

Melhores trabalhos de conclusão
de curso de Graduação em Direito

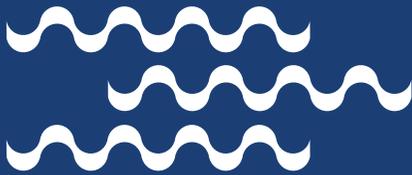
ANA HELENA FERES NASCIF

ISABELLA MARKENDORF MARINS

ISADORA SAMPAIO DUTRA

JULIA LUCIANA OLIVEIRA MARTEL DE ALMEIDA

MARIA LUISA ROCHA MALTA



Coleção Jovem Jurista

2022

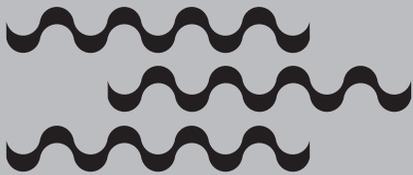
 **FGV DIREITO RIO**

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direito-rio

Melhores trabalhos de conclusão
de curso de Graduação em Direito

ANA HELENA FERES NASCIF
ISABELLA MARKENDORF MARINS
ISADORA SAMPAIO DUTRA
JULIA LUCIANA OLIVEIRA MARTEL DE ALMEIDA
MARIA LUISA ROCHA MALTA



Coleção Jovem Jurista

2022

 **FGV DIREITO RIO**

EDIÇÃO FGV Direito Rio
Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil
Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2022.

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas / FGV Direito Rio.

Coordenação: Ludmilla Totinick, Christian Dannel e Victor Almeida
Capa e diagramação: Estúdio Castellani
Revisão: Rowena Esteves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Coleção Jovem Jurista 2022 / Julia Luciana Oliveira Martel de Almeida...
[et al.]. – Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2022.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-86060-44-7

1. Integração social. 2. Administração de conflitos. 3. Educação – Inovações tecnológicas. 4. Jurisprudência. 5. Função judicial. 6. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Almeida, Julia Luciana Oliveira Martel de. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 340

Elaborada por Márcia Nunes Bacha – CRB-7/4403

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
O POTENCIAL DO TELETRABALHO NA INCLUSÃO PROFISSIONAL DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ISADORA SAMPAIO DUTRA	11
DIREITO E PRUDÊNCIA NA FRONTEIRA DO CONTROLE: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA JULIA LUCIANA OLIVEIRA MARTEL DE ALMEIDA	47
PRESENTES! HOJE E SEMPRE: AS NOÇÕES DE JUSTIÇA DE AFETADOS POR CRIMES DE ESTADO E O USO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ISABELLA MARKENDORF MARINS	109
UMA ANÁLISE DA ASCENSÃO DO USO DA TECNOLOGIA NA EDUCAÇÃO NA CHINA: O MAIOR BERÇO DE EDTECHS DO MUNDO MARIA LUISA ROCHA MALTA	185
CONHECENDO VIESES: COMO A CONSCIÊNCIA DOS VIESES ALTERA A SUA INFLUÊNCIA NA TOMADA DE DECISÃO JURÍDICA ANA HELENA FERES NASCIF	233

DIREITO E PRUDÊNCIA NA FRONTEIRA DO CONTROLE: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

JULIA LUCIANA OLIVEIRA MARTEL DE ALMEIDA

Resumo

A definição dos limites do controle judicial dos atos privativos do presidente da República envolve debates clássicos, travados no direito constitucional e no direito administrativo, sobre a extensão da intervenção judicial que deve ser aplicada aos atos de caráter político cuja competência foi alocada constitucionalmente a outros poderes. No contexto brasileiro, identificam-se certas doutrinas que potencialmente se aplicam a essa categoria de atos, para excluí-los do controle judicial ou para limitar a intensidade desse controle. Este trabalho busca identificar, por meio de pesquisa empírica, a quais dessas doutrinas o Supremo Tribunal Federal (STF) vem aderindo na sua jurisprudência sobre as limitações ao controle judicial incidente sobre os atos do presidente da República e quais critérios orientam a sua aplicação. Identificou-se um alinhamento do STF à ideia de exclusão de certas questões do controle judicial, orientada por considerações relacionadas à natureza do ato impugnado e a uma delimitação dos seus aspectos discricionários. Apesar disso, diversas inconsistências e incertezas foram identificadas na aplicação dessas teorias. Ao final, buscou-se traçar algumas implicações negativas, tanto do ponto de vista do Direito quanto do ponto de vista da posição institucional do STF, que decorrem dessa forma de aplicação das teorias de limitação.

Palavras-chave

Atos presidenciais. Controle judicial. Separação de poderes. Autocontenção. Questões políticas. Discricionariedade.

Abstract

Defining the boundaries of judicial review of presidential action requires facing classical debates about the due extent of judicial intervention in political questions whose solution has been allocated to other branches by the Constitution. In Brazil, certain doctrines, which are potentially applicable to

presidential action, prescribe an a priori exclusion of certain questions from judicial review or a restriction in the intensity of judicial scrutiny. This paper seeks to find out, through empirical research, which of these doctrines the Brazilian Supreme Court has adopted in defining the limits applicable to the judicial review of the President's acts, and which criteria guide their application. We have found that the Supreme Court generally adopts the idea of an a priori exclusion of certain questions from judicial review, guided by considerations of the nature of the act under analysis and of its discretionary aspects. Apart from that, however, several inconsistencies and obscurities have been found in the way these doctrines have been applied. The paper concludes by presenting some negative implications, both legal and institutional, of this form of application of theories of self-restraint.

Keywords

Presidential action. Judicial review. Separation of powers. Self-restraint. Political questions. Discretion.

1. INTRODUÇÃO

Os dilemas envolvidos no controle de constitucionalidade da produção legislativa já foram amplamente explorados, tanto no Brasil quanto na literatura internacional. Contudo, nos sistemas presidencialistas em que o Judiciário assumiu papel de relevância no controle da atividade política, existe uma tensão, também latente, mas menos discutida, entre esse controle e o poder exercido pelo presidente da República.

Amostras desse embate tornaram-se presença constante nos jornais no Brasil recentemente, desde que o presidente Jair Bolsonaro passou a manifestar publicamente ataques e ameaças ao Supremo Tribunal Federal (STF) e este passou a reagir de forma mais ativa. Bolsonaro já atacou ministros verbalmente,¹ apresentou pedido de impeachment contra um deles,² participou de atos que pediam o fechamento do Tribunal³ e

1 **Bolsonaro ataca Alexandre de Moraes e diz que não cumprirá mais decisões do ministro do STF**, G1. 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-re-dimir-ou-se-enquadra-ou-pede-para-sair.ghtml>. Acesso em: 28 nov. 2021; **Bolsonaro xinga Barroso, repete ataques e diz que parte do STF quer volta da corrupção**, Folha de São Paulo. Disponível em: [Nhttps://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/bolsonaro-repete-ataques-diz-que-parte-do-stf-quer-volta-da-corrupcao-mas-nega-ter-ofendido-ministros.shtml](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/bolsonaro-repete-ataques-diz-que-parte-do-stf-quer-volta-da-corrupcao-mas-nega-ter-ofendido-ministros.shtml). Acesso em: 28 nov. 2021.

2 **Investigado, Bolsonaro apresenta pedido de impeachment do ministro do STF Alexandre de Moraes**, Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/investigado-bolsonaro-apresenta-pedido-de-impeachment-do-ministro-do-stf-alexandre-de-moraes-1-25164551>. Acesso em: 28 nov. 2021.

3 **Bolsonaro volta a apoiar ato antidemocrático contra o STF e o Congresso, em Brasília**, G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/03/bolsonaro-volta->

ameaçou descumprir as suas decisões.⁴ Do outro lado, o STF conduz cinco inquéritos que têm o presidente como investigado, um dos quais apura notícias falsas e ataques ao próprio Tribunal que vêm sendo veiculados na internet. Além disso, o Tribunal tem tomado decisões que vão de encontro a algumas das medidas adotadas por Bolsonaro desde o início da pandemia – por exemplo, a ADI nº 6.421,⁵ em que se entendeu que a decisão sobre a adoção de medidas restritivas contra a Covid-19 cabe aos três níveis da federação, em um momento em que o governo federal buscava reivindicar essa competência de forma exclusiva para impedir o fechamento de estabelecimentos, e o MS nº 37.097,⁶ em que o ministro Alexandre de Moraes suspendeu a nomeação de diretor da Polícia Federal, em meio a alegações de que essa havia sido feita com a finalidade de intervir na instituição.

Como se vê, os conflitos manifestam-se em diferentes arenas, mas decorrem de uma mesma origem: a tensão que desponta de um sistema em que se atribuem prerrogativas ao presidente para definir os rumos da política nacional conforme seus objetivos políticos e, ao mesmo tempo, em que se dá ao Judiciário o poder de intervir em atos dos outros poderes de forma independente, na expectativa de que monitore sua conformidade com a ordem legal.

Nesse contexto, definir qual papel deve ser assumido pelo Judiciário como fiscal da legalidade dos atos do presidente da República pressupõe enfrentar as tradicionais discussões sobre a legitimidade democrática do Judiciário para intervir em atos de poderes políticos e sobre os limites impostos pela separação de poderes a esse exercício. Há, no entanto, certas particularidades implicadas quando se trata da Presidência.

Primeiro, porque a Constituição confere a essa autoridade o poder de tomar certas decisões de caráter marcadamente político relacionadas à sua função de condução da política nacional, como a escolha de seu corpo de ministros e o veto a projetos de lei. Em alguns casos, a desnecessidade de anuência do Legislativo poderia indicar que se trata de uma decisão soberana do Executivo; em outros, pelo contrário, a possibilidade de controle pelo Legislativo poderia em si indicar ilegitimidade de intervenção judicial. De qualquer forma, a intervenção judicial, nesses casos, parece

a-apoiar-ato-antidemocratico-contra-o-stf-e-o-congresso-em-brasilia.ghtml. Acesso em: 28 nov. 2021; **Cartazes golpistas de atos bolsonaristas atacam STF e Moraes até em inglês, espanhol e francês.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/cartazes-golpistas-de-atos-bolsonaristas-atacam-stf-e-moraes-ate-em-ingles-espanhol-e-frances.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2021.

4 **Bolsonaro ataca Alexandre de Moraes e diz que 'não cumprirá' decisões do ministro do Supremo.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-ataca-alexandre-de-moraes-diz-que-nao-cumprira-decisoes-do-ministro-do-supremo-1-25187933>. Acesso em: 28 nov. 2021.

5 STF, ADI nº 6.421, Plenário, rel. min. Luís Roberto Barroso, j. 21/05/2020.

6 STF, MS nº 37.097, Monocrática, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 29/04/2020.

ser um ponto particularmente sensível, já que corre o risco de, em certos casos, constituir uma ilegítima substituição à autoridade constitucionalmente atribuída ao presidente da República.

Segundo, porque, no Brasil, o presidente da República conta com um pacote de poderes constitucionais robusto, se comparado a outras democracias no mundo.⁷ Ele tem, por exemplo, o poder de expedir decretos, de editar unilateralmente medidas provisórias com força de lei, de vetar integral ou parcialmente projetos de lei e de iniciativa privativa em certas matérias legislativas. Quando se trata de um ator que concentra muito poder, aumenta a margem para abusos à lei e à Constituição; logo, o debate sobre o desenho das suas instituições fiscalizadoras torna-se ainda mais relevante.

Terceiro, porque, ao decidir sobre o controle de atos praticados pelo presidente, os tribunais tendem a atrair para si a solução de disputas políticas, inclusive em contextos turbulentos. Nesses casos, um passo em falso pode ser custoso para o Judiciário: de um lado, determinar o resultado de decisões intimamente ligadas ao poder político do chefe do Executivo pode comprometer sua legitimidade enquanto instituição que se limita à fiscalização da conformidade do poder político com a lei; de outro, reverter decisões presidenciais que estejam no núcleo de suas atribuições constitucionais pode expor o Judiciário a retaliações – por exemplo, uma mobilização para alterar a estrutura ou o número de membros da instituição, ou simplesmente uma recusa ao cumprimento da decisão.⁸ A definição das fronteiras até as quais o controle judicial pode alcançar é, portanto, uma decisão que tem consequências também para a preservação do próprio Judiciário enquanto instituição.

Essas preocupações acentuam a importância de que se definam a forma e os limites da atuação do Judiciário como instância de controle dos atos do presidente da República.⁹ No debate sobre o desenho ideal desses

7 V. SHUGART, Matthew S.; CAREY, John M. **Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics**. Cambridge, Cambridge University Press, 1992. p. 154-156; MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew S. (eds.). **Presidentialism and Democracy in Latin America**. Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

8 Exemplo disso é o projeto de lei recente, apresentado pela deputada Bia Kicis (PSL-DF), para reduzir a idade de aposentadoria compulsória dos ministros do STF de 75 para 70, o que faria com que dois dos atuais ministros da composição do Supremo Tribunal Federal (Ricardo Lewandowski e Rosa Weber) tivessem que se aposentar, alterando a sua composição. Se aprovado antes do fim do seu mandato, o projeto beneficiaria o atual Presidente Jair Bolsonaro, pois lhe permitiria indicar dois novos ministros para o Tribunal. V. **PEC que muda aposentadoria de ministros no STF avança na Câmara**, Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/pec-que-muda-aposentadoria-de-ministros-no-stf-avanca-na-camara.shtml>. Acesso em: 10/12/2021.

9 Como já apontado, o Judiciário pode representar uma instância de oposição aos interesses da Presidência da República em diferentes arenas que não necessariamente envolvem a decisão quanto a impugnações judiciais de atos praticados por ele. Dois exemplos já mencionados são a investigação de aliados do Presidente Bolsonaro no inquérito das “fake news” e o julgamento da ADI nº 6.341, em que o Supremo firmou



limites, o próprio Judiciário é participante privilegiado. Afinal, o exercício cotidiano da jurisdição diante de casos concretos pressupõe também tomar decisões sobre os contornos dessa jurisdição, já que cada decisão judicial que defina o que o Judiciário *deve* fazer pressupõe, também, uma decisão sobre o que ele *pode* fazer.

Diante disso, este trabalho busca identificar qual o papel assumido pelo Judiciário brasileiro na fiscalização dos atos do presidente da República desde a Constituição de 1988, tendo como base a visão que ele próprio expressa sobre os limites e as formas da sua atuação por meio da sua jurisprudência. Para isso, foram analisados todos os acórdãos e decisões monocráticas de controle dos atos privativos do presidente da República no Supremo Tribunal Federal (STF) desde 1988 até 2021. A limitação do universo às decisões do STF se deve ao fato de que o tribunal tem competência originária para apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI),¹⁰ instrumento adequado para questionar as medidas provisórias, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), instrumento frequentemente usado para impugnar outros atos presidenciais,¹¹ e para julgar as demais ações que tenham por objeto atos do presidente.¹²

No Capítulo 2 a seguir, serão apresentados os pressupostos jurídicos e teóricos da tomada de decisão pelo Judiciário acerca da extensão dos seus limites na fiscalização dos atos do presidente da República. Para isso, serão abordados os argumentos que costumam ser invocados para justificar a imposição de mais ou de menos restrições à intervenção judicial nos atos presidenciais, bem como teorias que já foram elaboradas pela doutrina jurídica na tentativa de materializar e sintetizar essas preocupações.

No Capítulo 3, serão apresentados os resultados da pesquisa e se buscará identificar a quais doutrinas e conceitos jurídicos o Supremo tem aderido ao delimitar sua competência para controlar os atos presidenciais, a quais critérios ele tem recorrido para definir quando esses limites entram em jogo e de que forma essa jurisprudência tem sido construída.

No Capítulo 4, serão avaliados os resultados encontrados para chegar a uma conclusão a respeito do nível de autocontenção que o Supremo tem adotado na definição do seu papel de fiscalizador dos atos privativos do presidente da República e do tipo de preocupações que os

entendimento da Constituição que contrariava os interesses do governo federal. Este trabalho, contudo, foca no papel que ele exerce na fiscalização direta dos autos dessa autoridade.

10 Art. 103, I, "a" da Constituição.

11 Art. 103, § 1º da Constituição.

12 Art. 103, I, "b" c/c "c"; "d"; "q".

Ao final, no Capítulo 5, será feita uma conclusão com uma breve síntese dos resultados e argumentos apresentados ao longo do trabalho e serão traçadas algumas possíveis implicações.

2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E JURÍDICOS DA DEFINIÇÃO DAS LIMITAÇÕES AO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS PRIVATIVOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

O ponto de partida deste trabalho é o reconhecimento de que todas as decisões judiciais nas quais se questiona a legalidade de atos do presidente da República devem, em princípio, enfrentar, necessariamente, uma questão que é anterior à própria avaliação da legalidade do ato: a decisão sobre o cabimento do controle judicial da questão e sobre a intensidade desse controle.¹³ Dessa forma, para fins analíticos, é possível decompor todas essas decisões em duas: uma primeira, que define a *posição institucional* do Judiciário no esquema da separação de poderes de forma ampla, e uma segunda, cujo foco é a verificação da *legalidade do ato impugnado*.¹⁴ O foco da análise que será desenvolvida é o primeiro tipo de decisão, por meio do qual o Supremo expressa visões sobre o seu papel enquanto instituição fiscalizadora da Presidência da República.

