Presidente da República, quando crises havidas no âmbito dos Estados, comprometam a integridade jurídica, política ou territorial da Federação. Mais do que uma construção interpretativa, há um compromisso jurídico firmado em termos inequívocos, cujo descumprimento é sancionado mediante o *impeachment* (*vide* art. 78, da Constituição).

Muitas circunstâncias, embora autorizem, não impõem a decretação da intervenção federal – que ficará sujeita, na maior parte dos casos, a critérios de conveniência e oportunidade das autoridades competentes. No entanto, mesmo quando a decretação interventiva não é mandatória, pode restar configurado um *dever indisponível* do Presidente da República de agir, preferencialmente de *modo cooperativo* com as autoridades subnacionais, para solucionar crises graves havidas em âmbito regional ou local.

A estarrecedora crise de abastecimento de oxigênio em Manaus, ocorrida em janeiro de 2021, fornece contexto fático para que melhor se compreenda o ponto. Segundo aponta a CPI da Pandemia e analistas políticos,[790] o Presidente da República teria se recusado a decretar a intervenção pois o ato prejudicaria um aliado político (*o Governador do Estado do Amazonas*).

Em princípio, se inequivocamente comprovado o desvio de finalidade (*vide* **Tópico 4.4**), essa circunstância poderia justificar o controle judicial; de modo análogo ao que ocorreria se um Prefeito deixasse de recolher tributos de seus aliados. No entanto, para esse tipo de vício – *desvio de finalidade* – o controle judicial deve ser admitido somente em função de vícios graves e inequivocamente comprovados, sob ônus argumentativa reforçado (*grau fraco*; *vide* **Tópico 5.3**).

Ao menos até o momento, não foram reunidas provas robustas do desvio de finalidade cogitado. No entanto, mesmo que optasse por não decretar a intervenção, o Presidente da República não poderia simplesmente *cruzar os braços*; como fez. Deveria mesmo o Governo

[790] A Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia, instalada pelo Senado Federal, apurou as circunstâncias e as razões pelas quais o Presidente da República não decretou intervenção federal sobre o Estado do Amazonas para solucionar a crise de oxigênio – medida que teria sido sugerida por Ministros de Estado e, segundo analistas, não teria sido adotada apenas porque o Governador amazonense seria aliado político do Presidente da República. Sobre os fatos referidos, veja-se a seguinte notícia: 'Governo desistiu de intervenção no AM por crise do oxigênio após ouvir governador, diz Pazuello'. *G1*, 20 mai. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/20/governo-bolsonaro-discutiu-intervencao-no-am-durante-crise-do-oxigenio-mas-desistiu-apos-ouvir-governador-diz-pazuello.ghtml>.

Federal ter agido eficazmente para prevenir a grave situação que já se anunciava[791], e acabou se consumando, mediante ações menos invasivas à autonomia política do Estado do Amazonas, na lógica da cooperação federativa.[792]

A conclusão a que se chega é que o Presidente da República não estava compelido a decretar a intervenção federal, mas lhe tocava o dever constitucional de agir para evitar ou solucionar, de forma célere e eficiente, a grave crise de ordem pública havida no Amazonas – que acabou redundando em mortes agonizantes e evitáveis.[793]

Se as circunstâncias previstas no artigo 34, incisos I a V, não obrigam que o Presidente da República invariavelmente decrete a intervenção federal, muitas vezes elas demandam ações concretas da União sobre os Estados para que os princípios, fundamentos, objetivos e compromissos previstos na Constituição Federal sejam salvaguardados; especialmente sob a lógica do federalismo cooperativo.[794]

---

[791] O Governo Federal, primeiro, alegou ter sido notificado do problema de abastecimento em 08 jan. 2021, uma semana antes da crise eclodir em caos hospitalar e mortes; mais de 30 pacientes manauaras morreram sem oxigênio entre os dias 14 e 15 de janeiro. No entanto, posteriormente, o Governo Federal mudou de versão; passando a alegar que só teria sido formalmente notificado em 17 jan. 2021. *Cf.* FALCÃO, Márcio. 'Colapso em Manaus: governo federal muda data e diz que empresa notificou problema de oxigênio no dia 17 de janeiro'. *G1*, 28 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/28/colapso-no-am-governo-muda-data-e-diz-que-empresa-notificou-problema-de-oxigenio-no-dia-17-de-janeiro.ghtml>.

[792] A exemplo do suporte logístico-operacional para o transporte emergencial de cilindros de oxigênio, para Manaus, ou mesmo de pacientes, para outras unidades da Federação.

[793] O Presidente da CPI da Pandemia, Senador Osmar Aziz (PDS/AM), declarou durante o depoimento do ex-chanceler Ernesto Araújo (18.05.21): "Não permitiram que um avião fosse lá. Teve que vir de estrada. Enquanto estava morrendo gente sem oxigênio em Manaus, o oxigênio vindo da Venezuelana estava vindo de estrada. Um voo da FAB, se o Ministério das Relações Exteriores tivesse interferido, em uma hora ia e voltava!".
Cf. MAIA, Mateus. 'Senadores cobram Ernesto Araújo sobre doação de oxigênio da Venezuela para Manaus'. *Poder 360*, 18 mai. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/congresso/senadores-cobram-ernesto-sobre-doacao-de-oxigenio-da-venezuela-para-manaus/>.

[794] Quanto à técnica de distribuição de competências entre os entes federativos, os sistemas federais subdividem-se entre duais, cooperativos e mistos; como é o caso brasileiro. O modelo dual, de origem estadunidense, orienta-se pela atribuição de competência privativas (*autoexcludentes*), demarcando mais rigidamente as fronteiras da autonomia de cada ente da Federação. O modelo cooperativo, surgido na Alemanha, aposta na previsão de competências (legislativas) concorrentes e (materiais) comuns, para fazer frente às demandas prestacionais típicas aos Estados Sociais de Direito. O primeiro modelo, mais simples e rijo, prima pela autonomia política de cada ente; enquanto o segundo mira na cooperação sinérgica para prestar mais eficaz e capilarizadamente as utilidades sociais exigidas pelo povo e, progressivamente, pelas normas, da Constituição aos atos infralegais instituidores de políticas públicas, por exemplo. Além de técnica de alocação de competência federativas, a cooperação também traduz um princípio constitucional, que deve reger as relações entre os entes políticos que compõem a República Federativa do Brasil. *Cf.* ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, Capítulo 3. Ver também: CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio de subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Org.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Explorando o tema à luz da gestão interfederativas da pandemia de COVID-19, *v.*

Nas hipóteses da Lei nº 1.079/50, que densifica o artigo 85 da CF/88, a falha do Presidente da República em intervir ou agir sobre os Estados para proteger a integridade da Federação ou a supremacia da Constituição pode ensejar sua responsabilização por crime de responsabilidade e culminar no seu impedimento.

PAIVA, Claudio Cesar de *et. al*. O federalismo cooperativo em obstrução: Fissuras intergovernamentais da pandemia. *Cadernos de Gestão Pública*, vol. 27, pp. 1-18, 2022.

CAPÍTULO 8
O CONTROLE DOS DECRETOS DE INDULTO

O indulto tem sido, em grande medida, ignorado pela ciência jurídica brasileira. Com exceção dos manuais de direito penal, que tratam perfunctoriamente do instituto no capítulo dedicado às formas de extinção da punibilidade,[796] poucos trabalhos têm sido dedicados a examinar o tema.[797]

A ausência doutrinária é ainda mais acentuada no campo do Direito Público.[798] E há uma explicação para isso: o indulto está inserido, como tenho afirmado desde o **Capítulo 3**, na mal compreendida categoria dos *atos políticos*. Assim, a matéria acabou praticamente excluída das lindes do Direito, como se o indulto fosse ato juridicamente incondicionado e ilimitado, pertencente apenas ao reino da política (*vide* **Capítulo 2**).

A Constituição Federal de 1988, à primeira vista, parece mesmo se limitar a prever que compete privativamente ao Presidente da República "*conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*" (CF, art. 84, XII). De modo explícito ou implícito, a visão dominante entendia – e, talvez, até hoje o faça – que isso era tudo o que Constituição havia a dizer a respeito do indulto, convolando a norma constitucional em permissivo genérico e incontrastável à clemência presidencial.

Tanto a interpretação constitucional como a agenda de pesquisa acadêmica devem reagir e se relacionar com o cambiante plano dos fatos. Num passado recente, a falta de atenção doutrinária ao indulto podia ser justificada pela acomodação política do instituto na prática

---

[795] Em março de 2020, escrevi o artigo '*Balizas constitucionais do poder de indultar*', para a disciplina obrigatória do *Doutorado em Direito Público* do PPGD/UERJ. Logo após, publiquei, com base no primeiro texto, o artigo ACCIOLY, João Pedro. Indulto: Limites Constitucionais e Sindicabilidade Judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 174, p. 19-40, 2020. Este capítulo é uma versão atualizada, expandida e adaptada desses textos anteriores.

[796] *Cf*. FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 401; SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 803.

[797] Algumas exceções, de estudos verticados no campo das ciências penais acerca do indulto, merecem registro: FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal*: limites, finalidades e propostas. São Paulo: LiberArs, 2017 e ALVES, Reinaldo Rossano. *Punir e perdoar*: análise da política pública na edição dos decretos de indulto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

[798] No direito comparado, trabalhos no campo do direito público dedicados a examinar o indulto surgiram nas últimas décadas. Entre eles, *v*. DUKER, William. The president's power to pardon: a constitutional history. *William & Mary Law Review*, v. 475, 1977 e SAN MARTIN, Jerónimo García. *El control jurisdiccional del indulto particular*. Tese de Doutorado. Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2006. Disponível em: <https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/1997/1/3075.pdf>.

institucional brasileira. O cenário atual, à toda evidência, mudou. Os tempos presentes – *tempos estranhos*,[799] como costuma qualificar o ex-Ministro Marco Aurélio – não têm sido afeitos à acomodação política de quase nada.

Entre 2018 e 2019, o Supremo Tribunal apreciou o Decreto 9.246/2017, pelo qual o ex-Presidente Michel Temer concedeu indulto natalino e comutou penas. Somente o conturbado julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874, que será analisado nas páginas seguintes, já justificaria este estudo.

No entanto, aqui e alhures, o ascenso de populistas a governos centrais[800] tem levado a cogitações de usos teratológicos do instituto – parte delas declaradas por Chefes de Estado ou por seus auxiliares diretos. Lembre-se, apenas para ilustrar, da fala do ex-Presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, segundo a qual ele poderia indultar a si próprio,[801] e da intenção pública do atual Presidente do Brasil de conceder indulto a policiais envolvidos em massacres notórios e grupos de extermínio.[802]

Em 21 abr. 2022, o risco que cogitei em 2020,[803] foi consumado por Bolsonaro, mediante a concessão de indulto individual – também referido por *graça* – ao Deputado Daniel Silveira, no dia seguinte à sua condenação, pelos crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo, pelo Pleno do Supremo, no julgamento da Ação Penal n° 1.044; cujo acórdão sequer havia sido publicado, quanto mais transitado em julgado.[804] O caso, por sua gravidade e complexidade, será detalhadamente examinado no desfecho do **Tópico 8.3**.

---

[799] É atribuída à Bertold Brecht a famosa indagação: "*Que tempos são estes, em que temos que defender o óbvio?*".

[800] *Cf.* REVELLI, Marco. *The new populism*: democracy stares into the abyss. Trad. David Broder. Londres: Verso, 2019; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional democracy in crisis*? Oxford: Oxford University Press, 2018.

[801] *Cf.* KENNY, Caroline. Trump: 'I have the absolute right to pardon myself'. *CNN*, 04 jun. 2018. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2018/06/04/politics/donald-trump-pardon-tweet/index.html>.

[802] *Cf.* TRINDADE, Naira. Bolsonaro planeja indulto a policiais de Eldorado do Carajás, Carandiru e ônibus 174. *Jornal O Globo*, 31 ago. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-planeja-indulto-policiais-de-eldorado-do-carajas-carandiru-onibus-174-23919496>.

[803] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. Indulto: Limites Constitucionais e Sindicabilidade Judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 174, 2020, p. 21.

[804] Tive a oportunidade de comentar o caso na seguinte entrevista: BECKER, Guilherme. "Indulto de Bolsonaro a Silveira é ensaio para o golpe". Publicado pela *DW Brasil*, em 22 abr. 2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/indulto-de-bolsonaro-a-silveira-é-ensaio-para-o-golpe/a-61564958>.

O primeiro objetivo deste trabalho é o de circunscrever o indulto a uma esfera de legalidade-constitucional, extraindo do ordenamento os limites, materiais e formais, gerais e específicos, do instituto; na linha das conclusões e da gramática desenvolvidas no **Capítulo 4**.

O segundo propósito é o de traçar parâmetros que permitam a criteriosa revisão judicial dos decretos de indulgência, de modo que, por um lado, possam ser fulminados aqueles que induvidosamente violem a Constituição e, por outro, possam ser preservados os Decretos que expressem escolhas juridicamente possíveis, ainda que politicamente questionáveis (*ou mesmo lamentáveis*), da autoridade democraticamente legitimada e constitucionalmente habilitada a fazê-las (*vide* **Tópicos 5.2** e **5.3**).

Como tenho proposto, a margem de discricionariedade franqueada pelo Direito brasileiro para a concessão de indultos é ampla, mas não é ilimitada (*plano da conformação*); sendo, de todo, admissível a sua revisão incidental, no bojo do processo de execução da pena de cada potencial beneficiado, e a sua impugnação abstrata, mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal (*plano do controle*).

8.1. Antecedentes e evolução institucional do indulto

Os instrumentos de clemência nasceram ao lado dos mecanismos punitivos. Muito antes da fundação dos Estados Modernos e da organização dos sistemas penais que lhe são característicos, punição e perdão já eram *lados de uma só moeda* – assumindo contornos vários, em cada uma das igualmente variadas formas de organização social experimentadas pela humanidade – desde as mais modestas sociedades tribais até as mais complexas e sofisticadas civilizações contemporâneas.[805]

Na Grécia Antiga e no Império Romano, há registros múltiplos da extinção da punibilidade de delitos por meio de institutos análogos ao indulto.[806] Não se partirá, contudo, em incursão histórica ancestral e minudente, por não se vislumbrar utilidade prática na empreitada.[807]

---

[805] *Cf.* FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. Veja-se também GARGARELLA, Roberto. 'El derecho y el castigo'. In: *Constitucionalismo, garantismo y democracia*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2016, p. 411-428.

[806] *Cf.* MARTINEZ, José Henrique Sobremonte. *Indultos y amnistia*. Valencia: Universidad de Valencia, 1980. p. 3-12 e SERMET, Ernest. *Droit de grace*. Toulouse: Imprimerie Saint Cyprien, 1901. p. 29-117.

[807] *Cf.* OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

Para os fins almejados neste trabalho, interessa mais o transplante do indulto dos regimes absolutistas para os sistemas democrático-constitucionais, a partir das revoluções iluministas. No Antigo Regime, em que a figura do Monarca se confundia com a do Estado,[808] o poder do Rei de perdoar crimes não encontrava limites jurídicos nem era suscetível de controle.[809] Mas essas características não eram peculiares aos indultos de então, o absolutismo não encontrava limites formais ou materiais em qualquer diploma normativo ou estrutura institucional independente. Essa era uma configuração não dos indultos àquela época, mas *do regime absolutista como um todo*.

Desde suas origens remotas, o indulto frequentemente esteve permeado por intenso componente religioso.[810] No regime absolutista, justificado por Jean Bodin com base na *Teoria da Origem Divina do Poder do Rei*,[811] a concepção da *indulgentia principis* como expressão da misericórdia divina externalizada por ato incontrastável do Monarca é, de todo, coerente.[812]

A incoerência se verifica após as revoluções iluministas, quando o indulto – em suas feições absolutistas – acaba transplantado acriticamente para o seio dos embrionários Estados de Direito. Embora muitos anos tenham se passado desde a *Prise de la Bastille*, e da promulgação das primeiras constituições liberais, fato é que a incoerência apontada, em alguma medida, persiste: nem a prática nem a teoria parecem bem ter acomodado o indulto, como categoria jurídica, às exigências das democracias constitucionais.

O fenômeno não é exclusividade do Brasil. Mas, aos propósitos deste estudo, é a evolução do indulto na trajetória constitucional brasileira que mais interessa. Embora no período colonial haja diversos registros de perdões de delitos (muitas vezes condicionados à prestação de serviços militares),[813] a potestade ganha guarida constitucional em 1824, com a

---

[808] O fenômeno é bem ilustrado pelo brocardo "*L'État c'est moi*", cuja autoria é atribuída ao Rei francês Luís XIV, e pela oração latina "*quod principi placuit legis habet vigorem*", que pode ser traduzida como "o que agrada ao rei tem força de lei".

[809] Vale sublinhar que a caracterização do Antigo Regime como um sistema de poder totalmente ilimitado implica, de um lado, uma generalização territorial e, de outro, uma simplificação didática. A realidade, sempre complexa e permeada de nuances, não é captada com nitidez por caracterizações breves, que, contudo, têm seu valor e razão de ser – sobretudo quando aplicadas a estudos de outros ramos científicos.

[810] MERTEN, Detlef. *Rechtstaatlichkeit und Gnade*. Berlim: Duncker & Humblot, 1978. p. 31.

[811] BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris: Fayard, 1986.

[812] HESPANHA, Antônio Manuel. *Direito luso-brasileiro no antigo regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 132.

[813] ALVES, Reinaldo Rossano. *Punir e perdoar*: análise da política pública na edição dos decretos de indulto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 72.

outorga de nossa primeira Carta.[814] Com a promulgação da Lei de 11 de setembro de 1826, regulamentou-se o processo de interposição do recurso de graça, dirigido ao Imperador, na hipótese de condenações à morte.[815]

Sob a vigência de nossa primeira Constituição, o "*perdão*" ou a "*moderação*" das penas costumava ser concedido, pelo Imperador, em bases individuais – com a especificação nominal dos beneficiários da medida.[816] Na lógica do Poder Moderador,[817] o instituto era tido como medida corretiva de excessos ou injustiças cometidas pelo Poder Judiciário, na aplicação das leis penais aprovadas pelo parlamento. Na prática, contudo, casos de favorecimento, injustificáveis à luz do interesse público, a pessoas próximas ao Imperador sucederam-se no período.

Com a promulgação da Constituição de 1891, tenta-se emprestar ao instituto roupagem semelhante àquela que lhe foi conferida pela Constituição estadunidense de 1787 (artigo 2º, seção II), ao limitar-se o poder de clemência do Presidente da República aos "crimes sujeitos à jurisdição federal" e impedir-se a sua incidência sobre os crimes de responsabilidade, cujo perdão reservou-se privativamente ao Poder Legislativo.[818]

Na prática, especialmente durante os primeiros anos da República, nem a nova forma de governo nem a nova Constituição lograram superar os contornos arbitrários e patrimonialistas que o indulto conservava à época do império. Na denúncia eloquente de Rui Barbosa:

> Todos os chefes de Estado exercem essa funcção melindrosissima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhacoito dos máos e escandalo dos bons. Mas que fez dessa attribuição o marechal Hermes? O cabo Francisco Borges Leal, motorista de automovel no Ministerio da Guerra, incurso no crime de homicídio, é condemnado, por sentença que o Supremo Tribunal Militar confirmou, a dez annos de prisão com trabalho. Mas, onze dias depois, o presidente o agracia, e, cinco dias mais tarde, o renomeia para o mesmo emprego nessa repartição. O assassino Quincas Bombeiro, condemnado pelo Tribunal do Jury, em novembro de 1910, por crime de homicídio não obtêm provimento ao recurso, que interpôz para a Côrte de A ppellação. E' um facínora de nota, cliente habitual da policia,

---

[814] Constituição Política do Império do Brasil de 1824: "Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador (...) VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença; IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado".

[815] BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878. p. 21.

[816] *Ibidem*, p. 73-87.

[817] *Cf.* VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria e prática do poder moderador. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 72-81, 1986.

[818] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, art. 48: "Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 6º) indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nºs 28, e 52, § 2º".

> em cujas casas tem frequentes entradas. Mas alcança a graça do presidente, que mezes depois lhe perdôa, habilitando assim a féra a ter o papel, que teve, com o moleque Verissimo e Mendes Tavares, no assassínio do commandante Lopes da Cruz.[819]

Em que pese a sua curta duração, a Constituição de 1934, buscando evitar o uso antirrepublicano do instituto, transformou o indulto em ato complexo, subtraindo do Presidente o poder de praticá-lo de ofício. Veja-se: "Art. 56. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) § 3º. perdoar e comutar, *mediante proposta dos órgãos competentes*, penas criminais".

Durante o Estado Novo (1937-1945), a Constituição Polaca previu, como prerrogativa do Presidente da República, "exercer o direito de graça" (art. 75, '*n*'). No entanto, diante da amplitude que os decretos-leis possuíam àquela época, em algumas ocasiões a clemência penal foi promovida, por iniciativa do Presidente, mediante a anistia. Aliás, o Decreto-Lei 7.474, editado por Vargas em 18 de abril de 1945, tratou-se da medida mais abrangente e relevante do gênero, perdoando-se "todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934" até aquela data.

Ainda em 1945, mas já depois da renúncia de Getúlio, o Decreto 20.082/1945, assinado por José Linhares para indultar delitos cometidos por oficiais e praças que integraram a Força Expedicionária Brasileira na Itália, havia sido, até o caso Daniel Silveira (*vide* **Tópico 8.3**), o último ato de clemência presidencial imbuído de caráter personalíssimo de que se tem notícia na história constitucional brasileira.[820]

Recuperando parcialmente o modelo de 1934, a Constituição de 1946 passou a exigir que o indulto e a comutação de penas fossem precedidos da "audiência dos órgãos instituídos em lei" (art. 87, XIX). Desde então, os indultos foram sendo transformados em mecanismo de política criminal para o controle da população carcerária brasileira, beneficiando tradicionalmente condenados primários por delitos de menor potencial ofensivo. Para a determinação dos beneficiários, os Decretos concessivos passaram a estipular critérios

---

[819] *Cf.* BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1931. p. 108. (Redação original).

[820] Em alguns casos, o Presidente em exercício chegou a nominar os beneficiários da medida. Decreto 20.082/1945: "Art. 3º Fica concedido indulto aos civis de nacionalidade italiana Di Bartolomeo Ader e Ranzzette Soliere, empregados do Serviço de Intendência da F. E. B., da Itália e do Pôsto Regulador de Livorno, condenados pela Justiça da F. E. B., como incursos respectivamente nos art. 198, § 4º, V, e art. 181, § 3º e 182, § 5º combinado com os artigos 66, § 1º, e 314 tudo do C. P. M". Para fazer essa constatação, pesquisei todos os Decretos Presidenciais editados desde 1851, por meio do portal de legislação do Planalto, com os argumentos 'Indulto'; 'Graça', 'Anistia' e 'Comutação'. O tema será retomado adiante.

objetivos, relativos aos crimes praticados, e subjetivos, relativos a condições pessoais dos condenados (*e.g.*, idade, saúde, comportamento), mas ambos enunciados de modo genérico e abstrato.

Exemplifica essa tendência o Decreto 48.136, editado por Juscelino Kubitschek em 20 de abril de 1960, ao prever que "ficam indultados todos os sentenciados primários, considerados a penas que não ultrapassem a 3 anos de prisão e que, até a presente data, tenham cumprido um terço das mesmas com boa conduta".[821]

Reportagens da década de 1960 retratam o progressivo aumento da relevância dos Conselhos Penitenciários, bem como o paulatino desuso dos decretos de indulto individual, também referidos por *graça*.[822]

Durante os governos militares, entre 1964 e 1985, os decretos de indulto seguiram a mesma lógica assentada nos governos Kubitschek e João Goulart: beneficiavam detentos primários condenados por delitos de menor potencial ofensivo que tivessem, com boa conduta carcerária, cumprido no mínimo um terço da pena.[823] Por mais paradoxal que possa parecer, os decretos de indulto foram editados com maior frequência e sistematicidade durante a Ditadura Civil-Militar iniciada em 1964 do que nos governos havidos sob as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946.[824]

---

[821] Seguindo a mesma lógica, ainda durante o Governo Dutra, veja-se o Decreto 24.253, de 23 de dezembro de 1947, e o Decreto 22.065, de 15 de novembro de 1946. Após o Governo Juscelino, João Goulart exarou o Decreto 51.378, de 20 de dezembro de 1961, o Decreto 51.614, de 4 de dezembro de 1962 e o Decreto 52.377, de 19 de agosto de 1963, todos no mesmo sentido dos demais.

[822] A Constituição de 1967, repetindo a Carta de 46 (art. 87, XX), exigia a "audiência dos órgãos instituídos em lei" para a concessão de indultos presidenciais (art. 83, XX). A Constituição de 1969, em sistemática replicada pela Carta de 1988 (art. 84, XII), passou a prever, como competência privativa do Presidente, "conceder indulto e comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei" (art. 81, XXII).

[823] *Cf.* "Não haverá indulto sem parecer do Conselho". *O Estado de S. Paulo*, 5 de out. de 1962, p. 09.

[824] Nesse sentido, *v.* Decreto 90.570, de 27 de novembro de 1984; Decreto 89.097, de 5 de dezembro de 1983; Decreto 87.833, de 17 de novembro de 1982; Decreto 86.643, de 24 de novembro de 1981; Decreto 85.422, de 26 de novembro de 1980; Decreto 84.848, de 26 de junho de 1980; Decreto 84.223, de 20 de novembro de 1979; Decreto 82.589, de 6 de novembro de 1978; Decreto 80.603, de 24 de outubro de 1977; Decreto 78.800, de 23 de novembro de 1976; Decreto 76.550, de 5 de novembro de 1975; Decreto 75.076, de 11 de dezembro de 1974; Decreto 73.288, de 11 de dezembro de 1973; Decreto 71.599, de 22 de dezembro de 1972; Decreto 71.070, de 4 de setembro de 1972; Decreto 69.489, de 22 de novembro de 1971; Decreto 67.704, de 4 de dezembro de 1970; Decreto 65.775, de 2 de dezembro de 1969; Decreto 63.729, de 4 de dezembro de 1968; Decreto 61.964, de 22 de dezembro de 1967; Decreto 61.155-A, de 15 de agosto de 1967; Decreto 60.522, de 31 de março de 1967; Decreto 59.474, de 18 de novembro de 1966; Decreto 57.567, de 3 de janeiro de 1966; Decreto 57.359, de 29 de novembro de 1965; Decreto 55.102, de 1º de dezembro de 1964.

Na ordem constitucional inaugurada em 1988, os decretos concessivos de indultos tornaram-se mais generosos e complexos, passando a prever modalidades e critérios vários para o perdão e a comutação de penas. Desde o final da década de 1990, institucionalizou-se a publicação dos decretos ao fim de cada ano, tendo a alcunha '*indulto natalino*' sido formalmente adotada a partir do Decreto 6.294, de 11 de dezembro de 2007.

Como antecipei no **Tópico 5.2**, o Decreto 9.246, editado por Michel Temer em 21.12.2017, inaugurou o capítulo de revisão judicial abstrata dos indultos presidenciais. Proposta pela então Procuradora-Geral da República, a ADI 5.874 sustentava a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do decreto de indulto natalino, argumentando que a medida implicava (*i*) ofensa à Separação dos Poderes, por usurpação da função legislativa e esvaziamento da função judicial e (*ii*) violação à garantia constitucional da vedação à proteção deficiente dos bens jurídicos, corolário do princípio da proporcionalidade.

Em 28 dez. 2017, a Min. Cármen Lúcia, então Presidente do STF, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados na ação direta, considerando o "aparente desvio de finalidade" do Decreto, ao supostamente beneficiar os condenados por "*crimes de colarinho branco*", e o potencial de "relativização da jurisdição penal que poderia advir das inovações impugnadas".[825]

Com o fim do recesso, o relator da ação, ainda em sede de decisão monocrática, reiterou parcialmente a decisão liminar proferida pela Presidência do Supremo em sua substituição. O Ministro Luís Roberto Barroso deliberou por:

> suspender do âmbito de incidência do Decreto n. 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal.[826]

Após sucessivos pedidos de vista, a ação foi finalmente julgada em 09 mai. 2019. Por sete votos a quatro, o Tribunal revogou a cautelar e julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do Min. Alexandre de Moraes, responsável por redigir o acórdão; vencidos os Ministros Barroso, Fachin, Fux e Cármen Lúcia. Ao votar, o Min. Moraes declarou ser

---

[825] *Cf.* STF, ADI 5.874 MC, Decisão Monocrática da Min. Pres. Cármen Lúcia, DJ*e* 1º fev. 2018.

[826] *Cf.* STF, ADI 5.874 MC, Decisão Monocrática do Min. Rel. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 14 mar. 2018.

"possível discordar da opção feita pelo Presidente da República, porém entendo não ser possível afastá-la com base em superficial interpretação principiológica" e assentou três premissas básicas que receberam a adesão da maioria da Corte:

> (1) É competência discricionária do Presidente da República a definição dos requisitos e da extensão do ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade. (2) O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos para possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal, dentro da separação de poderes, que é uma das cláusulas pétreas de nossa Carta Magna (CF, art. 60, § 4º, III). (3) O Decreto de Indulto não é um ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e, consequentemente, torna-se passível de controle jurisdicional para apuração de eventuais inconstitucionalidades, cujos limites estabelecidos nos artigos 2º e 60, §4º, III da CF, ao definir a separação de poderes, impedem a transformação do Poder Judiciário em "pura legislação", derrogando competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo e substituindo legítimas opções pelas suas.[827]

O Governo Bolsonaro tem implicado verdadeira ruptura da tradição institucional quanto aos indultos, que vem se consolidando no Brasil desde 1946. No primeiro ano de seu mandato, Bolsonaro editou o Decreto 10.189, de 23 de dez. de 2019. De um lado, o decreto reduziu drasticamente o escopo do perdão convencionalmente praticado, limitando-o aos detentos acometidos por doenças graves.[828] Do outro, criou hipóteses de indulgência para beneficiar apenas os 'agentes públicos que compõem o sistema nacional de segurança pública'.[829] Em abril de 2022, a quebra de paradigmas atingiu o seu estopim: com o decreto

---

[827] *Cf*. STF, ADI 5.874 MC, Decisão Monocrática do Min. Rel. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 14 mar. 2018.

[828] *Cf*. Decreto 10.189/2019, art. 1º: "Será concedido indulto natalino às pessoas nacionais ou estrangeiras condenadas que, até 25 de dezembro de 2019, tenham sido acometidas: I - por paraplegia, tetraplegia ou cegueira, adquirida posteriormente à prática do delito ou dele consequente, comprovada por laudo médico oficial, ou, na sua falta, por médico designado pelo juízo da execução; II - por doença grave permanente, que, simultaneamente, imponha severa limitação de atividade e exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, comprovada por laudo médico oficial, ou, na sua falta, por médico designado pelo juízo da execução; ou III - por doença grave, como neoplasia maligna ou síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids), em estágio terminal e comprovada por laudo médico oficial, ou, na sua falta, por médico designado pelo juízo da execução". Esse tipo de benefício costuma ser referido, pela literatura, como *indulto humanitário*.