Assim como o segundo tipo de decisões, que devem enfrentar argumentos jurídicos contrapostos a respeito da legalidade do ato impugnado, o primeiro tipo também deve lidar com fundamentos teóricos e doutrinas jurídicas que sustentam diferentes posições institucionais a serem adotadas pelo Supremo no controle dos atos praticados pelos poderes políticos. Neste capítulo, serão apresentados os argumentos teóricos e as teorias jurídicas que incidem na decisão sobre limitações ao controle judicial que tem como objeto os atos do presidente.

13 ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro. In: **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, p. 103-124, 2019. p. 104-105.

14 A rigor, é possível fazer essa distinção para todas as decisões judiciais que tratam do controle de atos dos outros poderes. Por exemplo, embora nas decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade de leis promulgadas pelo Congresso não se costume enfrentar explicitamente a questão preliminar sobre possíveis limites ao controle que ele deve exercer sobre esses atos, isso implicitamente materializa uma visão institucional, alinhada com o consenso jurídico no Brasil, de que não há limitações ao controle nessa área. Mesmo nessa área, o consenso poderia ser diferente: veja-se, por exemplo, que, nos Estados Unidos, em que a Suprema Corte tem entendido que são devidos diferentes níveis de deferência aos atos estatais quando eles forem impugnados com base em alegações de violação a direitos individuais, a decisão judicial nesses casos sempre define inicialmente qual a regra de decisão que deverá ser aplicada, a qual poderá representar uma verificação mais ou menos rigorosa da constitucionalidade. Como descrição do desenvolvimento dos níveis de escrutínio judicial nos EUA, v. BESCHLE, Donald L. No More Tiers: Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases. *Pace L. Rev.*, v. 38, p. 384, 2017. p. 386-401.

2.1. As visões normativas teóricas sobre limitações ao controle judicial de atos do presidente

A Constituição prevê, em seu art. 84, uma série de atos que são de competência privativa do presidente da República. Por outro lado, ela fornece diversos tipos de instrumentos, à disposição de um variado leque de legitimados, que permitem o questionamento dos atos presidenciais perante o Judiciário.¹⁵

A previsão desses mecanismos de acesso ao Judiciário para questionar atos presidenciais materializa a noção de que, em uma democracia, o poder político deve estar sujeito a instâncias de controle independente que possam reprimi-lo quando ultrapassar os limites da lei ou da Constituição. Esse preceito é uma fonte comum de justificação para a adoção de posturas teóricas que defendem que não deve haver limitações a controle judicial dos atos dos outros poderes porque essas exercem a função fundamental de evitar que esses atores abusem de suas prerrogativas constitucionais; logo, limitar o Judiciário implicaria deixar o sistema mais vulnerável a esses abusos.¹⁶

O chamado “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, extraído do art. 5º, XXXV da Constituição, funcionou como um emblema dessa visão sobre o papel do controle judicial dos atos dos outros poderes. Esse dispositivo é frequentemente interpretado como uma expressão da vontade constitucional de submeter a controle judicial irrestrito todos os atos que impliquem lesão ou ameaça a direito. De acordo com certa visão, esse dispositivo da Constituição haveria expurgado definitivamente da ordem jurídica brasileira qualquer possibilidade de limitação ao controle judicial.¹⁷ Visão mais moderada entenderia que tal limitação somente não seria possível se estivesse em jogo alegação de ameaça ou lesão a direito.¹⁸

15 É possível impugnar os atos do Presidente por meio de ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); por mandados de segurança (MS), caso esteja envolvida ofensa a direito líquido e certo; por habeas corpus (HC), diante de atos que impliquem violência ou coação ilegal de indivíduo; por meio de mandados de injunção (MI) diante de omissão em iniciar o processo legislativo nas áreas em que tenha iniciativa exclusiva; e por reclamação (Rcl), caso o ato incorra em violação à competência ou à autoridade das decisões dos tribunais superiores.

16 V., p. ex., PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da Administração Pública e Tendências a Luz do Estado Democrático de Direito. Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais, v. 45, p. 243, 2004. Tal posição também foi sustentada pelo ministro Celso de Mello em uma das decisões analisadas neste trabalho, no voto proferido na ADI nº 20.999, julgada pelo Plenário do STF em 1990 (“É necessário evoluir no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal, de modo a prestigiar e a tornar efetivo o respeito a esse “parágrafo regio del estado de Derecho”, que consiste na inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo”).

17 V., p. ex. NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**, 1975. p. 156.

18 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 147-148; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 940.

Outra fonte de argumentos constitucionais sobre a inexistência de restrições ao controle judicial decorre da previsão, no art. 102, de que compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição. É comum que se entenda, com base nisso, que o Supremo detém a “última palavra” sobre o significado da Constituição, de modo que não seria possível retirar dela a autoridade de reprimir atos que contrariem essa interpretação.¹⁹

Quando se trata da fiscalização dos atos do presidente, em específico, já foram apresentados argumentos que reforçam a necessidade de um controle judicial irrestrito tendo em vista a amplitude dos poderes formais dos quais esse ator dispõe no Brasil. No nosso sistema, o presidente da República acumula um leque diversificado de poderes constitucionais para fazer valer suas preferências, inclusive unilateralmente em diversos casos. Por exemplo, ele concentra os poderes de editar decretos para regulamentar leis, de editar decretos autônomos em hipóteses específicas definidas pela Constituição, de editar medidas provisórias com força de lei, de vetar parcial ou integralmente a legislação aprovada pelo Congresso, de iniciar privativamente a legislação orçamentária e sobre a organização administrativa e de executar o orçamento aprovado pelo Congresso (embora com limites à sua margem de discricionariedade na execução das emendas incluídas pelos parlamentares). Além disso, ele dispõe dos poderes emergenciais para decretar a intervenção federal nos Estados, decretar o estado de sítio e o estado de defesa.²⁰ Diante disso, alguns estudos já apontaram a importância de que existam instituições independentes da política – incluído aqui o Judiciário – capazes de monitorar e reprimir seus atos quando eles ultrapassam os limites legais.²¹

19 V., p. ex., o voto divergente do ministro Marco Aurélio Mello na ADI nº 1.516, sobre a possibilidade de controle judicial dos requisitos de urgência e relevância da edição de medidas provisórias (“Os requisitos são constitucionais, e se está na própria Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal dela é o guarda, não tenho como dizer que não sabe à Corte o exame do tema”). V. também, o voto do ministro relator, Gilmar Mendes, na Rcl nº 11.243, que julgou o ato de recusa na entrega de Cesare Battisti, cidadão italiano em processo de extradição (“Se o quadro normativo composto por leis e tratados internacionais de extradição limitam a atuação do Presidente da República, parece óbvio que a interpretação que o Supremo Tribunal Federal dê a esse mesmo quadro normativo também deve ser observada pelo Presidente. Isso é trivial. A autoridade máxima da Administração Pública, ainda que no exercício da representação política da República Federativa do Brasil, subordina-se ao ordenamento jurídico interno, que, por sua vez, deve ser interpretado de acordo com o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem jurídica constitucional”).

20 Art. 84 da Constituição Federal.

21 ALSTON, Lee J. *et al.* **Political institutions, policymaking processes and policy outcomes in Brazil**. 2006. Washington, Inter-American Development Bank, p. 162; MELO, Marcus; PEREIRA, Carlos. **Making Brazil work: checking the president in a multiparty system**. Palgrave Macmillan US, 2013; MELO, Marcus André. Strong presidents, robust democracies? Separation of powers and rule of law in Latin America. **Braz. Political Sci. Rev.**, Rio de Janeiro, v. 4, Selected Edition, 2009.

Por outro lado, é crescente no meio jurídico brasileiro a preocupação com o que se percebe como uma atuação excessiva do Judiciário no campo político. Nesse contexto, certos autores já apontaram para a ocorrência do fenômeno da “judicialização da política” no Brasil²² – que pode ser entendida como um processo por meio do qual decisões tradicionalmente tomadas nas arenas políticas passam a ser solucionadas no Judiciário com mais frequência. A referência a esse fenômeno é, frequentemente, acompanhada de críticas, direcionadas, por exemplo, à falta de legitimidade democrática do Judiciário para tomar decisões políticas ou à violação da separação de poderes.²³

Nesse contexto, a noção de que o exercício do controle judicial dos atos de outros poderes deve estar sujeito a certas limitações tem se manifestado por meio de críticas provenientes de diferentes áreas do direito.

Por exemplo, Arguelhes e Pereira argumentam que, mesmo em um sistema em que os poderes estão distribuídos em sistemas de freios e contrapesos recíprocos, é necessário que se observe a alocação de competências para exercê-los – do contrário o próprio sistema de freios e contrapesos é rompido.²⁴ Por isso, a separação de poderes exigiria que se reconheça que certos juízos que a Constituição pretendeu que sejam exercidos exclusivamente por determinado ator ou instituição não devem estar sujeitos nem mesmo ao controle judicial. Parte-se, com isso, da observação de que, nessas hipóteses, a intervenção judicial caracterizaria uma substituição indevida do juízo do ator ao qual a Constituição conferiu autoridade para decidir pelo do julgador.

Premissa semelhante é adotada pela literatura recente do direito administrativo que vem sugerindo a necessidade de imposição de limites ao controle judicial dos atos praticados pela Administração Pública. Aqui, ela serve como ponto de partida para que se chegue à conclusão de que

22 V., p. ex., VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. Editora Sumaré, 2002.

23 Barroso descreve e enfrenta algumas dessas críticas em BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

24 ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro*. In: LEAL, Fernando (Org.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, p. 103-124, 2019. p. 103-104. Essa visão foi também defendida pelo ministro do STF Paulo Brossard ao se posicionar de forma contrária à possibilidade de apreciação judicial de atos praticados pelo Congresso nos processos de *impeachment* (p. ex., no MS nº 20.941, no MS nº 21.564 e no MS nº 21.623). A posição do ministro foi descrita também em ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Impeachment: a maldição de Paulo Brossard*. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). **Onze supremos: O supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017. p. 238-241.

é desejável que o Judiciário aplique um controle mais deferente ao lidar com certos atos em certos casos, a fim de preservar a tomada de decisão da autoridade sob controle.²⁵

Em resumo, a definição das limitações aplicáveis ao controle judicial dos atos do presidente da República se situa no meio de um embate entre a noção de que o Judiciário deve ter a capacidade e a independência para coibir os abusos praticados pelos poderes políticos (em especial quando se trata de um ator com amplas competências, como o presidente) e, de outro lado, a compreensão de que o controle judicial pode perturbar o sistema de separação de poderes desenhado pela Constituição, dando ao Judiciário a autoridade para interferir em decisões que foram alocadas a outros atores ou instituições. Ao decidir sobre qual é o seu papel no controle dos atos do presidente, o Tribunal deverá ponderar e materializar essas visões mais amplas sobre o papel e os limites do Judiciário no controle de outros poderes.

2.2. Teorias jurídicas que expressam potenciais limitações ao controle judicial de atos do presidente da República

Assim como a proposição genérica de que o poder deve estar sujeito a freios e contrapesos para evitar abusos, a ideia geral de que o controle judicial exacerbado pode resultar em uma distorção do princípio democrático e da separação de poderes já foi, em certa medida, incorporada ao debate convencional. A forma ideal de sintetizar essas duas preocupações opostas, por outro lado, ainda é objeto de discussão. Ainda assim, há certas doutrinas e conceitos jurídicos que já foram desenvolvidos no Brasil e que materializam essas visões, ou buscam conciliá-las.

As doutrinas e os conceitos voltados para a limitação judicial que têm potencial aplicação no campo dos atos privativos do presidente da República provêm tanto do direito constitucional quanto do direito administrativo, tendo em vista que os atos praticados pelo presidente da República se situam na fronteira entre os campos de estudo dessas duas disciplinas.²⁶ Eles foram divididos em duas categorias, de acordo com o tipo de limitação que promovem ao controle judicial: na primeira, foram agrupados as

25 V. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009. p. 19-20; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 221-222; JORDÃO, Eduardo. **Levando a deferência a sério**, JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/levando-a-deferencia-a-serio-12052020>. Acesso em: 28 nov. 2021.

26 Isto decorre do fato de que o Presidente da República tem boa parte de suas competências definidas constitucionalmente e, ao mesmo tempo, integra a estrutura hierárquica da Administração Pública.

doutrinas e os conceitos voltados para a *exclusão* do controle judicial e, na segunda, as doutrinas e os conceitos voltados para a *limitação da intensidade* do controle.

2.2.1. Teorias baseadas na exclusão do controle judicial

A primeira categoria compreende as doutrinas que prescrevem que, diante de certos tipos de questões, deve haver uma exclusão *a priori* do controle judicial, sem que seja possível adentrar o seu mérito. Recorrendo à divisão das decisões judiciais em duas etapas, que se apresentou no capítulo anterior, as doutrinas e os conceitos de exclusão determinam que, se a resposta ao primeiro questionamento é que se está diante de uma questão cujo controle judicial é limitado, o Judiciário não deve sequer passar para a segunda etapa – o que, em termos processuais, corresponde a uma extinção do processo sem exame de mérito. Uma consequência disso é que essas teorias tendem a deixar o Judiciário de mãos atadas quando está diante de questões que se entendem imunes ao controle judicial, mesmo que em situações de ilegalidade flagrante.

No Brasil, é possível classificar três teorias potencialmente aplicáveis ao controle dos atos do presidente como baseadas na exclusão do controle judicial: a teoria das questões políticas, a teoria dos atos de governo e a doutrina da intangibilidade dos aspectos discricionários dos atos administrativos.

A teoria das questões políticas foi importada dos Estados Unidos da América (EUA) a partir do final do século XIX e, durante muito tempo, ditou os termos do debate no Brasil sobre os limites da atividade jurisdicional frente aos atos presidenciais. Nos EUA, a formulação mais atual dessa doutrina foi estabelecida no caso *Baker v. Carr*, julgado pela Suprema Corte, que estabeleceu parâmetros que orientariam a definição de quais questões deveriam ser consideradas políticas e, por isso, imunes ao controle judicial. Os dois parâmetros mais relevantes, que orientaram diversas decisões posteriores,²⁷ foram: (a) a existência de uma indicação no texto constitucional de que o poder de decidir a questão fora atribuído a outro poder; (b) a falta de parâmetros possíveis de serem desenvolvidos e gerenciados pelo Judiciário na decisão da matéria em casos futuros.²⁸

No Brasil, o STF se defrontou com casos de aplicação dessa teoria diversas vezes ao longo de sua existência. No que dizia respeito a poderes de presidente da República, o Tribunal aplicou a doutrina, excluindo a apreciação da questão que lhe fora colocada, com especial frequência ao tratar de casos relacionados uso de poderes de emergência pelo

27 TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. *NCL Rev.*, v. 80, p. 1203, 2001. p. 1213.

28 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

presidente, como a decretação de estado de sítio e de intervenção federal.²⁹ Nos casos que ela foi aplicada, os critérios para definição de quais questões deveriam ser consideradas políticas seguiram basicamente em dois sentidos: (a) as questões isentas de apreciação judicial são aquelas que não envolvem atos que oferecem nenhuma lesão a *direitos individuais*; e (b) as questões isentas de apreciação judicial são aquelas que envolvem *aspectos discricionários* dos atos praticados pelos poderes políticos.

O critério dos direitos individuais seguia a distinção entre as questões políticas em geral e as questões exclusivamente ou puramente políticas. As questões políticas em geral seriam todas aquelas que envolvessem atos praticados no exercício de uma função política; já as questões exclusivamente políticas seriam aquelas em que estivessem em jogo poderes “que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuais ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem”.³⁰ Esse critério foi adotado pelo STF em casos como o HC nº 1.063, julgado em 1898, o HC nº 2.984, julgado em 1910, e o MS nº 1.039, julgado em 1946.

Outro critério adotado com frequência pelo Tribunal, muitas vezes em conjunto com o dos direitos individuais, foi o dos aspectos discricionários dos atos praticados pelos demais poderes, segundo o qual caberia ao Judiciário analisar apenas a conformidade com os limites constitucionais e legais do ato, mas não seus aspectos discricionários. Foi o fundamento adotado, por exemplo, no julgamento do MS nº 1.423, julgado em 1951, em que o voto do relator, o ministro Luiz Gallotti, rejeitou preliminar de incompetência por entender que a questão em análise não envolvia “aspectos de oportunidade, acerto ou conveniência do ato, hipótese em que não caberia a apreciação judicial”, mas apenas “a legitimidade do ato no seu assento constitucional, matéria jurídica, que o Judiciário aprecia”.³¹

Um terceiro elemento, que não consiste propriamente em um outro critério, mas em um argumento adicional aos demais critérios, foi o adotado no HC nº 3.527, julgado em 1914, em que se questionava a constitucionalidade de estado de sítio decretado pelo presidente da República por violação dos requisitos para a sua decretação. No caso, entendeu-se que, ainda que se estivesse diante de uma questão que admitiria, em princípio, a atuação do Judiciário, a Constituição havia delegado ao Congresso Nacional a função de aprovar ou suspender o estado de sítio. Assim, o juiz e fiscal dos limites constitucionais do ato era o próprio Legislativo, de modo que o julgamento do caso pelo Supremo implicaria não só uma

29 TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 109.

30 BARBOSA, Rui. O direito do Amazonas ao Acre Setentrional. In: **Obras completas de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983, vol. 37, tomo 5. p. 114.

31 Voto do relator em STF, MS nº 1.039, rel. min. Ribeiro da Costa.

intervenção indevida nas prerrogativas do presidente, mas também uma usurpação da competência do Congresso.³²

A segunda doutrina baseada na exclusão do controle judicial, proveniente da tradição de direito administrativo, é a teoria dos atos de governo, que, na sua origem na doutrina francesa, buscava explicar juridicamente a existência de atos do Executivo que o Conselho de Estado se negava a apreciar por entender que eram “atos cuja interpretação e execução não podiam lhe ser atribuídas pela via contenciosa”.³³ Apesar de ter sido formulada como uma doutrina de exclusão de categorias de atos da apreciação judicial na sua origem, no Brasil, a visão dominante sobre essa teoria é a de que identificar certos atos como de governo não implica torná-los imunes ao controle judicial.³⁴ Entende-se, em geral, que, mesmo diante de atos de governo, é possível o controle judicial quando eles ultrapassarem os limites de sua discricionariedade³⁵ ou quando representarem lesão ou ameaça a direitos³⁶. Como se vê, portanto, a formulação dessa teoria pela doutrina brasileira é muito semelhante à da teoria das questões políticas – as duas expressões são mesmo utilizadas, com certa frequência, como sinônimos ou na forma do amálgama de “atos políticos”.³⁷

A terceira teoria que se volta para a exclusão do controle judicial, também proveniente da tradição de direito administrativo, é a da imunidade do mérito dos atos administrativos ao controle judicial. Segundo essa teoria, o mérito corresponde à margem de escolha discricionária que a lei deixa à Administração para eleger o melhor curso de ação dentro de seus limites.³⁸ Diante disso, seria possível ao Judiciário exercer o controle

32 TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 90-91.

33 MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, p. 67-85, 1993. p. 69-70.

34 V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 394; CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. II: teoria do ato administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 122; MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, p. 67-85, 1993. p. 69-70.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 394.

36 MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, p. 67-85, 1993. p. 69-70; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 940.

37 MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, p. 67-85, 1993; SCHMIDT, Thomas Joaquin. **Teoria dos atos políticos: origens históricas, referencial teórico nacional e estudos de caso**, 2018.

38 FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 23, p. 1-16, 1951. p. 6 (“Pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato – que poderá inspirar-se em diferentes razões, de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo – constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários”).

apenas da conformidade do ato com a lei, mas não adentrar o mérito para substituir a escolha da Administração pela sua.³⁹

Essas três teorias acabam se confundindo quando incidem sobre a figura do presidente da República. Isso decorre, em grande parte, do fato de que nem a teoria das questões políticas, nem a dos atos de governo, da forma como recebidas no Brasil, são entendidas como doutrinas que determinam a exclusão *a priori* de categorias inteiras de atos da esfera de incidência do controle judicial. Dessa forma, ao enfrentar casos de impugnação a atos marcadamente políticos, o Judiciário fará uma avaliação inicial da questão que lhe é apresentada para verificar se está em jogo lesão a direito ou extrapolação dos limites da discricionariedade (hipótese em que a teoria das questões políticas e a dos atos de governo se confundem com a da imunidade dos aspectos discricionários dos atos administrativos).

Disso decorre que, embora as teorias baseadas na exclusão do controle judicial sejam mais restritivas do que aquelas baseadas na limitação da sua intensidade, a forma como elas têm sido adotadas no Brasil confere ao Judiciário maior margem de atuação para definir se estão diante de um caso que não é passível de intervenção judicial.

2.2.2. Teorias baseadas na limitação da intensidade do controle judicial

A segunda categoria de teorias de limitação do controle judicial compreende aquelas voltadas para a limitação de sua intensidade, ao invés de sua exclusão *a priori*. Voltando ao paradigma das duas etapas das decisões judiciais sobre o controle dos atos do presidente, estas teorias de limitação prescrevem que, quando se entende na primeira etapa que se está diante de uma questão que merece autocontenção, passa-se, ainda assim, à segunda etapa de verificação da conformidade do ato com a lei – com a diferença de que essa verificação será menos rigorosa. Isso significa que, quando aplicada esta teoria, o Judiciário adentra o mérito da ação sob julgamento, mas enfrentará um ônus maior para efetivamente derrubar o ato impugnado.

As teorias baseadas na limitação da intensidade conferem ao Judiciário uma maior flexibilidade para intervir em atos que violem a lei ou a Constituição, especialmente diante de situações excepcionais ou de ilegalidade flagrante, já que nunca excluem completamente a possibilidade de que o ato impugnado seja cassado.

39 V., p. ex., MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 142 (“O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, ‘invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração.”).

No campo do direito constitucional, esse tipo de limitação já foi proposto por Souza Neto e Sarmento sob a forma de uma gradação da presunção de constitucionalidade dos atos normativos, que deveria ser mais forte ou mais fraca de acordo com algumas características da norma controlada.⁴⁰

A manifestação a favor da limitação da intensidade do controle judicial que tem sido mais influente recentemente vem, no entanto, do direito administrativo. Essa corrente surgiu, em parte, em resposta à constatação de que, com a complexificação do ambiente normativo aplicável à atuação da Administração Pública – decorrente, principalmente, do entendimento de que os princípios e direitos constitucionais incidem diretamente sobre ela – o paradigma da distinção entre mérito e legalidade para fixar os limites do controle judicial acabou se tornando inadequado. Esse processo foi descrito por Binenbojm nos seguintes termos:

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático (...). A filtragem constitucional do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. (...) [S]obreleva a importância dos princípios e regras constitucionais na densificação do ambiente decisório do administrador e amenização dos riscos próprios da normatização burocrática.⁴¹

Assim, conforme se ampliaram as normas que fundamentam e limitam a atuação administrativa, tornou-se nebulosa a separação entre legalidade e mérito, ou entre vinculação e discricionariedade⁴² – a rigor, todos os atos seriam vinculados, em última instância, aos princípios e aos direitos constitucionais. Em resposta a esse cenário, Binenbojm propôs a variação

40 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 460-465.

41 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 38. O mesmo processo é descrito por WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise de jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: FGV, 2010, versão digital, p. 236-305 e JORDÃO, Eduardo. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017.

42 *Ibid*, p. 39.

da intensidade (que ele chama de “densidade”) do controle judicial em correspondência a diferentes “graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”.

Esses graus seriam, numa escala decrescente de vinculação: (a) o dos atos vinculados por regras; (b) o dos atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (c) o dos atos vinculados diretamente por princípios.⁴³ O autor propõe que a intensidade do controle judicial seja modulada de acordo com esse grau de vinculação – quanto mais fraca a vinculação, menos intenso deve ser o escrutínio judicial –, em conjunto com outros fatores (o grau em que a decisão envolve um juízo político; o grau em que a decisão envolve um juízo técnico; o grau de participação social no processo que resultou na decisão; e o grau de restrição a direitos fundamentais imposto pela decisão).⁴⁴

2.3. Alguns problemas latentes nos critérios adotados pelas teorias de exclusão do controle judicial

Como visto, as teorias voltadas para a exclusão do controle judicial de certas questões já utilizaram dois critérios para delimitar quais são essas questões: o critério da discricionariedade, que serviria para afastar determinadas questões do controle judicial, e o critério da lesão ou ameaça a direito, que serviria para atraí-las.⁴⁵ Contudo, alguns dos desenvolvimen-

43 *Ibid.*, p. 221-222.

44 *Ibid.*, p. 253-254. Eduardo Jordão também propõe uma variação na intensidade do controle judicial da atividade administrativa que considere o grau de indeterminação do direito e características institucionais das instituições que promovem e das que são alvo do controle (JORDÃO, Eduardo, **Levando a deferência a sério**, JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/levando-a-deferencia-a-serio-12052020>. Acesso em: 29 nov. 2021). Outros autores, voltados especificamente para o controle judicial das agências reguladoras, propõem outros critérios para a aplicação de deferência, baseados, por exemplo, na ambiguidade da norma que orienta a atuação da agência ou em fatores como a abertura democrática, a legalidade e transparência dos procedimentos e o histórico de atuação da agência. V. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

45 Seria possível entender estes dois critérios como expressões do mesmo fenômeno. Veja-se, por exemplo, Di Pietro: “[S]e diz que o poder da Administração é **vinculado**, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de certos requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 249. Entendo, apesar disso, que esses critérios levarão a conclusões distintas a depender da interpretação que se dê a eles (mais sobre isso adiante). Por exemplo, caso se adote conceito mais restritivo de direitos, limitando-os aos direitos individuais ou coletivos, haverá casos de violação à lei ou à Constituição que não constituirão violação a direitos (imagine-se, por exemplo, um ato que é inconstitucional por invadir as competências de outro ente federativo).

tos recentes da doutrina constitucional e administrativa carregam em si o potencial para deteriorar a capacidade desses critérios de servirem como limitadores.

Um desses desenvolvimentos já foi apresentado no tópico anterior. Conforme descrito, o aumento da complexidade do ambiente normativo em que se situa a atuação administrativa – em particular, com o reconhecimento de que normas constitucionais também vinculam diretamente a sua atuação – comprometeu a capacidade do paradigma da separação entre a legalidade e o mérito administrativo para orientar os limites do controle jurisdicional. Afinal, a consequência nessa mudança de entendimento é que, a rigor, todos os atos do poder público passam a estar vinculados em alguma medida por alguma norma constitucional abstrata. O reconhecimento desse fato já serviu como ponto de partida para o argumento, mencionado no tópico anterior, de que, dados os diferentes graus em que os atos poderiam sofrer restrições pela ordem jurídica, deveria haver uma gradação também da intensidade do controle judicial aplicado a eles.⁴⁶ Esse tipo de argumento se encaixa com mais facilidade na noção de que os atos são vinculados a normas jurídicas em diferentes graus. Se, no entanto, a discricionariedade é utilizada como critério para definir certos limites *intransponíveis* ao controle judicial, a noção de que todo ato é vinculado em alguma medida torna-se um ponto mais sensível. Para que as teorias voltadas para a exclusão façam uso desse critério e, ao mesmo tempo, preservem sua função de limitação do controle judicial, passa a ser necessário que elas definam qual nível de discricionariedade deve estar presente para que o Judiciário entenda que deve sair de cena. Essa é uma complexidade inerente à adoção do critério da discricionariedade para teorias de exclusão do controle judicial que deveria ser enfrentada pelo Tribunal ao aplicá-las. Contudo, como será demonstrado, o Tribunal não vem fornecendo parâmetros claros para a definição do grau de discricionariedade que afasta o controle judicial.

O outro critério que, conforme já descrito, é comumente utilizado para delimitação das questões excluídas do controle judicial é o da lesão ou ameaça a direito. Contudo, os desenvolvimentos recentes nas visões sobre a extensão desse conceito de direito agregam a ele certas complexidades. O critério vem sendo entendido como uma materialização da previsão do art. 5º, XXXV de que a lesão ou ameaça a direito não poderá ser excluída pela lei da apreciação judicial.⁴⁷ É comum a visão de que esse

46 V. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 38.

47 Certos autores, como Di Pietro, Medauar e Bandeira de Mello, expressamente qualificam o critério dessa forma. V. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 940; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 394; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 147-148.

dispositivo, ao não qualificar o direito como individual, conduziria a uma ampliação dos tipos de direitos cuja alegação de violação serviria para tornar qualquer matéria apreciável pelo Judiciário – com isso, a arguição de quaisquer direitos, inclusive aqueles classificados como coletivos ou difusos, impediria que certa questão fosse excluída do controle judicial.⁴⁸ Os direitos difusos, por sua vez, podem ser extraídos de violações a normas bastante abstratas,⁴⁹ que, como já mencionado, incidem sobre os atos praticados pela Administração Pública em geral. Assim, a depender da forma como esse critério é adotado, ele também poderá acabar comprometendo o potencial de limitação das teorias de exclusão do controle judicial.

3. AS LIMITAÇÕES AO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS PRIVATIVOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para selecionar as decisões que foram analisadas, inseriram-se na ferramenta de busca de jurisprudência do site do STF, simultaneamente, a expressão “art. 84” (ou “artigo 84”) – em referência ao art. 84 da Constituição, que lista os atos privativos do presidente da República – no corpo da decisão e a expressão “presidente da República” no campo das partes. Desses critérios de seleção, resultou um conjunto de 150 (cento e cinquenta) decisões que tinham por objeto atos praticados pelo presidente no exercício das competências do art. 84 da Constituição.⁵⁰

Após a leitura dessas decisões, foram excluídas 50 (cinquenta) que extinguíam o processo sem exame de mérito por motivo diverso do entendimento de que a matéria estava excluída de controle judicial (por exemplo, falta de legitimidade ativa, perda de objeto, ilegitimidade passiva...), a

48 V. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 940 (“No entanto, se houver lesão a direitos individuais e, atualmente, aos chamados interesses difusos protegidos por ação popular e ação civil pública, o ato de Governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário. (...)”); MEDAUAR, Odetto. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 147-148 (“Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial. Mas nem por isso afastam a apreciação da Justiça quando arguidos de lesivos a direito individual ou ao patrimônio público”).

49 Veja-se, como exemplo, julgado do STJ que entendeu configurada lesão a direito difuso por violação ao princípio da moralidade administrativa: “A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso. (...) Considerando o cânone de que a todo direito corresponde uma ação [sic] que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública.” (STJ, REsp 510.150, 1ª Turma, rel. min. Luiz Fux, j. 17/02/2004).

50 Alguns resultados correspondiam a processos de controle concentrado de constitucionalidade em que o Presidente era incluído como parte por ter sido intimado para se manifestar; esses processos foram excluídos.

menos que elas mencionassem, como fundamento adicional para a inadmissibilidade, a impossibilidade de controle judicial da matéria. A exclusão partiu do entendimento de que essas decisões não se manifestavam sobre os limites do controle judicial, já que inadmitiam as ações antes mesmo de pronunciar-se a respeito. Quanto às demais decisões, entendeu-se que havia algum pronunciamento sobre esses limites, fosse reconhecendo expressamente a impossibilidade/possibilidade de controle, fosse aplicando doutrinas de limitação ao controle/reconhecendo expressamente que elas não se aplicam, ou mesmo simplesmente decidindo sem qualquer consideração sobre os limites do controle da matéria (implicitamente reconhecendo que não haveria qualquer limite). Ao final, após essa exclusão, foram analisadas 100 (cem) decisões do STF.

As decisões foram segregadas em seis categorias de acordo com o tipo de poder presidencial ao qual estavam relacionadas: (i) poder de edição de decretos; (ii) poderes legislativos; (iii) poder de nomeação e destituição de pessoal da Administração Pública Federal; (iv) poder de representação nas relações internacionais; (v) poder de política criminal e (vi) poderes emergenciais. Preferiu-se organizar as observações com base em categorias relacionadas a *poderes* presidenciais, e não a *atos* estritamente falando, porque se entendeu que alguns dos atos compartilhavam expectativas e resultados semelhantes que deveriam ser apresentados em conjunto, e também para facilitar a apresentação.

Pretendeu-se extrair, a partir dos dados, conclusões de duas ordens diferentes: (a) qual é o produto jurídico das decisões quanto aos limites do controle judicial desses atos (incluindo os conceitos e as doutrinas adotadas, bem como os critérios); (b) o que o produto jurídico dessas decisões representa quanto ao papel que o STF entende que deve ter no controle desse tipo de ato.

3.1. Poder regulamentar

O poder regulamentar do presidente da República compreende a edição de decretos regulamentares ou autônomos. Os decretos regulamentares são atos, de competência exclusiva do presidente da República, que lhe cabem editar para regulamentar a legislação federal, conforme o art. 84, IV da Constituição. Entende-se que seu papel é complementar a lei e, portanto, eles não podem “inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas (...)”.⁵¹ Como seu papel está subordinado à lei, há um limite que eles não podem ultrapassar, sob pena de extrapolar o poder regulamentar.

51 DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 118.

Já os chamados decretos autônomos são admitidos excepcionalmente na Constituição e não têm função regulamentar – ao contrário dos decretos regulamentares, eles inovam na ordem jurídica. Esse poder decorre do art. 84, VI, da Constituição, que permite que o presidente disponha, mediante decreto, sobre a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” e sobre a “extinção de funções ou cargos públicos”.

A Tabela 1 a seguir sintetiza a composição das decisões sobre poder regulamentar que foram analisadas:

Tabela 1. Decisões sobre poder regulamentar

Decisões do Plenário	8
Decisões monocráticas	19
Total	27

É possível questionar judicialmente um decreto regulamentar que exorbitou a competência regulamentar do presidente. Alguns dos casos analisados veiculavam esse tipo de impugnação⁵² e, ao decidir sobre eles, o Tribunal sempre partiu da premissa de que é possível o controle judicial desses atos sob esses aspectos, sem analisá-la explicitamente.

Os demais casos analisados tratavam de controvérsias suscitadas quanto à violação de normas de direito material – outras leis, no caso de decretos regulamentares, ou outras leis e/ou a Constituição, no caso dos decretos autônomos.⁵³ Em todos esses casos, as decisões seguiram a mesma lógica quanto à análise da possibilidade de controle dos atos questionados: a existência dessa possibilidade foi presumida e passou-se direto à análise de mérito.

Em nenhum dos casos, houve, tampouco, discussão sobre possível dever de deferência na avaliação da legalidade ou da constitucionalidade do ato.