[829] *Cf*. Decreto 10.189/2019: "Art. 2º. Será concedido indulto natalino também aos agentes públicos que compõem o sistema nacional de segurança pública, nos termos do disposto na Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, que, até 25 de dezembro de 2019, no exercício da sua função ou em decorrência dela, tenham sido condenados: I - por crime na hipótese de excesso culposo prevista no parágrafo único do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; ou II - por crimes culposos e tenham cumprido um sexto da pena. § 1º Aplica-se o disposto no caput aos agentes públicos que compõem o sistema nacional de segurança pública que tenham sido condenados por ato cometido, mesmo que fora do serviço, em face de risco decorrente da sua condição funcional ou em razão do seu dever de agir. § 2º O prazo do cumprimento da pena a que se refere o inciso II do caput será reduzido pela metade quando o condenado for primário. Art. 3º Será concedido indulto natalino aos militares das Forças Armadas, em operações de Garantia da Lei e da Ordem, conforme o disposto no art. 142 da Constituição e na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, que tenham sido

açodado e exorbitante, editado em benefício personalíssimo do Dep. Daniel Silveira (*vide* **Tópico 8.3**).

8.2. Limitações constitucionais ao poder de indultar

No Estado Democrático de Direito, não pode haver *poder absoluto*. Não há poder acima da Constituição; desobrigado de observar suas regras ou de perseguir seus valores. O indulto é prerrogativa atribuída, *sem rodeios nem critérios*, ao Presidente da República pelo art. 84, XII. Mas, repetindo a advertência de Eros Grau, *não se interpreta o Direito em tiras*; e a norma habilitadora não é tudo que a Constituição *tem a dizer* sobre o indulto.

Em verdade, a Carta também lhe impõe: (*i*) limites específicos, articulados mediante regras constitucionais; (*ii*) limites gerais, derivados do sistema de princípios constitucionais; e (*iii*) uma autorização expressa à criação de restrições objetivas adicionais, à prerrogativa presidencial, pelo Congresso Nacional.

O Constituinte, no rol do artigo 5º, previu restrições objetivas – limites substantivos específicos – à extinção da punibilidade de certos delitos; afastando ainda a incidência do benefício sobre os tipos penais que forem definidos como crimes hediondos por Lei Federal:

> XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O dispositivo, em parte pela complexidade da matéria, em parte por imprecisões técnicas do Constituinte, requer elucidações importantes. Em que pese o introito do inciso ('*a lei considerará*'), a primeira parte do dispositivo reclama *eficácia direta*: os crimes de tortura, de tráfico de entorpecentes[830] e de terrorismo são insuscetíveis de perdão em decorrência

---

condenados por crime na hipótese de excesso culposo prevista no art. 45 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar".

[830] A disposição perdeu o sentido de existir e deveria ser revogada. A própria Lei de Drogas deveria ter o mesmo destino. Para além da discussão quanto ao direito fundamental à autonomia privada, estes fatos parecem evidentes quanto à política de drogas brasileiras: (i) a criminalização é ineficaz e o consumo generalizado; (ii) a criminalização consome recursos públicos expressivos; (iii) a criminalização dificulta o tratamento da dependência química como problema de saúde pública; (iv) a criminalização inviabiliza a arrecadação tributária sobre o setor; (v) a criminalização impede ou dificulta tratamentos médicos eficazes para doenças severas; (vi) a criminalização gera estigma e ocultação social, o que favorece o abuso no consumo de drogas; (vii) a criminalização estimulou o armamento do tráfico de entorpecentes, ligando-se aos conflitos bélicos entre traficantes e entre estes e a polícia; e, mais importante e trágico, (viii) a criminalização das drogas tem permitido o encarceramento em massa e o genocídio de jovens negros e periféricos. No final da década de 1980, quando a Constituição foi elaborada, o mundo assistia ao auge da *war on drugs*, declarada por Nixon, mas aprofundada por Regan (*v. Anti-Drug Abuse Act of 1986*). Apenas a subserviência aos EUA, com pinceladas tupiniquins de racismo e moralismo, explica a previsão constitucional que torna o tráfico de entorpecentes insuscetível de perdão. Em verdade, acredito que o direito penal e processual penal necessita de verdadeira refundação democrática; que reduza seu âmbito de incidência, o reoriente e o racionalize. Sobre o assunto, *v.*

imediata da Constituição. Até porque, se a Lei deve considerá-lo assim, os atos legais e, *a fortiori*, infralegais que perdoarem tais delitos contrariarão a Constituição.

Além dos três tipos penais referidos, a Constituição torna insuscetível de perdão os crimes que forem qualificados como hediondo por lei penal; matéria reservada ao trato legislativo da União (art. 22, I). Por determinação constitucional expressa, o Congresso Nacional pode, via lei ordinária, conformar as margens de validade do indulto; adicionando-lhe limites substantivos específicos, isto é, ampliando o elenco de *crimes imperdoáveis*. [831]

É de se notar, também, que a norma constitucional restritiva não menciona expressamente o *indulto*, referindo-se apenas à *graça* e à *anistia*. Não se deve, contudo, interpretar a *falha técnica do Constituinte* como uma *emancipação constitucional* dos indultos (*vide* **Tópico 8.3**). A uma, porque não há uniformidade terminológica quanto ao instituto em estudo. Grande parte dos autores, inclusive, utilizam a expressão "direito de graça" como gênero do qual o "indulto", por vezes referido como "indulto coletivo", e a "graça", com frequência também chamada de "indulto individual", seriam espécies.[832] A duas, porque a Lei dos Crimes Hediondos expressamente colmata a lacuna identificada (Lei 8.072/1990, art. 2º, I), em absoluta consonância com o *telos* da norma constitucional regulamentada. A três, porque não haveria sentido em restringir mais o perdão da pena engendrado pelo Poder Legislativo (*a anistia*) do que a extinção da punibilidade determinada por ato unipessoal do Chefe do Poder Executivo (*o indulto*). A quatro, porque a graça não é relacionada textualmente entre as competências do Presidente da República – donde se pode concluir ou que ela foi absorvida pelo ato congênere que consta do artigo 84 da Carta (*o indulto*), ou que ela foi suprimida da ordem constitucional vigente.[833]

GARGARELLA, Roberto. *Castigar al Prójimo*: por una refundación democrática del derecho penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

[831] Embora os crimes qualificados como hediondos também sejam insuscetíveis de anistia, ato legislativo de clemência penal, o Congresso, caso pretenda anistiar a prática de um delito hediondo, pode simplesmente revogar, na parte final do Diploma anistiador, a mencionada qualificação legislativa do tipo (*critério cronológico; dada a paridade hierárquica*). O Presidente, por outro lado, não pode fazê-lo quanto ao indulto.

[832] *Cf.* FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 401; SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 803.

[833] Além do argumento redacional, militaria em favor dessa leitura o fato de que há cerca de 75 anos não se registrava a extinção personalíssima de penas por ato do Presidente da República. Parece-me razoável, pois, entender que os decretos de indulto, *ex vi* de mutação constitucional, só poderiam ser validamente editados como medidas impessoais de política criminal. O ponto será aprofundado à luz do caso Daniel Silveira, no **Tópico 8.3**.

Por se tratar de ato de estatura constitucional, sujeito à competência privativa do Chefe do Poder Executivo, entendo que o Congresso Nacional só pode, por via infraconstitucional, criar limitações adicionais ao indulto presidencial com base no permissivo do art. 5º, XLIII, que autoriza o legislador ordinário a tornar insuscetível de indulto os crimes legalmente qualificados como hediondos; mesmo porque emenda que previa o direito à ampla conformação legislativa do indulto foi rejeitada pela Assembleia Nacional Constituinte. A Emenda nº 258, proposta pelo Dep. Enoc Vieira, que exigia a "*audiência dos órgãos instituídos em lei*" e limitava-o aos "*casos por esta não vedados*", foi rejeitada, no âmbito da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo.[834]

Como tenho apontado desde o **Capítulo 2**, os princípios – tradicionalmente concebidos como enunciações político-valorativas dotadas de efeitos meramente simbólicos – foram trazidos para o centro de gravidade normativa dos ordenamentos constitucionais, deles se extraindo, direta e indiretamente, consequências jurídicas relevantes.

Como era de se esperar, uma revolução hermenêutica de tamanha magnitude acabou por redundar em excessos. O recurso apressado e retórico aos princípios *facilita* a vida de magistrados preguiçosos[835] e permite que o decisionismo arbitrário possa ser reduzido a termo, com ares de imperativo constitucional.[836]

A máxima aristotélica *virtus in medium est* parece ter lugar também aqui. É preciso achar um lugar intermédio entre o *descrédito* dos princípios constitucionais como normas jurídicas e o seu *uso abusivo e leviano*, especialmente quando eles sejam parâmetro para o controle judicial de atos políticos; caso que, como propus no **Tópico 5.3**, sujeita-se ao *judicial review fraco*. [837]

---

[834] *Cf.* Quadro histórico dos dispositivos constitucionais: artigo 84. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019, p. 48-50. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/39281>.

[835] *Cf.* SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60-80.

[836] *Cf.* SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 273-301, 2011 e STRECK, Lenio Luiz. A revolução copernicana do direito e a preservação de sua autonomia diante do panprincipiologismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. VI, p. 253-270, 2012.

[837] No **Tópico 5.3**, escrevi: "Nos casos sujeitos ao controle fraco, a suspensão ou a invalidação do ato político deve ser excepcional, apenas para casos gritantes; demandando fundamentações especialmente minuciosas e zelosas. O controle deve ser fraco nas hipóteses em que o vício impugnado derivar de normas constitucionais principiológicas; ou seja, quando a transgressão recair sobre limites formais ou materiais gerais dos atos políticos. Quando o vício constado incidir diretamente sobre elementos nucleares dos princípios constitucionais, especialmente se já houver amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial quanto a essa configuração, o controle, a priori fraco, enrijece-se. Mesmo assim, diferentemente da primeira modalidade sugerida, o ônus argumentativo aqui não se contrai".

Não é viável antever e comentar todas as hipóteses de conflito entre os indultos e os princípios inscritos na Constituição. Em texto publicado no *ConJur*, cogitei alguns exemplos:

> Por colidir com os princípios republicano, da impessoalidade e da moralidade, o Presidente não poderia, por exemplo, perdoar a si próprio nem conceder o benefício a seus familiares. Em função dos princípios da legalidade e da eficiência, além da teoria dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, o presidente também não poderia conceder um indulto preventivo para certos crimes ou em favor de determinadas pessoas, no que estaria impropriamente revogando lei penal ou criando imunidades criminais.[838]

Considerada a natureza da medida (*benefício penal discricionário*), o indulto é especialmente vulnerável aos vícios da probidade e da finalidade. No **Tópico 4.4**, entendi ser possível presumir o desvio de finalidade nos casos em que os sujeitos peculiarmente beneficiados por dado ato político nutram relação particular – ou, *a fortiori*, familiar – com a autoridade que o tiver adotado.

Propus que essa circunstância implicaria uma *presunção relativa* dos vícios de finalidade, de probidade e de impessoalidade; cujo afastamento, pelo juízo da causa, dependeria do conjunto de argumentos e provas trazido pela autoridade aos autos; pois sobre esta passaria a recair o ônus de provar a sua legitimidade constitucional. Ao beneficiar parentes, amigos ou aliados de modo anômalo, mediante o indulto, o Presidente da República precisa fornecer previamente motivos impessoais, relacionáveis a interesses públicos, que sustentem a legitimidade excepcional da indulgência.

O *imperativo da processualidade*, examinado no **Tópico 4.2**, como *limite formal geral* dos atos políticos, também se impõe ao indulto. O Presidente precisa construir, no seio de um processo administrativo racionalizador, o conteúdo e a justificativa dos decretos de indulgência.

Como destaquei no **Tópico 6.3**, em relação às nomeações políticas, quanto maior é o espaço da *discricionariedade* legada pela norma constitucional (*poder de escolha*), mais intensos devem ser os ônus da responsabilidade e da justificativa; dos quais, no caso do indulto, o Presidente só pode se desincumbir mediante processo administrativo prévio, transparente e robusto, que, preferencialmente, contemple a participação consultiva do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e demais instituições, do Estado e da

---

[838] *Cf.* ACCIOLY, João Pedro. O indulto não é cheque em branco. *Revista Consultor Jurídico*, 04 set. 2019. Disponível em: <www.conjur.com.br/2019-set-04/joao-pedro-accioly-indulto-nao-cheque-branco>.

sociedade, interessadas em debatê-lo; especialmente quando o decreto cogitado destoar dos padrões assentados.[839]

Embora toda pressa seja pouca para restituir a liberdade corporal, não vislumbro razão que permita a abreviação ou o diferimento do ônus da processualidade no caso dos indultos; exceto pelas seguintes *circunstâncias humanitárias*: (*i*) iminência de morte natural, em razão de doença terminal; (*ii*) iminência da aplicação da pena de morte, que é admitida pela Constituição apenas para o caso de '*guerra declarada*'.

Como todo ato público, os indultos precisam ser adequadamente motivados e, por serem objeto de normas de baixa densidade semântica e regramento não exaustivo,[840] a deliberação a seu respeito deve ser feita no interior de um processo administrativo; que vise à configuração racional do seu conteúdo e de sua justificativa; bem como demonstre sua conformidade constitucional e sua legitimidade ante o interesse público.

8.3. O controle jurídico-político dos indultos

O indulto, diferentemente da maior parte dos atos políticos primários incumbidos ao Presidente, não se sujeita a mecanismos de controle preventivo ou repressivo a cargo do Poder Legislativo.[841] O único caminho para a aferição da *conformidade constitucional* dos indultos é, pois, o do controle judicial; que se bifurca em duas modalidades: (*i*) a *incidental*, difusamente exercida pelos juízos das varas de execução penal, quando da aplicação concreta do benefício (*efeitos inter partes*), e (*ii*) a *abstrata*, concentradamente exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta (*efeitos erga omnes e eficácia vinculante*).

No indulto, portanto, não tem lugar a diretriz da primazia do controle parlamentar; mas lhe são aplicáveis os *standards* de controle judicial, que propus no **Tópico 5.2**: (*i*) deferência reforçada; (*ii*) ônus argumentativo reforçado; (*iii*) máximo aproveitamento e (*iv*) colegialidade.

No controle incidental do indulto, por magistrados de primeiro grau,[842] não são impostas as amarras da (*i*) inércia; (*ii*) da congruência e (*iii*) da colegialidade. A uma, porque o indulto autoriza, nos termos do decreto presidencial, que o juiz declare, de ofício, a extinção, a

[839] Voltarei ao tema no **Tópico 8.3**.

[840] Em nível exclusivamente constitucional, exceto pelos tipos penais legislativamente qualificados como hediondos, que, *ex vi* do art. 5º, XLIII, da CF/88, tornam-se insuscetíveis do benefício.

[841] *Vide* introdução do **Capítulo 5** e **Tópico 5.1**.

[842] Em geral, a concretização do indulto competirá aos juízos das Varas de Execução Penal. Contudo, se o benefício já tiver sido concedido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, poderá sê-lo pelo juízo da ação penal, em nível originário ou recursal.

redução ou comutação da pena;[843] A duas, porque o controle incidental de constitucionalidade também pode ser efetuado de ofício (sempre que o magistrado houver que aplicar, à resolução da lide, ato contrário à Constituição); A três, porque os Juízes, no primeiro grau, constituem isoladamente órgãos do Poder Judiciário, não lhes sendo aplicável a cláusula de reserva de plenário, justamente, por não constituírem *fração de Tribunal algum*.

Uma particularidade, no caso dos indultos coletivos e abstratos, que tem lugar na sua revisão judiciária subjetiva e incidental tem que ver com a aferição da *defeasibility* do benefício genérico em face de dados do caso concreto. [844] No controle difuso, o Juiz pode corrigir casos de *superinclusão* ou *subinclusão* normativa; nos quais a incidência do indulto genérico ao caso concreto produz um resultado contrário (*i*) à finalidade pretendida pelo decreto de indulgência ou (*ii*) à Constituição. Como bem explica Humberto Ávila:

> a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal. (...) Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses, as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada.[845]

Essa técnica pode ajudar a resolver os casos de indultos que, conquanto genéricos e abstratamente compatíveis com a Constituição, tenham sido editados, em desvio de finalidade (*vide* **Tópico 4.4**), para implementar interesse pessoal do Presidente da República (*e.g.*, beneficiar familiar ou aliado próximo). Até em razão da diretriz do *máximo aproveitamento dos atos políticos viciados*, os indultos que, conquanto coletivos e genéricos, sejam secretamente animados por móvel pessoal não devem ser integralmente fulminados; devendo

---

[843] *Cf*. Código de Processo Penal, art. 741: "Se o réu for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no art. 738". O artigo citado prevê o seguinte: "Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena". No caso da anistia, o CPP, no art. 742, dispõe: "Concedida a anistia após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, declarará extinta a pena".

[844] *Cf*. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. *Revista Direito GV*, vol. 15, pp. 1-21, 2019.

[845] *Cf*. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 196-7.

o Judiciário, contudo, recusar seus efeitos concretos que colidirem com os princípios da impessoalidade, finalidade pública e moralidade republicana.

Um exemplo ilustra o ponto. Imagine-se que o Presidente da República, visando a proteger sua esposa e filhos, recentemente condenados em primeira instância, decreta o indulto dos crimes de lavagem de dinheiro e associação criminosa dos condenados primários que tiverem se engajado em tais atividades por indução ou coação do *pater familias*. Mesmo que se concluísse pela constitucionalidade abstrata do perdão na hipótese cogitada, seria forçoso afastá-la, em razão da principiologia constitucional, do gozo concreto pelos familiares do Presidente, mediante um juízo de *defeasibility*.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, ao revés, a inércia, a congruência e a colegialidade devem ser observadas, conforme propus no **Tópico 5.2**. A jurisdição constitucional abstrata só se processa mediante provocação legítima (CF/88, art. 103), devendo a decisão alcançada pelo STF guardar relação de congruência com os pedidos autorais. Além disso, devem ser evitadas decisões monocráticas, ainda que cautelares, que suspendam, anulem ou restrinjam a eficácia dos indultos; e, nas circunstâncias excepcionais que forem inevitáveis, as monocráticas devem ser submetidas imediatamente à revisão do Pleno.[846]

Quanto ao grau de intensidade do *judicial review*, tema que abordei **Tópico 5.3**, os indultos sujeitam-se apenas ao *controle forte* e ao *controle fraco*; pois a Constituição não lhe dedica regras flexíveis (que são o pressuposto do *controle moderado*). Nos casos em que o indulto for concedido a crime insuscetível do benefício – seja por referência constitucional direta, seja mediante sua qualificação legislativa como hediondo – o controle deve ser *forte*, de modo que a constatação do vício (*transgressão explícita de regra específica*) deve levar à fulminação do Decreto, ao menos no que toque à indulgência normativamente proscrita.

Nos casos em que o vício impugnado derivar da violação de princípios constitucionais semanticamente fluídos, o controle deve ser *fraco*; isto é, a suspensão ou a invalidação do

---

[846] No **Tópico 5.2**, propus que a demonstração da legitimidade excepcional da decisão monocrática, que prejudique a eficácia de ato político, deve considerar "(*i*) a gravidade da lesão constitucional identificada e (*ii*) o risco de irreparabilidade do dano". Em seguida, afirmei que, "como no âmbito do *judicial review* de atos políticos as decisões monocráticas não são próprias, é preciso que, quando forem inevitáveis, o plenário possa revertê-las imediatamente". No âmbito do Supremo, propus que "a ferramenta do plenário virtual pode ser instrumentalizada, também por via regimental, para a finalidade proposta. Decisões liminares a respeito dos atos políticos devem ser liberadas, automaticamente, à apreciação pelo Plenário Virtual, sendo a decisão monocrática sustada (*i*) se for colhida, a qualquer tempo, maioria de posicionamentos desfavoráveis a ela ou (*ii*) se, após o escoamento de um prazo razoável, a decisão não tiver recebido a aquiescência da maioria absoluta dos Ministros".

indulto deve ser excepcional, tendo lugar apenas em casos gritantes e demandando, de todo modo, fundamentações especialmente minuciosas e zelosas do Judiciário.

Para a aferição judicial da constitucionalidade dos decretos de indulto, é relevante saber se o ato foi submetido à apreciação prévia do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.[847] Note-se que, no próprio art. 84, XII, a Constituição faz referência à prerrogativa presidencial de "conceder indulto e comutar penas, *com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*".[848]

A oração subordinada adverbial '*se necessário*', que aparece deslocada entre vírgulas, estabelece relação condicional com a oração principal. Logo, a audiência do CNPCP só ocorre caso o Presidente da República, titular da prerrogativa, repute necessário.

Embora não seja, pois, exigência formal de validade do indulto, a audiência do CNPCP deve ser considerada quando do seu *judicial review*; na medida em que dispensar a apreciação do projeto de decreto, pelo órgão técnico-consultivo da política criminal e penitenciária, é um artifício que sugere supressão deliberada da dialética institucional (neste caso, *intraexecutiva* e *opinativa*); providência que pode ser útil à coroação do arbítrio e à prevenção do constrangimento institucional *ex ante*.

O princípio republicano não se coaduna com ações públicas *súbitas, secretas e solitárias*, arquitetadas para '*pegar a sociedade e os demais Poderes de surpresa*'; numa lógica que, no fundo, assimila-os como inimigos. A Constituição requer o oposto: processos decisórios transparentes, desenvolvidos lógico-racionalmente, na direção de interesses públicos legítimos e impessoais; com a *colaboração ativa* – mais do que assentida; *ansiada* e

---

[847] Nos termos da Lei de Execução Penal, artigos 62 a 64, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária tem sede na Capital da República e é subordinado ao Ministério da Justiça. O CNPCP é composto por membros designados através de ato do Ministério da Justiça, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social. Os membros do Conselho são investidos em mandatos de dois anos; renovando-se um terço da composição do órgão a cada ano. Quanto às suas atribuições institucionais, destaca-se a de propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança.

[848] Como apontado no **Tópico 8.1**, a Constituição de 1934 previa que o Presidente só poderia conceder indulto a partir de proposto de órgão equivalente ao atual CNPCP. A Constituição de 1946 e de 1967 previam que a obrigatoriedade da audiência do órgão técnico antes da concessão do indulto ou da comutação de penas pelo Presidente da República. Foi a EC nº 01/69 que tornou dispensável a oitiva do CNPCP; sendo a fórmula alcançada, na radicalização da ditadura militar, acriticamente replicada pela Constituição Democrática de 88.

valorizada – das demais instituições do Estado e da sociedade, mediante consultas públicas, por exemplo.[849]

A atuação do CNPCP, quando acontece, serve de baliza técnica para a revisão judicial do indulto; especialmente quanto ao seu mérito e à sua concretização individual. Por essa razão, ainda que o Presidente a dispense, entendo possível que o Supremo Tribunal Federal, no bojo de impugnações abstratas, ou mesmo os Juízes Penais, na esteira de processos subjetivos, solicitem parecer técnico do CNPCP, ou de outros órgãos técnicos ou científicos dedicados ao Direito Penal e à Criminologia, em benefício da cognição judicial.

Aplico, para concluir o capítulo, as diretrizes acima desenvolvidas, para o controle judicial do indulto, ao Decreto de 21 de abril de 2022, pelo qual o Presidente da República perdoou a condenação do Deputado Daniel Silveira.[850] Para isso, reproduzo-o na íntegra:

> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e
>
> Considerando que a prerrogativa presidencial para a concessão de indulto individual é medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito, inspirado em valores compartilhados por uma sociedade fraterna, justa e responsável; Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações; Considerando que a concessão de indulto individual é medida constitucional discricionária excepcional destinada à manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes; Considerando que a concessão de indulto individual decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis; Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e Considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão; DECRETA:
>
> Art. 1º Fica concedida graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos: I - no inciso IV do caput do art. 23, combinado com o art. 18 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983; e II - no art. 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

---

[849] As propostas de indulto que partem do CNPCP são, mesmo no Governo Bolsonaro, objeto de consultas públicas prévias. *Cf.* 'Aviso de Consulta Pública para elaboração da Proposta de Decreto Presidencial de Indulto de 2022'. Publicado na página oficial do *Ministério da Justiça*, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/noticias-cnpcp/aviso-de-consulta-publica-para-elaboracao-da-proposta-de-decreto-presidencial-de-indulto-de-2022>.

[850] *Cf.* 'Partidos questionam graça concedida por Bolsonaro ao deputado Daniel Silveira'. STF, 22 abr. 2022: "A Rede Sustentabilidade, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Cidadania e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs 964, 965, 966 e 967, respectivamente) questionando decreto do presidente da República, Jair Bolsonaro, de 21/4/2022, que concedeu graça constitucional (indulto individual) ao deputado federal Daniel Silveira". Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=485722&ori=1>.

> Art. 2º A graça de que trata este Decreto é incondicionada e será concedida independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.
>
> Art. 3º A graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos.[851]

O Decreto transcrito gerou imediata perplexidade no Congresso, na imprensa e entre os juristas.[852] Em primeiro lugar, como ressaltado no **Tópico 8.1**, o indulto individual concedido ao Deputado Daniel Silveira quebrou uma tradição institucional mantida, entre nós, desde 1945; desde então nenhum Presidente havia concedido perdão nominal a qualquer cidadão brasileiro condenado criminalmente.[853]

A graça não é referida, dentre as competências do Presidente da República, desde a Constituição de 1937, sob a vigência da qual se havia praticado o último perdão nominal de reprimendas penais: o Decreto 20.082/1945 (*vide* **Tópico 8.1**). A soma do dado normativo, de supressão vocabular, com o elemento material, de tradição institucional, parece autorizar a interpretação que a figura da '*graça*' simplesmente não existe na ordem constitucional de 1988.

A legislação infraconstitucional, contudo, fala no instituto; mas tanto a Lei de Execuções Penais, que procedimentaliza o requerimento de '*indulto individual*' (arts. 188 a 192), quanto o Código de Processo Penal, que regulamenta a '*petição de graça*' (arts. 734 a 740), são anteriores à Constituição Federal de 1988 e foram adotados por regimes autoritários. A LEP foi instituída pela Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, ao fim da Ditadura Militar; e o CPP pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, durante o Estado Novo.

A análise genealógica do art. 84, XII, da Constituição de 1988, também sugere que o Constituinte Democrático pretendeu deliberadamente suprimir a graça presidencial. Com base

---

[851] *Cf.* Diário Oficial da União de 21 abr. 2022, Seção 1- Extra D. Disponível eletronicamente em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>.

[852] *Cf.* 'Professores analisam e repercutem condenação e o indulto concedido ao deputado Daniel Silveira'. *Universidade de São Paulo*, 2022. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/511f74df482a-professores-analisam-e-repercutem-condenacao-e-o-indulto-concedido-ao-deputado-daniel-silveira>.

[853] Há, na imprensa e na literatura, referência a um indulto individual concedido, pelo Presidente Juscelino Kubitschek, em favor do médium José Arigó, condenado por curandeirismo. No entanto, nenhuma das reportagens ou estudos cita a referência normativa ou a data de publicação do referido decreto; havendo notícias, também, de que o agraciado o haveria recusado após a concessão. *Cf.* SOUZA, André Ricardo de. A medicina do além entre o espiritualismo e o espiritismo kardecista. In: *Caderno de Resumos da 29ª Reunião Brasileira de Antropologia*. Natal, 2014. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402022677_ARQUIVO_Texto-AndreRicardodeSouza.pdf>. Não localizei o induto referido seja no Diário Oficial da União, seja no Portal de Decretos da Presidência da República, que reúne os Decretos do Poder Executivo Federal editados desde 1851.

em estudos e registros históricos do Poder Legislativo,[854] é possível traçar a evolução do texto no curso da Assembleia Nacional Constituinte. Na Fase A, da Subcomissão do Poder Executivo, o anteprojeto do relator falava apenas "*conceder indulto ou graça*" (art. 11, XXVIII). Na Fase C, o anteprojeto da mencionada subcomissão previa a competência presidencial de "conceder indulto *ou graça*, com audiência dos órgãos instituídos em lei" (art. 10, XXVII). No âmbito da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, voltou-se à formulação original "*conceder indulto ou graça*". A redação foi assim mantida em todas as etapas a cargo da Comissão de Sistematização; tendo chegado ao Plenário inscrita no art. 95, XXV (Fase Q - Projeto A).

O texto promulgado em 05 de outubro de 1988 foi alcançado no art. 86, XIII, do Projeto B (Fase T): "conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei". A redação é fruto da Emenda 2P01830-1,[855] capitaneada pelo Senador Humberto Lucena, à época Presidente do Senado, e subscrita por outros 351 constituintes, que reformulou todo o capítulo do Poder Executivo para adaptá-lo ao sistema presidencialista. [856]

A única referência textual, da Constituição de 1988, à *graça* – ou ao *indulto individual* – consta mesmo do art. 5º, XLIII; que prevê os crimes insuscetíveis de clemência. No segundo substitutivo da Comissão de Sistematização, aprovado em 18 set. 1987, o texto era o seguinte: "a prática da tortura e de tráfico ilícito de drogas são crimes imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de concessão de anistia e *indulto*, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado".[857] O termo '*indulto*' foi substituído pelo termo '*graça*' na primeira votação do

---

[854] *Cf*. Quadro histórico dos dispositivos constitucionais: artigo 84. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/39281>. Ver também: LIMA, João Alberto *et. al*. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federa, 2013, p. 195. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>.

[855] *Cf*. Emendas Oferecidas ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte. Volume II - Emendas 2P00949-2 a 2P02045-8. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988, p. 326-329 (*do documento PDF*). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/InfDoc/Constituicao20anos/vol-255_FaseSEmendas2P.pdf>.

[856] Desde o Projeto Afonso Arinos até o texto aprovado pela Comissão de Sistematização, prevaleceu na Assembleia Nacional Constituinte a opção pelo parlamentarismo. O presidencialismo foi estabelecido pela aprovação da Emenda Coletiva nº 1830 (resultante da fusão das emendas 2P01830-1 e 2P00093-2), que foi aprovada com 391 votos favoráveis, 98 contrários e 24 abstenções, em 22 de mar. de 1988, na 230ª sessão da ANC. Humberto Lucena era, à época, Presidente do Senado Federal e liderou, com apoio de setores à esquerda (como o PT e o PDT), a investida contra o parlamentarismo. *Cf*. Ata da 230ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 22 de março de 1988. Brasília: Diário da ANC, Ano II, nº 211, p. 327-387 (*do documento PDF*). Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N015.pdf>.

[857] *Cf*. LIMA, João Alberto *et. al*. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 78. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>.

texto pelo Plenário (Projeto A), aprovado em 24 nov. 1987;[858] sem justificativa nem debate oral específico. Àquela altura, o Projeto A ainda fazia referência à prerrogativa presidencial de "conceder indulto ou graça" (art. 95, XXV); eis que a supressão da graça só foi operada com a aprovação do Projeto B (art. 86, XIII), em 05 jul. 1988.[859]

À luz desses elementos históricos e sistemáticos, parece adequado compreender que, ao suprimir a prerrogativa da graça, do elenco das competências privativas do Presidente da República, a Assembleia Constituinte falhou em manter a referência ao instituto no art. 5º, XIII. A melhor solução hermenêutica para essa atecnicidade constitucional parece estar nos entendimentos de que: (*i*) a Constituição Federal de 1988, conforme tradição inaugurada pela Carta de 1946, não contempla a figura da *graça constitucional*, também nomeada de *indulto individual* e (*ii*) o termo '*graça*' expresso no art. 5º, XIII, deve ser lido como '*indulto*'; eis que produto de uma falha técnica no processo deliberativo da ANC, que deveria ter sido suprido pela Comissão de Sistematização ou pela Comissão de Redação Final.

A lista de perplexidades não se esgota na natureza individual do indulto concedido ao Dep. Daniel Silveira.[860] Também causou espécie a cronologia do perdão presidencial; decretado no dia seguinte à condenação do beneficiário, por 10 votos a 1, pelo Pleno do STF. Àquela altura, como referi, o acórdão do julgamento sequer havia sido publicado; quanto mais transitado em julgado.

Alguns juristas consideraram a circunstância de o indulto ter sido decretado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como causa de nulidade do decreto. O raciocínio tem sustentação teórica; mas não prática.