O que se extrai disso é que o Supremo entende ser possível a aplicação de controle judicial irrestrito nessas condições, sem haver declarado expressamente as razões para isso. Esse tipo de postura é comumente adotado pela jurisprudência do Tribunal com relação a outros atos, como se verá adiante. Diante dela, é sempre possível trabalhar com a seguinte

52 Por exemplo, STF, ADPF 763, Monocrática, rel. min. Marco Aurélio Mello, j. 17/11/2020.

53 A distinção foi feita porque o STF entende que, como os decretos regulamentares não inovam na ordem jurídica, qualquer violação à Constituição que eles representem decorrerá (a) de uma violação do decreto aos limites da lei ou (b) de uma violação da lei aos limites da Constituição. Portanto, ele entende que não é possível fazer o controle abstrato da constitucionalidade de um decreto regulamentar. V., p. ex., STF, ADI nº 3239, Plenário, rel. rin. Cezar Peluso, j. 08/02/2018.

hipótese: o Tribunal entende que o cabimento do controle deste tipo de ato sob este aspecto é evidente, portanto, acredita que não é necessário abordá-lo expressamente. Essa parece ser uma boa explicação para a postura adotada quanto aos decretos presidenciais; afinal, o ato de editar decretos regulamentares e autônomos assemelha-se bastante à edição de leis, cuja possibilidade de controle judicial é aceita de forma pacífica. Mais adiante, será analisada a jurisprudência sobre o controle judicial das medidas provisórias, que adota o mesmo tratamento ao analisar os casos de impugnação desses atos por violação de normas materiais da Constituição.

3.2. Poderes legislativos

Dentre os atos analisados, aqueles que expressam um poder do presidente de atuar na produção legislativa são a iniciativa privativa de lei, o veto e a medida provisória. O primeiro ato é exercido na forma do art. 84, III (“iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição”) e do art. 61, § 1º da Constituição, que lista as matérias cuja legislação é de iniciativa privativa da Presidência. Esse poder é excepcionalmente conferido ao presidente com relação às matérias que estão mais ligadas às funções do Executivo – por exemplo, criação de cargos na Administração Pública, servidores públicos federais e orçamento público.

O poder de veto decorre do art. 84, V (“vetar projetos de lei, total ou parcialmente”) da Constituição e é disciplinado também pelo art. 66. O mecanismo de sanção e veto materializa um processo legislativo por meio do qual a lei, para ser promulgada, pressupõe a concordância do Legislativo e do Executivo.

O poder de editar medidas provisórias, por sua vez, decorre do art. 84, XXVI (“editar medidas provisórias com força de lei (...)”) da Constituição e é regulado pelo art. 62, que, no seu *caput*, prevê a possibilidade de sua edição em caso de relevância e urgência. Trata-se de instrumento por meio do qual, excepcionalmente, o presidente é capaz de introduzir unilateralmente ato normativo que terá força de lei durante sessenta dias, antes mesmo que ele seja apreciado pelo Congresso.

A Tabela 2 a seguir sintetiza a composição das decisões sobre poderes legislativos analisadas:

Tabela 2. Decisões sobre poderes legislativos

	Iniciativa	Veto	Medida provisória	Total
Decisões do Plenário	1	3	0	4
Decisões monocráticas	4	5	11	20
Total	5	8	11	24

O Plenário do STF firmou, em 1996, no julgamento do MS nº 22.439,⁵⁴ o entendimento de que não seria possível impor que o presidente apresentasse proposta de lei de sua iniciativa privativa que concedesse reajuste dos vencimentos dos servidores públicos, tendo como base uma exigência prevista em lei infraconstitucional. O que se decidiu foi que a lei, de fato, obrigava o presidente a efetuar os reajustes em certa data-base, mas que, “mais do que a lei infraconstitucional, é a própria Constituição que reservou ao presidente da República a iniciativa de propor aumento de vencimentos do funcionalismo público”. Entendeu-se, também, que a própria Constituição não previa regra que limitasse o poder presidencial – única hipótese em que seria possível intervir – logo, a ação foi julgada improcedente no mérito. A conclusão adotada pelo Tribunal parece ter sido a de que, como a lei não vinculava o presidente e não havia norma constitucional que o obrigasse a apresentar o projeto de lei, simplesmente não havia nenhuma ilegalidade na sua atuação. Não houve propriamente o reconhecimento de que o controle judicial estava excluído, embora o Tribunal tenha considerado o fato de que “a iniciativa legislativa é uma etapa do processo legislativo e, como tal, é um ato de caráter eminentemente político” para chegar à conclusão de que a lei não poderia limitá-la.

Há um julgado monocrático do ministro Celso de Mello, no MS nº 22.185,⁵⁵ julgado em 1995, em que se enfrentou a possibilidade de “compelir o presidente da República a incluir no projeto de lei orçamentária para 1995 autorização de despesa concernente ao pagamento do benefício do Auxílio-refeição para os servidores públicos federais dos extintos Territórios...”. Nele, adotou-se a conclusão de que não existia possibilidade jurídica de intervenção judicial para compelir o presidente a alterar projeto de lei apresentado por ele, pois “[e]ssa intervenção jurisdicional (...) permitiria ao Judiciário interferir na própria programação administrativa e financeira do Governo, imiscuindo-se, de modo indevido, em uma área que (...) está sujeita à discricção executiva do presidente da República”. Seria possível exercer o controle judicial desse ato apenas para dar efetividade aos “condicionamentos que lhe são impostos pela própria Constituição (art. 99, p. ex.), pela lei de diretrizes orçamentárias e pelo plano plurianual”. Essa decisão reconheceu expressamente que a questão estava excluída do controle judicial e extinguiu o processo sem exame de mérito. Com isso, adotou solução distinta da adotada pelo Plenário no MS nº 22.439; contudo, isso é explicado pelo fato de que esta decisão é anterior à manifestação do colegiado.

Há um grupo de casos, composto por duas decisões monocráticas (MS nº 31.618⁵⁶ e MS nº 33.193⁵⁷), em que o Tribunal entendeu cabível e devida

54 STF, MS nº 22.439, Plenário, rel. min. Maurício Corrêa, j. 15/05/1996.

55 STF, MS nº 22.185, Monocrática, rel. min. Celso de Mello, j. 29/03/2015.

56 STF, MS nº 31.618, Monocrática, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 12/11/2012.

57 STF, MS nº 33.193, Monocrática, rel. min. Rosa Weber, j. 30/10/2014.

a revisão judicial de projeto de lei orçamentária que havia alterado as propostas orçamentárias encaminhadas ao presidente pelas entidades dotadas de autonomia financeira (o Ministério Público, no caso do MS nº 31.618, e a Defensoria Pública, no caso do MS nº 33.193). Em ambos os casos, reconheceu-se que a instauração do processo legislativo em matéria orçamentária era um ato eminentemente político. No entanto, entendeu-se que, como a própria Constituição, nos seus arts. 127, §§ 3º e 4º e 165, III, 99, § 4º, e 134, § 2º, previa que o presidente tinha autoridade para apenas consolidar as propostas e alterá-las para adequá-las à Lei de Diretrizes Orçamentárias, era possível intervir para exigir que o presidente enviasse as propostas originais neste caso. Embora não explicitamente, reconheceu-se que, pelo fato de estar em jogo uma violação aos limites da competência presidencial, vinculados por regra prevista na Constituição, era possível a intervenção judicial, a despeito de se tratar de juízo político.

O segundo tipo de ato analisado foi o de veto. O precedente mais emblemático quanto a esse tipo de ato é a ADPF 1,⁵⁸ que não estava incluída no universo de pesquisa deste trabalho, porque essa decisão tratava de veto oposto por prefeito, não pelo presidente. Apesar disso, esse precedente tem sido adotado como referência pelos julgados que tratam do poder de veto presidencial, portanto, ele será descrito em linhas gerais. Na ADPF nº 1, questionava-se veto do prefeito do Rio de Janeiro a projeto de lei municipal, fundado em inconstitucionalidade. Alegava-se, para isso, uma violação do preceito fundamental da separação de poderes. Ao julgar a ação, o Plenário decidiu que essa questão estava excluída do controle judicial, tendo em vista que “o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto (...) compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço”. Também foi relevante para a conclusão adotada o fato de que o Legislativo era a instituição a quem cabia exercer esse controle, que intervir judicialmente invadiria a competência legislativa e que, como a parte do projeto de lei vetada não era lei, nem ato normativo, controlá-la implicaria exercer controle prévio de constitucionalidade, que não se admitia.

A despeito do entendimento firmado na ADPF nº 1, no primeiro caso em que se tratou do controle judicial de veto do presidente da República, na ADPF nº 45,⁵⁹ houve longa manifestação favorável ao deferimento da ação, sem abordar qualquer controvérsia quanto ao cabimento de controle judicial do ato de veto em julgado monocrático. Ao final, o ministro relator, Celso de Mello, extinguiu o processo sem exame de mérito por entender que a ação havia perdido seu objeto, mas, antes de fazê-lo, manifestou o seu entendimento sobre a questão de fundo – defendendo, prin-

58 STF, ADPF nº 1, Plenário, rel. min. Néri da Silveira, j. 03/02/2000.

59 STF, ADPF 45, Monocrática, rel. min. Celso de Mello, j. 29/04/2004.

principalmente, a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, mas também pressupondo, sem abordar o precedente firmado na ADPF nº 1, a possibilidade de controlar judicialmente o ato de veto. As teses lançadas nessa decisão não constituem propriamente precedentes, já que o processo foi, na verdade, extinto sem exame de mérito. Apesar disso, ele passou a ser citado como tal pelo próprio ministro Celso de Mello e por outros ministros, sendo invocado para defender a tese da possibilidade de controle judicial de políticas públicas.⁶⁰ Além disso, ele foi citado mais recentemente por decisão monocrática para fundamentar a tese do cabimento do controle judicial de veto, como se verá adiante.

No julgamento do MS nº 33.694,⁶¹ a ministra Carmen Lúcia enfrentou, em julgado monocrático, a impugnação de veto presidencial a dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Alegava-se que o veto frustrava a concretização da política de inclusão social de pessoas com deficiência, prevista nos arts. 5º, § 2º e § 3º, e 206, I, da Constituição. A ministra, nessa ocasião, inadmitiu a ação por entender que o mandado de segurança não era a via cabível, mas, ao mesmo tempo, reafirmou a jurisprudência firmada na ADPF nº 1, entendendo que “[p]retenções jurídicas dessa ordem veem-se obstaculizadas não apenas por serem contra o exercício regular de prerrogativa constitucional atribuída ao Chefe do Poder Executivo (art. 84, inc. V, da Constituição da República), mas pela natureza política do provimento (ato de governo)”.

O precedente mais recente do Supremo sobre o controle judicial de veto presidencial ocorreu no julgamento dos pedidos de liminar nas ADPF nº 714, 715 e 718.⁶² O caso envolvia veto do presidente Jair Bolsonaro a dispositivos do projeto de lei federal que dispunha sobre a “obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção para circulação em locais públicos, as penas previstas, uso das forças de segurança públicas, medidas administrativas e o cometimento de infração da ordem econômica”⁶³ no contexto da pandemia de Covid-19. As ações questionavam o veto sob a alegação de violação a preceitos fundamentais como o direito à saúde, o direito à vida e o princípio da separação de poderes. Além disso, duas delas questionavam o fato de que, após haver vetado determinados dispositivos da lei, a Presidência publicou, três dias depois, novos vetos. Alegava-se, diante disso, também violação ao princípio da separação de poderes, visto que o ato, “sob desculpa de retificação, na prática veta[va] texto de Lei já sancionada, promulgada e publicada”.⁶⁴

60 V. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, 2015.p. 143-144.

61 STF, MS nº 33.964, Monocrática, rel. min. Cármen Lúcia, j. 06/08/2015.

62 STF, ADPF 714, rel. min. Gilmar Mendes, j. 03/08/2020.

63 Ementa do Projeto de Lei nº 1.572/2020, transformado na Lei nº 14.019/2020.

64 Petição inicial do partido Rede Sustentabilidade na ADPF nº 715.

O ministro relator, Gilmar Mendes, ao julgar as ações monocraticamente, reconheceu a incidência do precedente da ADPF nº 1, que havia rejeitado a possibilidade de controle judicial do veto presidencial. No entanto, ao tratar da segunda alegação, entendeu que se estava diante de “[h]eterodoxia procedimental que inviabiliza o não conhecimento dos pedidos deduzidos pelas partes autoras (...) com apoio no fundamento de que a controvérsia constitucional que se coloca articula matéria circunscrita à intimidade do exercício do poder político”. Ao tratar da segunda, o ministro defendeu longamente a necessidade de se alterar a jurisprudência do Tribunal quanto à insindicabilidade do veto, ao menos quando se tratasse de veto por inconstitucionalidade. A visão então manifestada foi a de que seria “contrária à exigência de vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição que o presidente da República se valha do veto com fundamento de inconstitucionalidade com a mesma liberdade que lhe concede o veto com esteio no interesse público”. Para sustentar essa tese, citou o posicionamento adotado na ADPF nº 45, a despeito do fato de que esse julgado consistia na verdade numa extinção do processo sem exame de mérito e nem mesmo tratava da possibilidade de controle judicial do veto explicitamente.

O Plenário, ao se manifestar sobre a questão em sede definitiva,⁶⁵ aderiu à visão do ministro relator sobre a possibilidade de controle dos vetos republicados, tendo em vista se estar diante de violação ao procedimento previsto na Constituição. Com isso, pareceu cancelar a ideia de que os aspectos do ato que sejam vinculados a regras procedimentais não são imunes de controle judicial. A parte da impugnação que dizia respeito a violações materiais ao direito à vida, à saúde etc., no entanto, foi julgada prejudicada, porque o Congresso já havia apreciado e rejeitado os vetos opostos aos dispositivos em questão. Portanto, nem o ministro relator reproduziu suas defesas da admissão do controle a veto por motivo de inconstitucionalidade, nem o Tribunal se manifestou sobre isso.

O terceiro tipo de ato analisado nesta categoria são as medidas provisórias (MPs). As decisões analisadas nesta área podem ser divididas em três blocos: um primeiro, que se centrou na controvérsia sobre a possibilidade de reedição de medidas provisórias quando rejeitadas formal ou tacitamente pelo Congresso; um segundo, que tratou do controle de constitucionalidade material do conteúdo das MPs; e um terceiro, que abordou o controle judicial do cumprimento dos pressupostos de relevância e urgência para a sua edição.

O Supremo se pronunciou diversas vezes sobre a primeira controvérsia, que dizia respeito à possibilidade de que o presidente da República editasse medida provisória que carregasse essencialmente o mesmo

65 STF, ADPF nº 714, Plenário, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17/02/2021.

conteúdo de outra que já havia sido rejeitada expressamente pelo Congresso, ou rejeitada tacitamente ao perder eficácia pelo decurso do seu prazo sem que o Congresso a votasse. No julgamento do pedido liminar na ADI nº 293⁶⁶, ele entendeu que a Constituição vedava essa reedição e, portanto, julgou a ação procedente no mérito para suspender a eficácia dos dispositivos reeditados. Depois, no julgamento da ADI nº 295⁶⁷, também em sede liminar, o Tribunal entendeu que não era vedada a reedição de MPs se o Congresso não havia votado para rejeitar expressamente o conteúdo da primeira medida, mas ela havia perdido efeito pelo decurso do prazo.⁶⁸ Mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 32, a Constituição viria a proibir expressamente a reedição de MP que tivesse sido rejeitada expressa ou tacitamente na mesma sessão legislativa (art. 62, § 10^o).

Por trás da forma como essa questão foi enfrentada nas decisões estava um entendimento tácito de que cabia ao Supremo revisar o ato de reedição de MP se ele entendesse que esse ato era contrário à Constituição. Não foi abordada qualquer limitação ao controle judicial desse tipo de caso; possivelmente, por se tratar de definição da extensão da competência do presidente para praticar o ato, tipo de decisão para a qual o Supremo costuma se entender competente.⁶⁹ Apesar disso, o limite que o Tribunal aplicou não estava claramente expresso na Constituição, mas dependeu de interpretação com certa margem de discricionariedade.

No segundo bloco de decisões analisadas, estão incluídas aquelas que julgaram a compatibilidade do conteúdo das medidas provisórias com a Constituição.⁷⁰ O Supremo vem consistentemente admitindo a aplicação de controle judicial irrestrito nesses casos, sem examinar a possibilidade de qualquer limitação. Aqui, parece estar em jogo o entendimento de que a incidência de controle judicial é evidente, tendo em vista que – como no caso dos decretos – o controle de medidas provisórias com força de lei se assemelha muito ao controle de constitucionalidade de leis, que é admitido de forma pacífica no Brasil.

66 STF, ADI nº 293, Plenário, rel. min. Celso de Mello, j. 06/06/1990.

67 STF, ADI 295, Plenário, rel. min. Paulo Brossard (relator do acórdão: min. Marco Aurélio Mello), j. 22/06/1990.

68 Além das duas ações citadas, também foram analisadas outras ações que reiteraram esse entendimento, por exemplo: STF, ADI 3.964. Plenário, rel. min. Carlos Ayres Brito, j. 12/12/2007.

69 Esta visão foi expressa, por exemplo, pelo voto do ministro Néri da Silveira (“(...) [P] ela função precípua de guarda da Constituição, conferida, em regra expressa, ao Supremo Tribunal Federal, cumpre-lhe, destarte, ao dirimir controvérsias, (...) enunciar, no curso do tempo, o sentido e o alcance dos dispositivos da Lei Maior, incumbindo-lhe, outrossim, no exercício dessa competência, definir os exatos limites dos poderes que a Constituição quer investidos no Congresso, o Governo e os Tribunais, a União, os Estados e os Municípios”).

70 Por exemplo: STF, ADI nº 37, Plenário, rel. min. Francisco Rezek, j. 12/04/1989; STF, ADI nº 1.516, Plenário, rel. min. Sydney Sanches, j. 06/03/1997.

O terceiro bloco de decisões inclui aquelas que enfrentam as limitações ao controle judicial dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias, previsto no art. 62, caput, da Constituição. A primeira vez em que o Tribunal tratou dessa questão foi no julgamento da liminar na ADI nº 162.⁷¹ Nessa ocasião, ele considerou explicitamente a possibilidade de controle dos pressupostos e entendeu que os conceitos de relevância e urgência “decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando [sic] ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto”. Não foi fornecida nenhuma orientação quanto ao que consistiria em um excesso do poder de legislar a justificar a intervenção judicial.

Apesar disso, o Tribunal se pronunciou em diversos casos desde então sobre os limites ao controle judicial desses pressupostos e vem reiterando critério distinto: a revisão judicial de medida provisória com base na ausência de relevância e urgência é somente “excepcional”⁷² para os casos em que a falta dos requisitos “possa ser constatada objetivamente”⁷³ ou “seja evidente”⁷⁴. Com isso, ele materializa um critério voltado não à exclusão, mas à limitação da intensidade do controle judicial das medidas provisórias sob esse aspecto, ao estabelecer um ônus maior para que os atos sejam efetivamente revertidos pelo Judiciário, mas sem subtrair dele esse juízo, por entender, na esteira do entendimento manifestado no julgamento da ADI nº 162, que “[a] mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos, pelo chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional”.⁷⁵ A aplicação desse tipo de doutrina será excepcional na jurisprudência analisada; em geral, o STF adota a noção de exclusão ao entender que é devida limitação ao controle.

A razão para o entendimento de que, quando analisadas sob o aspecto dos pressupostos de relevância e urgência, as medidas provisórias devem ser submetidas a um juízo mais deferente parece estar no fato de que esses conceitos conferem discricionariedade ao presidente na sua avaliação, conforme vem sendo admitido desde a ADI nº 162.

3.3. Poder de representação do Brasil nas relações internacionais

Esta categoria inclui o ato de extradição e os demais atos que decorrem do seu poder de representar o Brasil nas relações internacionais (no caso,

71 STF, ADI nº 162, Plenário, rel. min. Moreira Alves, j. 14/12/1989.

72 STF, ADI nº 1.397, Plenário, rel. min. Carlos Velloso, j. 28/04/1997; STF, ADI nº 1.516, Plenário, rel. min. Sydney Sanches, j. 06/03/1997; STF, ADI nº 1.910, Plenário, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 16/04/2004.

73 STF, ADI nº 1.516, Plenário, rel. min. Sydney Sanches, j. 20/12/2000.

74 STF, ADI nº 2.557, Monocrática, rel. min. Ilmar Galvão, j. 14/11/2001.

75 STF, ADI nº 162, Plenário, rel. min. Moreira Alves, j. 14/12/1989.

o único tipo de ato além da extradição incluído no universo da pesquisa foi a decisão de desacreditação de corpo diplomático), conforme o art. 84, VII e VIII, da Constituição.

A Tabela 3 a seguir sintetiza a composição das decisões sobre poderes de relações internacionais que foram analisadas:

Tabela 3. Decisões sobre poder de representação nas relações internacionais

	Extradição	Desacreditação	Total
Decisões do Plenário	2	0	2
Decisões monocráticas	3	3	6
Total	5	3	8

Quanto ao ato de extradição, há um precedente claro do Plenário que entendeu pela sua insindicabilidade, que ocorreu no julgamento da Rcl nº 11243, na qual a República Italiana questionava a negativa pelo então presidente Lula de entrega de Cesare Battisti, cidadão italiano que estava em processo de extradição.

O STF já havia se manifestado nesse processo, em decorrência de sua competência prevista no art. 102, I, “g” da Constituição,⁷⁶ em uma decisão que também envolveu extenso debate sobre os limites do poder do presidente na extradição. No julgamento da Ext nº 1.085,⁷⁷ o Tribunal, preliminarmente, anulou a decisão administrativa do Ministério da Justiça que havia concedido refúgio político ao extraditando, nos termos do art. 1º, I da Lei nº 9.474/97⁷⁸ e deferiu a extradição.

Os ministros, então, discutiram que efeitos essa decisão teria sobre o presidente, sob dois aspectos. Primeiro, analisou-se qual era a extensão do papel do Judiciário para processar e julgar a extradição, previsto no art. 102, I, “g”: se era ele o protagonista da decisão de entrega do extraditando, que seria meramente executada pelo presidente, ou se o protagonista era o presidente, e o STF teria apenas o papel de autorizar a entrega em momento anterior à sua decisão. O que se decidiu foi que o presidente não é meramente executor da decisão judicial, mas tem poder independente de decidir sobre a entrega do extraditando conforme o

76 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;”

77 STF, Rcl nº 11.243, Plenário, rel. min. Gilmar Mendes, j. 08/06/2011.

78 “Art. 1º. Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;”

tratado bilateral firmado com a Itália, ainda que o Judiciário a autorize. Havia, no entanto, uma segunda questão sensível que era particular ao caso: o Judiciário havia deferido a extradição e anulado o refúgio concedido ao extraditando por ter entendido que ele não sofria “fundados temores de perseguição por motivos de (...) opiniões políticas”, já que os crimes que ele havia cometido em seu país não eram crimes políticos, mas crimes comuns. O tratado de extradição entre Brasil e Itália, por sua vez, permitia a não entrega do extraditando quando a parte requerida tivesse “razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”. O Tribunal teve que decidir se, dado que já havia manifestado sua interpretação de que não havia fundado temor de perseguição porque os crimes não eram políticos, o presidente deveria adotá-la, ainda que, em princípio, pudesse decidir de forma independente. Ao fim, a conclusão que foi incorporada à ementa foi a de que “[d]ecretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente”. Não se deixou claro, no entanto, se ele deveria observar os termos do tratado *conforme interpretado pelo STF*.

Após a decisão, o então presidente Lula decidiu não entregar o extraditando. Na Rcl nº 11.243,⁷⁹ a República Italiana questionou judicialmente essa decisão, por entender que ela havia desrespeitado a autoridade do acórdão do STF na Ext nº 1.085. Então, o Tribunal teve que enfrentar diretamente a possibilidade de controle judicial da decisão de não entregar o extraditando. Por trás disso, estava a questão de quem teria a autoridade para, naquele caso, interpretar os termos da lei (e, no caso, do tratado) de forma definitiva – afinal, o Judiciário já havia emitido sua interpretação e a decisão presidencial de não entregar o extraditando exteriorizava a adoção de interpretação diversa. Dessa vez, ao decidir, o Supremo foi forçado a lidar com a vagueza com que tinha estabelecido os limites do poder presidencial na extradição na decisão anterior, pois houve forte divergência entre os ministros quanto ao significado de sua conclusão. Enquanto alguns entendiam que o dever do presidente de observar os termos do tratado implicava um dever de adotar a mesma interpretação do tratado que tinha sido expressa pelo STF, outros entendiam que esse dever era somente a expressão da obviedade de que todos os agentes públicos devem respeitar a lei (no caso, o tratado), mas que o presidente tinha autoridade para interpretar suas exigências de forma distinta da adotada pelo Tribunal.⁸⁰

79 STF, Rcl nº 11243, Plenário, rel. min. Gilmar Mendes, j. 08/06/2011.

80 Esta controvérsia é ilustrativa dos problemas, já apontados anteriormente, do uso de construções vagas para fundamentar decisões quanto aos limites do controle (por exemplo, de que o Presidente tem liberdade para praticar o ato, mas deve respeitar a lei e a Constituição), que fazem com que essas decisões acabem por não servir como limites nem orientações para decisões futuras.

Ao final, o entendimento que prevaleceu foi o de que o ato questionado era imune ao controle judicial, embora estivesse, em certa medida, vinculado aos termos do tratado. Na decisão, o Tribunal aderiu expressamente à noção de graus de vinculação à juridicidade, entendendo que o ato praticado se encontrava em um grau intermediário de vinculação, porque o requisito legal para a sua prática implicava a definição de crime político, que era um conceito jurídico indeterminado. Portanto, era impossível vincular o presidente à decisão anterior do Supremo porque “inexiste um conceito rígido e absoluto de crime político” e a conceituação de um crime como político era, em si, um ato político. Uma consequência relevante dessa conclusão foi o reconhecimento de que o presidente pode, em certos casos, ter a autoridade para interpretar de forma definitiva determinada norma legal que imponha limite à sua competência.

Além da existência de certa margem de discricionariedade do presidente para avaliar a presença dos requisitos para a não entrega do extraditando, o Tribunal considerou relevante a natureza do próprio ato, conceituando-o como “ato de soberania nacional” e “ato político-administrativo”, e destacou que consistia em poder intimamente ligado ao poder exclusivo do presidente da República de manter as relações com os demais Estados no plano internacional.

Ao afirmar esses dois fundamentos e concluir que o ato era insindivável, o Tribunal alinhou-se às doutrinas de exclusão de certas questões da esfera do controle judicial – e aderiu expressamente ao critério da discricionariedade para a delimitação dessas questões. No entanto, estava sobreposto a ele um outro critério, relacionado à natureza do ato. Não bastou constatar que se tratava de questionamento de aspecto que comportava alguma discricionariedade do presidente; foi destacado repetidamente que esse ato estava ligado à competência que estava no cerne do papel de representação internacional exercido pelo presidente.⁸¹

Destaca-se que, além dos fundamentos decorrentes da natureza do ato e da discricionariedade, o Tribunal adotou outros fundamentos que contribuíram para sua conclusão: (a) que a tentativa da República Italiana de reverter ato de soberania do Brasil violava o princípio da soberania nacional e da igualdade entre os Estados, previsto no art. 4º, I e IV

81 Esta talvez seja uma explicação para a aparente contradição entre a decisão do Tribunal, na Ext nº 1.085, de que o ato de concessão de refúgio pelo Ministério da Justiça era completamente vinculado pela disposição do art. 1º, I da Lei nº 9.474/97 de que “fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”, portanto não escapava ao controle judicial, mas havia discricionariedade na decisão de não entregar o extraditando, ainda que ela fosse limitada por previsão muito semelhante do tratado da extradição (“razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”). A natureza do ato praticado (e a autoridade que o pratica) parece ser um critério que faz com que se exija um nível de vinculação maior para que a intervenção judicial seja considerada irrestrita.

da Constituição; (b) que o tribunal competente para apreciar descumprimento de tratado não era o STF, mas o Tribunal de Haia; e (c) que, conforme a visão do processo de extradição adotada pelo STF na Ext 1.085, a Constituição limitava a sua atuação no processo a um momento anterior à entrega do extraditando, ao autorizar ou denegar a extradição (portanto, o momento de sua intervenção já teria ocorrido).

É notável que, no único caso em que houve algum pronunciamento do Supremo sobre outro ato de relações internacionais praticado pelo presidente, o precedente do caso Cesare Battisti não tenha sido citado. O caso (HC nº 184.828⁸²) envolvia decisão do presidente Bolsonaro que desacreditou o corpo diplomático da Venezuela e determinou sua retirada do território nacional. Em duas decisões monocráticas, o ministro Luís Roberto Barroso entendeu, primeiro, pela suspensão liminar do ato por 10 dias e, depois, pela suspensão até o fim do estado de calamidade decretado em razão da pandemia de Covid-19. O fundamento foi uma previsão do Tratado de Viena que determinava que a desacreditação deveria conter “prazo razoável” para a retirada de diplomatas do território.

Embora não tenha citado expressamente a decisão no caso Cesare Battisti, o relator reconheceu que o presidente da República deve exercer protagonismo no plano internacional, “notadamente para manter relações com Estados estrangeiros e na tarefa de acreditar seus representantes diplomáticos”, visto que lhe cabe “a responsabilidade primária pela formulação e execução da política externa estatal”. Diante disso, ele entendeu que estava excluído de apreciação judicial o “mérito” da decisão e fez questão de esclarecer que a decisão já tinha sido tomada e era válida, mas o que estava em jogo era apenas “o diferimento de seus efeitos, em razão da pandemia”.

Com isso, parece ter sido adotado critério semelhante ao precedente do caso Cesare Battisti: o de que era possível controlar o ato com base apenas em limites legais ou constitucionais. Apesar disso, a conclusão parece ser incompatível com a noção, reconhecida pelo precedente, de que o presidente pode ser a autoridade a quem cabe interpretar disposições legais aplicáveis aos seus poderes na esfera internacional, quando essas disposições não tiverem definição objetiva e comportarem avaliação discricionária. Afinal, a decisão não se curvou à interpretação, implícita no ato praticado, de que aquele era um prazo razoável nos termos do Tratado de Viena.⁸³

82 STF, HC nº 184.828, Monocrática, rel. min. Luís Roberto Barroso, j. 02/05/2020.

83 Esta incompatibilidade possivelmente desaparece se entendermos que o Supremo só considera que a interpretação da lei ou da Constituição cabe ao Presidente quando se trata de expressão indeterminada que pareça exigir uma avaliação *política*, mas não quando a discricionariedade for relacionada a uma tarefa de interpretação *jurídica*. Essa hipótese será explorada mais adiante ao tratar dos atos de nomeação (4.6). É discutível, no entanto, o quanto a discricionariedade para interpretar o que é um prazo razoável nos termos do Tratado de Viena é de fato jurídica. Outra possível explicação residiria no fato de que as decisões adotaram medidas excepcionais

Essa aparente incompatibilidade não foi reconhecida nem esclarecida, tampouco houve articulação com os critérios estabelecidos no precedente do caso Cesare Battisti ou em outros casos. É verdade que as duas primeiras monocráticas reconheceram que o controle judicial não incidiria sobre o mérito e, em terceira decisão monocrática, o relator rejeitou nova petição que solicitava que a liminar fosse prorrogada indefinidamente, entendendo que “[n]ão cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao presidente da República nas decisões políticas acerca das relações internacionais do país e, no particular, da desacreditação de diplomatas estrangeiros”. No entanto, a decisão não deixou claro qual era a extensão do mérito da decisão e porque o mérito não incluía também a definição do momento em que a retirada do corpo diplomático iria ocorrer. A falta de articulação com os critérios estabelecidos na decisão anterior e o recurso a termos vagos para expressar os limites do controle judicial acabam fazendo com que se questione a força do precedente para impor esses limites para além de casos muito semelhantes.

3.4. Poder de política criminal

Esta categoria abrange as competências do presidente para conferir indulto, graça ou comutação de pena, extraídas do art. 84, XII, da Constituição (“conceder indulto e comutar penas”). Por meio desses atos, o presidente tem a capacidade de extinguir a punibilidade de certos indivíduos por certos crimes. A doutrina os classifica como “típico[s] ato[s] de governo, que se caracteriza[m] pela discricionariedade”.⁸⁴

A Tabela 4 a seguir sintetiza a composição das decisões analisadas nesta área:

Tabela 4. Decisões sobre poder de política criminal

Decisões do Plenário	4
Decisões monocráticas	4
Total	8

Nesta área, há entendimento do Plenário, reiterado em três julgados⁸⁵ sobre um mesmo tipo de questionamento oposto a decreto de indulto ou

para assegurar direitos fundamentais, enquanto, no caso da extradição, o pedido era fundado em um interesse de outro Estado – se estaria adotando, portanto, critério semelhante ao dos direitos individuais.

84 CANOTILHO, JJ Gomes *et al.* (Ed.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1254.

85 STF, HC nº 73.118, Plenário, rel. min. Carlos Velloso, j. 28/03/1996; STF, HC nº 77.528, Plenário, rel. min. Sydney Sanches, j. 18/02/1999; STF, HC nº 90.364, Plenário, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 31/10/2017.

de comutação da pena: a alegação de que tanto a Lei de Crimes Hediondos quanto o ato do presidente, que fazia menção à lei, violavam o princípio da individualização da pena ao excluir do benefício os indivíduos condenados por crime hediondo. Nesses casos, o Tribunal decidiu que a lei e o ato praticado pelo presidente em conformidade com ela eram constitucionais.

Como o Tribunal adentrou o mérito, ficou implícito que era possível o controle judicial para invalidar o indulto caso realmente se vislumbrasse violação ao princípio da individualização da pena. Ainda assim, em dois dos casos, houve menção à discricionariedade do ato de indulto: o HC nº 74.132⁸⁶, cuja ementa prevê que “precedentes do Plenário e das Turmas têm proclamado que os Decretos com benefícios coletivos de indulto e comutação podem favorecer os condenados por certos delitos e excluir os condenados por outros”, e o HC nº 77.528⁸⁷, em que se entendeu que “[é] firme (...) a jurisprudência da Corte, no Plenário e nas Turmas, considerando válidos Decretos de indulto coletivo, que beneficiam indeterminadamente [sic] os condenados por certos delitos e não os condenados por outros, conforme critérios razoáveis de polícia criminal do presidente da República”.