O indulto é articulado como um mecanismo, excepcional e atípico, de controle repressivo, do Presidente da República, sobre leis penais e condenações criminais; que traduzem funções típicas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, respectivamente. Na lógica do controle repressivo, a postura mais adequada é a de aguardar a conclusão definitiva do ato típico, pelo Poder competente, em respeito à sua independência constitucional. Assim, do mesmo modo que

---

[858] *Ibidem.*

[859] *Ibidem*, p. 195.

[860] O entendimento de que a graça – indulto individual – não foi contemplada pela Constituição de 1988 seria o bastante para resolver o caso. No entanto, dado o ineditismo da proposta, optarei por analisar outros questionamentos à validade constitucional do Decreto em estudo. Para abordá-los, em alguns casos, será necessário partir da premissa argumentativa de que a Constituição autoriza a concessão de indultos individuais; no que me habilito a demonstrar que, mesmo se a figura permanecesse na atual ordem constitucional, o benefício estendido ao Dep. Daniel Silveira seria, ainda assim, incompatível com a Constituição. A minha opinião, contudo, foi a que expressei acima: a prerrogativa da graça foi suprimida durante os trabalhos da ANC.

o STF deve se abster de controlar o mérito de Leis em processo de formação, deveria o Presidente se abster de conceder indultos individuais para beneficiar réus cujos títulos condenatórios não tiverem transitado em julgado. Trata-se daquela dimensão de precedência cronológica; que compõe a relação de deferência recíproca entre os Poderes.

Do ponto de vista prático, contudo, se mantida a crença de que a graça persiste como prerrogativa juridicamente inconformada e judicialmente insindicável, bastaria a republicação do decreto após o trânsito em julgado da condenação para sanar o vício formal cogitado.

O vício oculto na cronologia do decreto liga-se, mais própria e decisivamente, ao imperativo da processualidade. As circunstâncias temporais do indulto de Bolsonaro à Silveira revelam açodamento e sugerem irreflexão; avaliação reforçada pela dispensa da audiência do CNPCP. Considerado o seu grau de ineditismo, a opção presidencial de não ouvir o Conselho depõe desfavoravelmente à qualidade de suas reais motivações.

Quanto aos motivos formalmente alegados pelo Decreto de 21 de abril, há duas alegações inconsistentes. A primeira tem que ver com a afirmação de que "a sociedade encontra-se em legítima comoção". A comoção social vislumbrada pelo Presidente, a toda evidência, não existiu; para além dos nichos virtuais bolsonaristas. A segunda prende-se à consideração de que o beneficiário do perdão "somente fez uso de sua liberdade de expressão"; o que é incorreto, na medida em que Silveira foi condenado também por coação no curso do processo.

Outro ponto relevante do caso tem que ver com o fundamento da condenação perdoada. Daniel Silveira foi condenado criminalmente por crime contra o Estado Democrático de Direito e por coação a Ministros do Supremo Tribunal Federal.[861]

Entre inúmeras ameaças, ofensas e falas desconexas, Silveira incitou a invasão do Supremo e a agressão de seus Ministros, alegou fraude nas eleições de 2020 e afirmou que o seu grupo político não permitiria que o STF e a Justiça Eleitoral continuassem existindo.[862]

---

[861] *Cf*. STF, Tribunal Pleno, AP 1044, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ*e* 23 jun. 2022: "Ação penal parcialmente procedente, com a condenação do réu como incurso nas penas do art. 18 da Lei 7.170/83 e art. 344 do Código Penal. 12. As circunstâncias judiciais – culpabilidade, conduta social, circunstâncias do crime e motivos para a prática delituosa – previstas no art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu, justificando o estabelecimento da pena acima do mínimo legal. Precedentes. 13. Fixação de pena privativa de liberdade em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, o valor do dia-multa equivalente a 5 (cinco) salários-mínimos, considerado o patamar vigente à época do fato, que deve ser atualizado até a data do efetivo pagamento (arts. 49, §§ 1º e 2º; e 60, caput, do CP), por força da acentuada culpabilidade do réu, da conduta social do réu, das circunstâncias em que cometidos os crimes e dos motivos para a prática delituosa. 14. Suspensão dos direitos políticos do condenado, enquanto durarem os efeitos da condenação, nos termos do art. 15, III da Constituição Federal. Perda do mandato parlamentar, em relação ao réu, nos termos do artigo 55, III, VI e VI, combinado com o § 3º, da Constituição Federal e art. 92 do Código Penal".

A condenação do Deputado foi inspirada por um senso de autodefesa institucional do Poder Judiciário e de tutela ao regime democrático.[863] O indulto à Silveira, decretado *na ressaca* do julgamento, parece colidir, no mérito, com o Princípio da Separação dos Poderes e o Princípio Democrático; na medida em que um Poder não pode subtrair do outro os instrumentos constitucionais necessários à sua preservação institucional e à tutela do regime político.

A articulação de um instrumento constitucional – *ainda que existente; e não é este o caso* – para a obstrução da autodefesa judiciária e da guarda democrática implicaria sua inconstitucionalidade por abuso de direito; por inconstitucionalidade finalística; por, simplesmente, desvio de finalidade.

No **Tópico 4.4**, propus, ressalvando a hipótese de confissão, que o desvio de finalidade deve ser constatado a partir de um "de um conjunto consistente de indícios que apontem, fundamentalmente, (*i*) o caráter insólito da medida; (*ii*) a relação pessoal do agente público com os destinatários diretos do ato; e (*iii*) a artificialidade da justificativa oficial apresentada, à luz do contexto fático da deliberação política".

Na sequência, sugeri que o primeiro *fator de anormalidade* a ser considerado é "a frequência com a qual, nas últimas décadas, foram editados atos com características semelhantes, tanto pelo atual ocupante como pelas pessoas que o antecederam no cargo".

---

[862] *Cf.* STF, Tribunal Pleno, AP 1044, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ*e* 23 jun. 2022, Relatório, p. 02-3: "Em vídeo intitulado '*Na ditadura você é livre, na democracia é preso!*', publicado no *YouTube*, em 17 de novembro de 2020, o denunciado refere-se ao relator daquele expediente como '*advogado do PCC*'. Escudando-se no que entende por liberdade de pensamento, instiga que 'o povo entre dentro do STF, agarre o Alexandre de Moraes pelo colarinho dele e sacuda a cabeça de ovo dele e o jogue dentro de uma lixeira'. Sustenta que o ministro Roberto Barroso '*fraudou*' as eleições de 2020, que o Supremo Tribunal Federal é uma '*associação de merda*', e que os respectivos ministros são '*cretinos*'. (...) Também veiculado no YouTube, o vídeo 'Convoquei as Forças Armadas para intervir no STF', de 6 de dezembro do ano passado, o denunciado alude ao ministro Barroso como '*boquinha de veludo*' [00:00:46], aduz que '*o STF e a Justiça Eleitoral não vão mais existir porque nós não permitiremos*' [00:03:31], xinga os ministros de '*cretinos*' [00:06:10], '*marginais*' [00:06:13], '*escória*' [00:10:50], '*lixo do Poder Judiciário*' [00:10:52] e '*cambada de imbecil*' [00:17:50]. Desafia o Supremo a buscar '*meios*' de prendê-lo [00:04:01] e sustenta, em tom de revide, que ele teria '*relatórios*' a apresentar que supostamente comprometeriam os ministros do Tribunal".

[863] *Cf.* STF, Tribunal Pleno, AP 1044, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ*e* 23 jun. 2022, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 264-6: "Mas permito-me assinalar, como fez o Ministro Luís Roberto, que não se está a falar em delito de opinião. Quando o agente ataca, como no caso, a própria existência desta Suprema Corte, enquanto instituição, não há dúvidas de que ele se expõe, como efeito imediato dos mecanismos de autodefesa da democracia, à censura penal do Estado. Não está em jogo, aqui, a simples proteção dos Juízes do Supremo Tribunal Federal, enquanto integrantes transitórios da Corte, mas, sim, a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, cuja existência é posta em risco quando se busca, mediante o uso da palavra, minar a independência do Poder Judiciário e, mais do que isso, a própria existência de instituição constitucionalmente concebida como o último refúgio de tutela das liberdades públicas".

O segundo fator realçado, para a identificação do vício, "diz respeito ao caráter genérico ou personalista do ato político questionado". Propus ser presumido o desvio finalístico nos casos em que os sujeitos peculiarmente beneficiados pelo ato nutram relação particular com a autoridade que o tiver adotado; concluindo que "os atos políticos com destinatário certo – seja por referência nominal, seja pela adoção de critérios abstratos extravagantes e casuísticos – demandam da autoridade um ônus argumentativo peculiar, a fim de demonstrar a legitimidade política e jurídica da decisão à luz do princípio da impessoalidade".

Ou seja: ainda que se entenda que o instituto da *graça* permanece na ordem constitucional brasileira, o Decreto de 21 abr. 2022 viola, na forma e no conteúdo, a Constituição Federal de 1988; no que toca ao imperativo da processualidade administrativa; ao princípio da Separação dos Poderes; ao princípio da finalidade; ao princípio da impessoalidade; ao princípio da probidade e ao princípio democrático.

Além do perdão das penas privativas de liberdade, o Decreto, extrapolando seu raio de ação constitucional, pretendeu também isentar o Deputado Daniel Silveira das multas pecuniárias fixadas pelo STF e das penas restritivas de direitos decorrentes da condenação criminal.[864]

O indulto – que, reitero, entendo subsistir atualmente apenas em sua modalidade *coletivo-normativa* – não permite, propriamente, a desconstituição absoluta de decisões judiciárias; mas a redução, a comutação ou a extinção de penas privativas de liberdade.

As penas patrimoniais e as restrições a outros direitos que não a liberdade corporal, eventualmente determinadas em sentença penal condenatória, não estão ao alcance da clemência presidencial.[865] A raiz teleológica do indulto é humanitária; seu escopo único é antecipar ou reestabelecer a liberdade de ir e vir.

Como Daniel Silveira é Deputado Federal, sugiram dúvidas específicas quanto ao destino do seu mandato eletivo e à sua elegibilidade futura. Quanto à elegibilidade futura, a solução é simples e toca à Justiça Eleitoral, quando da apreciação de eventual registro de candidatura pelo Deputado condenado. Ainda que o benefício fosse válido só extinguiria a privação de sua

---

[864] *Cf*. Decreto de 21 abr. 2022, art. 3º: "A graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos".

[865] As multas penais, aliás, passam a constituir créditos da Fazenda Pública, dos quais nem mesmo o Presidente pode livremente dispor. A renúncia a créditos públicos submete-se à reserva legal.

liberdade corporal; de modo que caberá à Justiça Eleitoral indeferir eventual candidatura apresentada pelo Dep. Daniel Silveira, pelo prazo referido no acórdão do Supremo.[866]

A discussão quanto ao mandato é mais complexa. A perda de mandatos parlamentares é regulamentada pelo art. 55 da Constituição.[867] Em algumas hipóteses, a perda do mandato sujeita-se à deliberação plenária da Casa Legislativa respectiva, sendo aprovada apenas pelo voto favorável da maioria absoluta de seus membros.[868] Noutras, a Constituição prevê que ela pode ser declarada, de ofício ou mediante provocação, pela Mesa da Casa respectiva.[869]

O rito previsto para a perda do mandato em virtude de '*condenação criminal em sentença transitada em julgado*' (art. 55, VI) é a deliberação do Plenário respectivo, por maioria absoluta (art. 55, § 2º). Essa interpretação, mais consentânea à literalidade constitucional, já foi adotada pela Segunda Turma do STF.[870]

Uma segunda corrente, adotada pelo Pleno do STF no julgamento da Ação Penal 470,[871] popularmente conhecida como '*Mensalão*', entende que havendo determinação judicial

---

[866] O entendimento de que o indulto extingue apenas os efeitos primários das condenações criminais foi abraçado pelo TRE-RJ, que, por 6 votos a 1, indeferiu o registro de candidatura de Silveira ao Senado Federal. *Cf*. COUTO, Karen. 'TRE-RJ nega registro de candidatura de Daniel Silveira ao Senado'. *ConJur*, 06 set. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-06/tre-rj-nega-registro-candidatura-daniel-silveira-senado>.

[867] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 55: "Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado".

[868] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 55, § 2º: "Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013).

[869] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 55, § 3º: "Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa".

[870] *Cf*. STF, Segunda Turma, AP 996, Rel. Min. Edson Fachin, DJ*e* 08 fev. 2019: "quanto à perda do mandato parlamentar, a Turma, por maioria, deliberou que a perda do mandato não é automática e nos termos da divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli determinou, após o trânsito em julgado, oficiar-se à Câmara dos Deputados, vencidos os Ministros Relator e Revisor".

[871] *Cf*. STF, Tribunal Pleno, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ*e* 22 abr. 2013: "A previsão contida no artigo 92, I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância

expressa, no título penal condenatório, a perda do mandato deveria ser meramente declarada pela respectiva Casa Legislativa. Essa compreensão me parece equivocada pois prefere a norma do art. 92, do Código Penal,[872] em detrimento da norma constitucional, derivada do art. 55, que sobre aquela prevalece à luz de todos os critérios de resolução de antinomias (*hierárquico, especialidade* e *cronológico*).[873]

O terceiro entendimento, inaugurado pelo Ministro Barroso[874] e adotado em dois precedentes da Primeira Turma do Supremo,[875-876] parece-me o mais correto; pois resolve *o nó hermenêutico-institucional* a partir da interpretação *integrativa* e *funcionalizante* da Constituição. O entendimento é explicado pelo Ministro Barroso, nos seguintes termos:

---

constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis. Entendimento que se extrai do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, §3º, ambos da Constituição da República. Afastada a incidência do §2º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário, como um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado. Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. A perda dos direitos políticos é 'consequência da existência da coisa julgada'. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo outra conduta senão a declaração da extinção do mandato".

[872] *Cf*. Código Penal: "Art. 92. São também efeitos da condenação: I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos".

[873] *Cf*. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 121-123.

[874] *Cf*. STF, MS 32.326 MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 04 set. 2013: "A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. 2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício. 3. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória. 4. Liminar concedida para suspender a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013".

[875] *Cf*. STF, Primeira Turma, AP 694, Rel. Min. Rosa Weber, DJ*e* 31 ago. 2017: "Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso -, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF".

[876] *Cf*. STF, Primeira Turma, AP 863, Rel. Min. Edson Fachin, DJ*e* 29 ago. 2017: "Por fim, adoto a tese recentemente fixada na ambiência da Primeira Turma desta Suprema Corte, no julgamento da AP 694, de relatoria da Min. Rosa Weber, a qual, aderindo à proposta do Min. Roberto Barroso, decidiu que a condenação ora imposta implica perda automática do mandato parlamentar, independentemente de manifestação do Plenário da Câmara dos Deputados".

> A regra geral, por força do art. 55, § 2º da Constituição, é que a decisão seja tomada pelo plenário da casa legislativa a que pertença o sentenciado, por maioria absoluta. Todavia, em se tratando de pena privativa de liberdade, em regime inicial fechado, a perda do mandato se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Mesa da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória, nos termos do art. 55, § 3º, na linha do que afirmei no MS 32.326/DF, sob minha Relatoria. São três as razões para tal solução: (i) se o parlamentar deverá permanecer em regime fechado por prazo superior ao período remanescente do seu mandato, existe impossibilidade material e jurídica de comparecer à casa legislativa e exercer o mandato; (ii) o art. 55, III da Constituição comina a sanção de perda do mandato ao parlamentar que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias; e (iii) o art. 56, II da Constituição prevê a perda do mandato para o parlamentar que se afastar por prazo superior a 120 dias.[877]

No caso concreto, como o Deputado condenado foi beneficiado pelo indulto, a menos que o STF declare a inconstitucionalidade do decreto presidencial, a deliberação sobre a perda do mandato deverá ser transferida ao Plenário da Câmara, nos termos do art. 55, § 2º da Constituição. Isso porque a premissa central da perda automática do mandato parlamentar em virtude de condenação à pena privativa de liberdade, para a corrente que reputo mais correta, é a '*impossibilidade material e jurídica de comparecer à casa legislativa e exercer o mandato*'. Sendo a liberdade corporal reestabelecida pelo indulto, perde legitimidade a determinação judicial quanto à perda do mandato imediata. Mas pode a Casa Legislativa respectiva, a despeito do indulto, basear-se na sentença condenatória para decretá-la (CF/88, art. 55, VI *c/c* art. 55, § 2).

Deixando o caso concreto e regressando à análise abstrata, concluo o Capítulo assinalando que o indulto, embora constitua ato político do Presidente da República, está circunscrito a três níveis de limitações jurídicas: (*i*) aquelas positivadas, mediante regras substantivas específicas, pelo Constituinte, expressas no art. 5º, XLIII; (*ii*) aquelas decorrentes do sistema de princípios da Constituição Federal de 1988 e (*iii*) aquelas decorrentes da qualificação legislativa de um crime como hediondo, também por força do art. art. 5º, XLIII.

O sistema de conformação e controle proposto neste Tópico, com base nas premissas teóricas desenvolvidas nas **Parte I** e **II**, permite que sejam anulados os indultos que violem a Constituição e preservados os que expressem escolhas juridicamente possíveis, ainda que politicamente criticáveis, da autoridade democraticamente legitimada e constitucionalmente habilitada a fazê-las: o Presidente da República.

---

[877] *Cf*. STF, Primeira Turma, AP 863, Rel. Min. Edson Fachin, DJ*e* 29 ago. 2017, página 77 do acórdão.

CAPÍTULO 9
O CONTROLE DO *IMPEACHMENT PRESIDENCIAL*

9.1. As distorções do impeachment no presidencialismo brasileiro

O presidencialismo é o sistema de governo no qual os membros do Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são eleitos diretamente pelo povo, para o cumprimento de mandatos temporalmente prefixados. A investidura e a permanência de tais autoridades em seus cargos, em teoria, independe da escolha ou do contento das demais.

No presidencialismo brasileiro, a única forma de o parlamento destituir a autoridade máxima do Executivo é o *impeachment*; sanção que deriva da condenação do Presidente da República por *crime de responsabilidade*: infrações graves, relacionadas às funções governamentais, que são capituladas na Constituição e densificadas por *lei especial*.[878]

Nos sistemas parlamentaristas, a escolha do Primeiro-ministro é feita pelos próprios legisladores, que podem também, sem motivações vinculadas, provocar o afastamento das autoridades governamentais de cúpula, incluindo o Primeiro-ministro. Para isso, no geral, basta que se aprove uma *moção de censura*.[879] A simples sinalização de que o Governo parlamentar não mais detém a confiança da maioria do Congresso é razão suficiente para a sua destituição.

Cotejando os dois sistemas, revela-se que o modelo presidencialista prima pela *independência* dos Poderes; enquanto o parlamentarismo preza mais a *harmonia* entre eles. É essa diferença focal que redunda na rigidez do primeiro e na flexibilidade do segundo para a solução de desencontros políticos relevantes entre o Executivo e o Legislativo.

Embora o parlamentarismo seja preferido pela maioria dos cientistas políticos,[880] ele foi derrotado na Assembleia Nacional Constituinte, em março de 1988, e amplamente rejeitado pelo eleitorado brasileiro, tanto no plebiscito de 1993 como no referendo de 1963.[881] Em

---

878 *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 85, e Lei nº 1.079/1950.

879 *Cf*. SCHREIBER, Simone. O parlamentarismo racionalizado e a moção de censura. *Revista de Ciência Política*, vol. 32, pp. 59-67, 1989.

880 Ilustrativamente, *v*. LINZ, Juan; VALENZUELA, Arturo. *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1994.

881 Na Constituinte, mencionou-se no **Tópico 8.3**, a Emenda Lucena, que substituiu o sistema parlamentar pelo presidencial, foi subscrita por 352 constituintes e aprovada por 391 votos favoráveis, 98 contrários e 24 abstenções, em 22 de mar. de 1988. No plebiscito de 1993, pouco mais de 30% dos brasileiros votaram pelo parlamentarismo; enquanto quase 70% preferiram o presidencialismo. No referendo de janeiro de 1963, menos de 17% dos eleitores aprovaram o Ato Adicional que havia instituído o parlamentarismo; 77%

paralelo, desde o fim do bipartidarismo instituído pelo AI-2 (1966 a 1979), o quadro partidário brasileiro se fragmentou em 32 legendas; além de outras 31 em processo de formação.[882]

Essa pretensa superioridade, ontológica e universal, do parlamentarismo é um equívoco. Embora tenha aptidão para melhor absorver os atritos institucionais, o parlamentarismo parece menos apto a promover transformações sociais ágeis e profundas. A tendência do empoderamento parlamentar parece ser a preservação do *status quo*. Em contrapartida, o presidencialismo permite, a cada pleito, *inflexões políticas agudas*; o que, embora arriscado, uma vez que a urna é uma *faca de dois gumes*, também propicia a chance periódica de mudanças positivas contundentes.[883]

Nesse quesito, conservação *versus* mudança, para além do componente ideológico, é preciso analisar a realidade socioeconômica de cada Estado; há algumas que podem justificar *sistemas de governo mantenedores*. No caso brasileiro, em que sequer a escravidão foi de todo superada,[884] parece-me fora de dúvida que o nosso '*estado (desigual) de coisas'* exige *arranjos governamentais transformativos*. Parafraseando Juscelino, precisamos mesmo de *500 anos em 5*.

Em que pese o componente personalista, fruto de um *sebastianismo tupiniquim*, a preferência popular pelo presidencialismo reflete o desejo da sociedade brasileira de mudar os rumos de sua própria história.[885] Se é problemático e inútil esperar por um Presidente *salvador da pátria*; é razoável admitir que a *salvação da pátria* não será protagonizada pelas elites

---

votaram contra, o que levou o restabelecimento do sistema presidencial, ainda durante o Governo João Goulart.

[882] A infirmação foi obtida, em 14 jul. 2022, no site do Tribunal Superior Eleitoral. A relação de partidos registrados está disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse/registrados-no-tse>. A relação das agremiações em processo de formação, por sua vez, está disponível no seguinte endereço: <https://www.tse.jus.br/partidos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao>.

[883] Na disputa entre conservação e progresso, a poesia de Chico Buarque fornece resposta que subscrevo: "*As pessoas têm medo das mudanças. Eu tenho medo de que as coisas nunca mudem*".

[884] *Cf*. NABUCO, Joaquim. *Minha Formação*. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 183: "A escravidão permanecerá por muito tempo como a característica nacional do Brasil. Ela espalhou por nossas vastas solidões uma grande suavidade; seu contato foi a primeira forma que recebeu a natureza virgem do país, e foi a que ele guardou; ela povoou-o como se fosse uma religião natural e viva, com os seus mitos, suas lendas, seus encantamentos; insuflou-lhe sua alma infantil, suas tristezas sem pesar, suas lágrimas sem amargor, seu silêncio sem concentração, suas alegrias sem causa, sua felicidade sem dia seguinte".

[885] *Cf*. RIBEIRO, Darcy. Manifesto da Frente Republicana Presidencialista. In: *Formas e Sistemas de Governo*. Petrópolis: Vozes, 1993.

oligárquicas que fazem do Congresso, em alguma medida, uma *capitania hereditária* rediviva.[886]

Na outra ponta da equação, é preciso, justamente, considerar a qualidade, a representatividade e a tradição institucional de cada parlamento; antes de se aderir a um sistema governamental que ao seu redor orbita.[887] Com quadro partidário fragmentado, opaco e inorgânico; distorções representativas evidentes e vícios fisiológicos ancestrais, o parlamentarismo é um *sistema natimorto de governo*; ao menos à luz do interesse popular.

No presidencialismo brasileiro da Nova República, o excesso de partidos somado ao sistema eleitoral proporcional, que se aplica a todas as Casas Legislativas com exceção do Senado, exige que o Presidente forme amplas coalizões parlamentares não só para governar, como para se manter no Governo.

A despeito do regramento constitucional, que o prevê como sanção a crimes de responsabilidade, o *impeachment* tem sido convolado em antídoto genérico para *oclusões institucionais*. Na prática, o Presidente que falha em arregimentar sua base de apoio, pode ser punido ainda que não delinqua; enquanto o Presidente que logra formar coalizões legislativas amplas, mesmo que mediante expedientes ilícitos ou imorais, pode '*atirar em alguém na 5ª Avenida*'[888] sem temer ser afastado do cargo.

Ou seja: *no presidencialismo sem coalizão*, o *impeachment* tem sido aplicado mesmo sem crime de responsabilidade; enquanto no *presidencialismo com coalizão*, mesmo que os crimes de responsabilidade sejam claros, graves e múltiplos, as denúncias oferecidas pelos cidadãos sequer são consideradas pelo Congresso.

---

[886] *Cf*. OLIVEIRA, Ricardo Costa de. *Família importa e explica*: instituições políticas e parentesco no Brasil. São Paulo: LiberArs, 2018. O sociólogo falou sobre o tema em entrevista concedida à CRUZ, Isabela. 'A estrutura política no Brasil se confunde com genealogias e famílias'. *Jornal Nexo*, 21 nov. 2020: "62% dos deputados federais em 2017 tinham laços de sangue com outros políticos, segundo levantamento da *Revista Congresso em Foco*; no Senado, o percentual subia para 73%. Para Ricardo Costa de Oliveira, professor titular de sociologia política da UFPR, a tradição da dinastia política é mais forte no Brasil e em outros países latino-americanos em razão das disparidades estruturais que marcam essas sociedades desde os tempos de colônia". Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2020/11/21/%E2%80%98A-estrutura-pol%C3%ADtica-no-Brasil-se-confunde-com-genealogias-e-fam%C3%ADlias%E2%80%99>.

[887] Certa feita, após um interlocutor criticar a qualidade da representação parlamentar brasileira, Ulysses Guimarães teria respondido: '*Você só diz que este Congresso é ruim porque ainda não viu o próximo*'. O vaticínio de Ulysses, a toda evidência, tem se confirmado.

[888] A paráfrase alude a uma afirmação de Donald Trump, durante as prévias republicanas de 2016. Segundo Trump, ele poderia parar, no meio da principal avenida de Nova York, e atirar em alguém que, ainda assim, não perderia o apoio de nenhum eleitor. No Brasil, os Presidentes apoiados pelo Congresso sentem-se analogamente inimputáveis e acima da Lei. *Cf.* 'Donald Trump: *I could shoot somebody and I wouldn't lose any voters*'. *The Guardian*, 24 jan. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2016/jan/24/donald-trump-says-he-could-shoot-somebody-and-still-not-lose-voters> .

Esse fenômeno não é exclusividade brasileira. Pérez-Liñán argumenta que a instabilidade política na América Latina, que costumava redundar em rupturas do próprio regime democrático, no general capitaneadas por militares, desde os anos 1990 tem levado apenas à derrocada de governos democraticamente eleitos.[889]

À falta de mecanismos próprios, a remoção de Presidentes na região tem se dado, como regra, pelo *impeachment*, mesmo quando ausente o seu pressuposto jurídico: a prática dolosa de ato tipificado como crime de responsabilidade.[890]

Se o uso permissivo do *impeachment* como *válvula de escape* para crises governamentais tem sido capaz de evitar rupturas institucionais explícitas e militarizadas, ele raramente previne o *trauma político* da destituição, especialmente quando as denúncias são questionáveis e o Presidente consegue reter o apoio de parcela da população.[891]

Não é só: a reiteração de impedimentos duvidosos ou abusivos pode agravar a crise de legitimidade do sistema e das instituições democráticas e, no limite, culminar no seu descrédito geral ou rompimento categórico. Por outro lado, sob pena dos mesmos riscos, a

---

[889] *Cf.* PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. Cambridge University Press, 2007 e MAINWARING, Scott; PÉREZ LINÁN, Aníbal. Democracias y dictaduras en América Latina. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2020. Sobre a evolução histórica do constitucionalismo latino-americano, *v.* GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*: dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz, 2014.

[890] *Cf.* PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. Cambridge University Press, 2007, p. 01-02: "Na década de 1990, uma onda sem precedentes de impeachments varreu a América Latina. Moradores de palácios presidenciais, de Carondelet a Miraflores e do Planalto à Casa de Nariño, enfrentaram inesperadamente essa ameaça. Em pouco mais de uma década, entre 1992 e 2004, seis presidentes enfrentaram processo de impeachment e quatro deles foram destituídos do cargo. O presidente brasileiro Fernando Collor de Mello, em 1992, e o presidente venezuelano Carlos Andrés Pérez, em 1993, foram acusados de corrupção e destituídos dos cargos mediante o impeachment. Em 1996, o presidente colombiano Ernesto Samper foi acusado de receber fundos ilegais de campanha do cartel de drogas de Calí. O Congresso finalmente absolveu Samper, mas sua legitimidade e popularidade se deterioram bastante como consequência do escândalo. No ano seguinte, o Congresso equatoriano confrontou o presidente Abdalá Bucaram e, para evitar os meandros institucionais do *impeachment*, declarou o presidente '*mentalmente incapaz*' ('*mentally impaired*'). O presidente paraguaio Raúl Cubas Grau enfrentou um impeachment após libertar da prisão um líder militar popular acusado de conspirar para matar o vice-presidente. Cubas renunciou e fugiu para o Brasil em 1999, após um duro confronto com o Congresso. O seu sucessor, Luis González Macchi, foi acusado de corrupção dois anos depois. Em uma tentativa desesperada de evitar sua queda, a base do Governo no Congresso evitou um impeachment e finalmente absolveu o presidente no início de 2003".

[891] *Cf.* CHUEIRI, Vera Karam de; KOZICKI, Katya. Impeachment: a Arma Nuclear Constitucional. *Lua Nova*. Revista de Cultura e Política, vol. 108, 2019, p. 157: "'O poder de destituir um presidente é uma arma nuclear constitucional que somente deve ser usada na mais grave emergência'. Essa frase de Ronald Dworkin abre um artigo por ele publicado na *The New York Review of Books*, em 14 de janeiro de 1999, tendo como referência o processo de *impeachment* sofrido por Bill Clinton. Dworkin continua: 'Isso dá aos políticos os meios para desestruturar os princípios mais fundamentais da nossa estrutura constitucional e nós agora sabemos quão facilmente esse terrível poder pode ser abusivo'. Em menos de trinta anos – idade da nossa Constituição Federal – utilizamos no Brasil essa '*terrível arma nuclear constitucional*' duas vezes. Ora, o que resta depois do emprego de uma arma nuclear? Terra e vidas arrasadas".

Constituição também precisa contar com instrumentos adequados, tempestivos e eficazes para promover a responsabilização e o afastamento de Presidentes que cometam crimes funcionais; conspirem contra a democracia ou violem-na sistematicamente.[892]

A solução definitiva desse imbróglio perpassa, necessariamente, por ampla reforma constitucional;[893] além da evolução qualitativa dos padrões de relacionamento institucional entre a Presidência da República e o Congresso Nacional.

Enquanto a reforma da Constituição e a evolução das instituições não chegam, porém, é preciso encontrar soluções hermenêuticas para garantir que o *impeachment* seja aplicado em conformidade com sua lógica, ritos e pressupostos constitucionais. No **Tópico 9.2**, procuro esclarecer a natureza jurídico-política do *impeachment*, à luz das premissas teóricas desenvolvidas na **Parte I**.

No **Tópico 9.3**, abordo o rito constitucional do impedimento; analisando criticamente os procedimentos adotados pelo Congresso e a jurisprudência do STF, bem como buscando saídas interpretativas para os problemas identificados. No **Tópico 9.4**, com base no **Capítulo**

---

[892] *Cf.* TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency*: the power of impeachment. Nova Iorque: *Classic Books*, 2018, p. 23: "Dito de forma simples, o *impeachment* é o último recurso de nosso sistema para evitar uma catástrofe genuína pelas mãos do presidente. Esse poder é concebido para momentos em que a nação enfrenta um claro perigo e o quadro constitucional não oferece outra saída plausível. O *impeachment* deve ocorrer quando os delitos anteriores de um presidente são tão terríveis por si sós, e dão sinais tão perturbadores da conduta futura, que permitir ao presidente permanecer no cargo impõe um claro perigo de mal grave à ordem constitucional". (Tradução dos patronos do MS 38.034; constante da epígrafe da exordial).