Nesses casos, portanto, destacou-se a discricionariedade do presidente para eleger os critérios de aplicação do indulto, mas daí não decorreu o reconhecimento de que esse ato estaria excluído do controle judicial. Essa conclusão pareceu operar apenas como um argumento adicional para indeferir a ação, que era de que a exclusão dos condenados por crimes hediondos não violava nenhuma norma constitucional. A observação, no HC nº 77.528, de que essa discricionariedade poderia ser exercida “conforme critérios razoáveis de polícia criminal” parecia apontar para uma prescrição de deferência, mas é difícil concluí-lo com certeza.

É possível questionar o porquê de essas decisões não terem sequer se pronunciado sobre possíveis limites ao controle judicial incidentes nesses casos. Esse questionamento se torna mais saliente se considerarmos que, no precedente mais recente do Plenário sobre o ato de indulto, houve discussão intensa sobre essas limitações diante do fato de que a seleção do âmbito de aplicação do indulto era um ato de “competência privativa do presidente da República” praticado “a partir de requisitos e critérios de conveniência e oportunidade”. O caso envolveu a ADI nº 5.874,⁸⁸ ajuizada pela procuradora-geral da República, em face do decreto de indulto natalino emitido pelo então presidente Michel Temer em 2017. O fundamento

86 STF, HC nº 74.132, Plenário, rel. min. Sydney Sanches, j. 22/08/1996.

87 STF, HC nº 77.528, Plenário, rel. min. Sydney Sanches, j. 18/02/1999.

88 STF, ADI nº 5.874, Plenário, rel. min. Luís Roberto Barroso (relator do acórdão: min. Alexandre de Moraes), j. 09/05/2019.

era a alegação de que o decreto era excessivamente generoso e, com isso, “viola[va] os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da individualização da pena, da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal e de vedação da proteção insuficiente”. Em decisão monocrática, a presidente Carmen Lúcia havia deferido liminar para suspender os dispositivos impugnados por identificar, neles, desvio de finalidade e violação ao princípio da moralidade; o ministro Barroso, relator do caso, havia referendado a liminar.

No julgamento da ação no Plenário, o relator votou pelo deferimento da ação por entender, resumidamente, que (a) o tempo mínimo de cumprimento de pena para que se pudesse fazer uso do benefício era excessivamente baixo, violando a política criminal acerca da progressão da pena, estabelecida pelo Congresso; (b) a inclusão dos crimes associados a corrupção no âmbito de incidência do decreto violava o princípio da moralidade administrativa ao prever “leniência em relação a pessoas que praticaram delitos de desvio de dinheiro público”; (c) havia desvio de finalidade na inclusão de pessoas condenadas por crimes relacionados à corrupção e na aplicação do indulto para extinguir a pena de multa, pois, com essas medidas, não era atendida nenhuma das finalidades desse ato, que seriam “o descongestionamento do sistema penitenciário” e “o seu caráter humanitário”. O relator reconhecia que o indulto era um ato discricionário, mas afirmou que não era um “poder absoluto acima da Constituição e das leis”.

O Tribunal, no entanto, decidiu conforme a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes. Na ementa, foi fixado o entendimento de que competia à Presidência da República definir os requisitos e a extensão do indulto, com base em critérios de conveniência e oportunidade; que “[a] concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo Legislativo”, nem viola a separação de poderes, porque o indulto é em si um mecanismo de freios e contrapesos do Executivo frente ao Legislativo e ao Judiciário, estabelecido pela Constituição; e que o Judiciário poderia analisar “somente a constitucionalidade (...) e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor”.

Apesar de fazerem menção à discricionariedade do ato de indulto, a forma como o voto do relator e a ementa se referem às possibilidades de intervenção judicial no ato de indulto não parece se alinhar a nenhuma doutrina de exclusão nem de limitação da intensidade do controle. O relator reconheceu expressamente que poderia haver controle judicial caso se entendesse violados princípios constitucionais; ele simplesmente entendeu que essas violações não estavam presentes no caso. A referência à



discricionariedade funcionou simplesmente como uma alusão ao fato de que nenhuma disposição constitucional impedia que o presidente agisse da forma como agiu.

Outros ministros, no entanto, expressaram visões diferentes. O ministro Ricardo Lewandowski entendeu que se tratava de “ato político ou de governo, insuscetível de apreciação jurisdicional” (o que parecia alinhá-lo à ideia de exclusão do controle judicial), mas, posteriormente, esclareceu que “a impugnação judicial do ato está autorizada apenas se houver clara ofensa às regras constitucionais, o que não ocorreu no caso presente” (o que sinalizou um alinhamento à ideia de redução da intensidade do controle judicial nesses casos). Já a ministra Rosa Weber entendeu que “a competência jurisdicional para esse exercício de controle é limitada pelo próprio parâmetro de controle constitucional”, sendo possível somente o controle judicial com base nas restrições “formais” ou “procedimentais” previstas na Constituição – ou seja, as previstas no art. 5º, XLIII.⁸⁹ Com isso, parecia alinhar-se à ideia de exclusão do controle judicial com relação aos aspectos do indulto que tenham baixo grau de vinculação, porque são vinculados apenas a normas constitucionais abstratas.

3.5. Poderes emergenciais

Nesta categoria, foram incluídas as duas decisões que tratavam, respectivamente, de decretação de estado de calamidade no sistema de saúde de um Município e da decisão de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem. Embora se costume utilizar a expressão “poderes emergenciais” para fazer referência às competências para decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal, os atos objeto das decisões sob análise são designados aqui sob esse rótulo, notadamente por serem manifestações do poder de atuação do presidente da República diante de situações excepcionais e carregarem dilemas semelhantes que têm implicações sobre o grau de controle judicial a que devem ser submetidos. Afinal, por um lado, a alocação desses poderes ao presidente está relacionada justamente à sua capacidade de agir unilateralmente em situações excepcionais; por outro, essas situações costumam concentrar mais poderes nas mãos desse ator, abrindo brecha para violações a direitos fundamentais e à estrutura constitucional, o que pediria por uma fiscalização judicial mais rigorosa. A Tabela 5 a seguir sintetiza a composição das decisões analisadas nesta área.

89 “[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 (...).”

Tabela 5. Decisões sobre poderes emergenciais

	Estado de calamidade	Emprego das Forças Armadas	Total
Decisões do Plenário	1	0	1
Decisões monocráticas	0	1	1
Total	1	1	2

Dos dois casos, apenas o primeiro teve manifestação do Plenário do Supremo. No MS nº 25.295⁹⁰, questionava-se um decreto que declarava estado de calamidade pública no setor hospitalar do Sistema Único de Saúde – SUS do Município do Rio de Janeiro, requisitava seis hospitais municipais, previa a possibilidade de requisição de todos os recursos financeiros afetos à gestão de serviços nos hospitais requisitados, e transferia parcialmente a gestão do sistema de saúde do Município para a União.

Não houve qualquer discussão sobre possíveis limitações ao controle judicial desse tipo de ato. O decreto presidencial foi derrubado por unanimidade, adotando três fundamentos principais. Primeiro, que a previsão do art. 15, XIII da Lei nº 8.080/90 (“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”), que tinha sido invocada pelo presidente para justificar as requisições, não lhe permitia requisitar bens públicos já afetados à prestação de serviços de saúde, mas apenas de pessoas privadas. Segundo, que a Constituição não admite a requisição de bens municipais sem que fosse decretado estado de defesa ou estado de sítio. E, terceiro, que, dado que não havia fundamento constitucional ou legal a respaldar o ato praticado, tratava-se, na verdade, de intervenção disfarçada da União em um Município, algo que não é permitido pela Constituição.

Já no MS nº 23.766⁹¹, tratava-se de decisão do então presidente Fernando Henrique Cardoso de empregar preventivamente as Forças Armadas para proteger de invasão um sítio em Minas Gerais, que era eventualmente utilizada por ele e por sua família. A justificativa apresentada fora que a fazenda, por ser domicílio habitual do presidente, era um “símbolo da autoridade do presidente da República” e que o governo do estado de Minas Gerais, ao receber informações sobre a iminência da invasão da fazenda pelo MST, não havia adotado providências com a urgência

90 STF, MS nº 25.295, Plenário, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 20/04/2005.

91 STF, MS nº 23.766, Monocrática, rel. min. Nelson Jobim, j. 16/09/2000.

devida. Sendo assim, diante da inação do Estado, o presidente havia determinado a atuação tópica das Forças Armadas com a finalidade de “preservação da lei e da ordem”. O Estado de Minas Gerais, por sua vez, impetrou mandado de segurança com pedido liminar de imediata cessação do ato, alegando que o presidente havia usurpado a competência estadual e atropelado as medidas que já estavam sendo adotadas para a proteção da fazenda, e que, além disso, não era permitido o emprego das Forças Armadas para proteger uma propriedade privada.

Em decisão monocrática, o ministro Nelson Jobim, relator do caso, denegou a liminar, entendendo que o presidente tinha razão em temer que fosse ocorrer invasão em breve, dados os deslocamentos do MST na área e o fato de que já tinha ocorrido invasão na mesma fazenda; que, de fato, o Estado não havia agido com a urgência necessária para impedir a invasão; e que não havia impedimento ao uso das Forças Armadas para garantir propriedade privada, pois tratava-se de “preservação da autoridade institucional”, portanto era “irrelevante a qualificação jurídica dos imóveis”. Não houve menção a qualquer limitação ao controle judicial incidente no caso, embora a decisão do presidente tenha sido mantida.

Nove dias depois, o mandado de segurança foi julgado em sede definitiva, também por decisão monocrática, e o relator entendeu que a ação havia perdido o objeto, visto que as tropas já haviam sido retiradas do território do Estado de Minas Gerais.

Novamente, é possível considerar que a falta de tratamento explícito das possíveis limitações ao controle judicial talvez tenha decorrido de um entendimento de que era evidente que o controle nesses casos deveria ser irrestrito. No entanto, essa forma de lidar com a questão não fornece informações claras quanto aos critérios que contribuem para a visão de que é cabível controle irrestrito. Seria possível, por exemplo, que se tivesse entendido que a possibilidade de controle era trivial porque os atos emergenciais devem estar sujeitos a fiscalização judicial intensa. Por outro lado, seria possível entender que estes casos especificamente mereceriam controle irrestrito porque diziam respeito a aspectos dos atos que encontravam limites vinculados à lei ou à Constituição. No MS nº 25.295, o que estava em jogo era a extensão do poder da União para requisitar bens e serviços de saúde, que era delimitada pelo art. 15, XIII da Lei nº 8.080/90, de um lado, e pelas normas da Constituição que tratavam das hipóteses de intervenção federal e dos requisitos para a decretação de estado de sítio ou estado de defesa. No segundo, tratava-se poder de empregar as Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, vinculado, de um lado, pela exigência da Lcp nº 97/99 (art. 15, § 2º) de que tivessem sido esgotados todos os instrumentos regulares de preservação da ordem pública e, de outro, pela Constituição (art. 142) que prevê o poder de acioná-las para a “garantia dos poderes constitucionais e (...) da lei e da ordem”.

Se partirmos da segunda hipótese, que estaria alinhada com o critério da vinculação que vem, até aqui, sendo adotado com certa frequência pelo Supremo para traçar os limites do controle judicial, haveria uma inconsistência com relação ao MS nº 23.766, que envolvia um critério para a prática do ato que era amplamente discricionário (a noção de garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem). Ainda, há argumentos fortes para que essa discricionariedade é política – ou seja, adotando a expressão utilizada no caso *Cesare Battisti*, que a avaliação de quais fatos representam ameaça à lei e à ordem seria, em si, um ato político. O relator acabou por manter a avaliação do presidente de que uma possível invasão a um imóvel privado que era eventualmente utilizado por ele e sua família correspondia a uma ameaça à ordem pública, mas não considerou se cabia ao Judiciário enfrentar essa questão, ou se era devida alguma deferência ao juízo exercido pelo presidente.

3.6. Poder de gestão de pessoal da Administração Pública Federal

Nesta categoria, foram incluídos os atos de nomeação e destituição de pessoal que o presidente pratica como chefe da Administração Pública Federal, que incluem nomeação, exoneração, dispensa, disponibilidade, promoção, demissão, provimento e extinção de cargos etc. A autoridade do presidente nesta área decorre de dispositivos como o art. 84, I (“nomear e exonerar os ministros de Estado”), II (“exercer, com o auxílio dos ministros de Estado, a direção superior da administração federal”), XIII (“exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos”); XIV (“nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o procurador-geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”), XV (“nomear, observado o disposto no art. 73, os ministros do Tribunal de Contas da União”), XVI (“nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União”), XVII (“nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII”).

Como se vê, o presidente tem competência para nomear e exonerar diversas autoridades federais, bem como para dispor de outras formas sobre cargos da Administração Pública Federal. Isso se reflete em uma grande diversidade entre os casos enfrentados pelo STF nesta área, tanto sob a perspectiva do tipo de ato praticado (se nomeação, destituição ou outras formas de disposição) e da autoridade em questão, quanto sob o aspecto do regramento constitucional e infraconstitucional incidente (há regramento constitucional específico que regula a nomeação de diversas

autoridades, como os ministros do STF e o procurador-geral da República). Como se verá, o Supremo tem lidado com essa diversidade tratando cada tipo de caso de forma muito específica e compartimentalizada no que diz respeito às limitações a controle judicial – o que, em grande medida, pode ser considerado uma síntese do tratamento que o Tribunal tem dado aos atos presidenciais de modo geral.

A Tabela 6 a seguir sintetiza a composição das decisões analisadas na área dos atos de gestão de pessoal da Administração Pública federal.

Tabela 6. Decisões sobre poder de gestão de pessoal da Administração Pública federal

Decisões do Plenário	12
Decisões monocráticas	19
Total	31

Nesta área, há entendimentos firmados pelo Plenário somente quanto a dois tipos de questões. A primeira, que estava presente nos três primeiros casos dessa categoria,⁹² foi a definição dos limites da competência do presidente da República, em um contexto logo após a promulgação da Constituição de 1988 em que a extensão dessas competências não estava clara. Por exemplo, no julgamento do MS nº 21.239⁹³, o Tribunal foi chamado a interpretar a Constituição para definir se o presidente tinha a competência para exonerar (e acabou se pronunciando também sobre a competência para nomear) o procurador-geral da Justiça do Trabalho.

Com relação a este tipo de questão, o Tribunal nunca se manifestou sobre a possibilidade de se estar diante de questão que escapava ao controle judicial, tampouco sobre a existência de um dever de limitação da intensidade do controle – como seria o caso de uma aplicação de deferência à interpretação que o próprio presidente havia expressado sobre a extensão de sua competência. Por exemplo, ao julgar o MS nº 21.239, o Supremo entendeu que a competência para nomear e para exonerar o Procurador-Geral do Trabalho não era do presidente, mas do Procurador-Geral da República; logo, anulou o ato de nomeação que havia sido praticado. Restou implícito, portanto, que o Tribunal entende que há um poder judicial amplo para revisar os atos do presidente quando se estiver diante de

92 STF, MS nº 21.101, Plenário, rel. min. Celso de Mello, j. 19/10/1990; STF, MS nº 21.100, Plenário, rel. min. Célio Borja, j. 06/12/1990; STF, MS nº 21.239, Plenário, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 05/06/1991; STF, MS nº 21.225, Plenário, rel. min. Marco Aurélio Mello, j. 17/06/1993; STF, MS nº 21.227, Plenário, rel. min. Octávio Gallotti, j. 05/08/1993; STF, MS nº 21.236, Plenário, rel. min. Octávio Gallotti, j. 20/04/1994.

93 STF, MS nº 21.239, Plenário, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 05/06/1991.

questão que implique a interpretação judicial para a definição da extensão e dos limites de sua competência.

O segundo tipo de questões solucionadas por jurisprudência firmada pelo Plenário abrange impugnações de atos de nomeação ou promoção na carreira da magistratura federal. Esses casos podem ser divididos em três blocos, compostos por uma ou algumas decisões colegiadas que firmaram a jurisprudência do Tribunal sobre determinada questão em conjunto com decisões monocráticas que depois a reiteraram.

O primeiro bloco é composto por casos que envolviam, na verdade, a nulidade reflexa do ato de nomeação, com base em irregularidades na formação da lista tríplice elaborada pelo Tribunal Regional Federal (TRF).⁹⁴ O que se discutia, portanto, era a nulidade do ato de fundo do tribunal, não a do ato praticado pelo presidente.

O segundo bloco de casos⁹⁵ envolvia um limite à discricionariedade do presidente para escolher para nomeação um dos nomes da lista tríplice enviada pelo tribunal local, previsto no Art. 93, II, “a” da Constituição: “é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento”. A controvérsia centrava-se no fato de que o inciso III do art. 93 (“o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”), que tratava da promoção para os TRFs, antes previa que a promoção deveria ser feita “de acordo com o inciso II” (portanto, em observância ao dever de promover o juiz que figurasse na lista três vezes consecutivas ou cinco alternadas), mas, com a Emenda Constitucional nº 45, teve essa previsão excluída. Consequentemente, a então presidenta Dilma entendeu que essa vinculação não se aplicava mais à promoção para os TRFs e deixou de nomear juiz que havia sido incluído na lista tríplice por três vezes consecutivas.