[893] Ao contrário do que fiz em relação a outros temas abordados nesta Tese, não achei que o espaço seria adequado para desenvolver uma proposta de emenda constitucional a respeito do assunto; além de precisar amadurecer alguns pontos do modelo que cogito antes de apresentá-lo em definitivo. No entanto, imagino que a Constituição deva contar com três sistemas concorrentes de destituição presidencial. Em relação ao afastamento mediante condenação por crime de responsabilidade (pelo Senado), penso ser necessário incrementar a densidade dos tipos e modificar a sistemática do juízo de admissibilidade (*endurecimento restritivo*). No que concerne ao afastamento mediante condenação por crime comum (pelo STF), acredito que, em vez de licença-prévia da Câmara, a Constituição deveria prever lógica similar àquela estabelecida, pela EC nº 35/2001, para o processamento criminal de parlamentares. Assim, o recebimento e a tramitação da denúncia, por crime comum relacionado ao exercício do cargo, poderiam se dar sem prévia autorização do Legislativo; mas o parlamento reuniria a prerrogativa de sustar o andamento da ação penal, até o término do mandato presidencial, mediante maioria qualificada de dois terços. Além disso, como propus em parênteses no **Tópico 5.2**, penso ser oportuna a previsão de que minoria parlamentar qualificada possa suprir a inércia do Procurador-Geral da República na persecução criminal do Presidente. Por fim, para abrandar os rigores propostos, entendo que a Constituição deva introduzir o *recall*, como mecanismo de abreviação de mandatos presidenciais infrutíferos. O *recall*, que não se sujeitaria a pressupostos jurídicos vinculados, poderia ser reservado à convocação privativa da Câmara dos Deputados, também por maioria qualificada, e seria decidido diretamente pelos eleitores, preferencialmente por ocasião das eleições municipais. No presidencialismo, a única autoridade legítima para determinar o afastamento de Presidentes insatisfatórios é a popular. Se é o povo que concede o mandato presidencial; a sua revogação também deve lhe competir, especialmente nos casos em que não haja crime, mas simplesmente *mau governo*. O presidencialismo, se desguarnecido de vias efetivas, bem definidas e complementares de destituição presidencial, é uma *bomba-relógio sempre prestes a explodir*.

5, trato do *judicial review* do *impeachment* presidencial. Como se verá, embora os pedidos de *impeachment* sejam julgados pelo Congresso e não haja recurso contra as sentenças, condenatórias ou absolutórias, exaradas pelo Senado; o processamento das denúncias por crime de responsabilidade se sujeita ao controle do Supremo Tribunal Federal; inclusive quanto à caracterização do fato típico a justificar, do ponto de vista jurídico, o seguimento do processo.

O objetivo central, novamente, é desfazer a compreensão de que o *impeachment* é ato *exclusivamente* político, à mercê do puro arbítrio do Legislativo; desobrigado de obedecer aos ditames constitucionais; e insuscetível de controle pelo Judiciário.

9.2. Natureza jurídico-política do impeachment

À luz da Constituição de 1988, como se verá, o *impeachment* tem dois pressupostos cumulativos; assumindo, pois, uma natureza ambivalente: *jurídico-política*.[894]

Como tenho afirmado desde o **Capítulo 3**, apenas o Poder Constituinte Originário é norteado por critérios exclusivamente políticos; de modo que somente o fruto normativo do seu exercício é imune à jurisdição constitucional. Os Poderes constituídos, assinalei no **Capítulo 5**, são *jurídicos* e *políticos* ao mesmo tempo; com distintos graus de *juridicidade* e de *politicidade*. Assim também é o *impeachment*; que, contudo, tem contornos peculiares e mais bem demarcados, que se passa a expor.

Em primeiro lugar, e este é um pressuposto essencialmente jurídico (sujeito mesmo a controle judicial – *vide* **Tópico 9.4**), a denúncia precisa imputar ao Chefe do Poder Executivo a prática dolosa de fato tipificado como crime de responsabilidade. Em segundo, e aqui reside o componente político do instituto (*insuscetível de revisão judiciária*), o *fato típico* e o *contexto governamental* descritos na denúncia, precisam ser considerados, por maioria

---

[894] Essa compreensão não parece predominar na literatura. No Brasil, Paulo Brossard, Carlos Maximiliano e Themístocles Cavalcanti partilharam a compreensão de que a natureza do *impeachment* é essencialmente política. Brossard, por exemplo, afirma que o instituto "tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos e é instaurado segundo critérios políticos" (*O Impeachment*, 1965, p. 76). De outro lado, João Barbalho, Pontes de Miranda e, mais recentemente, Marcelo Neves defendem que o *impeachment* resulta do exercício atípico de função jurisdicional em sentido estrito. Neves, por exemplo, atribui-lhe "natureza jurídica e mesmo penal, apesar de ter por objeto matéria política e envolver motivações políticas" (*Parecer*, de 7 dez. 2015). Pedro Lessa, Francisco Sá Filho e José Frederico Marques foram um dos poucos autores a reconhecer no *impeachment* uma natureza mista, inextrincavelmente jurídico-política. Filio-me a esta última corrente, com base no trabalho até aqui desenvolvido e nas razões que passo a expor. As referências completas dos trabalhos aludidos constam da abrangente revisão bibliográfica empreendida por RECHIA, Douglas. O impeachment no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Agenda Política*, vol. 8, p. 313-343, 2020. Disponível em: <https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/502>.

parlamentar qualificada, graves o bastante para que o Presidente, escolhido pelo povo, seja impichado.[895]

Tanto na autorização do processamento, a cargo da Câmara, como no julgamento definitivo de mérito, realizado pelo Senado, *fatores políticos* podem e devem influir nas decisões respectivas. De todo modo, aliás, influirão; dada a natureza representativa e o processo deliberativo do Poder Legislativo. Mas o *impeachment* não é *ato apartado da Constituição*; que lhe prescreve rito próprio (*requisitos formais específicos*) e lhe fixa limites substantivos, mediante *regras rígidas* e *princípios dúcteis*.

Apenas o elemento da *politicidade*, que no *impeachment* se traduz na valoração parlamentar da *gravidade política* da denúncia, a partir de critérios insondáveis pelo Direito,[896] não pode ser revolvido pelo Supremo Tribuna Federal. Mas a avaliação da *gravidade política* da denúncia, pelo Congresso, só pode ser feita se satisfeitas duas exigências jurídicas judicialmente sindicáveis: (*i*) a descrição de conduta tipificada como crime de responsabilidade e (*ii*) a observância do rito constitucional do impedimento.

No sempre valioso comentário de Pontes de Miranda:

> JOÃO BARBALHO pôs em relevo que, com essa técnica de determinar quais as classes de delitos, 'saindo assim do vago em que nesta matéria se expressam outras Constituições, a nossa melhor garantiu o poder público e a pessoa do chefe da Nação'. E acrescentou: 'Aplicou ao acusado o salutar princípio que se lê no seu art. 72, § 15, e no art. 1º do Código Penal. E tirou, quer à Câmara dos Deputados, quer ao Senado, todo o poder discricionário que nisto de outro modo lhes ficaria pertencendo. Deste feitio, ficou consagrado que o presidente denunciado deverá ser processado, absolvido ou condenado, não *absque lege* e por meras considerações de ordem política, quaisquer que sejam, mas por procedimento de caráter judiciário, mediante as investigações e provas admitidas em direito, e julgando *secundum acta et probata*. E de outro modo deturpar-se-ia o regime presidencial, podendo as câmaras, sob qualquer pretexto, demitir o presidente; dar-se-ia incontrastável predomínio delas. A posição de chefe da nação seria coisa instável e precária, sem independência, sem garantias.[897]

---

[895] A natureza política do julgamento oportuniza que o Senado absolva o Presidente, mesmo em caso de denúncias juridicamente robustas; ou que o condene, com base em crimes de responsabilidade que seriam tolerados em circunstâncias outras. Mas a Constituição não admite *impeachment* sem crime de responsabilidade ou processo acusatório, norteado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

[896] Para além da meditação quanto à materialidade, à autoria e à gravidade do fato típico, Deputados Federais e Senadores precisam ponderar, entre outros fatores, sobre: (*i*) a opinião pública; (*ii*) os protestos de ruas; (*iii*) a opinião específica de suas bases eleitorais; (*iv*) a orientação partidária; (*v*) o desempenho geral do Governo; (*vi*) as consequências concretas do impedimento; e (*vii*) as alternativas para a sucessão presidencial.

[897] *Cf.* PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 134.

A observação de Pontes de Miranda explicita uma decorrência lógica da Constituição; que Brossard lamenta e acaba por anular.[898] Se a Constituição só admite o *impeachment* em decorrência de condutas normativamente tipificadas, é ilógico compreendê-lo como ato *exclusivamente político* ou *plenamente discricionário*. Não foi essa a opção do constituinte; que preferiu adotar a técnica dos '*tipos penais*' e não a das '*autorizações genéricas e abrangentes*'.

De Pontes, por outro lado, discordo quanto à afirmação de que o processo parlamentar do *impeachment* assuma "*caráter judiciário*" e deva ser julgado "*secundum acta et probata*". Se assim desejassem os Constituintes, teriam atribuído ao Supremo Tribunal a competência de julgar as denúncias, por crime de responsabilidade, em desfavor do Presidente da República.

O Poder Legislativo é, por definição, institucionalmente desequipado para conduzir julgamentos de caráter judiciário, na lógica imparcial e eminentemente técnica do *secundum acta e probata*. Seria irrazoável presumir que o Constituinte pretendeu converter, ainda que episodicamente, Casas Legislativas em Tribunais Judiciários. *Bananeira dá banana*; e não há nada que a norma constitucional possa fazer para que dê *mamão*.

A escolha do Congresso, em detrimento do Supremo, para o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente foi refletida, deliberada e é razoável; pois leva em conta virtudes comparativas do parlamento: (*i*) a legitimidade do voto; (*ii*) a permeabilidade à opinião pública (*até pela necessidade de reeleição*); e (*iii*) a sensibilidade política para evitar os afastamentos que, conquanto solidamente embasados sob o prisma jurídico, implicarem consequências institucionais, sociais ou econômicas nocivas (*em prejuízo do interesse nacional*).

---

[898] *Cf.* BROSSARD, Paulo. *O Impeachment*: aspectos da responsabilidade política do presidente da república. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965, p. 53: "Seria melhor designar por uma fórmula genérica, abrangendo toda espécie de malversações, porque estas variam infinitamente de natureza e podem ser praticadas por um presidente da República, de tantas maneiras igualmente funestas à sociedade que qualquer especificação para o fim de serem punidas pecará por deficiente. Se o que se teve em vista foi não excluir da devida repressão hipótese alguma que a reclamasse, chegar-se-ia com mais segurança a esse resultado abrindo aos dois ramos do Congresso um campo de apreciação mais largo e mais livre". Na sequência, o autor sugere que o Constituinte deveria ter preferido, em vez da tipificação de condutas específicas, adotar fórmulas abertas; como 'má conduta', 'mau desempenho' ou a expressão '*high crimes and misdemeanors*', forjada pelos *founding fathers (v.* Constituição dos Estados Unidos de 1787, art. 2º, seção 4). O impeachment foi objeto de recente e interessante estudo comparativo empreendido por RESENDE, Ranieri L. Impeachment: A Mechanism Between Political Accountability and Legal Responsibility? Common Law Sources and the Brazilian Originalist Model. *Global Journal of Comparative Law*, v. 11, p. 222-253, 2022.

A solução para o embate doutrinário, mais uma vez, está no caminho do meio. O *impeachment*, na configuração constitucional brasileira, assume *natureza jurídico-política*, na medida em que ele (*i*) só pode ser deflagrado com base na identificação, alicerçada em evidências mínimas, de conduta presidencial tipificada como crime de responsabilidade e (*ii*) é processado "mediante as investigações e provas admitidas em direito", seguindo o procedimento que a Constituição lhe prescreve; (*iii*) mas se sujeita a julgamento eminentemente político, que, transcendendo às provas e aos debates jurídicos dos autos, é legitimamente influenciado pelas articulações partidárias e pela mobilização social.

É sobretudo o Direito que define se há ou não crime de responsabilidade (pressuposto jurídico); bem como regula seu processamento (*e.g.*, investigações, provas, audiências). É sobretudo a Política que julga a denúncia, valorando não só a gravidade, mas o desempenho geral do Presidente, para decidir se ele permanece ou é afastado do cargo. Daí a natureza ambivalente do instituo. Não pode haver impeachment (*i*) sem crime de responsabilidade nem (*ii*) sem vontade política da maioria parlamentar. Um elemento não supre o outro e apenas o segundo é insuscetível de *judicial review* (*vide* **Tópico 9.4**).

9.3. Rito constitucional do impeachment presidencial

Conforme estipula o art. 86, da Constituição,[899] o *impeachment* se sujeita a um rito diferido, escalonado e bifurcado, moldado à semelhança do processo penal pela Lei 1.079/50. De acordo com o procedimento definido legislativamente, qualquer cidadão - *leia-se: qualquer brasileiro no gozo pleno dos direitos políticos* - pode oferecer denúncia, contra o Presidente da República, perante a Câmara dos Deputados (art. 14).

Como o objetivo principal do *impeachment* é remover o Presidente do cargo, "a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo" (art. 15). Nesse ponto, a sistemática da Lei é boa; pois previne tanto que o parlamento se dedique a *empreitada de pouca utilidade*, quanto que o Presidente renuncie, às vésperas de sua condenação, como forma de evitar a suspensão de seus direitos políticos.[900]

---

[899] *Cf.* Constituição Federal de 1988, art. 86: "Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade".

[900] Na manhã de 29 de dez. 1992, data agendada para o julgamento do *impeachment* pelo Senado, Fernando Collor de Mello formalizou, por carta, sua renúncia ao cargo de Presidente da República. Diante da iminência de sua condenação, que acabou sendo aprovada por 76 votos favoráveis e 3 contrários naquele mesmo dia,

A competência da Câmara dos Deputados, no que toca à responsabilização do Presidente, é a mesma para os crimes comuns e de responsabilidade; tanto assim que tratadas indistintamente pelo dispositivo constitucional que as prevê: "*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" (art. 49, I).

Da dicção constitucional infere-se que o papel da Câmara não é, precisamente, efetuar um *juízo de admissibilidade* – ou *prelibação*, como preferem os penalistas eruditos. Nas infrações penais comuns, essa competência toca ao STF, e nos crimes de responsabilidade, ao Senado; como bem revela o art. 86, § 1º, da Constituição.[901]

Na engenharia constitucional, a Câmara dos Deputados é o primeiro filtro político das pretensões punitivas contra o Presidente da República no exercício do cargo. Enquanto dois terços dos deputados *não girarem a chave*, o *cadeado do impeachment* presidencial permanece cerrado. Tecnicamente, como reconheceu o STF em 2016, a autorização da Câmara consiste numa '*condição de procedibilidade*' da denúncia pelo Senado:

> Ao contrário do que ocorria no regime das Constituições de 1946, 1967 e 1969, na CF/1988 a Câmara não declara a procedência ou improcedência da acusação, mas tão-somente autoriza a instauração de processo pelo Senado. A deliberação da Câmara obedece ao quórum qualificado de 2/3 e não implica o afastamento automático do Presidente da República, que apenas ocorre se o Senado instaurar o processo. Assim, no regime atual, a Câmara não funciona como um '*tribunal de pronúncia*', mas apenas implementa ou não uma *condição de procedibilidade* para que a acusação prossiga no Senado. (...) Como visto, à Câmara dos Deputados compete "autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente" (art. 51, I), enquanto ao Senado compete, privativamente, "processar e julgar o Presidente" (art. 52, I). Daí porque toda a atuação da Câmara dos Deputados deve ser entendida como parte de um *momento pré-processual*, isto é, anterior à instauração do processo pelo Senado. Veja-se bem: a Câmara apenas autoriza a instauração do processo: não o instaura por si própria, muito menos determina que o Senado o faça.[902]

---

o movimento de Collor buscava preservar seus direitos políticos. *Cf*. MADEIRO, Carlos. 'Collor só decidiu sair horas antes de julgamento, diz porta-voz de renúncia'. *UOL*, 09 abr. 2016: "Na manhã do dia 29 de dezembro de 1992, o advogado José Moura Rocha esteve no centro das atenções do país. Naquele dia, o Senado se reuniu para julgar o impeachment do então presidente Fernando Collor de Mello. Pouco antes do início da sessão, Moura Rocha pediu a palavra ao presidente da sessão - o presidente do Supremo Tribunal Federal Sidney Sanches - e leu a carta em que Collor anunciava sua renúncia. Chegava ali ao fim o mandato de Collor, mas que não impediria a votação do impeachment, confirmado em votação horas após a leitura da carta". Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/04/09/collor-so-decidiu-sair-horas-antes-de-julgamento-diz-porta-voz-de-renuncia.htm>.

[901] *Cf*. Constituição Federal de 1988, art. 86, § 1º: "O Presidente ficará suspenso de suas funções: I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal".

[902] *Cf*. STF, ADPF 378 MC, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 08 mar. 2016.

Aqui está a primeira patologia procedimental do *impeachment* presidencial: a competência constitucional de autorizar o processamento dos pedidos de *impeachment* é da Câmara dos Deputados, *como um todo*; não de seu Presidente, *isoladamente*.

O juízo prévio realizado pelo Presidente da Câmara tem base meramente regimental; e o regimento não pode subtrair do Plenário o direito à *palavra final* quanto à autorização das denúncias por crime de responsabilidade imputado ao Presidente da República.

Explicando melhor: a Constituição prevê que compete à Câmara autorizar a instauração de processos, seja por crime comum, seja por crime de responsabilidade, contra o Presidente da República (art. 49, I). O Regimento Interno da Câmara, por seu turno, cria uma espécie de juízo de admissibilidade das denúncias de *impeachment*, com vistas a evitar a sobrecarga do Plenário; permitindo ao Presidente da Câmara indeferir aquelas que, de plano, não reúnam os requisitos constitucionais e legais de processamento válido (RICD, art. 218, § 2º). [903]

Se o juízo de admissibilidade positivo do Presidente da Câmara precisa ser confirmado, primeiro, pela Comissão Especial e, finalmente, pelo Plenário da Casa, para o seguimento do processo ao Senado; também é preciso admitir que o conjunto dos Deputados possa rever as decisões monocráticas de inadmissibilidade do Presidente da Câmara. É, justamente, o que prevê o Regimento Interno da Casa, no art. 218, § 3º.[904]

No entanto, almejando impedir a discussão e a apreciação das denúncias pelo Plenário, os Presidentes da Câmara, com frequência, deixam mesmo de despachar os pedidos de *impeachment* regularmente protocolados na Casa. Segundo levantamento da *Agência Pública*, referente a 1º de set. 2022, dos 147 pedidos de *impeachment* apresentados contra o Presidente Jair Bolsonaro, 140 ainda esperavam a análise de admissibilidade do Presidente da Câmara.[905] As primeiras denúncias estão pendentes há cerca de 3 anos e 6 meses (*ou 1300 dias*).

Há remédios na farmacologia constitucional para tratar dessa patologia. O mais próprio é a avocação, pelo Plenário, da primeira decisão de admissibilidade, regimentalmente reservada ao Presidente da Câmara. As competências regimentais atribuídas a órgãos fracionários sempre

---

[903] *Cf*. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 218, § 2º: "Recebida a denúncia pelo Presidente, verificada a existência dos requisitos de que trata o parágrafo anterior, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os Partidos".

[904] *Cf*. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 218, § 3º: "Do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário".

[905] *Cf*. 'Os pedidos de impeachment de Bolsonaro'. *Agência Pública*, 01º set. 2022. Disponível em: <https://apublica.org/impeachment-bolsonaro/>.

podem ser avocadas pelo pleno do órgão constitucional.[906] Dito de modo mais bonito: No âmbito de cada órgão constitucional, ao plenário sempre toca a palavra final. Tanto assim que às Comissões compete "discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, *salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa*" (art. 58, § 2º, I).

Embora o Regimento da Câmara seja assistemático, confuso e lacunoso, parece derivar da própria Constituição, como mecanismo geral de avocação decisória pelo plenário, a apresentação de recurso nesse sentido, com subscrição de, no mínimo, um décimo dos Deputados Federais (52).

A mora inconstitucional do Presidente da Câmara também pode ser examinada, mediante Mandado de Segurança, pelo Supremo Tribunal Federal. É que o cidadão-denunciante tem direito subjetivo a uma resposta, em tempo razoável, quanto ao pedido de *impeachment*. Ao direito de petição do cidadão se contrapõe um dever estatal de apreciação fundamentada e diligente, ainda que baseada em critérios políticos. Além disso, os próprios Deputados interessados na admissão do processo têm direito de discuti-lo e votá-lo; no que também podem provocar o Supremo.

O STF, em cenários de mora irrazoável ou prevaricação, pode, mediante provocação, assinalar prazo para que o Presidente da Câmara emita seu juízo prévio quanto à admissibilidade de denúncia de *impeachment*. Pode mesmo o Supremo, para resolver casos de inércia recalcitrante, determinar que o implemento do prazo implicará o automático seguimento do processo, primeiro, para a Comissão Especial e, em seguida, para o Plenário.

Em maio de 2022, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, receoso em agravar a crise institucional brasileira, deixou de conceder ordens para garantir o exame preliminar de pedidos de *impeachment*, pelo Dep. Arthur Lira, atual Presidente da Câmara. Os impetrantes do MS 38.034, o Dep. Rui Falcão e o Professor Fernando Haddad, alegavam que, "*após decorrido mais de um ano do protocolo da denúncia, apoiada por mais de 400 (quatrocentas) entidades da sociedade civil*", não teria havido

[906] *Cf.* SÁNCHEZ, Juan Carlos. *Introducción al Derecho Parlamentario.* Instituto de Investigaciones Jurídicas: Senado de la República (México), 2013, p. 281: "*En la búsqueda de combinar el principio de eficacia con el de división de trabajo es que surgen los órganos internos, cuya actividad es la más ordinaria de la cámara: las comisiones parlamentarias. Del latín comittere, este concepto se define como 'aquel conjunto de personas, que por nombramiento o delegación de terceros o asumiendo por sí carácter colectivo, formula una petición, prepara una resolución, realiza un estudio o asiste a actos honoríficos*". Se as competências regimentais dos órgãos fracionários ou diretivos da Câmara são atribuídas mediante delegação do Plenário; parece razoável que este possa avocá-las, em caso de negligência ou incongruência da opinião da fração em relação à da maioria.

sequer o exame dos "*requisitos meramente formais, tampouco qualquer encaminhamento interno da petição de impeachment, que ainda aguarda processamento a ser realizado pelo Presidente da Câmara dos Deputados*"; requerendo que o STF determinasse que a autoridade impetrada o "*imediato processamento da denúncia*". [907]

Na mesma sessão, por não vislumbrar '*direito líquido e certo*', o STF manteve, por unanimidade, as decisões denegatórias adotas pela Ministra Cármen Lúcia em três impetrações contra o Presidente da Câmara dos Deputadas, relacionadas ao processamento do *impeachment*: os Mandados de Segurança nº 38.034;[908] 38.133[909] e 38.208.[910] Em novembro de 2021, a Primeira Turma, em precedente do Min. Dias Toffoli, já havia alcançado esse entendimento:

> Agravo regimental em mandado de segurança. Alegação de omissão do Presidente da Câmara dos Deputados relativamente à ausência de análise de pedido de impeachment formulado pelo agravante em desfavor do Presidente da República. Não ocorrência. Não demonstração do direito líquido e certo violado. Ausência de previsão legal ou constitucional de prazo para o exame do requerimento. Juízo de discricionariedade do chefe da respectiva Casa Legislativa que escapa ao controle judicial. Observância do princípio da separação de poderes. Agravo regimental não provido.[911]

Em 2017, porém, o Ministro Marco Aurélio, afrontando o *princípio da colegialidade* (que no caso do *impeachment* não parece justificar exceção alguma – *vide* **Tópicos 5.2** e **9.4**), proferiu decisão monocrática que, conquanto assentada em premissa correta,[912] desbordou do escopo proposto e, descumprindo também a diretriz da *primazia dos mecanismos*

---

[907] *Cf*. STF, MS 38.034, Rel. Min. Cármen Lúcia, Petição Inicial, item 51. Subsidiariamente, os impetrantes requeriam que o STF assinalasse o prazo de 72 horas para que "*para que o presidente da Câmara dos Deputados efetue o exame formal de admissibilidade da denúncia*".

[908] *Cf*. STF, MS 38.034, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ*e* 31 mai. 2022: "AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADA OMISSÃO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: REQUERIMENTO DE AFASTAMENTO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS IMPETRANTES".

[909] *Cf*. STF, MS 38.133, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ*e* 31 mai. 2022: "MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ALEGADA OMISSÃO NA LEITURA DE DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS IMPETRANTES".

[910] *Cf*. STF, MS 38.208, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ*e* 31 mai. 2022: "MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADO IMPEDIMENTO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS PARA OFICIAR NO PROCESSO DE IMPEACHMENT DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. SUPOSTA OBRIGAÇÃO DE REMESSSA AUTOMÁTICA DA DENÚNCIA AO SUCESSOR REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO".

[911] *Cf*. STF, Primeira Turma, MS 37.920-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ*e* de 08 nov. 2021.

[912] *Cf*. STF, MS 34.087, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ*e* 07 abr. 2016: "cabe ao Presidente [da Câmara] a análise formal da denúncia-requerimento. A ele não incumbe, substituindo-se ao Colegiado, o exame de fundo. Entender-se em sentido contrário implica validar nefasta concentração de poder, em prejuízo do papel do colegiado, formado por agremiações políticas diversas".

parlamentares de controle,[913] determinou, sem contraditório prévio (*inaudita*), que a Câmara instalasse Comissão Especial para examinar a denúncia.[914]

No controle judicial do *impeachment*, proporei no **Tópico 9.4**, a atuação do STF, além de deferente e colegiada, deve primeiro oportunizar a correção de falhas procedimentais no âmbito próprio do Poder Legislativo; e não simplesmente substituir a deliberação do parlamento.

Pela sua própria natureza, ao menos desde a promulgação da Constituição de 1988, o procedimento a cargo da Câmara dos Deputados é *mais conciso*, implicando espaços limitados à *instrução probatória* e ao exercício do *contraditório* e da *ampla defesa*. Esse dado, derivado da normatividade constitucional, impediu a recepção – ou impeliu a adaptação – de dispositivos da Lei nº 1.079/50, editada sob a vigência da Constituição de 1946, que, diversamente da atual, atribuía à Câmara competência para proceder um juízo preliminar quanto à "*procedência ou improcedência da acusação*" (art. 59, I). O Supremo bem elucidou o ponto na ADPF 378:

> 2.1. O rito do impeachment perante a Câmara, previsto na Lei nº 1.079/1950, partia do pressuposto de que a tal Casa caberia, nos termos da CF/1946, pronunciar-se sobre o mérito da acusação. Em razão disso, estabeleciam-se duas deliberações pelo Plenário da Câmara: a primeira quanto à admissibilidade da denúncia e a segunda quanto à sua procedência ou não. Havia, entre elas, exigência de dilação probatória. 2.2. Essa sistemática foi, em parte, revogada pela Constituição de 1988, que, conforme indicado acima, alterou o papel institucional da Câmara no impeachment do Presidente da República. Conforme indicado pelo STF e efetivamente seguido no caso Collor, o Plenário da Câmara deve deliberar uma única vez, por maioria qualificada de seus integrantes, sem necessitar, porém, desincumbir-se de grande ônus probatório. Afinal, compete a esta Casa Legislativa apenas autorizar ou não a instauração do processo (condição de procedibilidade). 2.3. A ampla defesa do acusado no rito da Câmara dos Deputados deve ser exercida no prazo de dez sessões (RI/CD, art. 218, § 4º), tal como decidido pelo STF no caso Collor (MS 21.564, Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso).[915]

Como consequência, foi necessário também adaptar o papel e o rito de processamento do *impeachment* no Senado. Se o procedimento na Câmara foi abreviado pela Constituição; o do

---

[913] Na medida em que, como indiquei, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê recurso ao plenário quanto aos despachos da Presidência da Casa que indeferirem o seguimento de denúncias por crime de responsabilidade em desfavor do Presidente da República (art. 218, § 3º).

[914] *Cf*. STF, MS 34.087, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ*e* 07 abr. 2016: "Ante o quadro, defiro parcialmente a liminar para, afastando os efeitos do ato impugnado, determinar o seguimento da denúncia, vindo a desaguar na formação da Comissão Especial, a qual emitirá parecer, na forma dos artigos 20, cabeça, da Lei nº 1.079/1950 e 218, § 5º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados".

[915] *Cf*. STF, ADPF 378 MC, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 08 mar. 2016.

Senado foi proporcionalmente ampliado e desmembrado em quatro fases distintas.[916] Após a aprovação da autorização, por dois terços dos Deputados, o Senado deve, primeiro, (*i*) deliberar pela instauração ou não do processo e da comissão processante; (*ii*) realizar, no âmbito de Comissão Especial, a instrução processual; (*iii*) deliberar pela pronúncia ou não Presidente; e, finalmente, (*iv*) julgar, em sessão presidida pelo Presidente do STF, a acusação.

Sobre os quóruns aplicáveis ao procedimento no Senado, o STF firmou o entendimento, também na ADPF 347, que o *quórum qualificado de dois terços*, previsto pelo parágrafo único, do art. 52, da Constituição, só é exigível para a condenação do Presidente, na última fase do procedimento: *o julgamento propriamente dito*. As deliberações anteriores, à falta de quórum especial, devem ser feitas por maioria simples (*quórum de deliberação*), desde que presente a maioria absoluta dos Senadores (*quórum de instalação*).[917]

Na mesma oportunidade, o Supremo aclarou, entre outros, os seguintes pontos quanto ao rito congressual do *impeachment*: (*i*) a Comissão Especial deve obedecer ao princípio da representação partidária proporcional (art. 58, § 1º); (*ii*) todas as votações relativas ao *impeachment* devem se dar por voto aberto, 'de modo a permitir maior transparência, controle dos representantes e legitimação do processo'; (*iii*) não há previsão de *defesa prévia* antes do exame preliminar da denúncia pelo Presidente da Câmara; (*iv*) a defesa tem direito, de modo geral, à prerrogativa de se manifestar após a acusação; (*v*) não se aplicam ao *impeachment* as hipóteses de suspeição e impedimento previstas no CPP, uma vez que a Lei 1.079/50 contempla disposição especial sobre o tema (art. 36); (*vi*) o interrogatório do Presidente da República deve ser o ato final da instrução probatória, em prestígio da ampla defesa.[918]

---

[916] Na sistemática da Lei 1.079/50, moldada sob a vigência da Constituição de 1946, a Câmara realizava o processamento do *impeachment*; aprovava decreto acusatório e defendida o libelo perante o Senado (arts. 19 a 23). A Câmara alta, por seu turno, realizava somente o julgamento da acusação (arts. 24 a 38).

[917] *Cf*. STF, ADPF 378 MC, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 08 mar. 2016: "3.1. Por outro lado, há de se estender o rito relativamente abreviado da Lei nº 1.079/1950 para julgamento do impeachment pelo Senado, incorporando-se a ele uma etapa inicial de instauração ou não do processo, bem como uma etapa de pronúncia ou não do denunciado, tal como se fez em 1992. Estas são etapas essenciais ao exercício, pleno e pautado pelo devido processo legal, da competência do Senado de processar e julgar o Presidente da República. 3.2. Diante da ausência de regras específicas acerca dessas etapas iniciais do rito no Senado, deve-se seguir a mesma solução jurídica encontrada pelo STF no caso Collor, qual seja, a aplicação das regras da Lei nº 1.079/1950 relativas a denúncias por crime de responsabilidade contra Ministros do STF ou contra o PGR (também processados e julgados exclusivamente pelo Senado). 3.3. Conclui-se, assim, que a instauração do processo pelo Senado se dá por deliberação da maioria simples de seus membros, a partir de parecer elaborado por Comissão Especial, sendo improcedentes as pretensões do autor da ADPF de (i) possibilitar à própria Mesa do Senado, por decisão irrecorrível, rejeitar sumariamente a denúncia; e (ii) aplicar o quórum de 2/3, exigível para o julgamento final pela Casa Legislativa, a esta etapa inicial do processamento".

[918] *Cf*. STF, ADPF 378 MC, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 08 mar. 2016, p. 05-08.

O rito do *impeachment*, dada à gravidade de sua consequência (*subtração do mandato presidencial e suspensão dos direitos políticos*), mimetiza a lógica do processo penal; embora, ao final, o julgamento seja essencialmente político. No rol dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição prevê que (*i*) "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX) e que (*ii*) "aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV).

No procedimento da Câmara, que encerra fase pré-processual, a intervenção do STF para resguardar as garantias processuais do Presidente denunciado não parece se justificar. No procedimento a cargo do Senado, ao revés, atropelos procedimentais podem esvaziar totalmente o direito, do Presidente acusado, de exercitar adequadamente o direito à ampla defesa.

Em 1955, sob a vigência da Constituição de 1946, dois Presidentes brasileiros foram afastados mediante *processos de impeachment concluídos, nas duas Casas, num só dia*. Após conspirar para impedir a posse de Juscelino, Carlos Luz sofreu *impeachment* em 11 de novembro; logo na sequência, ao tentar reassumir a Presidência, da qual havia se licenciado por razões médicas, Café Filho também foi impichado pelo Congresso, em 22 de novembro.[919]

Em junho de 2012, no Paraguai, o Presidente Fernando Lugo foi destituído em controverso processo de *impeachment* que durou pouco mais de *24 horas*.[920] No recente caso paraguaio, embora a Justiça Eleitoral do país tenha reconhecido a validade do processo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos o considerou inconstitucional e ilegítimo; [921] o que acabou gerando uma crise diplomática no Continente. [922]

---

[919] *Cf*. WESTIN, Ricardo. 'Dois presidentes do Brasil sofreram impeachment em 1955'. *Agência Senado*, 31 ago. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/31/dois-presidentes-do-brasil-sofreram-impeachment-em-1955>.

[920] *Cf*. PARO, Denise. 'Em 24 horas, Congresso paraguaio derruba o presidente'. *Gazeta do Povo*, 22 jun. 2012. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/em-24-horas-congresso-paraguaio-derruba-o-presidente-e-vice-assume-3dw1z54krcwm2juoak73htcum/>. O Presidente dispôs apenas de um par de horas para realizar sua defesa perante o Senado. *Cf*. 'Sem apoio, Lugo terá duas horas para se defender de *impeachment*'. *BBC Brasil*, 22 jun. 2012. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/06/120622_paraguai_lugo_defesa_ru>.

[921] *Cf*. ÁVILA, Ana. 'Em comunicado, CIDH chama impeachment no Paraguai de paródia da Justiça'. *Sul21*, 23 jun. 2012. Disponível em: <https://sul21.com.br/ultimas-noticiasinternacionalnoticias/2012/06/em-comunicado-cidh-chama-impeachment-no-paraguai-de-parodia-da-justica/>. Sobre o tema, *v*. REIS, Rossana Rocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante dos processos de ruptura democrática. *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, pp. 1602-1677, 2017.

[922] *Cf*. FELLET, João. 'Brasil condena impeachment de Lugo e convoca embaixador'. *BBC Brasil*, 23 jun. 2012. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/06/120623_paraguai_brasil_jf>.

Os casos narrados constituem exemplos evidentes de violação ao devido processo, por supressão do direito de defesa. Apenas para efeitos comparativos, vale registrar que o processo que culminou no *impeachment* de Collor durou três meses exatos; enquanto o de Dilma, mais recentemente, consumiu quase oito. [923]

Atropelos procedimentais do Poder Legislativo, que vulnerem o devido processo, especialmente quanto à oportunidade e à efetividade do direito ao contraditório, conforme proporei no **Tópico 9.4**, podem e devem ser controlados pelo Supremo Tribunal Federal.

9.4. O controle judicial do impeachment presidencial

O *impeachment presidencial* é uma *quimera*: uma combinação heterogênea de Poderes, funções e ritos, cada qual fora de seu *hábitat natural*, para um momento grave da vida nacional; para o qual ainda não se encontrou soluções jurídico-políticas ideais. [924]

Se o julgamento do Presidente, por crime de responsabilidade, tocasse ao Supremo Tribunal Federal, composto por Ministros vitalícios e, portanto, politicamente irresponsivos, a subtração do mandato presidencial poderia ser determinada, com base em adjudicações eminentemente técnicas (método subsuntivo, princípio da adstrição, cognição *intra autos*, rigidez probatória *etc.*), em descompasso com o anseio popular e sem a devida consideração das implicações geopolíticas, institucionais, sociais e econômicas do *impeachment*.

A Constituição contempla dois caminhos para a destituição antecipada e heterônoma do Presidente da República; ambos exigem a satisfação de um *pressuposto jurídico* e de um *pressuposto político* para chegarem a termo. Tanto assim que, na hipótese de crime comum associado ao exercício da função presidencial, a denúncia, oferecida pelo Procurador-Geral da República, também só pode ser recebida, pelo Supremo Tribunal Federal, após autorização da Câmara, mediante o voto favorável de dois terços dos seus membros (CF/88, art. 51, I).

---

[923] A denúncia contra Collor foi apresentada, à Câmara, em 01º set. de 1992; aprovada pelos Deputados em 29 set. de 1992 e julgada pelo Senado em 29 dez. daquele mesmo ano. No caso de Dilma, a denúncia, assinada por Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal, foi protocolada em 15 out. 2015; sendo aceita pelo Presidente da Câmara em 02 dez. 2015 e aprovada pelo Plenário da Câmara em 17 abr. 2016. A condenação foi aprovada, após três meses de tramitação no Senado, em 31 ago. 2016, por 61 votos favoráveis e 20 contrários.

[924] O mais provável é que elas não existam; *mas isso não é motivo para que desistamos de procurá-las*. É na busca do ideal que se faz o *progresso possível*; que, num ciclo virtuoso, deve levar à expansão da ideia inicial e a novos progressos concretos, ainda que subótimos. Como bem captou Eduardo Galeano, a utopia está no horizonte: "*Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar*".
(*Cf. Las Palabras Andantes*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1994, p. 310).

O problema é que na hipótese de crime de responsabilidade – no caso do *impeachment* – a aferição de ambos os pressupostos à condenação do Presidente – o *jurídico* e o *político* – é confiada ao Poder Legislativo; embora as capacidades institucionais do parlamento sejam limitadas quanto ao primeiro elemento da equação.

O *impeachment* é um processo *jurídico-político*, cujos tipos autorizadores e procedimentos são definidos normativamente (*pressupostos jurídicos*), mas os critérios adjudicativos são abertos, transcendendo o eixo das provas e normas, em razão mesmo da natureza, dos incentivos institucionais e da legitimidade democrática do Congresso Nacional. Dito claramente:
o *pressuposto político* do *impeachment* é, simplesmente, a *vontade da maioria parlamentar*.

Dessa conclusão sintética, desdobrarei adiante listas de temas suscetíveis e insuscetíveis de controle pelo Supremo. Antes, porém, adaptarei as diretrizes e gradientes para o *judicial review* de atos políticos, que propus nos **Tópico 5.2** e **5.3**, à lógica idiossincrática do *impeachment*. No desfecho do Capítulo, analisarei brevemente o processo de impedimento da Presidente Dilma Rousseff, à luz dos critérios desenvolvidos, bem como farei um comentário panorâmico a respeito da aplicação do *impeachment* no âmbito dos entes subnacionais.

Em primeiro lugar, nas ações que tratem, concreta ou abstratamente, do *impeachment*, sugiro que o *princípio da colegialidade* não comporte nenhuma exceção quanto às decisões de mérito, liminares ou definitivas. Todas devem ser debatidas e adotadas pelo Tribunal Pleno; recomendando-se à Corte esforço institucional na construção de consensos, de modo a se alcançar decisões unânimes ou maiorias eloquentes. Quanto ao grau de intensidade, independentemente do vício, ele deve ser *fraco*; reservado a *casos gritantes*, com *ônus argumentativo* sempre reforçado.

O *impeachment*, como assinalei no **Tópico 5.1**, é ato político primário do Poder Legislativo em desfavor do Presidente da República. A única via corretiva, para o manejo inconstitucional do *impeachment* pelo Congresso Nacional, é o recurso judicial ao Supremo Tribunal Federal.

Essa circunstância, a princípio, excluiria a aplicação da *primazia do controle parlamentar*, na medida em que ele é *logicamente antecedente* à atuação do STF; constituindo o seu *objeto*. A melhor solução, contudo, é encontrar outra aplicação à diretriz aludida. Em deferência ao Congresso Nacional, o STF deve buscar oportunizar ao parlamento a

possibilidade de *reiteração corretiva* de *atos defeituosos* adotados no curso do processo de *impeachment*.

Nas impugnações concretas de atos congressuais afetos ao *impeachment*, o STF deve, ao menos num primeiro momento, deliberar pela (*i*) confirmação do ato impugnado ou por sua (*ii*) anulação, com determinação de que a Casa Legislativa o refaça, com a observância dos tais e quais ditames constitucionais ou legais que tiverem sido violados.

Quanto aos processos de *impeachment*, o Supremo Tribunal não deve pretender substituir ou impedir as deliberações do Poder Legislativo; deve buscar, pelo menos a princípio, identificar os vícios e oportunizar sua correção, de modo a permitir o seguimento da marcha do processo jurídico-político.

Todos os atos que integram o procedimento do *impeachment*, do início ao fim, são passíveis de serem impugnados perante o Supremo Tribunal Federal. Desde o **Capítulo 3**, tenho repetido que apenas o produto normativo do Poder Constituinte Originário é insuscetível de controle de constitucionalidade.

No entanto, no caso do *impeachment*, em razão de sua natureza ambivalente (*jurídico-política*), compreendo que os seguintes *temas* são insuscetíveis de revisão judiciária substantiva, isto é, de *controle de mérito*: (*i*) o *juízo político* da Câmara quanto ao seguimento da denúncia, *autorização* ou *denegação*; (*ii*) o *juízo político final* do Senado quanto à gravidade dos fatos apurados e do contexto governamental, base política da *absolvição* ou da *condenação* do Chefe do Executivo; e (*iii*) a motivação individual dos votos de cada parlamentar.

Em decorrência dessa delimitação cognitivo-adjudicatória, que decorre da própria *configuração constitucional* do *impeachment* (*vide* **Tópico 9.2**), o Supremo não pode suprir nem inverter a decisão da Câmara, quanto à autorização do processo, nem a do Senado, quanto à condenação ou à absolvição final; na medida que ambas têm, como *pressuposto político*, a *adesão volitiva* de dois terços dos membros de cada Casa.

Ressalvada a hipótese do *vício volitivo* resultante da *corrupção*, de que tratei no **Tópico 4.4**, também não deve o Supremo Tribunal Federal se imiscuir na *motivação individual* dos votos de cada parlamentar; na medida que o julgamento realizado pelo Congresso é – *e não poderia deixar de ser* – *político*; isto é, sujeito a insondáveis, mas aprioristicamente legítimas, influências político-partidárias.

Por extensão, também parece inadequado que o STF controle a motivação do ato unipessoal de recebimento ou indeferimento da denúncia, contra o Presidente da República, pelo Presidente da Câmara dos Deputados.[925] O controle da motivação do Presidente da Casa, em função da natureza do *impeachment* e da diretriz da *primazia do controle parlamentar*, deve competir, primeiro, à Comissão Especial e, por último, ao Plenário da Câmara.

Considerando que o STF não pode substituir nem subtrair a decisão dos Deputados, quanto à autorização do processamento ou à sua denegação, e tendo em conta que a autorização da Câmara não equivale a um juízo positivo de admissibilidade da denúncia nem, muito menos, a pronúncia do Presidente da República, parece mais adequado que o STF, mesmo diante de indícios de *desvio de finalidade*, aguarde que a manifestação plenária da Câmara, sem a qual a denúncia não chega ao Senado, corrija eventuais vícios de motivação do Presidente da Casa.

Como o *impeachment* se sujeita a critérios políticos de adjudicação, é mesmo questionável se a influência de *alianças ou antagonismos partidários*, entre o Presidente da República e o da Câmara dos Deputados, constituem hipóteses de desvio de finalidade. A norma constitucional elege a *Política* como critério para o julgamento do *impeachment*; e as alianças e os antagonismos partidários são partes indissociáveis dela.

O Presidente da Câmara não pode, contudo, como propus no **Tópico 9.3**, apostar na inércia para impedir a deliberação do Plenário; havendo, como visto, remédios regimentais e judiciais para corrigir esse proceder. Em cenários nos quais o Presidente da Câmara se valha de sua prerrogativa regimental para chantagear o Presidente da República, a fazer ou deixar de fazer algo, o primeiro também se exporia ao risco de ser denunciado, pelo segundo, pelo crime de *concussão*,[926] que, nessa hipótese especial, abarcaria outras tipificações mais genéricas, como o constrangimento ilegal e a ameaça.[927]

---

[925] Também ressalvo aqui o caso de vício de probidade (*vide* **Tópico 4.4**). Na hipótese específica de o Presidente da Câmara deflagrar a tramitação da denúncia contra o Presidente da República mediante o recebimento de vantagens indevidas, poderia o STF, desde que provas robustas fossem reunidas, anular o ato adotado por corrupção e determinar sua reiteração – isto é, o *reexame preliminar da denúncia* – pelo 1º Vice-Presidente da Casa.

[926] *Cf*. Código Penal, art. 316: "Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida".

[927] *Cf*. Código Penal: "Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. (...) Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave".

Por outro lado, os seguintes vícios são suscetíveis de controle pelo Supremo Tribunal Federal: (*i*) violações procedimentais que comprometam a ampla defesa presidencial; (*ii*) atipicidade formal da conduta imputada ao Presidente da República; e (*iii*) fraudes probatórias perpetradas pelo Congresso.

As violações à ritualística constitucional do *impeachment* foram tratadas no **Tópico 9.3**. Como assinalei, a história do Brasil registra quatro impedimentos presidenciais; dois dos quais foram processados, do início ao fim, num só dia: o *impeachment* de Carlos Luz e o de Café Filho, ambos consumados em novembro de 1955.

O cerceamento da defesa presidencial – seja mediante o indeferimento de provas, a subtração de manifestações defensivas ou a adoção de ritos sumários impróprios – autoriza a intervenção do STF, especialmente para anular atos isolados do processo e garantir seu seguimento de modo juridicamente conforme.

Observe-se que violações procedimentais podem justificar mesmo a anulação da autorização da Câmara ou da condenação imposta pelo Senado. Basta que pensemos na hipótese de tais atos serem praticados numa só sessão extraordinária, sem debates antecedentes nem a oitiva do Presidente. Diante de situações análogas, caberá ao STF anular a deliberação e determinar que ela seja refeita de acordo com o procedimento estabelecido pela Constituição.

Também deverá o Poder Judiciário intervir para impedir o seguimento de denúncias, por crime de responsabilidade, que imputem, ao Chefe do Executivo, *condutas formalmente atípicas*, à luz dos critérios normativos definidos pela Constituição e por Lei Especial. Somente a prática de crime de responsabilidade autoriza o *impeachment presidencial*. Sem crime de responsabilidade, não pode haver impedimento; ainda que ele seja desejado por *noventa por cento* do Congresso Nacional. *O pressuposto político não supre o jurídico*; e vice-versa.

Imputações excessivamente genéricas – como, por exemplo, '*falhar na implementação de políticas de segurança interna*' – e condutas sem tipo normativo correspondente – como, por exemplo, '*contribuir para o agravamento de crise econômica*' ou '*cometer deslizes gramaticais*' – não podem servir de pretexto para condenar o Presidente por crime de responsabilidade.

Sopesando a diretriz da *primazia do controle parlamentar* com as diferentes naturezas das etapas do processo de *impeachment presidencial*, sugiro que o momento ideal para a

revisão judiciária da tipicidade formal, da conduta imputada ao Presidente, é logo após a pronúncia pelo Senado, isto é, após o juízo positivo de prelibação, por parte dos Senadores.

Antes disso, deve imperar o princípio do *in dubio pro* Poder Legislativo. Mas a espera pelo juízo final do Senado, em *casos gritantes de abuso*, corporificados na *atipicidade formal* da conduta imputada ao Presidente, torna mais difícil, do ponto de vista político-institucional, a atuação do STF. Daí a sugestão da prelibação como o *momento processual ideal* para a revisão judiciária dessa matéria.

A última hipótese que justifica a intervenção do Supremo é a das fraudes probatórias, seja mediante a forja documental; a manipulação de testemunhas; a total falta de suporte probatório para a tese acusatória; ou a deliberada desconsideração de prova cabal de inocência.

Um exemplo histórico ajuda a ilustrar o ponto. Logo após o golpe de 1º de abril de 1964, o Congresso Nacional, em sessão extraordinária convocada para a madrugada seguinte, aprovou, sob a presidência do Senador Moura Andrade, a declaração de vacância da Presidência da República, mediante o argumento inverídico de que João Goulart havia se evadido do país.

Na tumultuada sessão, iniciada às 02h40 da madrugada, o Sen. Adalberto Sena leu ofício, assinado por Darcy Ribeiro, então Ministro-Chefe da Casa Civil, informando que o Presidente João Goulart havia viajado para o Rio Grande do Sul, onde se encontrava à frente de tropas legalistas, '*em pleno exercício de seus poderes constitucionais*'. [928]

Em novembro de 2013, vale registrar, o Congresso Nacional anulou a declaração de vacância aprovada por Moura de Andrade em 1964, com base em premissa fática sabidamente inverídica.[929] Entre os 594 parlamentares do Congresso, apenas dois votaram contra a Resolução nº 04/2013: os Deputados Guilherme Campos e Jair Bolsonaro.[930]

---

[928] *Cf*. LIMA, Djalba. 'Tumulto marcou sessão que decretou vacância do cargo de Jango em 64'. *Agência Senado*, 14 nov. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/14/tumulto-marcou-sessao-que-decretou-vacancia-do-cargo-de-jango-em-64>.

[929] *Cf*. Resolução nº 04/2013 do Congresso Nacional, art. 1º: "Declarar nula a declaração de vacância da Presidência da República exarada pelo Presidente do Congresso Nacional, Senador Auro de Moura Andrade, na segunda sessão conjunta, da quinta legislatura do Congresso Nacional, realizada em 2 de abril de 1964".

[930] *Cf*. 'Congresso anula sessão que declarou vaga a Presidência de João Goulart'. *Agência Câmara*, 21 nov. 2013: "O deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) foi a voz dissonante na votação do projeto. Para ele, o projeto quer 'tocar fogo' no Diário do Congresso Nacional. 'Querem apagar um fato histórico de modo infantil. Isso é mais do que Stalinismo, quando se apagavam fotografias, querem apagar o Diário do Congresso', disse". Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/421429-congresso-anula-sessao-que-declarou-vaga-a-presidencia-de-joao-goulart/>.

Casos análogos podem ocorrer no âmbito de processos de *impeachment*. Fraudes e abusos probatórios evidentes devem ser anulados pelo STF; de modo a forçar o Congresso a sanar o vício e a repetir a deliberação de modo juridicamente conforme.

Na tentativa de reiteração do vício, o Supremo se verá forçado a declarar, categoricamente, a sua ilegitimidade constitucional, pois tal conduta parlamentar implicará *per se* a degradação ou a ruptura do regime democrático. Terão lugar, nessa hipótese, o *dever ético de resistência argumentativa*, de que tratei no **Tópico 2.2**, e a *modalidade excepcional de controle forte, mas ônus argumentativo ultrarreforçado*, de que tratei no **Tópico 5.3**.

Definidos abstratamente os *objetos*, os *parâmetros*, os *métodos* e as *intensidades* do *judicial review* do *impeachment presidencial*, aplico a teoria desenvolvida à análise do controverso impedimento de Dilma Rousseff, aprovado pelo Senado Federal em 31 ago. 2016.

O debate acusatório, formalmente, girou ao redor das chamadas '*pedaladas fiscais*'. De modo simplificado, a pedalada é o artifício orçamentário que permite a execução imediata de gastos públicos, sem a contabilização contemporânea do débito pelo Tesouro, de modo a fraudar metas e balanços fiscais e, em alguns casos, a driblar a necessidade de autorização legislativa para a abertura de créditos suplementares.

Além das distorções eleitorais propiciadas pela fraude contábil, o Senado considerou que o expediente equivaleu à "*tomada de empréstimos junto à instituição financeira controlada pela União*", bem como à "*abertura de créditos suplementares sem autorização do Congresso Nacional*". A primeira conduta foi enquadrada no tipo do art. 11, item 3, da Lei 1.079/50.[931] A segunda o foi no art. 85, VI, e no art. 167, V, da Constituição de 1988, [932] e no art. 10, item 4, e no art. 11, item 2, da Lei 1.079/1950.[933]

No caso concreto, o artifício permitiu que, em 2014, ano que Dilma disputou adversa campanha de reeleição, "a dívida pública federal fosse subdimensiona em R$ 40,2 bilhões e o

---

[931] *Cf.* Lei 1.079/1950: "Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos: (...) 3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal".

[932] *Cf.* Constituição Federal de 1988: "Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) VI - a lei orçamentária". "Art. 167. São vedados: (...) V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes".

[933] *Cf.* Lei 1.079/1950: "Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: (...) 4 - Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária. (...) Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos: (...) 2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais".

resultado primário superestimado em R$ 7,1 bilhões", segundo apuração do TCU. Na prática, bancos estatais controlados pela União pagavam benefícios sociais, em nome do Governo, sem o aporte prévio dos recursos correspondentes. No caso do seguro-desemprego, segundo informações do Senado, o Tesouro Nacional atrasou em *21 meses* a transferência de recursos à Caixa Econômica Federal. [934]

Tais atrasos, conquanto tivessem ocorrido em outros Governos, foram especialmente sistemáticos e prolongados na Presidência de Dilma, sobretudo no ano de 2014, embora também em 2015 (*primeiro ano do segundo mandato*). A caracterização do mútuo, a partir da mora governamental, não é disparatada; na medida em que essa modalidade contratual se aperfeiçoa com a tradição da *coisa emprestada*. [935]

Segundo o relatório da sentença condenatória exarada pelo Senado,[936] na fase instrutória, em junho de 2016, foram ouvidas duas testemunhas indicadas pela acusação; quatro testemunhas convocadas pela Comissão Especial; trinta e seis testemunhas e dois informantes arrolados pela defesa. Também se constituiu Junta Pericial, composta por três servidores efetivos do Senado, que apresentou laudo constatando as irregularidades contábeis imputadas à Presidente. Apenas o depoimento pessoal de Dilma, prestado dois dias antes do julgamento, durou cerca de 13 horas.[937] No curso de 8 meses de tramitação, houve amplo espaço ao debate; tendo o processo consumido 72 volumes e cerca de 27.000 páginas, ao tempo do sentenciamento.

Do ponto de vista jurídico, pode-se constatar, no impedimento de Dilma, a satisfação das exigências de tipicidade formal da conduta imputada e de regularidade procedimental, especialmente no que toca à ampla defesa e às diligências probatórias.

---

[934] *Cf.* 'Pedalada de Dilma impactou benefício durante 21 meses'. *Agência Senado*, 12 ago. 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513929/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>.

[935] Tradicionalmente, o mútuo é classificado como um *contrato real*. Embora a classificação seja questionável, certo é que, na sistemática do Código Civil brasileiro, "a entrega efetiva da coisa é requisito de constituição da relação contratual. Sem a *traditio* há apenas promessa de mutuar (*pactum de mutum dando*, contrato preliminar), que não se confunde com o próprio mútuo". *Cf.* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 317. A contratação de operações de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente federativo que a controle é, também, proibida pelo art. 36, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

[936] A sentença condenatória, proferida pelo Senado em 31 ago. 2016, está disponível no seguinte endereço: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff>.

[937] *Cf.* AMATO, Fábio. 'Dilma responde a 48 senadores após quase 13 horas de interrogatório'. *G1*, 29 ago. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/08/dilma-responde-48-senadores-apos-13-horas-de-interrogatorio.html>

Os problemas no *impeachment* de Dilma foram *políticos*; prendem-se às *motivações* dos votos, à *ilegitimidade ética* de parte dos seus protagonistas e às distorções no *juízo de gravidade* dos fatos imputados, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

A abertura do processo foi determinada pelo Dep. Eduardo Cunha, posteriormente cassado e preso, em retaliação explícita à decisão do Partido dos Trabalhadores de votar contra ele no Conselho de Ética.[938] A sessão de aprovação do processamento, pelo Plenário da Câmara, deixou claro não só que a maior parte dos Deputados era incapaz de compreender a tese acusatória; bem como revelou as *entranhas* e os *bueiros* da representação parlamentar brasileira. As valorações jurídico-políticas do Congresso também foram permeadas por contradições evidentes, na medida em que as '*pedaladas fiscais*' foram praticadas por diversas administrações e havia respaldo técnico, da Advocacia-Geral da União, nos atos da Presidência da República que foram qualificados como crime de responsabilidade.

A contradição política era tão evidente que o Senado Federal "*decidiu afastar a pena de inabilitação para o exercício de cargo público*", que a Constituição comina como consequência automática do *impeachment*.[939] No subtexto do processo, ficou claro que o *impeachment* foi fruto de três crises associadas à Presidência de Dilma: (*i*) a econômica, com recessão recorde, além de pressões fiscais e inflacionárias;[940] (*ii*) a de popularidade, com índices de aprovação em dígito único;[941] e (*iii*) a de articulação parlamentar, com a incapacidade de reter o apoio de um terço dos membros de qualquer das Casas Legislativas para evitar o impedimento.

---

[938] *Cf.* BENITES, Afonso. 'Eduardo Cunha abre a guerra do *impeachment* de Dilma Rousseff'. *El País*, 03 dez. 2015: "No capítulo decisivo desta quarta, Cunha agiu da forma que se esperava dele: atacou seus acusadores, quando acuado pela decisão do PT de votar contra ele no Conselho de Ética. Decidiu acolher o pedido de impeachment formulado por três juristas que justificam que Rousseff deveria ser destituída por entender que ela cometeu crime de responsabilidade fiscal ao fazer pedaladas fiscais em 2015". Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/03/politica/1449101524_606499.html>.

[939] *Cf.* Constituição Federal de 1988, art. 52, parágrafo único: "Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, *com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública*, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis".

[940] *Cf.* BASTOS, Pedro Paulo. Ascensão e Crise do Governo Dilma Rousseff e o Golpe de 2016. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 21, p. 1-63, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/Q64JZq7tHnKDsYGVRrYS4mD/#>.

[941] *Cf.* '8% aprovam e 71% reprovam governo Dilma, diz Datafolha'. G1, 06 ago. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/71-reprovam-governo-dilma-diz-datafolha.html>. Gráfico com a evolução da popularidade de Dilma, entre março de 2011 e março de 2016, está disponível no seguinte endereço: <https://arte.folha.uol.com.br/graficos/zzXby/?>.

Dilma não caiu em razão do crime de responsabilidade pelo qual foi denunciada, mas, como resumiu o Sen. Wilder Morais (PP-GO), "pelo *conjunto da obra*, que mostra que não existe mais qualquer condição de a Senhora Dilma Rousseff governar".[942]

Cotejando todos esses fatos e fatores, parece-me incorreto considerar, do ponto de vista jurídico, o *impeachment* de Dilma como um golpe. Mas a adjetivação tem razão de ser, sob a ótica da Política; mesmo porque há fartos indícios de que o Vice-Presidente Michel Temer participou, *desde o início*, das articulações de bastidores para a derrubada da Presidente.[943]

Na manhã do dia 1º set. 2016, o advogado José Eduardo Cardozo, representando a Presidente Dilma, impetrou o Mandado de Segurança 34.371, perante o STF, requerendo que fosse "anulada a decisão do Senado Federal que condenou a Impetrante Dilma Vana Rousseff no bojo do processo de *impeachment*, bem como todos os atos posteriores dele decorrentes".

Em que pese a sofisticação argumentativa e a legitimidade política dos questionamentos levados ao STF, agiu bem o Supremo tanto ao se propor a definir o rito do impedimento, na ADPF 378 (*vide* **Tópico 9.3**), quanto se recursar a infirmar os *critérios políticos* adotados na *valoração substantiva* dos fatos e provas.[944]

Michel Temer, durante entrevista concedida ao *Roda Viva*, declarou que "o *impeachment* pegou moda no Brasil".[945] De fato. E não somente em nível federal. Desde 2016, uma *onda de pedidos de impeachment* tem atingido governadores e prefeitos, não raro a partir de denúncias juridicamente frágeis.[946]

É evidente o *risco democrático* propiciado pela livre supressão parlamentar de mandatos, para a chefia do Executivo, outorgados pelo povo. No âmbito de pequenos municípios, sem imprensa nem instituições firmes, esse risco é maior. O mero descontentamento da maioria

---

[942] *Cf.* RECHIA, Douglas. O impeachment no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Agenda Política*, vol. 8, 2020, p. 323. Disponível em: <https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/502>.

[943] *Cf.* GODOY, Marcelo. 'Em livro, Temer revela contato com militares antes do impeachment de Dilma'. *UOL*, 02 nov. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/11/02/em-livro-temer-revela-contato-com-militares.htm>. *Cf.* 'É óbvio que Temer operou impeachment de Dilma, diz Maia'. *Carta Capital*, 05 out. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/e-obvio-que-temer-operou-impeachment-de-dilma-diz-maia/>.

[944] *Cf.* STF, MS 34371 MC, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ*e* 12 set. 2016 e MS 34371 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ*e* 27 nov. 2019.

[945] *Cf.* 'O impeachment pegou moda no Brasil, diz Temer no Roda Viva'. *TV Cultura*, 27 set. 2021. Disponível em: <https://cultura.uol.com.br/noticias/41690_o-impeachment-pegou-moda-no-brasil-diz-temer-no-roda-viva.html>.

[946] *Cf.* SCHUQUEL, Thayná. 'Onda de pedidos de *impeachment* atinge governadores e prefeitos com bases frágeis'. *Metrópoles*, 26 set. 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/onda-de-pedidos-de-impeachment-atinge-governadores-e-prefeitos-com-bases-frageis>.

dos vereadores não pode levar ao afastamento do Prefeito, mediante *pactos oligárquicos sem base jurídica*, isto é, à míngua de *crime de responsabilidade normativamente tipificado*.[947]

O *impeachment* é um processo jurídico sujeito a julgamento político. Seus pressupostos e ritos são suscetíveis de controle pelo Poder Judiciário, com base nos parâmetros normativos traçados pela Constituição e por Lei Especial. Seu julgamento, contudo, é eminentemente político; sendo norteado por critérios que *escapam ao Direito* e por fatos que *transcendem aos autos*, além das *redes de influência e pressão* próprias da Política. Com o pé ficando na *terra do Direito*, mas a cabeça pairando nos *ares da Política*, assim é a vida constitucional do *impeachment*, essa *quimera incompreendida*.