Tratava-se, portanto, novamente de questão de definição dos limites da competência do presidente – da determinação de se essa competência era completamente vinculada à lei ou se havia discricionariedade para escolher qualquer dos três nomes da lista tríplice. Embora, nos casos, o Supremo tenha entendido que a norma era vinculada, o fato é que essa vinculação não estava expressa de maneira clara pela lei, mas decorreu de um esforço interpretativo (que, segundo o Tribunal no MS nº 30.585, foi feito por meio de uma “exegese sistemática das normas gerais aplicáveis à Magistratura Nacional”).

94 STF, MS nº 21.814, Plenário, rel. min. Néri da Silveira, j. 14/04/1994; STF, MS nº 23.789, Plenário, rel. min. Ellen Gracie, j. 20/06/2005.

95 MS nº 30.585, Plenário, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 12/09/2012; MS nº 31.122, Monocrática, rel. min. Celso de Mello, j. 01/08/2013.

Por fim, o terceiro bloco de casos⁹⁶ envolvia também um limite constitucional ao poder de nomeação cuja definição dependia de uma tarefa de interpretação constitucional. Nestes casos, o centro da controvérsia era a previsão do art. 107 da Constituição de que há um limite etário de 65 anos para que juízes sejam nomeados para os TRFs. O presidente, então, recusou-se a nomear determinado juiz, alegando como fundamento o limite etário, mas o Tribunal entendeu que esse era aplicável apenas aos membros provenientes do quinto constitucional – embora essa qualificação não fosse prevista no texto. Tratou-se, novamente, de questão que envolvia a definição dos limites constitucionais ao poder de nomeação, que foram traçados pelo Tribunal por meio do exercício de um esforço interpretativo (no caso, uma “interpretação lógico-sistemática da Constituição”, segundo o Tribunal no AgR MS nº 33.939).

Em nenhum desses casos, o STF chegou a considerar se a questão escapava do controle judicial, ou se era devida alguma deferência ao ato praticado pelo presidente. Diante disso, é novamente possível considerar a possibilidade de que isso decorra simplesmente da visão do Tribunal de que é evidente que nenhuma limitação se aplica a esses casos.

No entanto, dadas as características dos casos sobre os quais o Supremo se pronunciou, adotar essa premissa é pouco útil caso se pretenda chegar a uma conclusão acerca da posição do Tribunal sobre a extensão do controle judicial aplicável aos atos de nomeação de autoridades em geral, ou sequer às nomeações de magistrados. Afinal, afirmar que, para o Tribunal, era trivial que deveria ser aplicado controle judicial irrestrito aos casos pode significar três tipos de decisões diferentes. Primeiro, isso pode significar que o Supremo entende que todos os atos de nomeação estão sujeitos a controle irrestrito. Segundo, pode significar que ele entende que todos os atos de nomeação de juízes estão sujeitos a controle irrestrito. E, terceiro, pode significar que ele entende que o aspecto desses atos que estava sendo impugnado, ou a forma como a questão estava sendo formulada – por exemplo, o fato de a nulidade alegada ser meramente reflexa, ou o fato de estar em jogo uma limitação direta da Constituição ao poder de nomeação do presidente – justificava excepcionalmente um controle irrestrito.

É difícil extrair da jurisprudência do Plenário do Supremo, portanto, um posicionamento claro quanto às limitações possivelmente incidentes sobre o controle de nomeações. Isso não só dificulta a definição dos tipos de atos que estão sujeitos a limitações ao controle judicial quando examinados sob determinados aspectos, mas também prejudica o esclarecimento

96 AgR MS nº 33.939, Plenário, rel. min. Luiz Fux, j. 13/04/2018; MS nº 28.678, Monocrática, rel. min Ricardo Lewandowski, j. 20/10/2010; MS nº 33.939, Monocrática, rel. min. Luiz Fux, j. 29/10/2013.

de quais são os critérios que orientam a definição de quais aspectos desses atos estão sujeitos a limitações maiores ao controle.

Caso se parta da premissa de que a aplicação do controle irrestrito nos casos descritos anteriormente decorreu do entendimento de que se estava diante de aspectos específicos dos atos que admitiriam essa intervenção, o denominador comum parece ser a existência de algum grau de vinculação constitucional do poder do presidente para praticar o ato – seja um limite da sua competência, seja uma limitação material que devia ser observada no exercício dessa competência. Mas, como se percebe, esses limites nem sempre estão definidos claramente e pode existir discricionariedade na sua interpretação – em alguns dos casos analisados, o Tribunal fez um esforço interpretativo, às vezes distanciando-se do texto, para chegar à conclusão de que existia uma norma constitucional que limitava a prerrogativa do presidente e precisar o que essa norma exigia.

Ao se entender autorizado para definir o sentido dessas normas, o Tribunal parece afirmar seu papel de intérprete autoritativo da Constituição, encarregado de arbitrar os limites das competências dos demais poderes. Por outro lado, ele possivelmente adota postura que está em conflito com o critério da discricionariedade, que é frequentemente adotado pelo Supremo para arbitrar as limitações ao controle, e com o entendimento adotado no Caso Cesare Battisti (Rcl nº 11.243), na qual se reconheceu que, embora houvesse alguma vinculação constitucional da autoridade presidencial, dado que havia margem de discricionariedade na determinação do sentido da norma que o vinculava, quem deveria atuar como intérprete dessas disposições era o próprio presidente. Seria possível explicar essa aparente incompatibilidade fazendo uma distinção entre a discricionariedade decorrente de normas que sinalizem que a determinação do seu sentido dependeria de um juízo político (por exemplo, “crime político”) e a discricionariedade decorrente da necessidade de harmonização jurídica entre normas (por exemplo, a necessidade de definição da extensão da aplicação da norma que define o limite etário para os magistrados federais) – e, com base nisso, entender que apenas o primeiro tipo de discricionariedade impõe algum tipo de limitação ao controle judicial. O Tribunal, contudo, não o fez.

O resultado da falta de clareza quanto aos tipos de nomeações que estão sujeitos a limitações, ou aos critérios para a determinação dos aspectos desses atos que devem estar sujeitos a essas limitações, parece se refletir nas decisões monocráticas que decidiram sobre casos que não se inseriam dentro da esfera de influência direta de nenhuma jurisprudência firmada pelo Plenário. A característica mais marcante desses casos, se considerados no agregado, é a inconsistência e falta de articulação entre si e com relação aos pronunciamentos já firmados pelo Plenário. Também é frequente o recurso a expressões genéricas, que poderiam abrigar soluções diversas, como fundamento para a decisão.

Por exemplo, decisões monocráticas já se pronunciaram sobre a nomeação de conselheiro de agência reguladora (declarando que “[a] nomeação de agentes públicos pelo presidente da República é livre, dentro dos limites legais e constitucionais”),⁹⁷ sobre a nomeação de adido no exterior (decidindo que o cargo é de “livre nomeação e exoneração pelo presidente da República”, mas sem declará-la excluída da apreciação judicial),⁹⁸ sobre a nomeação de ministro do STF sob a ótica do “notável saber jurídico” (entendendo que “[n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal analisar requisito que, nos termos da Carta Política de 1988, é de atribuição privativa do presidente da República e do Senado Federal” e que essa matéria estava excluída da análise judicial)⁹⁹; de nomeação de ministro de Estado com base em desvio de finalidade (expressando a visão de que “[a] pesar de ser atribuição privativa do presidente da República (...), o ato (...) deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais”)¹⁰⁰, e de nomeação de ministro do Tribunal de Contas da União antes do fim do mandato do ministro anterior (entendendo que só seria possível reprimir o juízo de oportunidade e conveniência nesse procedimento se ocorresse “flagrante violação às normas constitucionais pertinentes”).¹⁰¹

A partir desses casos, é possível identificar os seguintes posicionamentos: (a) na Pet nº 4.666 MC, que haveria exclusão do controle judicial quando a impugnação se funda em requisito que comporta avaliação discricionária do presidente; (b) no MS nº 27.885, que o ato de nomeação de autoridades federais era livre, mas não estava excluído do controle judicial; (c) no MS nº 27.270 e no MS nº 34.070, que haveria ampla possibilidade de controle de nomeação com base na lei e na Constituição, inclusive em princípios constitucionais.

Também não há clareza quanto ao papel do tipo de autoridade sob nomeação na definição dos limites do controle judicial – a maioria das decisões citadas não fez nenhuma afirmação quanto à relevância desse elemento, mas o ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do MS nº 37.093, que tratava de exoneração de diretor da Polícia Federal, expressou a visão de que “a nomeação e a destituição de ministros de Estado (...) são atos de governo de competência privativa do presidente da República e, portanto, insindicáveis pelo Poder Judiciário”, mas que a nomeação de diretor da Polícia Federal não o seria.¹⁰²

Esses posicionamentos são conflitantes (ou potencialmente conflitantes) entre si, e alguns tendem a uma direção contrária à dos precedentes

97 STF, MS nº 27.270, Monocrática, rel. min. Eros Grau, j. 24/04/2008.

98 STF, MS nº 27.885, Monocrática, rel. min. Luiz Fux, j. 15/04/2013.

99 STF, Pet nº 4.666 MC, Monocrática, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 29/09/2009.

100 STF, MS nº 34.070, Monocrática, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18/03/2016.

101 STF, MS nº 37.464, Monocrática, rel. min. Dias Toffoli, j. 14/10/2014.

102 STF, MS nº 37.093, Monocrática, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 24/04/2020.

do Plenário. Além disso, é notável a frequência com que as conclusões são extraídas de expressões vagas como a de que “a nomeação é livre, dentro dos limites legais e constitucionais”, expressa no MS nº 27.270 – que, como já visto, guardam grandes complexidades, por exemplo, relacionadas à definição do tipo de normas legais e constitucionais que podem servir de parâmetros de controle.

4. CONTRIBUIÇÕES JURÍDICAS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DOS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

4.1. O que já foi definido pelo Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência apresentada permite traçar algumas conclusões a respeito da postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos limites ao controle judicial aplicáveis aos casos que envolvem atos privativos do presidente da República. A primeira conclusão que se sobressai é que o STF tem jurisprudência consolidada quanto à exclusão do controle judicial a respeito de certos aspectos dos atos de extradição, veto, iniciativa de lei e medida provisória. Além disso, quanto aos atos de nomeação e exoneração, em especial de autoridades federais, existem alguns precedentes monocráticos que apontam também no sentido da impossibilidade de controle desses atos, embora também haja julgados em sentido contrário.

Essa observação é um tanto inesperada quando se têm em conta algumas afirmações categóricas que têm sido feitas quanto à inexistência de espaços imunes ao controle judicial na esfera de atos praticados pelo presidente da República no pós-88. Veja-se, por exemplo, Pamplona, que afirma que “diante dos princípios constitucionais da devida adequação ao direito e da inafastabilidade da jurisdição, parece contraditório, e mesmo na contramão da história, qualquer defesa de aplicação da teoria [das questões políticas]”.¹⁰³

103 PAMPLONA, Danielle Anne. **O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal: a postura do juiz.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Outro exemplo, embora não tratando do contexto brasileiro especificamente, é o de Canotilho: “No entanto, como acentua a própria doutrina americana, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de questões constitucionais isentas de controle. Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma recusa de justiça ou declinação de competência do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o problema não reside em, através do controle constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003).

Mesmo entre os ministros do Supremo, não é incomum a afirmação de que não haveria mais espaço para a exclusão *a priori* de qualquer questão do controle judicial – veja-se, por exemplo, o voto do ministro Celso de Mello como relator da ADI nº 293, abordando a possibilidade do controle dos pressupostos das medidas provisórias:

O reconhecimento de imunidade jurisdicional, que pré-excluisse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos – caso admitido fosse – implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder (...) sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional.¹⁰⁴

Ao contrário do que essas afirmações fazem parecer, a possibilidade de controle dos atos políticos praticados pelo presidente da República não é uma questão já solucionada no direito brasileiro, o que faria com que ela não precisasse mais ser enfrentada pelo Judiciário ao decidir sobre esses casos. Na verdade, ela foi considerada uma preliminar necessária quando o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre diversos atos e, em razão dela, diversas ações que questionavam atos presidenciais foram inadmitidas. Além disso, a própria Presidência da República a tem suscitado quando seus atos são questionados, o que indica que a questão ainda está viva no debate entre os poderes.

Uma segunda conclusão é que, dentre as doutrinas jurídicas que expressam o dever de autocontenção judicial frente aos atos do presidente, aquelas voltadas para a *exclusão* do controle judicial a respeito de certos atos têm sido as preferidas do STF – às vezes com referência expressa ao nome de “questões políticas”, às vezes com menção à noção de “atos de governo/atos políticos” e às vezes simplesmente declarando que os aspectos de discricionariedade dos atos praticados por essa autoridade estão excluídos do controle judicial.

As teorias voltadas para a limitação da intensidade do controle, por outro lado, não são adotadas com frequência pelo Tribunal. A exceção mais notável é a jurisprudência sobre o controle judicial dos requisitos de

104 STF, ADI nº 293, Plenário, rel. min. Celso de Mello, j. 06/06/1990. Na passagem, o ministro Celso de Mello defendia a possibilidade do controle dos pressupostos de relevância e urgência pelo Supremo, embora o caso tratasse de reedição de medida provisória já rejeitada pelo Congresso – e não envolvesse, portanto, a análise desses pressupostos. A posição adotada pelo ministro nesse caso é consistente com um tipo de postura que já foi identificado como uma marca de sua atuação no Supremo: a defesa de uma visão ampla dos poderes da instituição *no discurso*, ainda que, com frequência, tais poderes amplos não fossem postos em prática na conclusão jurídica de suas decisões. V., a respeito, ARGUELHES, Diego Werneck, **A palavra e o poder: o STF e a separação de Poderes na jurisprudência de Celso de Mello**, JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-palavra-e-o-poder-o-stf-e-a-separacao-de-poderes-na-jurisprudencia-de-celso-de-mello-13072020#_ftnref3. Acesso em: 30 jan. 2022.

relevância e urgência das medidas provisórias, que admite a intervenção apenas em situações excepcionais. Também se identificou, no julgamento do MS nº 37.464, posicionamento em liminar monocrática no sentido de que não seria possível reverter judicialmente o ato de nomeação de ministro do Tribunal de Contas da União sem que houvesse violação flagrante, sinalizando um alinhamento às teorias de deferência.¹⁰⁵

É curioso que esse tenha sido o caso porque, como já mencionado, as teorias voltadas para a limitação da intensidade do escrutínio judicial tendem a conferir ao Judiciário maior margem para intervir em casos extremos, em que se entenda que essa intervenção é excepcionalmente necessária. Essa postura parece ainda mais inusitada quando se considera que é relativamente frequente que, no julgamento dos casos, algum ministro demonstre um desconforto com a ideia de precluir completamente a revisão judicial de certos atos, justamente por antever a possibilidade de que violações absurdas acabem se perpetuando – veja-se, por exemplo a declaração anterior do ministro Celso de Mello já citada. Uma possível explicação para o alinhamento às teorias de exclusão do controle judicial pode estar, no entanto, no fato de que já existe, no direito constitucional e no direito administrativo brasileiros, uma tradição mais antiga ligada a teorias de exclusão do controle judicial – a teoria das questões políticas, por exemplo, é aplicada pelo STF desde o século XIX –, o que não é verdade para doutrinas ligadas à deferência, que tiveram um desenvolvimento mais recente no Brasil.

O Tribunal se alinha, portanto, a uma teoria de autocontenção que tende a produzir maiores restrições à sua atuação. Isso não quer dizer, no entanto, que suas possibilidades de intervenção nos atos praticados pelo presidente sejam ultralimitadas, porque, seguindo a tendência adotada pelas teorias de exclusão do controle judicial que já existiam pré-88, a unidade adotada por ele para definir o que escapa à sua competência não são categorias de atos, mas certos aspectos desses atos. Em nenhuma das áreas analisadas o Tribunal manifestou o entendimento de que o Judiciário não tinha nenhum papel a exercer na fiscalização do ato analisado; sempre que a exclusão do controle judicial foi reconhecida, ela dizia respeito apenas a certo aspecto. Daí decorre que existe ainda um espaço relevante de atuação judicial com relação aos atos presidenciais, bem como uma margem significativa do próprio Tribunal para definir quais são esses aspectos.

De modo geral, os critérios que têm sido utilizados para traçar as limitações ao controle judicial são uma combinação entre uma espécie de avaliação da *natureza* do ato em questão e uma delimitação dos *aspectos discricionários* do ato. A avaliação da natureza do ato era sempre o ponto de partida nos casos em que foi analisada explicitamente a possibilidade

105 STF, MS nº 37.464, Monocrática, rel. min. Dias Toffoli, j. 14/10/2014.

de controle judicial. Por exemplo, no caso *Cesare Battisti*, considerou-se relevante o fato de que se estava diante de um “ato de soberania nacional”. No caso da ADPF nº 1, que firmou o entendimento de que o veto é insindicável, afirmou-se que “[o] exercício da faculdade de apor veto, total ou parcial, a projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, manifesta, no sistema constitucional pátrio, a independência do Poder Executivo e a índole política do ato praticado”. A valoração desses aspectos pelo Tribunal indica que ele considera relevante a natureza ou o papel que cada ato tem em meio à esfera de poderes delegados ao presidente da República, entendendo que aqueles que estão mais intimamente ligados à função exercida por essa autoridade no plano político estão sujeitos a possíveis limitações ao controle judicial.