[947] *Cf.* Resolução do 4º Congresso Nacional do PSOL, a respeito do processo de *impeachment* do Prefeito de Itaocara (RJ). Disponível em: <https://psol50.org.br/4o-congresso-nacional-do-psol-aprova-resolucao-em-apoio-a-prefeitura-de-itaocara-no-estado-do-rio/>

ARTICULAÇÃO CONCLUSIVA

Sem reformas periódicas, as construções humanas enferrujam, desmoronam ou desaparecem. Assim também se dá com o Direito Constitucional. A petrificação de dogmas circunstanciais – *contrários às premissas fundantes do constitucionalismo moderno* – ameaça a supremacia, a utilidade, a legitimidade e a *vida* das Constituições contemporâneas.

A tarefa que me propus, como jovem constitucionalista brasileiro, foi recusar-me a ser '*un servidor de pasado en copa nueva*'; '*un eternizador de dioses del ocaso*'.[948] Nesta Tese, procurei resgatar o *passado* para compreender o *presente* e apontar soluções para o *futuro*. Busquei reorganizar premissas e construir *conceitos teóricos* para resolver *desafios concretos*. Almejei manter, durante todo o trajeto investigativo, os atributos da *ousadia* e da *honestidade intelectual*. Abandonei as *pretensões* da permanência e da universalidade, que secretamente animam todos que pesquisam e escrevem por vocação, e mergulhei nas tensões constitucionais do *aqui* e *agora*: *o Brasil de 2022*.

Paradoxalmente, percebi mais tarde, que nada atravessa as fronteiras e os séculos por ser *vago*, *morno* ou *desenraizado*. O superficial não permanece nem se espraia. O tímido não é notado. O genérico não é universal.[949]

A conclusão medular desta Tese é a de que todos os atos do Estado, com exceção do Poder Constituinte Originário, estão sujeitos ao império normativo da Constituição (*plano da conformação constitucional*) e são suscetíveis de revisão, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal (*plano do controle jurídico-político*).

No **Capítulo 1**, recuperei as origens históricas do *acte de gouvernement*, na França, e da *political question doctrine*, nos Estados Unidos; concluindo que ambas foram forjadas para preservar órgãos judicantes nascentes, ainda desprovidos da *musculatura institucional* que fornece o indispensável *esteio material à independência* do Judiciário, de controlar a conformidade jurídica de atos estatais associados às funções governamentais. Àquela altura, os *juízes curvaram-se à dependência,* pois a *independência judicial lhes era deveras arriscada*.

Como também mostra a tradição constitucional brasileira, que abordei ao final do primeiro Capítulo, o *processo de juridicização* da *política constituída* obedece a uma evolução não linear. Em que pesem os retrocessos pontuais e as disputas permanentes, porém,

---

[948] *Cf.* '*La Maza*', canção de Silvio Rodríguez eternizada na voz de Mercedes Sosa.

[949] *Oxalá*, possa esta Tese, então, contribuir para o debate público, ao redor do globo e ao longo dos anos.

o progresso civilizatório ocidental parece estar atrelado à *constrição progressiva das imunidades jurídicas do Poder*; à consolidação da ideia de que todo o poder político do Estado deve obediência à *normatividade constitucional* e pode ser submetido ao *controle judicial.*

No **Capítulo 2**, confrontei a teoria da imunidade judicial dos atos políticos com quatro princípios estruturantes da ordem constitucional de 1988: (*i*) supremacia normativa da Constituição; (*ii*) republicano; (*iii*) inafastabilidade do controle judicial; e (*iv*) separação dos Poderes. Ainda no **Capítulo 2**, analisei o posicionamento do *judicial review* entre os reinos da *Política* e do *Direito*, discutindo as contingências políticas do Poder Judiciário e propondo princípios éticos ao exercício da jurisdição constitucional, conforme sejam os tempos de normalidade ou de crise democrática.

Se não é possível, em nível prático, isolar os *fatores políticos* do *judicial review*,[950] a ciência jurídica precisa incorporá-los ao seu objeto de análise – com vistas a orientar a magistratura e, particularmente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal no trato de eventos políticos capazes de comprimir ou suprimir as margens de seu convencimento motivado.

Em tempos de anormalidade institucional, anotei que a resistência argumentativa do STF, no estrito cumprimento de seu múnus constitucional, a tentativas explícitas ou dissimuladas de *ruptura democrática*, de fato, propiciam o risco de desobediência judicial ou, em cenários extremos, mesmo de dissolução da Corte e perseguição a seus Ministros.

No entanto, observei que de pouco ou nada adianta a manutenção, formal ou simbólica, do Supremo Tribunal Federal em um regime autocrático e, por outro lado, não há pena mais severa e perene à biografia de um democrata do que a chancela ou a colaboração com as ditaduras. Nessa circunstância extrema e indesejável, concluí que os Ministros devem lembrar que as folhas timbradas do Supremo, mais do que revestidas de autoridade jurídica, são permeadas por considerável *capital político* – que, se não bastar para frear ou reverter o golpe, certamente contribuirá com o esclarecimento e a mobilização da sociedade e da comunidade internacional para o reestabelecimento do regime democrático.

---

[950] No **Tópico 2.2**, assinalei: "A verdade é que o sistema jurídico sofre – *queira-se ou não* – interações frequentes, intensas e potencialmente derrogativas com outros subsistemas sociais; não só pela natureza das dinâmicas sociais (*fato da vida*), mas mesmo em função da incorporação, ao Direito Positivo, de valores políticos ou códigos econômicos, por exemplo".

No **Capítulo 3**, em vez do abandono da categoria dos *atos políticos*, propus a readequação do seu sentido e, a partir de critérios técnico-jurídicos claros, identifiquei as espécies contempladas no catálogo da Constituição Federal de 1988. Os atos políticos encerram prerrogativas, com base normativa constitucional direta e bastante, de (*i*) estruturação interna de um Poder; ou de relacionamento entre (*ii*) Poderes independentes; (*ii*) unidades federativas autônomas; ou (*iii*) Estados soberanos.

Quanto ao sentido, propus que a categoria dos atos políticos demarca as fronteiras de um sistema especial de *conformação constitucional* e de *controle jurídico-político*, cujas bases erigi na **Parte II** do trabalho. No **Capítulo 4**, examinei os requisitos da validade dos atos políticos. No **Tópico 4.1**, defendi que *toda discricionariedade tem limites*; que inexiste '*poder puramente discricionário*' ou '*discricionariedade absoluta*'.

Na acepção técnica do Direito do Estado, a '*discricionariedade*' é o atributo que permite a liberdade de ação, do agente público, no interior de margens jurídicas pré-definidas normativamente; de modo que o controle judicial dos atos discricionários só deve ceder quando lhe faltar *parâmetro normativo*, expresso ou implícito, de base constitucional ou legal, articulado mediante regras ou princípios.

Seja fruto de atribuição normativa expressa, seja externalidade da indeterminação semântica da norma habilitadora, o *poder discricionário* deverá, em todo caso, observar os limites, específicos e gerais, formais e materiais, que decorrem do espraiado sistema de regras e princípios estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Ainda que se queira atribuir ao agente público plena liberdade de escolha em determinada matéria, a Constituição, *norma suprema*, impõem-lhe parâmetros transcendentes, com diferentes graus de determinação semântica, que condicionam e conformam a ação estatal; bem como permitem seu controle pelo Judiciário, especialmente pelo STF.

Parafraseando Eros Grau, assinalei, em nota de rodapé, que os juízos de conveniência e oportunidade, atribuídos a agentes públicos, até podem se dar *à margem da legalidade*, por falta de parâmetros legislativos conformadores, mas jamais podem exorbitar das *margens constitucionais*, também compostas por princípios jurídicos; que, embora genéricos e fluídos, são dotados de eficácia normativa e sentidos mínimos já concretizados pelo Supremo Tribunal.

No **Tópico 4.2**, analisei os limites formais dos atos políticos, dividindo-os em específicos e gerais. Os limites formais específicos, propus, derivam de regras constitucionais, de maior

ou menor grau de determinação semântica, que fixam: (*i*) a competência orgânica; (*ii*) o procedimento para o aperfeiçoamento do ato; e, eventualmente, (*iii*) prazos decadenciais ao seu exercício ou (*iv*) pressupostos objetivos de cabimento.

Os limites formais gerais, por outro lado, derivam do sistema de princípios constitucionais, especialmente dos princípios republicano, democrático, da publicidade e da motivação, que, juntos, confluem e impõe aos atos políticos o *imperativo da processualidade*.

Nos atos estatais intensamente vinculados, constatei, sobra pouco espaço para a vontade do agente público (*já que a norma predetermina seu conteúdo*); de modo que o ônus da motivação pode ser suprido com mera referência normativa. Nos atos sujeitos a elevado grau de discricionariedade material, por outro lado, o ônus formal da processualidade adquire intensidade máxima. Quanto maior é o espaço da discricionariedade (do *poder de escolha*; da *ação voluntária*), maiores são o peso da responsabilidade e o ônus da justificativa.

Como os atos políticos são objeto de normatização de baixa densidade semântica, em sede constitucional, a deliberação dos agentes políticos a seu respeito deve ser feita no interior de um processo (administrativo, legislativo ou judicial), que vise à *configuração lógico-racional* do seu conteúdo e justificativa, à luz do *interesse público* e, sempre que possível, com a *participação colaborativa* da sociedade, da Academia e das demais instituições.

No **Tópico 4.3**, analisei os limites substantivos dos atos políticos, que são tributários de normas constitucionais que conformam, direta ou indiretamente, o seu mérito. São dessas normas que se extraem as *margens materiais de apreciação* da autoridade competente; é a partir delas que se definem os *contornos de validade do conteúdo* exprimível por dado ato político; elas configuram, pois, *o quadro* no interior do qual a *discricionariedade política* pode ser exercida de modo *constitucionalmente legítimo*.

Também dividi os limites substantivos em específicos e gerais. A lógica é a mesma. Os primeiros são dispostos mediante regras constitucionais, contíguas à norma habilitadora ou dispersas pelo texto constitucional, que impõem vedações ou imposições diretas ao *conteúdo* de determinado ato político. Mesmo no âmbito dos limites substantivos específicos, notei, ocorrem variações significativas no nível de *densidade normativa* – ou *ductibilidade semântica* – das regras constitucionais que os estabelecem. Isto é, as diferenças quanto à técnica redacional das regras constitucionais – que podem adotar termos rígidos ou conceitos maleáveis – implicam graus de abertura distintos à autoridade encarregada do ato político e, como propus no **Tópico 5.3**, também distintas intensidades de controle judicial.

Os limites substantivos gerais, por outro lado, derivam do sistema de princípios constitucionais – notadamente os direitos e garantias fundamentais, mas também os princípios fundamentais (art. 1º), os objetivos fundamentais (art. 3º), os princípios das relações internacionais (art. 4º), os princípios da Administração Pública (art. 37), os princípios gerais da ordem econômica (art. 170) e os demais princípios e programas setoriais – que, em alguns casos, encontram-se dispersos pela Constituição e, noutros, acham-se positivados em *capítulos temáticos*, na parte final da Carta.

Nesse ponto, anotei que as normas constitucionais das quais derivam os limites substantivos gerais aos atos políticos expressam *valores e programas transcendentes*, que orientam não só as ações do Estado, como, em menor grau, da própria sociedade. Sob *lentes poético-astronômicas*, comparei os princípios constitucionais ao *Sol*, que irradia sua luz sobre todos os corpos do sistema – os quais, ao seu redor, orbitam; e à *Lua*, que, em razão de sua posição elevada, faz-se refletir em todos os mares e lagos da Terra.

No **Tópico 4.4**, analisei, em separado, as exigências constitucionais da *probidade* e da *finalidade pública*, tendo em conta não só a recorrência das violações, mas também o fato de que os princípios da probidade e da finalidade pública conformam, a um só tempo, o modo de produção e o conteúdo dos atos políticos (*conformação formal-substantiva*).

Anotei, na sequência, que o *desvio de finalidade*, além de mais frequente, é fenômeno particularmente complexo no âmbito dos atos políticos, pois quanto mais normativamente vinculado é o ato, menor é o espaço que resta à vontade do agente público; e, por consequência lógica, menor também será o espaço para que ele se distancie volitivamente da finalidade pretendida pela norma. Os atos políticos – por conferirem a discricionariedade mais ampla admitida pela Constituição – formam o campo *mais fértil* para o *abuso do poder do Estado*; para a *instrumentalização das potestades estatais em proveito do interesse impróprio e mesquinho de seus servos infiéis*.

Em condições normais de temperatura e pressão política, indiquei, a constatação do desvio de finalidade pelos juízes deve se dar a partir da formação de um *conjunto consistente de indícios* que apontem, fundamentalmente, (*i*) o caráter insólito da medida; (*ii*) a relação pessoal do agente público com os destinatários diretos do ato; e (*iii*) a artificialidade da justificativa oficial apresentada, à luz do contexto fático da deliberação política.

Na sequência, examinei casos recentes em que o vício do desvio de finalidade pode ser verificado a partir da *confissão espontânea* do *desiderato político ilegítimo* pela autoridade

competente. Na maior parte dos casos analisados, os atos políticos *finalisticamente desvirtuados* eram *objetivamente irreconciliáveis* com a Constituição; pois, além de violar seus princípios basilares *no plano da motivação material*, não contribuíam positivamente para a concretização de nenhuma utilidade coletiva

Identifiquei, contudo, dois casos mais complexos: de atos políticos que, conquanto fossem objetivamente compatíveis com a Constituição e promotores de interesses públicos, o Presidente também revelou tê-los adotado para prejudicar, deliberadamente, organizações da sociedade que ele enxerga como inimigas: a União Nacional dos Estudantes (MP 895) e a imprensa profissional (MP 892).

Procurei responder, nessa altura, à seguinte indagação: *o que fazer com atos políticos que, embora editados por motivações mesquinhas e impróprias, promovam interesses públicos e valores constitucionais*? A resposta que forneci perpassa pela análise (*i*) da natureza concreta ou abstrata do ato político; (*ii*) do cotejo entre os benefícios coletivos e os prejuízos específicos aos antagonistas do agente político competente e (*iii*) da circunstância de o prejuízo específico incidir sobre atores institucionais ou sociais relevantes ao regular funcionamento do sistema democrático. Concluí que quando o ato político, confessadamente persecutório, inviabilizar o funcionamento – jurídico ou econômico – de instituição democraticamente relevante, a declaração de inconstitucionalidade será mesmo inescapável, especialmente à luz da teoria da democracia militante.

Propus, ainda, ser possível presumir o *desvio de finalidade* nos casos em que os sujeitos peculiarmente beneficiados ou prejudicados por dado ato político nutram relação particular – ou, *a fortiori*, familiar – com a autoridade que o tiver adotado. Haveria, nesse caso, uma presunção relativa dos vícios de finalidade, de probidade e de impessoalidade; cujo afastamento, pelo juízo da causa, dependeria do conjunto de argumentos e provas trazido pela autoridade aos autos; pois sobre esta passaria a recair o ônus de provar a legitimidade constitucional do *ato político com destinatário certo*.

No desfecho do Tópico, tratei dos atos políticos resultantes do recebimento ou da promessa de vantagens indevidas, ou seja, dos *atos políticos forjados mediante corrupção*. Busquei responder à pergunta que tem sido suscitada pelo Min. Heman Benjamin: *o que fazer com Leis compradas*? Em primeiro lugar, estabeleci parâmetros para identificação do *vício de probidade* no processo de formação dos atos políticos: (*i*) robustez das provas; (*ii*) natureza unipessoal ou multipessoal do ato político; (*iii*) extensão da contaminação volitiva; (*iv*) natureza concreta ou abstrata do ato político.

Caracterizei a corrupção como um vício que macula a *formação da vontade* do agente público. Portanto, não necessariamente um ato fruto de corrupção é, em seu conteúdo, contrário à Constituição. Embora a probabilidade seja remota, o ato corrupto pode mesmo promover eficazmente interesses públicos legítimos. Além disso, é possível que decorram décadas entre o aperfeiçoamento do ato e o surgimento das evidências de que ele foi forjado por corrupção.

Além das técnicas já incorporadas pelo Supremo Tribunal Federal, como a modulação de efeitos, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, que se relacionam à diretriz do *máximo aproveitamento dos atos políticos viciados* (*vide* **Tópico 5.2**), desenvolvi duas *soluções inovadoras* e peculiares à decisão judicial quanto aos vícios de corrupção no processo de formação dos atos políticos normativos do Poder Legislativo; sendo ambas inspiradas no instituto da '*ratificação*', pelo qual se confirma ou se reestabelece a validade de um ato anteriormente viciado.

Na hipótese das '*Leis compradas*', quando for impossível determinar a extensão do comprometimento da vontade legislativa pela corrupção ou quando for contrário ao interesse público simplesmente extirpar o ato político-normativo viciado, o Supremo poderá, como forma de tutelar a probidade do Poder Legislativo sem usurpar sua competência primaz, assinalar prazo para que o Congresso Nacional, com o impedimento dos parlamentares comprovadamente envolvidos no esquema, reaprecie e reedite o ato corrompido, sob pena da suspensão de sua eficácia normativa, após o implemento do termo fixado pelo STF.

Em segundo lugar, propus uma forma extraordinária de ratificação de atos normativos corrompidos: a determinação, pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo de ação abstrata de controle, de que o ato viciado seja submetido a *referendo popular*. Considerei que, nos casos em que o próprio Congresso, traindo o mandato, o interesse e a confiança popular, aliena – mediante corrupção pura e simples – o exercício intransferível de seus poderes a grupos corruptores, parece ser possível que, por decisão provocada e fundamentada do STF, a *norma maculada*[951] seja submetida à apreciação direta e definitiva de seu titular último: *o povo*.

Após explorar, no **Capítulo 4**, o plano da *conformação constitucional* dos atos políticos, dediquei o **Capítulo 5** a compreender o *plano do controle jurídico-político*. Na seção

[951] No **Tópico 4.4**, ressalvei que a convocação judicial de referendo, para ratificar normas aprovadas mediante corrupção, deveria ser reservada para matérias de especial relevância e interesse público, como as Propostas de Emenda à Constituição. Além desse fator, deve ser considerada também a capacidade do eleitor médio de compreender a matéria objeto da norma. Sem possibilidade de escolha informada, a convocação da apreciação popular me parece inadequada.

introdutória, examinei a relação lógico-hierárquica estabelecida entre os diversos mecanismos de controle. Propus, nesse ponto, que os atos políticos são controláveis mediante *atos políticos de outros Poderes*; todos se revezando nos papéis de controlado e de controlador.

Para melhor compreender a tipologia e a interrelação entre os atos políticos, na lógica dos *checks and balances* (que por seu intermédio se realiza), classifiquei-os ordinalmente, concluindo que a jurisdição constitucional é o ato político de *último nível*; na medida em que todos os demais – *a despeito de sua classificação ordinal* – podem *sempre lhe servir de objeto*; e *nunca podem derrogá-la formalmente*.

Retomando um apontamento teórico desenvolvido no **Capítulo 2**, anotei que, ao Supremo Tribunal, cabe a *palavra final* sobre a validade constitucional de qualquer ato político e, por outro lado, não há nenhum instrumento jurídico, a cargo de qualquer dos Poderes, para reformar diretamente as decisões, tomadas pelo Supremo, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Esse dado da engenharia da Separação dos Poderes é indispensável para prevenir o *curto-circuito* do sistema de freios e contrapesos; pois, do contrário, as disputas institucionais seriam intermináveis. No entanto, como tratei no **Tópico 2.2**, não se pode olvidar que as decisões do Supremo, além de limitadas pela normatividade constitucional, também o são pelas contingências políticas postas ao tempo da decisão. O Supremo, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, não decide no *vácuo*: há limites jurídicos e políticos a conformar as possibilidades decisórias do Tribunal. Além disso, não quanto às decisões, mas quanto às teses constitucionais nelas fixadas pelo STF, há mecanismos político-jurídicos, formais e informais, para a sua superação legítima (*vide* **Tópico 2.2**). Na longa curva da história, destaquei, toda decisão é sempre provisória.

No **Tópico 5.1**, analisei os mecanismos presidenciais e parlamentares de controle dos atos políticos, examinando suas espécies e buscando extrair delas lógicas político-jurídicas comuns, ao menos entre suas subcategorias.

No **Tópico 5.2**, desenvolvi parâmetros específicos à revisão da conformidade constitucional dos atos políticos pelo Poder Judiciário (*judicial review*), a partir da análise crítica da jurisprudência. Antes, porém, anotei que o Poder Judiciário constitui, como os demais, um *Poder jurídico-político*. Todos os Poderes, com variações de grau, assim o são. O atributo da juridicidade deriva da condição de submissão dos Poderes, todos eles, às Leis e à Constituição. O atributo da politicidade deriva da constatação de que os Poderes, todos eles,

criam *Direito novo* no exercício de suas competências constitucionais; fazem, pois, *escolhas políticas* no interior do *quadro normativo* estabelecido – que não predetermina exaustivamente todas as decisões que lhe cabem tomar.

Sob pena do coroamento do arbítrio e da dissolução do Estado de Direito, não pode haver Poder *exclusivamente político*. Sob pena do irreconciliável desequilíbrio entre os Poderes, não pode haver Poder *exclusivamente jurídico* – já que a vontade soberana e indivisível do Estado se forma a partir da conjugação dialética das vontades independentes de cada um dos Poderes.

O mito do Direito como *técnica pura*, capaz de fornecer, para toda situação concreta, uma única resposta correta, parece já ter sido superado há muito. O mito do Judiciário como poder *exclusivamente técnico-jurídico*, por outro lado, ainda parece corrente e hegemônico.[952] A lenda do Judiciário como *Poder apolítico* é negada pela própria normatividade constitucional, que prevê a participação da magistratura na escolha dos integrantes dos Tribunais; na eleição de seus órgãos diretivos e, mesmo, na requisição de intervenção federal por coação ou descumprimento de decisões judiciárias.

Em maior ou menor grau, numa escala com *infinitos gradientes*, toda decisão judicial é *jurídico-política*. O reconhecimento da natureza *também política* da atividade judicial, especialmente no que toca ao controle de constitucionalidade, não foi proposta para legitimar o decisionismo e o intervencionismo judiciário desmedido. Pretendi o exato oposto; que os juízes, notadamente os do Supremo, adquiram consciência da lógica ambivalente de sua atividade e construam métodos decisórios compatíveis com ela.[953]

Quanto aos parâmetros específicos de revisão judicial dos atos políticos, desenvolvi, no **Tópico 5.2**, os seguintes: (*i*) *deferência reforçada*; (*ii*) *ônus argumentativo reforçado*; (*iii*) *máximo aproveitamento dos atos políticos viciados*; (*iv*) *colegialidade*; e (*v*) *primazia dos mecanismos políticos de controle*. Abordei, ainda, como os princípios da inércia e da

---

[952] Por mais distante da realidade que seja, notei no **Tópico 5.2**, a compreensão do Judiciário como *Poder apolítico* sobrevive graças a objetivos antagônicos. De um lado, a subtração do caráter político do Judiciário – particularmente, do STF – interessa discursivamente ao Legislativo e ao Executivo, que podem alegar a circunstância para repelir decisões judiciais, que contrariem seus interesses (ainda que esses, por sua vez, contrariem a Constituição). Do outro, mobilizam-se os próprios magistrados, na esperança vã de que ao negar o caráter político do seu Poder e de suas decisões, elas sejam imunizadas da crítica política – como se expressassem imposições aritméticas indisputáveis, pelas demais instituição do Estado e da sociedade.

[953] Também no **Tópico 5.2**, escrevi: "Ao se apontar o Judiciário como Poder político-jurídico, pretende-se mesmo enrijecer as amarras e ampliar a responsabilidade institucional dos magistrados; transferindo-lhes o ônus de calcular suas decisões conforme critérios, circunstâncias, técnicas e consequências próprias ao reino do Direito e ao reino da Política".

congruência, que norteiam a atividade jurisdicional do Estado, são aplicáveis ao controle dos atos políticos pelo Poder Judiciário.

Nesse ponto, *a título de parêntesis*, examinei a configuração constitucional e as distorções práticas do Ministério Público e, em particular, da Procuradoria-Geral da República, articulando uma proposta de reforma constitucional que reputei necessária para sanar o *viés de servilidade* da PGR ao Chefe do Poder Executivo; na medida em que, nos últimos tempos como em outrora, ele tem inviabilizado o adequado controle jurídico do Poder. [954]

Ao final do **Tópico 5.2**, analisei, sob o ângulo da repartição das competências judiciárias, o problema da multiplicidade de ações desconstitutivas e o risco de decisões judiciais contraditórias, propondo soluções imediatas e de *constitutione ferenda*.

No **Tópico 5.3**, desenvolvi diferentes intensidades para o *judicial review* dos atos políticos, conforme a espécie normativa violada (regra densa, regra indeterminada ou princípio constitucional). A partir das classificações cunhadas no **Capítulo 4**, propus uma escala com três gradientes: *forte*, *moderado* e *fraco*.

Traduzi a tríade sugerida em distintas posturas judiciárias. O *controle forte*, que tem lugar quando da violação de regras constitucionais de alta densidade semântica, inspira rigor circunspecto na identificação do vício e na fulminação do ato político viciado. O *controle moderado*, aplicável às ofensas a regras constitucionais semanticamente fluídas, inspira escrutínios parcimoniosos e exige fundamentações dilatadas e cuidadosas. Os vícios decorrentes da transgressão de princípios constitucionais se sujeitam ao *controle fraco*, de modo que a suspensão ou a invalidação do ato político deve ser excepcional, apenas para *casos gritantes*, e demanda fundamentações especialmente minuciosas e zelosas.

A invalidação de um ato político com base em princípio constitucional parece mesmo demandar: (*i*) a identificação da base normativa de estatura constitucional; (*ii*) a descrição da incidência do princípio sobre o ato impugnado; (*iii*) a valoração da ofensa, tendo em conta os

[954] Ainda no **Tópico 5.2**, sugeri a apresentação, como Propostas de Emenda à Constituição, dos seguintes conceitos: (*i*) vedação total de reconduções ao cargo de PGR; (*ii*) vedação de que o PGR seja indicado para cargos vitalícios em Tribunais Superiores pelo Presidente que o tiver conduzido à chefia do Ministério Público Federal, bem como pelo seu sucessor imediato; (*iii*) previsão do exercício subsidiário, por órgãos ministeriais revisores ou minorias parlamentares qualificadas, em cenários de comprovada omissão, das competências privativas do PGR, especialmente em relação (*a*) ao Presidente e ao Vice-Presidente da República; (*b*) aos Ministros de Estado; (*c*) a parlamentar federal; (*c*) a Ministros dos Tribunais Superiores e do TCU; e (*d*) ao Procurador-Geral e aos Subprocuradores-Gerais da República.

parâmetros da jurisprudência para casos análogos; e (*iv*) a ponderação entre o princípio constitucional violado e o princípio da independência harmônica entre os Poderes. É preciso, em síntese, que a gravidade da ofensa à Constituição justifique a intervenção do Judiciário sobre os espaços constitucionais de autonomia dos demais Poderes; que deve ser excepcional.

No desfecho do Tópico, propus finalmente uma *modalidade excepcional de controle forte, mas ônus argumentativo ultrarreforçado*, que deve ter lugar diante de atos políticos com potencial de *supressão ou degradação democrática*; em linha com o dever ético de *resistência argumentativa*, que propus no **Tópico 2.2**.

Na **Parte III**, examinei as seguintes espécies de atos políticos: as *nomeações políticas*, a *intervenção federal*, o *indulto* e o *impeachment*. O objetivo foi extrair aplicações concretas das propostas teóricas desenvolvidas nas **Partes I** e **II**, bem como confrontá-las com a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

No **Capítulo 6**, tratei da conformação constitucional e do controle das nomeações políticas. No **Tópico 6.1**, procurei empreender uma radiografia das principais patologias no provimento discricionários de cargos públicos, abrangendo as evoluções, as permanências e as novas distorções do tema.

No **Tópico 6.2**, examinei as exigências substantivas, impostas por regras ou derivadas dos princípios constitucionais, às nomeações políticas. A título de ilustração, analisei os requisitos constitucionais que limitam substantivamente, mediante parâmetros com distintos graus de determinação semântica, a escolha de Ministros do TCU. Nessa altura, *em parêntesis*, analisei e propus reformar a sistemática constitucional de composição dos Tribunais de Contas.[955]

Ainda no **Tópico 6.2**, os princípios constitucionais mais pertinentes à conformação substantiva e ao controle de mérito das nomeações políticas: o da finalidade, o da probidade, o da impessoalidade, o da eficiência e o republicano. Nesse ponto, aprofundei o exame do vício do nepotismo. No **Tópico 4.4**, havia indicado que as nomeações políticas refratárias ao princípio da impessoalidade só são admissíveis, a título excepcional, caso indispensáveis à

[955] Ainda no **Tópico 6.2**, propus que a composição dos Tribunais de Contas seja repartida em terços, renováveis a cada triênio. No âmbito do TCU, que reúne nove integrantes, (i) três seriam indicados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal; (ii) três seriam escolhidos pelo Congresso Nacional, mediante votação unicameral, dentre os indicados em lista sêxtupla elaborada pelo TCU; e (iii) os três restantes seriam escolhidos pelo TCU, dentre os nomes indicados em lista sêxtupla, elaborada pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização.

consecução de interesse público transcendente.[956] Ou seja: caberia ao agente político disposto a nomear pessoa com a qual tenha laços de parentesco demonstrar – objetivamente – que a escolha não se deveu ao intuito presumido de beneficiá-la; mas à ausência de outros profissionais qualificados e interessados em assumir o posto. [957]

Nos autos do processo administrativo referente à nomeação de parente a cargo político, na lógica dessa proposta austera, a autoridade pública responsável pelo ato deveria apontar: (*i*) dados do Conselho Profissional correspondente à formação acadêmica afeta ao cargo, atestando a escassez daquela 'mão de obra especializada' na localidade; (*ii*) a comprovação documental de que foram efetuadas ofertas ou empreendidos esforços para identificar outros profissionais aptos e interessados em assumir o cargo, que não guardassem laços familiares com a autoridade; e, por fim, (*iii*) a prova de que o parente escolhido – a partir da sua formação acadêmica e experiência profissional – acumula a qualificação técnica necessária a bem exercer o cargo político que se lhe pretende confiar.

Em atenção ao *caráter evolutivo* dos princípios constitucionais, que realcei no **Capítulo 2**, optei por também declinar uma proposta mais matizada quanto ao controle judicial de nomeações nepotistas; se a conclusão coletiva for que o nível de conformação republicana da primeira proposta não guarda aderência à realidade institucional brasileira.

Nesta proposta mais branda, a restrição ao nepotismo também seria aplicável a todos os Poderes e cargos; admitindo-se, a título excepcional, a nomeação de parentes para cargos políticos transitórios, sem funções de controle e investigação, no âmbito do Poder da autoridade nomeante e desde que a pessoa nomeada reúna solidez e pertinência curricular para exercê-lo bem e o ato de investidura seja justificado de modo específico, suficiente, razoável e prévio.

No **Tópico 6.3**, tratei dos requisitos formais das nomeações políticas, procurando desfazer a compreensão de que tais cargos se sujeitam a livre provimento e exoneração; argumentando que essa *expressão malsinada*, além sugerir que o preenchimento de cargos políticos ou em comissão pode se dar ao *puro arbítrio* da autoridade competente (*liberdade substantiva*), também acaba redundando numa *disparatada liberdade formal* das seleções e nomeações políticas: como se elas, por serem acentuadamente discricionárias, não

[956] Para ilustrar o ponto, narrei, no **Tópico 4.4**, um exemplo em que uma pequena cidade acabaria sem Secretário de Saúde gabaritado caso o Prefeito preterisse o irmão.

[957] Para ilustrar o ponto, narrei, no **Tópico 4.4**, um exemplo em que uma pequena cidade acabaria sem Secretário de Saúde gabaritado caso o Prefeito preterisse o irmão.

necessitassem de fundamentações públicas, coerentes e ancoradas em finalidades coletivas, construídas no seio de um processo administrativo racionalizador, ainda que condensado ou sumário.

O provimento dos cargos políticos – e, *a fortiori*, dos em comissão – não é formalmente livre; apenas não há previsão legal de forma vinculada para o preenchimento deles, como há em relação às vagas sujeitas a concurso público. Toda nomeação deve atender à principiologia constitucional. O que varia é a forma de implementação de tais valores: em alguns casos, exige-se a observância de procedimento objetivo, geral e vinculado, sujeito à disciplina legislativa; e, noutros, viceja a liberdade de formas no plano legal, devendo-se buscar, em nível administrativo, a melhor forma de implementá-los conforme as circunstâncias de cada caso. Quanto maior é o espaço da discricionariedade no provimento de cargos públicos, reiterei a conclusão geral, *maiores são o peso da responsabilidade e o ônus da justificativa*.

No **Tópico 6.4**, com base nas conclusões alcançadas no **Capítulo 5**, examinei os mecanismos de controle parlamentar e de revisão judicial das nomeações políticas. O controle prévio, exercido em nível federal pelo Senado, é condição para o *aperfeiçoamento* de certas nomeações políticas, de modo que o parlamento, copartícipe do *ato complexo* de provimento, pode *reavaliar desassombradamente* as indicações do Presidente e, até pela natureza do processo legislativo, o *ônus argumentativo* que recai sobre os Senadores é sensivelmente inferior ao dos magistrados; mesmo porque só os primeiros ostentam a *legitimidade do voto*.

A expansão da conformação constitucional e do controle jurídico-político dos atos discricionários de provimento de pessoal – tanto as nomeações políticas como as nomeações para cargos em comissão de natureza administrativa – são providências urgentes e necessárias para a superação dos antigos déficits ético-republicanos do Estado brasileiro; que o condenam à apropriação privada e à ineficiência atávica.

A Separação dos Poderes deve estar a serviço da tutela e da implementação das demais normas da Constituição; não garantia de sua *transgressão impune*. Os atos políticos de nomeação, como qualquer ato do Estado, são passíveis de controle jurídico-político, inclusive pelo STF, em instância única ou final. É preciso apenas que a sua revisão se dê de forma compatível com a natureza peculiar que possuem, na forma das diretrizes e das intensidades propostas no **Capítulo 5** e pormenorizadas no **Tópico 6.4**, à luz da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

No **Capítulo 7**, tratei da conformação constitucional e do controle jurídico-político da intervenção federal, que corresponde ao ato excepcional que restringe, de modo transitório e razoável, a autonomia de uma unidade da Federação para salvaguardar o próprio pacto federativo ou os seus fundamentos ontológicos, os chamados *princípios sensíveis*.

No **Tópico 7.1**, propus que a única forma de compatibilizar a intervenção federal ao federalismo, como doutrina, é entendê-la como um *remédio amargo*, a ser prescrito apenas em razão de patologias severas, na menor dosagem e pelo menor período possível. Na sequência, destaquei que a Constituição descreve, nos incisos do art. 34, os pressupostos objetivos de cabimento da intervenção federal. Impõe, pois, mediante regras constitucionais, com distintos graus de determinação semântica, limites formais específicos à intervenção (*vide* **Tópico 4.2**).

No capítulo da intervenção federal, o constituinte adotou, de modo expresso, porém difuso, uma diretriz substantiva que orienta *à mínima intervenção possível* dos entes mais abrangentes sobre os de menor abrangência.[958] Ainda no **Tópico 7.1**, destaquei a incidência do *imperativo da processualidade* na construção lógico-racional dos atos interventivos.

No **Tópico 7.2**, examinei os ritos constitucionais para o aperfeiçoamento das diferentes modalidades de intervenção federal; sublinhando que, como o instituto resulta na suspensão temporária da autonomia de um Estado (ou seja, da *Separação dos Poderes em nível vertical*), a Constituição exige a concertação entre, ao menos, dois dos Poderes da União para o aperfeiçoamento do ato – isto é, *associação volitiva em nível horizontal*.

No **Tópico 7.3**, foi possível identificar que, além dos mecanismos de *controle preventivo* ou *adjacente*, que condicionam o aperfeiçoamento definitivo do decreto interventivo (*vide* **Tópico 7.2**), a intervenção federal também se sujeita ao controle repressivo, tanto por parte do Congresso Nacional (no que se refere à prerrogativa de suspensão de que trata o art. 49, IV), como por parte do Supremo Tribunal Federal, a partir da provocação por parte legítima. No desfecho do **Tópico 7.3**, examinei a jurisprudência recente do Supremo e os decretos interventivos editados por Michel Temer em 2018, à luz dos parâmetros e das intensidades de controle judicial desenvolvidos nos **Tópicos 5.2** e **5.3**.

---

[958] No **Tópico 7.1**, justifiquei a afirmação com base nos seguintes elementos normativos: "A uma, fala-se em intervenção como exceção (art. 34, *caput*). A duas, obriga-se a especificação da amplitude e do prazo da medida (art. 36, §1º). A três, prevê-se que "o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade" (art. 36, §3º). A quatro, estabelece-se que "cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão" (art. 36, §4º).

No **Tópico 7.4**, analisei o princípio da *solidariedade interfederativa*, extraindo da análise sistemática da Constituição um dever de ação interfederal do Presidente da República, mediante intervenção ou cooperação, quando crises havidas no âmbito dos entes subnacionais, comprometam a integridade jurídica, política ou territorial da Federação.

No **Capítulo 8**, tratei da conformação constitucional e do controle judicial do indulto. No **Tópico 8.1**, analisei os antecedentes e a evolução institucional do indulto no Direito brasileiro, destacando que, desde a promulgação da Constituição de 1946, o perdão presidencial de penas vinha sendo praticado apenas na modalidade coletiva, a partir de critérios genéricos e abstratos, com vistas à racionalização impessoal da população carcerária.

No **Tópico 8.2**, com base nas conclusões e na gramática desenvolvida no **Capítulo 4**, analisei as limitações jurídicas ao poder de indultar; propondo que a Constituição lhe impôs: (*i*) limites específicos, articulados mediante regras constitucionais; (*ii*) limites gerais, derivados do sistema de princípios constitucionais; e (*iii*) uma autorização expressa à criação de restrições objetivas adicionais, à prerrogativa presidencial, pelo Congresso Nacional, mediante a qualificação legislativa dos tipos penais como crimes hediondos (art. 5º, XLIII, parte final).

No **Tópico 8.3**, destaquei que o indulto, diferentemente da maior parte dos atos políticos primários incumbidos ao Presidente, não se sujeita a mecanismos de controle preventivo ou repressivo a cargo do Poder Legislativo. O único caminho para a aferição da conformidade constitucional dos indultos é, pois, o do *judicial review*; que se bifurca em duas modalidades: (*i*) a incidental, difusamente exercida pelos juízos das varas de execução penal, quando da aplicação concreta do benefício (*efeitos inter partes*), e (*ii*) a *abstrata*, concentradamente exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta (*efeitos erga omnes* e *eficácia vinculante*). Após adaptar as diretrizes propostas nos **Tópicos 5.2** e **5.3** ao controle judicial dos indultos, concluí o Capítulo examinando a validade constitucional do Decreto de 21 de abril de 2022, pelo qual o Presidente da República concedeu indulto individual ao Deputado Daniel Silveira. Nesse ponto, a partir de elementos normativos, históricos e materiais, questiono mesmo se a figura da graça de fato existe na ordem constitucional inaugurada em 1988.

No **Capítulo 9**, tratei da conformação constitucional e do controle judicial do *impeachment presidencial*. No **Tópico 9.1**, analisei as distorções do instituto no presidencialismo brasileiro. A despeito do regramento constitucional, que o prevê como sanção a crimes de responsabilidade, observei que o *impeachment* tem sido convertido, em

diversos países latino-americanos, em antídoto genérico para oclusões institucionais; de modo a aproximar, impropriamente, o *impedimento presidencial* das *moções de desconfiança parlamentaristas*.

No **Tópico 9.2**, concluí que o *impeachment*, na configuração constitucional brasileira, assume *natureza jurídico-política*, na medida em que ele (*i*) só pode ser deflagrado com base na identificação, alicerçada em evidências mínimas, de conduta presidencial tipificada como crime de responsabilidade e (*ii*) é processado "mediante as investigações e provas admitidas em direito", seguindo o rito diferido que a Constituição lhe prescreve; (*iii*) mas se sujeita a julgamento eminentemente político, que, transcendendo às provas e aos debates jurídicos dos autos, é legitimamente influenciado pelas articulações partidárias e pela mobilização social.

No **Tópico 9.3**, analisei o rito constitucional do *impeachment presidencial*, procurando não só esclarecer o *fluxograma*, o *papel* de cada órgão e a *natureza* de cada etapa do processo de impedimento, bem como corrigir as patologias identificadas; a exemplo do juízo prévio, quanto ao recebimento das denúncias, que é regimentalmente incumbido ao Presidente da Câmara dos Deputados. Nesse ponto, entendi que a competência constitucional de autorizar o processamento dos pedidos de *impeachment presidencial* é da Câmara, *como um todo*, e não de seu Presidente, *isoladamente*; propondo soluções *interna corporis* e judiciais para resolver as omissões do Presidente da Câmara que subtraiam do plenário o direito à *palavra final* quanto à autorização ou não do processamento do Presidente da República.

No **Tópico 9.4**, adaptando as diretrizes desenvolvidas no **Capítulo 5**, propus que o *princípio da colegialidade* não admite exceções quanto ao controle judicial de *impeachment*, ressalvados apenas os *despachos ordinatórios* e as *decisões terminativas*, e que, independentemente do vício, o grau de intensidade do *judicial review* deve ser *fraco*; justificando-se apenas em *casos gritantes*, com *ônus argumentativo sempre reforçado*.

Entendi insuscetíveis de controle judicial de mérito os seguintes temas: (*i*) o juízo político da Câmara quanto ao seguimento da denúncia, autorização ou denegação; (*ii*) o juízo político final do Senado quanto à gravidade dos fatos apurados e do contexto governamental, base política da absolvição ou da condenação do Chefe do Executivo; e (*iii*) a motivação individual dos votos de cada parlamentar. Por outro lado, ressaltei serem suscetíveis de controle pelo STF os seguintes vícios: (*i*) violações procedimentais que comprometam a ampla defesa presidencial; (*ii*) atipicidade formal da conduta imputada ao Presidente da República; e (*iii*) fraudes probatórias perpetradas pelo Congresso.

A conclusão do Capítulo foi a seguinte: o *impeachment* é um processo jurídico sujeito a julgamento político. Seus pressupostos e ritos são suscetíveis de controle pelo Poder Judiciário, com base nos parâmetros normativos traçados pela Constituição e por Lei Especial. Seu julgamento, contudo, é eminentemente político; sendo norteado por critérios que *escapam ao Direito* e por fatos que *transcendem aos autos*, além das *redes de influência e pressão* próprias da Política. Com o pé ficando na *terra do Direito*, mas a cabeça pairando nos *ares da Política*, assim é a vida constitucional do *impeachment*, essa *quimera incompreendida*.

Para encerrar, sintetizo três ideias que perpassaram toda a Tese:

1. Nenhum Poder Constituído é exclusivamente político. Nenhum ato do Estado pode se fiar nem restar à mercê do puro arbítrio da autoridade competente. Nenhum ato do Estado está à margem da Constituição (*plano da conformidade*) nem é insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário (*plano do controle*).
2. A única limitação objetiva ao alcance da jurisdição constitucional prende-se ao produto normativo do Poder Constituinte Originário. Em todas as demais hipóteses, o *judicial review* limita-se apenas pela existência e pela extensão de *parâmetro normativo* incidente ao caso. Sempre que houver *parâmetro normativo*, pode haver *controle judicial*.
3. Os atos políticos, contudo, se sujeitam a um sistema especial de conformação jurídica e controle judicial, que deve tutelar a supremacia normativa da Constituição, sem subtrair a independência nem inviabilizar a harmonia entre os Poderes.

Esses foram os principais resultados que *colhi* da investigação doutoral que empreendi. Finda a pesquisa, torço para que as ideias, que delas são frutos, *ressoem*, *floresçam* e *transformem*, dialética e coletivamente, o *Direito* e as *instituições constitucionais* brasileiras.

REFERÊNCIAS

LIVROS, ARTIGOS E PESQUISAS CIENTÍFICAS:

ABBOUD, Georges. *Ativismo Judicial*: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão*: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ACCIOLY, João Pedro. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos. *Revista dos Tribunais*, vol. 975, p. 101-132, 2017.

ACCIOLY, João Pedro. Apontamentos sobre o Sistema de Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos Municipais. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 17, p. 40-62, 2017.

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ACCIOLY, João Pedro. Indulto: Limites Constitucionais e Sindicabilidade Judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 174, p. 19-40, 2020.

ACCIOLY, João Pedro. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: Do Primado da Lei à Questão Prioritária de Constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 96, p. 231-246, 2016.

ACCIOLY, João Pedro. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: Do Primado da Lei à Questão Prioritária de Constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 96, pp. 231-246, 2016.

ACCIOLY, João Pedro; BAPTISTA, Patrícia. A Administração Pública na Constituição de 1988. 30 anos depois: disputas, derrotas e conquistas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, p. 45-74, 2018.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista De Direito Administrativo*, vol. 265, pp. 13–23, 2014. Os pontos, apresentados na sequência, constituem síntese das críticas de Ackerman à concepção oitocentista da Separação dos Poderes.

ALEXY, Robert. *Derecho e razón prática*. México: Fontamara, 1993.

ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. *Lua Nova*, v. 97, pp. 213-250, 2016.

ALVES, Ângela Limongi Alvarenga. *Limites e Potencialidades da Soberania Estatal na Pós-Modernidade*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2017.

ALVES, Reinaldo Rossano. *Punir e perdoar*: análise da política pública na edição dos decretos de indulto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. Lições Policopiadas. Vol. 4. Lisboa: 1988.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

ANDRADE, Mário Celso Neves de. Análise da Demanda. In: MARTINS, Ernane Rosa. *Engenharia de produção*: planejamento e controle da produção em foco. Guarujá: Editora Científica, p. 23-38, 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, pp. 51-64, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*. São Paulo: Forense, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio de uma visão autopoiética do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 59, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes de direito: lex mercatoria, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 36, 2008.

ARAÚJO, Florivaldo. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 434-640

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro. Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, vol. 37, p. 13–32, 2018.

ARGULHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das 'capacidades institucionais' entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 38, p. 6, 2014.

ARNT RAMOS, André Luiz. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Interprivadas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 210, pp. 298-312, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AVRITZER, Leonardo *et al. Governo Bolsonaro*: retrocesso democrático e degradação política. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BADULAK, Jenelle *et. al*. Extracorporeal Membrane Oxygenation for COVID-19: Guidelines from the Extracorporeal Life Support Organization. *ASAIO Journal*, vol. 67, pp. 485-495, 2021.

BAGNO, Marcos. *Linguística da norma*. São Paulo: Parábola, 2002.

BAGNO, Marcos. *Nada na língua é por acaso*: por uma pedagogia da variação linguística. São Paulo: Parábola, 2007.

BALESTERO, Gabriela Soares. A Autopoiese Da Política e do Direito em Luhmann e o Papel Do Julgador. *UNOPAR Científica*, v. 11, pp. 47-56, 2010.

BALKIN, Jack. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. *Maryland Law Review*, vol. 77, pp. 147-160, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do

Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados. *Themis*, vol. 2, 1999.

BARAK, Aharon. Constitucional human rights and private law. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne. *Human rights in private law*. Oxford: Hart, pp. 13-42, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, vol. 83, p. 207-215, 1996.

BARBOSA, Rui. A Lição dos Dois Acórdãos. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XXV, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, p. 288.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XLI. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1931.

BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sítio*: suas condições, seus limites, seus efeitos. Rio de Janeiro: Typographia da Gazeta de Notícia, 1892

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa*. Devido Procedimento na Elaboração Normativa. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Interesse Público*, v. 5, n. 19, pp. 51-80, 2003.

BARKOW, Rachel. *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy. COLUM. L. REV.*, vol. 237, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 5, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *(Syn)Thesis*, v. 5, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. 'Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento' (Parecer). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 181, p. 387-397, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 203, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 232, 2003.

BARROSO, Luna Van Brussel. *Liberdade de Expressão e Democracia na Era Digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BASTOS, Pedro Paulo. Ascensão e Crise do Governo Dilma Rousseff e o Golpe de 2016. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 21, p. 1-63, 2017.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BESSETE, Murray. On the genesis and nature of judicial power. *Eidos*, vol. 15, pp. 206-232, 2011.

BETIM, Felipe. 'Lava Jato sai de cena sob um Brasil em silêncio'. *El País*, 04 fev. 2021.

BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, p. 74-80, 1961.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 195, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris: Fayard, 1986.

BRANCHER, Naiara. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo papel do Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia (coordenadora). *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BROSSARD, Paulo. *O Impeachment*: aspectos da responsabilidade política do presidente da república. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965.

BROWN, Rebecca. *When Political Questions Affect Individual Rights: The Other Nixon v. United States. SUP. CT. REV*. 125, 1994.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Publico Brazileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Villeneuve, 1857, p. 206. A redação original do trecho transcrito foi atualizada pelo autor, de acordo com as regras ortográficas vigentes.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CABRAL, Gustavo César Machado. Federalismo, autoridade e desenvolvimento no Estado Novo. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 189, pp. 133-146, 2011.

CAMARA, Heloisa Fernandes. *STF na Ditadura Militar Brasileira*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2017.

CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio de subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Org.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

CAMPOS, Anna Maria. 'Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?'. Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas, vol. 24, pp. 30-50, 1990.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial da Suprema Corte Norte-Americana. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, vol. 60, pp. 59-117, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARLONI, Karla. *Forças Armadas e Democracia no Brasil*: o 11 de novembro de 1955. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

CARONE, Edgard. *A República Velha*. São Paulo: Difusão Europeia, 1971.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1990.

CARVALHO FILHO, José Santos. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 57, n. 225, p. 151-163, 2020.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas*: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, pp. 199-224, 2019.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El Princípio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Buenos Aires: IBDeF, 2016

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 2012.

CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo*: o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009.

CHALVIDAN, Pierre-Henri. Doctrine et acte de gouvernement. *L'Actualitè Juridique: Droit Administratif*. 1982, p. 5.

CHAPUS, René. *Droit du Contentieux Administratif*. 2ª ed. Paris: Montchrestien, 1990.

CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*: Disputing Systems in Cross-Cultural Context. New York University Press, 2007.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de; KOZICKI, Katya. Impeachment: a Arma Nuclear Constitucional. *Lua Nova*. Revista de Cultura e Política, vol. 108, p. 157-176, 2019.

CHUEIRI, Vera Karam de. CAMARA, Heloísa Fernandes. 'Decadencia Democratica, Poder Judicial y Juego Duro Constitucional'. In: *Soberanía, Constitución y Democracia. Tensiones y contradicciones en el siglo XXI*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 42-67.

CHUEIRI, Vera Karam de. CAMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, p. 259-288, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CNJ. 'Calculando Custos Prisionais: panorama nacional e avanços necessários'. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, 2021.

CORWIN, Edward. *The Twilight of Supreme Court*. New Haven: Yale University Press, 1934.

CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 79, pp. 23-37, 1965.

CROWE, Justin. *Building the Judiciary*: Law, Courts, and the Politcs of Institutional Development. Princeton: Princeton University Press, 2012.

CYRINO, André. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*: a espécie regulamentar criada pela EC n 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DA SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DALLARI, Adilson de Abreu. Desvio de Poder na Anulação do Ato Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, vol. 07, 2006.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática. Uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. *Revista de Estudos Criminais*, v. 57, pp. 205-243, 2015.

Demografia Médica no Brasil - 2020. Coordenação científica: Mário Scheffer. São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Federal de Medicina, 2020.

DIDIER, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, v. 108, 2002.

DISCONZI, Nina; PINOS, Ondina. A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 198, 2013, p. 149-166.

DOBKIN, Donald. *Challenging the Doctrine of Consular NonReviewability in Immigration Cases*. *SelectedWorks*. 2009.

DUEZ, Paul. *Les Actes de Gouvernment*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935.

DUKER, William. The president's power to pardon: a constitutional history. *William & Mary Law Review*, v. 475, 1977.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 378 e seguintes.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*: Vol. 35, pp. 14-46, 1967.

EMPOLI, Giuliano. *Les ingénieurs du chaos*. Paris: JC Lattès, 2019.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ª ed. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

FACHIN, Zulmar; PAGLIARINI, Alexandre. Movimentos Sociais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, vol. 6, num. 12, pp. 150-160, 2018.

FALCÃO, Joaquim. O Supremo, a Incerteza Judicial e a Insegurança Jurídica. *Journal of Democracy*, Ano 5, Vol. 2, 2016, p. 91.

FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. *Law and public choice*. A critical introduction. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

FARCY, Jean-Claude. *Histoire de la justice en France de 1789 à nos jours*. Paris: La Découverte, 2015.

FARIA, César. O Supremo privilégio de errar por último. *Revista Direito do Estado*, vol. 85, 2016.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito administrativo pelo Judiciário*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 142, pp. 279-296, 1999.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal*: limites, finalidades e propostas. São Paulo: LiberArs, 2017.

FERREIRA, Olavo; ROCHA, Maiara. Poder Constituinte Originário e seus Limites Jurídicos. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*. Vol. 3, pp. 78-93, 2017.

FIELD, Oliver. Doctrine of Political Questions in the Federal Courts. *Minnesota Law Review*, pp. 486-513, 1924.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Do princípio da igualdade de acesso aos cargos e empregos públicos. *Revista da AGU*, vol. 12, pp. 43-62, 2007.

FINN, John. *Civil Liberties and the Bill of Rights*. Middletown: Wesleyan University, 2006.

FIORINI, Bartolome. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1995.

FONTAINHA, Fernando *et al*. O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, p. 671-702, 2015.

FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição constitucional e participação popular*: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FREITAS, R; MEDEIROS, D; MOURA, S. Procurando o Centrão: direita e esquerda na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). In: Maria Alice Rezende de Carvalho; Cícero Araújo; Júlio Assis Simões. (Org.). *A constituição de 1988*: passado e futuro. São Paulo: Anpocsg, p. 101-135, 2009.

FUCK, Luciano Felício. *Memória Jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria*. Brasília: STF, 2012.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Emerson. Provimento de cargos efetivos sem concurso público: reflexões sobre declaração de nulidade, prazo e segurança jurídica. *Revista do Ministério Público*, v. 73, p. 79-92, 2019.

GARDBAUM, Stephen. Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn from Sale?). *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, pp. 613-639, 2014.

GARGARELLA, Roberto. *Castigar al Prójimo*: por una refundación democrática del derecho penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

GARGARELLA, Roberto. 'El derecho y el castigo'. In: *Constitucionalismo, garantismo y democracia*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2016, p. 411-428.

GARGARELLA, Roberto. Interpretação e Diálogo Democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 60, pp. 41-65, 2015.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*: dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz, 2014.

GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). *Revista de História*, vol. 147, pp. 159-188, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. *Revista Direito GV*, vol. 15, pp. 1-21, 2019.

GERAIGE NETO, Zaiden *et. al*. A Objetivação do Controle Difuso e os Fundamentos da Inaplicabilidade da Mutação do Art. 52, x da Constituição Federal. In: *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*. Ribeirão Preto: UNAERP, 2020.

GIRARD, Didier. Les 'actes de Gouvernement' demeurent insusceptibles de tout recours juridictionnel en France. *Revue générale du droit*, 2015, número 22851.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GOMES, Juliana Cesário Alvim; ROLDAN, Andrés Del Río. 'Direitos Humanos e Relações Cívico-Militares: o caso da expansão da competência da Justiça Militar no Brasil'. *Revista Mural Internacional*, vol. 11, pp. 1-15, 2020, e48807.

GOMES, Laurentino. *1889*: Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da República no Brasil. São Paulo: Globo, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A crise da soberania na pós-modernidade. *Estado de Direito*, vol. 27, 2010.

GOMES, Marcelo; QUEIROZ, Mariana. 'Em novo depoimento, Cabral confirma pagamento de propina ao ex-chefe do MP do RJ e relata que negociou cargos para se livrar de punições'. *G1*, 02 mai. 2019.

GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional democracy in crisis*? Oxford: Oxford University Press, 2018.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 03.

GRIMM, Dieter. Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics. *Revista da EMERJ*, vol. 21, 2019.

GROVE, Tara Leigh. *The Lost History of the Political Question Doctrine. New York University Law Review*, 90, 2015.

GUGLIELMI, Gilles. *Les Trés Grandes Décisions du Droit Administratif*. Paris: Universidade Panthéon-Assas, 2010.

GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. '*Why Deliberative Democracy?*'. Oxford University Press, 2004.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Trad. Bruno Maciel. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Vol. 1, pp. 17-78, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. *Federalist No. 51*. New York Packet, 1788.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 6ª ed. Paris: Larose, 1907.

HENKIN, Louis. *Is There a "Political Question" Doctrine? The Yale Law Journal*. Vol. 85, No. 5, 1976.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Direito luso-brasileiro no antigo regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. La Fuerza Normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Toronto: University of Toronto Law School, 2011.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Cidade do México: FCE, 2000.

JEZÉ, Gaston. Théorie des pouvoirs de guerre et théorie des actes de gouvernment. *Révue du Droit Public*, 1924.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Controle judicial de uma administração pública complexa*: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORGE, Álvaro Palma de. *Supremo Interesse*: a evolução do processo de escolha dos ministros do STF. Rio de Janeiro: Synergia, 2020.

JUSTO, Adriana Maiarotti. *O processo de intervenção federal no Município do Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado. Fundação Oswaldo Cruz: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2008.

LABOV, William. *Principles of Linguistic Change*: Social Factors. Massaschusetts: Blackwell Publishers, 1994.

LACOMBE, Américo. *Rui Barbosa e a Primeira Constituição da República*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949.

LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tome I. Paris: Berger-Levrault, 1887.

LANÇA, Daniel. 'Retrocessos evidentes no combate à corrupção'. *Veja*, 17 jun. 2021.

LANDON, Pierre. *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*. Paris: Sirey, 1942.

LARA, Gustavo Dalpupo de. Experimentalismo institucional como antítese ao conservadorismo da crítica jurídica. *Revista de Ciências do Estado*, vol. 6, pp. 1–21, 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown, 2018.

LEWANDOVSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1989.

LIMA, Eduardo; PIEVE, Flávia da. Poderes e Limites das Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, vol. 2, p. 187-205, 2016.

LIMA, João Alberto *et. al*. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federa, 2013.

LIMONGI, Dante Braz *et al*. Breve estudo sobre a estrutura constitucional alemã, o federalismo no país e sua última reforma. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 1, p. 52-81, 2011.

LINZ, Juan; VALENZUELA, Arturo. *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1994.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. A simetria que não é princípio: análise e crítica do princípio da simetria de acordo com o sentido de federalismo no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, v. 11, p. 392-411, 2019.

LOBO, Jorge. Princípios de Governança Corporativa. *Revista da EMERJ*, vol. 37, pp. 198-220, 2007.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. Nova York: The Macmillan Company, 1942.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constittución*. Trad. Alfredo Anabidarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Teoria dos Sistemas*: esboço de uma teoria geral. São Paulo: Editora Vozes, 2016.

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. *O Populismo Reacionário*: ascensão e legado do bolsonarismo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

LYNCH, Christian; MENDONÇA, José Vicente. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, 2017.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, Livro III.

MAINWARING, Scott; PÉREZ LINÁN, Aníbal. Democracias y dictaduras en América Latina. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2020.

MANGABEIRA, João. *Rui: o estadista da República*. Brasília: Senado Federal, 1999.

MARENCO, André. 'Burocracias profissionais ampliam capacidade estatal para implementar políticas? Governos, burocratas e legislação em municípios brasileiros'. *Dados - Revista De Ciências Sociais*, vol. 60, pp. 1025-1058, 2017.

MARTINEZ, José Henrique Sobremonte. *Indultos y amnistia*. Valencia: Universidad de Valencia, 1980.

MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MATTA, Marco. Contratação temporária de pessoal na Administração Pública. *Revista do TCU*, v. 106, p. 78-87, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno.* Torino: Utet, 1976.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. Ministério Público e Domínio Racial: poucas ilhas negras em um arquipélago não-negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 10, pp. 266-294, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Horácio Heredia. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 49-62.

MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista De Direito Administrativo*, vol. 191, 1993.

MEDAUR, Odete. *A processualidade do direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 247, pp. 231-245, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELO, Teresa. Modulação Temporal de Efeitos: técnica pragmatista de decisão e parâmetros para sua aplicação. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 29, 2021, p. 185-188.

MELO, Teresa. *Novas técnicas de decisão do STF*: entre inovação e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MENDES, Conrado Hübner. Neither dialogue nor last word. *Legisprudence* (Oxford), vol. 5, pp. 1-40, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 709-741, 2006.

MERTEN, Detlef. *Rechtstaatlichkeit und Gnade*. Berlim: Duncker & Humblot, 1978.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. *Revista De Direito Administrativo*, vol. 189, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Renato José de. 'Que tipo de saber é o direito?'. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 62, pp. 83-111, 2017.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

MOTTA FILHO, Cândido. Rui Barbosa e o Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito* (USP), vol. 62, 1966.

MUCINHATO, Rafael. Quem são os deputados brasileiros? Um balanço do perfil biográfico de 1986 a 2012. In: MOISÉS, José Álvaro (Org.). *O Congresso Nacional, os Partidos*

Políticos e o Sistema de Integridade. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, pp. 61-88, 2014.

MULHERN, Peter. *In Defense of the Political Question Doctrine, U. PA. L. REV.*, 97, 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35-36.

MURPHY, Walter. Constitutions, Constitutionalism and Democracy. In: *Constitucionalism and Democracy*. Coord. Douglas Greenberg (*et. al.*). Oxford: Oxford University Press, pp. 3-25, 1993.

NABUCO, Joaquim. *Minha Formação*. Brasília: Senado Federal, 1998.

NEIVA, Pedro; IZUMI, Maurício. Os Doutores da Federação: Formação acadêmica dos senadores brasileiros e variáveis associadas. Revista de Sociologia e Política, v. 20, p. 171-192, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, 2003.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos Cebrap*, vol. 51, pp. 37-61, 1998.

OLENSCKI, Antonio Roberto. Inflexões no federalismo brasileiro no período de 1964 a 1988. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas (SP), 2003.

OLIVEIRA, Bruno de. *A participação popular no processo legislativo*: o exercício da cidadania ativa e o discurso democrático no Brasil. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

OLIVEIRA, Ricardo Costa de. *Família importa e explica*: instituições políticas e parentesco no Brasil. São Paulo: LiberArs, 2018.

PAIVA, Claudio Cesar de *et. al*. O federalismo cooperativo em obstrução: Fissuras intergovernamentais da pandemia. *Cadernos de Gestão Pública*, vol. 27, pp. 1-18, 2022.

PALOP, Andrés. ‘Muerte Y Resurreicción del Acto de Gobierno’. *Revista de Administración Pública*, n.º 157, 2002.

PARK, Ron. Is the Political Question Doctrine Jurisdictional or Prudential? *UC IRVINE LAW REVIEW*. Vol. 6, pp. 255-280, 2016.

PEIXOTO, Rodrigo Luz. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ESTADO DE SÍTIO NA REPÚBLICA VELHA: A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Estado de Sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1893-1930). *REVISTA QUAESTIO IURIS*, v. 10, p. 1090-1124, 2017.

PEREIRA, Ana Carolina Migueis Pereira. Regime Jurídico dos Servidores Públicos no Brasil: evolução, bypasses e transformações. In: Carlos Ari Sundfeld; Conrado Tristão. (Orgs.). *Vínculos Públicos e Formas de Seleção*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, p. 04-37, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Efeitos e estabilidade das decisões terminativas. *Revista de Processo*, vol. 302, pp. 41-67, 2020.

PEREIRA, Wagner Pinheiro. Cinema e Propaganda Política no Fascismo, Nazismo, Salazarismo e Franquismo. *História: Questões & Debates*, vol. 38, pp. 101-131, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Discricionariedade Administrativa. In: *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese de Titularidade. Universidade de São Paulo: 2018.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. Cambridge University Press, 2007.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

'Political Questions, Public Rights, and Sovereign Immunity'. *Harvard Law Review*, vol. 130, no. 2, 2016.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

POPPER, Karl. *The Open Society and its Enemies*. Vol. I. Londres: Routledge, 1945.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. 'Teoria dos Actos de Governo'. *Estudos de Direito Público*, Vol. I. Coimbra: 1989, p. 531.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente. A Pertinência Temática como Requisito da Legitimidade Ativa para o Processo Objetivo de Controle Abstrato de Normas. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, vol. 15, pp. 58-74, 2003.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

RADOMYSLER, Clio Nudel. 'Somos racistas? Enfrentando o racismo institucional no Ministério Público de São Paulo'. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 6, pp. 81-110, 2019.

RAMIRES, Celso; ROCHA NETO, Odir. A Reforma dos Tribunais de Contas: uma revisão a partir das propostas de emendas constitucionais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 10, p. 1184, 2015.

RECHIA, Douglas. O impeachment no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Agenda Política*, vol. 8, p. 313-343, 2020.

RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas*: o STF e a Ditadura Militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REDISH, Martin. 'Judicial Review and the Political Question'. *Nw. U. L. Rev*. Vol. 1039, 1985.

RÊGO, Vicente Pereira do. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo Francez segundo o methodo de P. Pradier-Foderé*. Recife: T. Universal, 1857.

REIS, Rossana Rocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante dos processos de ruptura democrática. *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, pp. 1602-1677, 2017.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 32ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESENDE, Ranieri L. Impeachment: A Mechanism Between Political Accountability and Legal Responsibility? Common Law Sources and the Brazilian Originalist Model. *Global Journal of Comparative Law*, v. 11, p. 222-253, 2022.

REVELLI, Marco. *The new populism*: democracy stares into the abyss. Trad. David Broder. Londres: Verso, 2019.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 144, pp. 91-100, 1999.

RIBEIRO, Darcy. Manifesto da Frente Republicana Presidencialista. In: *Formas e Sistemas de Governo*. Petrópolis: Vozes, 1993.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIBEIRO, Pedro José Almeida. *A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1983.

RODRIGUES, Lêda Boechat Rodrigues. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável. *Interesse Público*, vol. 45, p. 39-56, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*: sustentação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of. Constitutional Democracy. *Southern California Review*, Vol. 74, 2001, pp. 1307-1352.

ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Universidade de São Paulo: Tese de Doutorado em Direito do Estado, 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia*. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

SAN MARTIN, Jerónimo García. *El control jurisdiccional del indulto particular*. Tese de Doutorado. Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2006.

SÁNCHEZ, Juan Carlos. *Introducción al Derecho Parlamentario*. Instituto de Investigaciones Jurídicas: Senado de la República (México), 2013.

SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. *Revista da EMERJ*, v. 20, p. 296-318, 2018.

SATO, Leonardo Seiichi Sasada. *Um poder da moderação?* Política e Justiça no Supremo Tribunal Federal da Primeira República. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: 2018.

SCALIA, Antonin. *Originalism*: The lesser evil. University of Cincinnati Law Review, Vol. 57, pp. 849-866, 1989.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Amicus curiae a audiências públicas na jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 24, pp. 1021-1051, 2013.

SCHIER, Adriana; MELO, Juliane. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 69, p. 127-147, 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de Coalizão: Democracia e Governabilidade no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20, pp. 253-299, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. 'Presidencialismo'. In: Maurício Zockun et. al. (Orgs.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. 'Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo', in J. BARNES (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, pp. 27-140.

SCHREIBER, Simone. O parlamentarismo racionalizado e a moção de censura. *Revista de Ciência Política*, vol. 32, pp. 59-67, 1989.

SCHWARCZ, Lilia; STARLING, Heloisa. *Brasil*: uma biografia. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, pp. 01-16, 1951.

SERMET, Ernest. *Droit de grace*. Toulouse: Imprimerie Saint Cyprien, 1901.

SIECKMANN, Jean-R (org.). *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 2011.

SIEYÈS, Emmanuel. *O que é o Terceiro Estado?*. Paris: 1789.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Questões Políticas*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC, 2005.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 273-301, 2011.

SIMÕES, André Geraldo de Moraes. População, Federalismo e Criação de Municípios no Brasil: uma análise dos casos de Minas Gerais e Rio Grande do Sul. In: *Anais do XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, 2004, p. 1-19.

SINGER, Michael. The Act of State Doctrine of the United Kingdom. *American Journal of International Law*, vol. 75, pp. 283-323, 1981.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SIROTTI, Raquel. Direito Penal e Política na Primeira República. *Varia História*, Belo Horizonte, vol. 37, n. 74, pp. 429-462, 2021.

SOARES, Humberto Ribeiro. 'Pode o Executivo deixar de cumprir uma Lei que ele próprio considere inconstitucional?'. *Revista de Direito da Procuradoria Geral* (PGE/RJ), vol. 50, pp. 519-551, 1997.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 67-94.

SOUZA, André Ricardo de. A medicina do além entre o espiritualismo e o espiritismo kardecista. In: *Caderno de Resumos da 29ª Reunião Brasileira de Antropologia*. Natal, 2014.

STEARNS, Maxwell; ZYWICKI, Todd. *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul: Thompson Reuters, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A revolução copernicana do direito e a preservação de sua autonomia diante do panprincipiologismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. VI, p. 253-270, 2012.

STRECK, Lenio. O Papel da Constituição Dirigente na Batalha contra Decisionismos e Arbitrariedades Interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. Jurisdição e administração: duas funções da justiça eleitoral. *Revista Jurídica da UniFil*, vol. 3, p. 117-124, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; TRISTÃO, Conrado (orgs.). *Vínculos Públicos e Formas de Seleção*. Diagnósticos jurídicos para a modernização do RH do Estado. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2021.

SUNDFLED, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 257, pp. 111-144, 2011.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, 2003.

TÁCITO, Caio. A Reforma da Jurisdição Administrativa na França. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 36, 1954.

TÁCITO, Caio. O primeiro livro sôbre Direito Administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 27, 1952, pp. 428–429.

TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco (Orgs.). *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2018.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina: 2004.

TEMER, Sofia. 'J. P. Cuenca, o tuíte satírico e as ações coordenadas: como o direito processual pode ajudar na compreensão e tratamento do fenômeno?'. *JOTA*, 14 jan. 2021.

TESHEINER, José Maria Rosa. Governantes e Juízes: alguns antecedentes históricos do poder normativo dos tribunais superiores. *Arquivo Jurídico*, vol. 3, 2016, p. 141.

TORO, José Bernardo. *A construção do público*: cidadania, democracia e participação. Rio de Janeiro: Senac, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*: Os Direitos Humanos e a Tributação. Rio de Janeiro. Renovar. 3ª ed. 2005.

TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency*: the power of impeachment. Nova Iorque: *Classic Books*, 2018.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *O Supremo Tribunal Federal no Império e na República*. Brasília: UnB, 1982.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *J. Marshall L. Rev.*, Vol. 523, 2004.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 2000.

TUSHNET, Mark; BUGARIC, Bojan. *Power to the People*: Constitutionalism in the Age of Populism. Oxford University Press, 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized*: the progressive alternative. New York: Verso, 1998.

URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VALLE, Julia Abrantes. A seletividade do sistema penal e o racismo estrutural no Brasil. *Revista de Direito*, vol. 13, pp. 01-34, 2021.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria e prática do poder moderador. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 72-81, 1986.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIANNA, José Augusto Seabra Monteiro. *O movimento militar que impediu o retorno do Presidente Café Filho à presidência da república*. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2020.

VIEIRA, Gustavo. Bases e dilemas institucionais do presidencialismo de coalizão. Revista de Informação Legislativa, vol. 215, pp. 117-137, 2017.

VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 139, 1998.

VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições brasileiras*: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011, p. 133.

VIRALLY, Michel. L'introuvable acte de gouvernement. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1952.

WEBER, Max. A política como vocação. In: *Ensaios de Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963 e HOBBES, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. Maria da Gloria Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.

WEINBERG, Louise. *Political Questions and the Guarantee Clause, U. COLO. L. REV.*, 889, 1994.

ZAMBROTA, Luciano. A Administração Pública Penitenciária: um cenário crônico de ineficiência e ilegalidades no Brasil pós Constituição de 1988. *Revista Digital De Direito Administrativo*, vol. 09, pp. 15-43, 2022.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NOTÍCIAS DE JORNAIS E REVISTAS:

ABBUD, Bruno. 'Pandemia pode ter levado Brasil a ter recorde histórico de 919.651 presos'. *O Globo*, 05 jun. 2022.

ACCIOLY, João Pedro. ‘Governo de polêmicas frívolas e ignorância constitucional’. *Jornal Valor Econômico*, 29 mai. 2019.

ACCIOLY, João Pedro. O indulto não é cheque em branco. *Consultor Jurídico*, 04 set. 2019.

ACCIOLY, João Pedro. 'Pode o Congresso se substituir às Agências?'. *JOTA*, em 31 ago. 2017.

ACCIOLY, João Pedro; MELO, Teresa. Nomeações para tribunais de contas: é preciso controlar. *JOTA*, 13 jun. 2017.

'Acordos de leniência celebrados pelo MPF no âmbito da Lava Jato já devolveram mais de R$ 6 bilhões para os cofres públicos'. *Assessoria de Comunicação do Ministério Público Federal no Paraná*, 24 jun. 2021.

ALESSANDRA, Karla. 'Deputados cassados pela ditadura são homenageados na Câmara'. *Agência Câmara*, 10 abr. 2014.

AMATO, Fábio. 'Dilma responde a 48 senadores após quase 13 horas de interrogatório'. *G1*, 29 ago. 2016.

ANTOS, Rafa. ‘Lewandowski nega pedido para obrigar Alcolumbre a sabatinar André Mendonça’. *Consultor Jurídico*, 11 out. 2021.

'Após derrota no Supremo, Bolsonaro desiste de nomear Ramagem para direção da PF'. *Folha de S. Paulo*, 29 abr. 2020.

ÁVILA, Ana. 'Em comunicado, CIDH chama impeachment no Paraguai de paródia da Justiça'. *Sul21*, 23 jun. 2012.

'Aviso de Consulta Pública para elaboração da Proposta de Decreto Presidencial de Indulto de 2022'. *Ministério da Justiça*, 10 jun. 2022.

BALBI, Clara. 'Edital suspenso após críticas de Bolsonaro previa séries com gays'. *Folha de São Paulo*, em 24 ago. 2019.

BARRETO FILHO, Herculano. 'Escudo dos povos indígenas': quem era Bruno Pereira, morto na Amazônia. *UOL*, 15 jun. 2022.

BARRETT, Delvin; FROSCH, Dan. Federal Judge Temporarily Halts Trump Order on Immigration. *The Wall Street Journal*, 04 fev. 2017.

BECKER, Guilherme. ‘Indulto de Bolsonaro a Silveira é ensaio para o golpe’. *DW Brasil*, 22 abr. 2022.

BELANDI, Caio. 'Quatro dos nove ministros do TCU são citados em investigações'. *O Dia*, 02 abr. 2017.

BENITES, Afonso. 'Eduardo Cunha abre a guerra do *impeachment* de Dilma Rousseff'. *El País*, 03 dez. 2015.

BITTAR, Bernardo. 'Ministros do STF não querem se envolver com a intervenção no Rio'. *Correio Braziliense*, 16 fev. 2018.

'Bolsonaro ataca Alexandre de Moraes e diz que não cumprirá mais decisões do ministro do STF'. *G1*, 07 set. 2021.

'Bolsonaro diz que usou auxílio-moradia para comer gente'. *Band Eleições*, 16 ago. 2018.

'Bolsonaro em 25 frases polêmicas'. *Carta Capital*, 29 out. 2018.

BOMFIM, Camila. 'Zelotes apura pagamento de propina para a edição de 3 medidas provisórias'. *G1*, 26 out. 2015.

BONIN, Robson. 'Bolsonaro fala em dar golpe desde os anos 90, pelo menos'. *Veja*, 23 abr. 2020.

'Calendário do STF estabelece ao menos 89 dias de folga em 2022'. *Poder360*, 18 dez. 2021.

CALGARO, Fernanda. 'Câmara cassa mandato de Eduardo Cunha por 450 votos a 10'. *G1*, 12 set. 2016.

CAMAROTTI, Gerson. 'Fora da agenda, Dilma tem encontro reservado com Lewandowski em Portugal'. *G1*, 09 jul. 2015.

CAMAROTTO, Murillo; TRUFFI, Renan. ‘Médica contrária a tratamento precoce diz que foi demitida por Queiroga sem maiores explicações’. *Valor Econômico*, 02 jun. 2021.

CARDOSO, Fernando Henrique. 'Reeleição e crises'. *O Estado de S. Paulo*, em 05 set. 2020.

CARVALHO, Jailton. ‘Moro cede a pressão e exclui Ilona Szabó do Conselho Nacional de Política Criminal’. *O Globo*, 28 fev. 2019.

CASTRO, Ana Paula *et. al*. 'Orçamento secreto: o que o STF decidiu, o que o Congresso divulgou e o que falta saber'. *G1*, 15 mai. 2022.

CHAGAS, Antônia. 'Canhões no teto do Rio'. *O Estado de S. Paulo*, 31 de dez. 1994.

CHEREM, Carlos Eduardo. 'Zero voto, bronca no filho: 4 vezes em que Bolsonaro quis chefiar a Câmara'. *UOL*, 31 jan. 2021.

'Cinco momentos em que Bolsonaro expressou torcida por Trump e desafeto por Biden'. *BBC News Brasil*, 02 nov. 2020.

'Congresso anula sessão que declarou vaga a Presidência de João Goulart'. *Agência Câmara*, 21 nov. 2013

CONTI, José Maurício. 'Orçamento em Guerra: o processo orçamentário e a disputa pelo Poder'. *JOTA*, 26 ago. 2021.

CONTREIRA, Hélio; OTÁVIO, Chico. 'Brizola autoriza ações do Exército no Estado'. *O Estado de S. Paulo*, 03 de out. 1993.

CRUZ, Valdo. 'Bolsonaro ameaça descumprir primeira decisão que STF proferir contra atos de seu governo'. *G1*, 05 ago. 2021.

D'AGOSTINO, Rosanne. 'Ministro retira sigilo do vídeo de reunião que Moro diz ser prova da interferência de Bolsonaro na PF'. *G1*, 22 mai. 2020.

DAL PIVA, Juliana et. al. "Em 28 anos, clã Bolsonaro nomeou 102 pessoas com laços familiares". Publicado no jornal *O GLOBO*, em 04/08/2019.

DAL PIVA, Juliana et. al. "Integrantes das 32 famílias que assessoram o clã Bolsonaro receberam R$ 65 milhões desde 1991". Publicado no jornal *O GLOBO*, em 09/08/2019.

DAL PIVA, Juliana *et. al*. 'Funcionários fantasmas dos Bolsonaros receberam R$ 29,5 milhões em salários'. *O Globo*, 11 set. 2020.

DAMÉ, Luiza. 'CCJ absolve deputados acusados de apoiar reeleição por R$ 200 mil'. *Folha de S. Paulo*, 09 out. 1997.

DAMÉ, Luiza. 'Deputados renunciam para evitar processo de cassação'. *Folha de S. Paulo*, 22 mai. 1997.

DANTAS, Dimitrius. 'Grupo recorre à ONU contra ataques de Bolsonaro ao Judiciário'. *O Globo*, 18 mai. 2022.

DELGADO, Malu. 'Quantos parlamentares são alvo de processos no Supremo?'. *DW Brasil*, 18 abr. 2017.

DESIDÉRIO, Mariana. 'Bolsonaro diz que não estupra deputada porque ela não merece'. *Exame*, 09 dez. 2014.

'Donald Trump calls for complete ban on Muslims entering the US'. *The Guardian*, 08 dez. 2015.

'Donald Trump Stands By His Muslim Ban’. *Vanity Fair*, 10 out. 2016.

'Donald Trump: *I could shoot somebody and I wouldn’t lose any voters*'. *The Guardian*, 24 jan. 2016.

'É óbvio que Temer operou impeachment de Dilma, diz Maia'. *Carta Capital*, 05 out. 2019.

'Eleições de 2020: custo do pleito deve girar em torno de R$ 647 milhões'. *Site* do *Tribunal Superior Eleitoral*, 07 out. 2020.

'Entenda como foi a compra de votos a favor da emenda da reeleição em 1997'. Publicado *Poder360*, 08 set. 2020.

FALCÃO, Márcio. 'Colapso em Manaus: governo federal muda data e diz que empresa notificou problema de oxigênio no dia 17 de janeiro'. *G1*, 28 fev. 2021.

'Família Bolsonaro administra há três décadas holding da rachadinha’. Publicado no portal *UOL*, em 03/09/2021.

FELLET, João. ‘Brasil condena impeachment de Lugo e convoca embaixador’. *BBC Brasil*, 23 jun. 2012.

'FHC prega 'basta' a 'clima de baderna' e critica o MST’. *Folha de S. Paulo*, 23 mai. 1997.

GALHARDO, Ricardo. ‘MP que desobriga balanços em jornais é 'retribuição' a tratamento da imprensa, diz Bolsonaro’. *O Estado de S. Paulo*, 06 ago. 2019.

GHIROTTO, Edoardo. ‘Embaixador vai à Justiça contra assédio moral e perseguição no Itamaraty’. *Revista Veja*, 03 abr. 2020.

GLENZA, Jessica *et. al*. 'US supreme court overturns abortion rights, upending Roe v Wade'. *The Guardian*, 24 jun. 2022.

GODOY, Marcelo. 'Em livro, Temer revela contato com militares antes do impeachment de Dilma'. *UOL*, 02 nov. 2020.

'Governo desistiu de intervenção no AM por crise do oxigênio após ouvir governador, diz Pazuello’. *G1*, 20 mai. 2021.

'Governo exonera diretora-executiva da Fundação Casa de Rui Barbosa’. *Diário de Pernambuco*, 16 jan. 2020.

'Guedes pede à CGU implantação de sistema que identifica indicações políticas para cargos públicos’. *Jornal do Brasil*, 26.01.22.

GULLINO, Daniel. ‘Secretário de Cultura cancela nomeação na Casa de Rui Barbosa por críticas de escolhido a Bolsonaro’. *O Globo,* 15 jan. 2020

HOLPUCH, Amanda; GAMBINO, Lauren. "*Joe Biden reverses anti-immigrant Trump policies hours after swearing-in*". *The Guardian,* 21 jan. 2021.

JORDÃO, Eduardo. 'TCU agigantado: uma escolha do nosso Direito?'. *JOTA*, 01º dez. 2021.

'Jornalista da Folha é vencedor do Prêmio Esso de Jornalismo’. *Folha de S. Paulo*, 17 dez. 1997.

KENNY, Caroline. Trump: ‘I have the absolute right to pardon myself’. *CNN*, 04 jun. 2018.

KUFA, Karina; FERREIRA, Marcelo Peregrino. Ato de governo e direito convencional, o caso do embaixador. *O Globo,* 21 ago. 2019.

LANDERS, Elizabeth. ‘Trump defends travel ban ahead of court hearing’. *CNN*, 07 fev. 2017.

LELLIS, Leonardo. 'Oposição diz ter votos para barrar Eduardo Bolsonaro em embaixada'. *Veja,* 17 jul. 2019.

LIMA, Djalba. 'Tumulto marcou sessão que decretou vacância do cargo de Jango em 64'. *Agência Senado*, 14 nov. 2013.

LIMA, Felipe Herdem. ‘A problemática dos pedidos de vistas no Supremo’. *Consultor Jurídico*, 25 nov. 2020.

LIPTAK, Adam. Court Refuses to Reinstate Travel Ban, Dealing Trump Another Legal Loss. *The New York Times*, 09 fev. 2017.

LIPTAK, Adam; SHEAR, Michael. ‘Trump’s Travel Ban Is Upheld by Supreme Court’. *The New York Times*, 26 jun. 2018.

MACEDO, Fausto. 'Indulto de Temer pode beneficiar 21 condenados da Lava Jato, alerta força-tarefa'. *O Estado de S. Paulo,* em 28 nov. 2019.

MADEIRO, Carlos. 'Collor só decidiu sair horas antes de julgamento, diz porta-voz de renúncia'. *UOL*, 09 abr. 2016.

MADUEÑO, Denise. 'Câmara estuda punição a deputado que atacou FHC'. *Folha de S. Paulo*, 30 dez. 1999.

MAGNO, Alan. 'Enquanto deputado, Bolsonaro superfaturou pedidos de reembolso da verba de combustível'. *O Povo*, 07 abr. 2020.

MAIA, Mateus. ‘Senadores cobram Ernesto Araújo sobre doação de oxigênio da Venezuela para Manaus’. *Poder 360*, 18 mai. 2021.

MAISONNAVE, Fabiano; VALENTE, Rbens. 'Bolsonaro retaliou fiscais do Ibama após ser multado por pesca irregular'. *Folha de São Paulo*, 15 out. 2018.

MARQUES, Júlia. 'Na gestão Bolsonaro, número de multas pagas por crimes ambientais na Amazônia cai 93%'. *O Estado de S. Paulo*, 19 jul. 2021.

MELO, Marcus André. 'A ditadura imaginária do Judiciário'. *Folha de S. Paulo*, 12 set. 2021.

'Mesa do Senado decide aguardar decisão do Plenário do STF'. *Agência Senado*, 06 dez. 2016.

MILITÃO, Eduardo. 'Um terço dos parlamentares tem processos no STF'. *Congresso em Foco*, 05 mai. 2013.

'Ministro do Meio Ambiente defende passar a boiada e mudar regras enquanto atenção da mídia está voltada para a Covid-19’. *G1*, 22 mai. 2020.

MOREIRA, Cibele. 'Especialistas temem volta de doenças erradicadas por falta de vacinação'. *Correio Braziliense*, 22 jul. 2021.

MOTTA, Rayssa *et. al*. ‘Governo Bolsonaro já trocou ao menos 20 delegados de cargos de chefia na PF: série de intervenções não encontra precedentes e é atribuída a divergências políticas com o governo e com a cúpula da corporação, ou de investigações que desagradaram ao Planalto’. *O Estado de São Paulo*, 03 dez. 2021.

'Não haverá indulto sem parecer do Conselho’. *O Estado de S. Paulo*, 5 out. 1962.

NATARIO, Gustavo. ‘Comissão da ALERJ rejeita indicação de Bernardo Sarreta ao cargo de Conselheiro da AGENERSA’. *ALERJ*, 04 fev. 2020.

NETO, Lauro. “João Pedro Goes Home”. *Revista Megazine (O Globo)*, pp. 02-03, de 29 mar. 2011.

'O impeachment pegou moda no Brasil, diz Temer no Roda Viva'. *TV Cultura*, 27 set. 2021.

OUCHANA, Giselle. 'Deputados do Rio podem sair da prisão baseados em decisão do STF'. *O Globo*, 08 mai. 2019.

'Pacheco articula PEC que restringe uso de indulto pelo presidente da República’. *Correio Braziliense*, 30 abr. 2022.

PARO, Denise. 'Em 24 horas, Congresso paraguaio derruba o presidente'. *Gazeta do Povo*, 22 jun. 2012.

'Partidos questionam graça concedida por Bolsonaro ao deputado Daniel Silveira'. STF, 22 abr. 2022.

PASQUINI, Patrícia. 'Motes: Dominou a justiça, a literatura e a arte de viver'. *Folha de S. Paulo*, 10 mar. 2021.

PASSARINHO, Nathalia. 'Câmara aprova contas dos ex-presidentes Itamar, FHC e Lula'. *G1*, 06 ago. 2015.

'Pedalada de Dilma impactou benefício durante 21 meses'. *Agência Senado*, 12 ago. 2016.

PESSOA, Flávio *et. al*. Todas as profissões dos presidentes. *Super Interessante*, 12 jul. 2017.

'Precisamos racionalizar o combate à corrupção'. *Instituto para Reforma das Relações entre Estado e Empresa*, 30 out. 2018.

'Presidente do STF participa de reunião dos três Poderes sobre combate à pandemia da Covid-19'. *Supremo Tribunal Federal*, 24 mar. 2021.

'Pretendo beneficiar um filho meu, sim', diz Bolsonaro'. *DW Brasil*, 19 jul. 2019.

'Professores analisam e repercutem condenação e o indulto concedido ao deputado Daniel Silveira'. *Universidade de São Paulo*, 2022.

'Provas mostram que leis tributárias foram compradas, diz Herman Benjamin'. *Consultor Jurídico*, 31 out. 2016.

'Quem é Otávio de Noronha, presidente do STJ que concedeu prisão domiciliar a Queiroz'. *BBC*, 09 jul. 2020.

'Resolução do TSE que muda número de deputados é inconstitucional, diz STF'. *Consultor Jurídico*, 18 jun. 2014.

RICHTER, André. STF rejeita denúncia contra Bolsonaro por crime ambiental. *Agência Brasil*, 01º mar. 2016.

RODRIGUES, Fernando. 'Deputado conta que votou pela reeleição por R$ 200 mil'. *Folha de S. Paulo*, 13 mai. 1997.

RODRIGUES, Fernando. 'Entenda como foram conseguidas as gravações sobre a compra dos votos'. *Folha de S. Paulo*, 21 mai. 1997.

RODRIGUES, Mateus. 'Bolsonaro assina MP que cria carteirinha estudantil digital, emitida pelo governo'. *G1*, 06 set. 2019.

RODRIGUES, Thaís. 'Sérgio Camargo fora da Palmares: relembre polêmicas e ataques ao movimento negro'. *Alma Preta*, 31 mar. 2022.

'Saiba quem são os conselheiros do TCE-RJ envolvidos na Operação Quinto do Ouro'. *G1*, 29 mar. 2017.

SARDINHA, Edson. 'Indicação de Eduardo Bolsonaro à Embaixada abre guerra de pareceres no Senado'. *Congresso em Foco*, 05 set. 2019.

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel. 'Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro: inelegibilidade a partir de interpretação teleológica do art. 17 da Constituição?'. *JOTA*, 24 ago. 2018.

SCHUQUEL, Thayná. 'Onda de pedidos de *impeachment* atinge governadores e prefeitos com bases frágeis'. *Metrópoles*, 26 set. 2020.

'Sem apoio, Lugo terá duas horas para se defender de *impeachment*'. *BBC Brasil*, 22 jun. 2012.

'Sergio Moro pede demissão do Ministério da Justiça e denuncia interferência política na PF'. *RFI*, 24 abr. 2020.

'Servidor do Ibama que multou Bolsonaro por pesca irregular é exonerado de cargo de chefia'. Publicado no portal de notícias G1, em 29/03/2019.

'Servidor do Ibama que multou Bolsonaro por pesca irregular é exonerado de cargo de chefia'. *G1*, 29 mar. 2019.

SMITH, David. 'Obama supreme court nominee will not get Senate hearing, say key Republicans'. *The Guardian*, 23 fev. 2016.

SOARES, Jussara; GAMBA, Karla. "Governo oficializa exoneração de Bebianno e alega 'foro íntimo'". *O Globo*, 18 fev. 2019.

SOARES, Jussara; GAMBA, Karla. Governo oficializa exoneração de Bebianno e alega 'foro íntimo'. *O Globo*, 18 fev. 2019.

SÓTER, Cecília. 'Mônica Iozzi diz que não percebia o perigo ao entrevistar Bolsonaro no CQC'. *Correio Braziliense*, 04 fev. 2022.

STEIL, Juliana. 'Sarampo, polio: doenças erradicadas estão voltando por baixas na imunização'. *Terra*, 09 jun. 2022.

'Subprocuradores aposentados pedem que CSMPF abra ação contra Aras por omissão'. *ConJur*, 14 ago. 2021.

'TCU e TCEs têm 41 integrantes investigados'. *CNPC*, 26 jun. 2017.

'Temer atuou por interesses de empresas portuárias, diz Funaro'. *Congresso em Foco*, 14 out. 2017.

TRINDADE, Naira. 'Bolsonaro planeja indulto a policiais de Eldorado do Carajás, Carandiru e ônibus 174'. *O Globo*, 31 ago. 2019.

'Uma escolha muito difícil'. Editorial do *Estado de S. Paulo*, 08 out. 2018.

URIBE, Gustavo. 'Bolsonaro cumpre ameaça e exclui a Folha de licitação da Presidência para assinatura de jornais'. *Folha de S. Paulo*, 28 nov. 2019.

VASCONCELLOS, Marcos de; MARTINES, Fernando. 'Compra de leis e MPs citada em delação da Odebrecht gera insegurança'. *Consultor Jurídico*, 11 dez. 2016.

VASSALLO, Luiz. 'Jair Bolsonaro conseguiu controlar a Polícia Federal'. *Crusoé*, 28 mai. 2021.

VITAL, Danilo. 'Brasil não tem defesa contra compra de leis, diz Herman Benjamin'. *Consultor Jurídico*, 11 dez. 2016.

'Walter Salles vai filmar sumiço de Rubens Paiva pela ditadura militar'. *Terra*, 30 jun. 2021.

WESTIN, Ricardo. 'Senado já rejeitou médico e general para o STF'. Publicado no *Jornal do Senado*, 01º jun. 2015.

WESTIN, Ricardo. 'Dois presidentes do Brasil sofreram impeachment em 1955'. *Agência Senado*, 31 ago. 2016.

WETERMAN, Daniel. 'EUA dão aval para indicação de Eduardo Bolsonaro a embaixador em Washington'. *O Estado de S. Paulo*, 09 ago. 2019.

LITERATURA, POESIA E CANÇÕES:

BRECHT, Bertolt. 'A Resistível Ascensão de Arturo Ui: uma parábola'. Trad. Angelika Köhnke. In: Teatro completo em 12 volumes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BUARQUE, Chico. 'As Caravanas. In: *Caravanas*. Rio de Janeiro: Biscoito Fino, 2017.

Filosofia Pura, de João Roberto Caribe Mendes e Antônio Jorge Portugal, interpretada por Maria Bethânia e Gal Costa no álbum *Ciclo* (1983).

GALEANO, Eduardo. *Las Palabras Andantes*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1994.

'*La Maza*', canção de Silvio Rodríguez eternizada na voz de Mercedes Sosa.

LONGERICH, Peter. *Goebbels*: A Biography. New York: Random House, 2015.

MAIAKOVSKI, Vladimir. *MAIAKOVSKI*: POEMAS. Trad. Augusto de Campos. São Paulo: Perspectiva, 2017.

MELLO, Patrícia Campos. *A Máquina do Ódio*: notas de uma repórter sobre *fake news* e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MENCKEN, H. L. *Prejudices*: Second Series. Londres: Jonathan Cape, 1921.

MORAES, Vinicius. 'Carta aos Puros'. In: *Nova Antologia Poética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PESSOA, Fernando. *Odes de Ricardo Reis*. Lisboa: Âtica, 1946.

Yáyá Massemba, de João Roberto Caribe Mendes e Capinan, interpretada por Maria Bethânia no álbum *Brasileirinho* (2005).