Mas, como o Tribunal não adota a prática de excluir categorias inteiras de atos do controle judicial, ele faz uso também de um outro critério: questionar se o aspecto do ato que está sendo impugnado tem discricionariedade, ou se é vinculado por alguma disposição legal ou constitucional. Diante de aspecto discricionário, seria possível excluir o controle judicial; diante de ato vinculado, incidiria o controle. Este critério tem sido adotado explicitamente pela maioria das decisões que entendem pela impossibilidade de intervenção judicial: por exemplo, no *Caso Cesare Battisti*, um dos fundamentos para a conclusão adotada foi o de que o “juízo referente ao pedido extradicional é conferido ao ‘presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de Chefe de Estado’”.¹⁰⁶

É interessante notar que o critério do oferecimento de lesão a direitos – que era utilizado pelo STF pré-88 e ao qual diversos autores ainda recorrem¹⁰⁷ – não foi utilizado. Isso possivelmente decorre do fato de que, com a compreensão contemporânea de que as ações aptas a impugnar atos do presidente da República se prestam a tutelar não só direitos subjetivos, mas também direitos difusos, esse critério, ao menos em princípio, parece ter perdido sua capacidade de limitação. Afinal, direitos difusos costumam ser extraídos de normas abstratas – citou-se, por exemplo, o princípio da moralidade administrativa – que atualmente são entendidas como incidentes sobre todos os atos praticados pela Administração Pública. No entanto, essa afirmação não é completamente satisfatória porque o paradigma atual de compreensão do conceito de discricionariedade – que entende que todos os atos da Administração são vinculados, no mínimo, por normas constitucionais fundamentais – também carrega o potencial

106 STF, Rcl nº 11.243, Plenário, rel. min. Gilmar Mendes, j. 08/06/2011.

107 V. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 940; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 394; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 147-148.

de degradar a capacidade de limitação das teorias baseadas na exclusão do controle, e, apesar disso, a discricionariedade continua sendo utilizada como critério.

De modo geral, a visão que o STF expressa sobre o controle judicial dos atos privativos do presidente parte da premissa de que ele tem um papel importante a cumprir na sua fiscalização, mas que, diante de certos tipos de atos, haverá questões que envolverão aspectos discricionários sobre os quais ele não poderá se pronunciar. Ao operacionalizar o critério relacionado ao tipo de ato impugnado, ele costuma enfatizar uma “natureza” intimamente ligada ao poder político exercido pelo presidente como possível justificativa para uma intervenção judicial limitada.¹⁰⁸ A razão invocada para justificar essa atitude é, em geral, a separação de poderes e o reconhecimento de que há certos atos para os quais a Presidência deve exercer protagonismo. Já o recurso ao critério da discricionariedade para traçar o limite dos tipos de questões ligadas a esses atos que estão excluídas do controle judicial representa um reconhecimento de que, em certos casos, em que a margem de interpretação da norma limitadora é maior, quem terá a autoridade para interpretar a lei ou a Constituição não será o Judiciário, mas o próprio presidente.¹⁰⁹ Em resumo, a síntese que vem sendo apresentada pelo Supremo para as preocupações conflitantes com, de um lado, a necessidade de um controle independente da Presidência da República e a autoridade do Supremo para, em geral, interpretar a Constituição e, de outro, as preocupações com uma intervenção excessiva do Judiciário na política e com violações à separação de poderes é a seguinte: o STF tem, em regra, autoridade para exercer controle judicial sobre os atos do presidente da República, mas, diante de certos tipos de atos, cuja natureza é entendida como eminentemente política, e de certos aspectos

108 Esta não é a única linha de ação possível para determinar quais atos deveriam estar sujeitos a controle judicial mais limitado; uma alternativa seria buscar indicações textuais da Constituição de que se está diante de um poder que não deve estar sujeito a revisão judicial – por exemplo, o fato de se prever outra instituição como instância de controle do ato (ou de o próprio ato representar uma forma de controle de ato praticado por outra instituição), ou o fato de haver previsão constitucional aplicável a ele que inclua expressões indicativas da necessidade de exercê-lo por meio de um juízo político. Em alguns casos, o Tribunal valorou a posição do ato em questão na estrutura de freios e contrapesos estabelecida pela Constituição – por exemplo, no caso do veto, em que se considerou que o Congresso tinha competência para revertê-lo, e no caso da extradição, em que se chamou atenção para o fato de que o papel conferido pela Constituição ao Judiciário para intervir nesse processo se limitava a momento anterior à decisão do Presidente e, portanto, já havia se esgotado. Mas, mesmo nesses casos, esses fatores não fizeram parte de um esforço para interpretar o texto da Constituição e chegar a uma conclusão a respeito de qual ator deveria ter a “última palavra” nessa questão.

109 O critério da discricionariedade também poderia sinalizar uma atitude de respeito à vontade do texto constitucional, se imaginarmos uma interpretação de que a margem de discricionariedade deixada por ele (por exemplo, ao usar expressões vagas ou conceitos jurídicos indeterminados) corresponderia a uma delegação consciente da autoridade para defini-los à autoridade à qual a norma se aplica.

desses atos, para os quais a lei ou a Constituição não estabeleceram critérios, a autoridade para interpretar a lei ou a Constituição será do presidente, excepcionalmente.

4.2. Os espaços de indefinição deixados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Como visto, o Supremo já entendeu que certas questões, ligadas a certos atos de competência privativa da Presidência da República, estão excluídas do controle judicial; reconheceu, portanto, que a autoridade final para decidir certas questões, às vezes, não caberá a ele, mas ao presidente. O fato de o Tribunal adotar isso como premissa deveria desencadear uma atitude congruente com o modelo de decisão em duas etapas que foi apresentado no Capítulo 2, em que primeiro se define a postura institucional que deve ser adotada, considerando possíveis limitações à possibilidade de que o Judiciário verifique a legalidade do ato e, em segundo lugar, a verificação da legalidade do ato em si. Afinal, se é verdade que certas questões, relacionadas a certos atos que são mais próximos ao poder político do presidente, não são passíveis de controle judicial, a questão da possibilidade de controle judicial deveria ser enfrentada pelo Tribunal sempre que se depara com atos com características semelhantes.

A realidade, no entanto, é que, com frequência, o Tribunal sequer aborda as possíveis limitações ao controle judicial ao revisar atos considerados altamente políticos. Toda a jurisprudência disponível a respeito de decretos regulamentares ou autônomos,¹¹⁰ de decretação de estado de calamidade pública e de emprego das Forças Armadas admitiu controle judicial irrestrito *de forma implícita*, sem abordar possíveis limitações. Da mesma forma, parte da jurisprudência, ao abordar certos aspectos dos atos de indulto, desacreditação de corpo diplomático e nomeação, presumiu a aplicação de controle irrestrito sem analisá-la. Aliás, esse foi o caso da maioria das decisões que entenderam pela possibilidade do controle. Foram raras as decisões que, ao final, entenderam que era devido controle judicial irrestrito, mas somente após considerar essa questão de forma explícita.¹¹¹

110 Como já foi mencionado, esta categoria de atos parece ser aquela para a qual mais se justifica ultrapassar a fase inicial de considerar possíveis limitações ao controle judicial, já que o controle de legalidade ou constitucionalidade do decreto se assemelha muito ao controle de legalidade ou constitucionalidade da legislação, algo que está na esfera de competências indiscutíveis do Tribunal.

111 Há algumas exceções a essa afirmação, como, por exemplo, o MS nº 37.097 (em que o ministro Alexandre de Moraes suspendeu a nomeação de Alexandre Ramagem para diretor da Polícia Federal), a do MS nº 34.070 (em que o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Lula para ministro da Casa Civil). No entanto, mesmo nesses casos, em geral a questão da insindicabilidade é levantada mas não é enfrentada com muito rigor - veja-se, por exemplo, que, no julgamento do MS nº 34.070, o ministro

O fato de que o Tribunal considera possível ultrapassar essa fase inicial, mesmo quando se está diante de atos altamente políticos, tende a comprometer a capacidade de que essa postura de exclusão do controle judicial efetivamente funcione como um limite, pois abre brecha para que ele evada limitações incidentes em determinados casos ao simplesmente ignorar que elas existem.

Considerou-se a hipótese de que essa atitude decorresse de uma visão do Tribunal de que era evidente, naquelas circunstâncias, o cabimento do controle judicial irrestrito. Mas, em primeiro lugar, isso às vezes não era verdade, pois algumas dessas decisões que admitiram o controle judicial pareceram conflitar com a jurisprudência do Tribunal em outros casos. E, em segundo lugar, o fato de essas decisões não serem tomadas de forma explícita prejudica o fornecimento de orientações acerca dos critérios utilizados pelo Tribunal para excluir certas questões do controle judicial.

No agregado, o fato de boa parte das decisões entender pela não incidência de limitações ao controle de forma implícita torna extremamente difícil identificar padrões mais precisos nos critérios que justificam o entendimento pelo Tribunal de que certa matéria está fora do alcance do controle judicial. Afinal, tal definição depende não só da observação dos casos em que se entende que determinada questão não é passível de controle, mas também daqueles em que se entende o contrário.

Identificou-se, a despeito disso, uma tendência geral da jurisprudência analisada de valorar a natureza dos atos analisados e a existência de margem discricionária no juízo do presidente que é objeto de impugnação. Contudo, simplesmente constatar que esses dois elementos são considerados relevantes pelo Tribunal não é suficiente para dizer com clareza quais são as fronteiras da sua atividade jurisdicional.

A principal fonte das incertezas que permanecem é o critério da discricionariedade.¹¹² Como já mencionado, a atual compreensão da distinção entre aspectos discricionários e aspectos vinculados dos atos, que foi o paradigma adotado pela maior parte das decisões que se pronunciaram

Gilmar Mendes concluiu pela possibilidade de controle a partir da afirmação genérica de que “[a] pesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (...)” – sem reconhecer, contudo, que o Supremo já entendeu que certos atos, ainda que devam respeito à lei em sentido amplo ou aos princípios, não estão sujeitos a controle judicial.

112 É verdade que a avaliação da natureza e do papel exercido por cada ato é, por natureza, subjetiva e imprecisa. Por outro lado, é possível extrair mais facilmente conclusões sobre o entendimento do STF ao observar suas decisões sob esse aspecto – ou ele entende que certo ato tem natureza política, ou entende que não –; conseqüentemente, o espaço de incerteza vai reduzindo a cada vez que o Tribunal se pronuncia sobre certo tipo de ato pela primeira vez. Apesar disso, esse critério ainda tem um potencial para gerar indefinição

explicitamente sobre a existência de limitações ao controle judicial, é em si pouco precisa. Para que servisse como um limite efetivo ao controle, seria necessário que se fizesse um esforço para definir qual grau de discricionariedade deve estar presente para impedir a incidência do controle judicial. O Tribunal reconheceu essa complexidade no julgamento do caso Cesare Battisti ao adotar expressamente o conceito de graus de vinculação à juridicidade, mas não lidou expressamente com ela na sua conclusão. Na ocasião, ele limitou-se a afirmar que o presidente tinha, naquele caso, algum grau de discricionariedade na sua atuação e, portanto, seu ato não era passível de controle – sem esclarecer, contudo, quão discricionário o ato deveria ser para que estivesse imune ao controle.

O Tribunal não tem, por meio de suas decisões, contribuído para a solução dessa complexidade latente no critério da discricionariedade, o que acabou o tornando a origem de fortes inconsistências entre as decisões analisadas. De um lado, foram identificados julgados que entenderam que poderes limitados apenas por princípios eram atos vinculados, a justificar controle judicial irrestrito.¹¹³ De outro, foram identificadas decisões que entenderam que os aspectos dos atos não disciplinados por nenhuma regra diretamente aplicável eram discricionários; portanto, imunes ao controle judicial. Também foram identificadas decisões que entendiam que a vinculação a uma regra, ainda que sua interpretação comportasse discricionariedade, justificava um controle judicial irrestrito; ao mesmo tempo, houve outras que entenderam que a existência de discricionariedade na interpretação dos termos da regra tornava esse juízo imune ao controle.

Tentou-se identificar uma possível explicação jurídica para o Tribunal ter admitido o controle em certos casos nos quais havia margem de discricionariedade do presidente de forma mais clara, qualificando o critério da discricionariedade como um critério de discricionariedade *política*, ou seja, um critério que o texto constitucional pareça indicar que cabe à autoridade política interpretar e avaliar. No entanto, esse critério não é extraído claramente da jurisprudência do Tribunal. Além disso, ele é capaz de explicar a posição do Tribunal em alguns casos, mas não em outros.¹¹⁴ Isso suscita uma percepção de que talvez não existam padrões mais precisos

113 P. ex., na ADI nº 5.784, julgado do Plenário em que se negou o pedido de anulação de decreto de indulto com base em princípios, o voto do relator, o ministro Alexandre de Moraes, reconhecia, ainda assim, a possibilidade de controle judicial com base em princípios, caso estivessem configuradas violações a eles. Entendimento parecido foi manifestado no MS nº 34.070 (caso de suspensão da nomeação do ex-Presidente Lula para a Casa Civil) e no MS nº 37.093 (caso de suspensão da nomeação de Alexandre Ramagem para a diretoria da Polícia Federal).

114 Um dos exemplos citados foi o do MS nº 23.766, em que se entendeu implicitamente pela possibilidade de controle judicial de decisão de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, a despeito do fato de que essa decisão era balizada por critérios marcadamente políticos (“garantia dos poderes constitucionais e (...) da lei e da ordem”), previstos no at. 142 da Constituição.

que orientem sua atuação, para além de noções mais genéricas associadas à natureza dos atos e à discricionariedade.

Em meio a essa falta de definição clara dos limites do controle judicial, é comum que o Tribunal e os ministros, decidindo monocraticamente, simplesmente declarem que todos os atos estão sujeitos à verificação da sua compatibilidade com a ordem legal e constitucional, ou que não cabe o controle dos aspectos de discricionariedade dos atos do presidente da República. Nenhuma dessas afirmações é de todo incompatível com o que o Tribunal decidiu nas áreas em que existe jurisprudência firmada sobre a exclusão do controle. Ainda assim, a questão que permanece – e que tem levado a resultados inconsistentes e incompatíveis – é a de que forma será compatibilizada a afirmação de que não cabe controle da discricionariedade com o entendimento de que nenhum ato é completamente discricionário porque todos sofrem a incidência de normas constitucionais abstratas.

A exceção a esse campo de indefinição está nos entendimentos já firmados quanto a certos tipos de atos – como veto, iniciativa de lei, medida provisória, extradição e indulto –, para os quais o Tribunal sinalizou de forma clara o não cabimento de controle judicial sob determinado aspecto. Quanto ao veto, o Plenário já definiu que não é cabível o controle, exceto quanto a aspectos procedimentais. Quanto à medida provisória, ele já entendeu que não é cabível o controle dos requisitos de urgência e relevância (somente em hipóteses excepcionais). Quanto à iniciativa de lei, o Tribunal já decidiu que não é cabível o controle a não ser que o presidente tenha alterado indevidamente a proposta de orçamento enviada por uma instituição. Quanto à extradição, por fim, o Supremo definiu que, ao menos quando estiver envolvida a valoração de um aspecto discricionário na decisão de entrega do extraditando, também não é cabível o controle.

Quando o Tribunal ou os ministros, decidindo monocraticamente, foram chamados a se pronunciar novamente sobre esses aspectos, eles aplicaram esses precedentes. No entanto, o que se verifica é que, fora dos casos semelhantes que estão sob a esfera de influência direta desses precedentes, o Tribunal não tem extrapolado suas conclusões (tanto em relação à existência de limites ao controle judicial dos atos presidenciais quanto em relação aos critérios adotados para definir esses limites) para definir de forma mais ampla qual é o seu papel na fiscalização do presidente. Isso fica mais evidente quando observamos o fato de que a maioria das decisões não fazia menção a precedentes, relacionados a outros atos, em que se entendeu que o controle judicial estava excluído – e várias delas também não faziam referência a precedentes relacionados ao mesmo tipo de ato, ou a atos que incorporam o mesmo tipo de poder presidencial.¹¹⁵

115 Dado que o Supremo tem dado um tratamento mais individualizado na definição dos

Essa descrição está alinhada com à atitude mais geral do Supremo com relação aos seus precedentes, que foi descrita por Vojvodic como uma jurisprudência de reiteração – conforme definido por López Medina¹¹⁶ –, em que há uma atuação coerente do Tribunal em reiterar posicionamentos ao se deparar com casos muito semelhantes ou idênticos, mas, diante de casos novos, ele não se apoia nas razões adotadas em seus posicionamentos anteriores para construir soluções. Isso, segundo a autora, “não só representa uma limitação naquilo que o tribunal entende ser capaz de orientar novas decisões mas que também o coloca em uma posição de completa liberdade para decidir da forma como quiser” diante de casos difíceis.¹¹⁷

A frequência com que a etapa de definição da postura institucional diante do caso é ultrapassada, em conjunto com a falta de articulação entre as decisões que enfrentam casos de impugnação a atos presidenciais, não permite que se fale propriamente em uma doutrina de exclusão do controle judicial nessa área. Parece mais adequado dizer que o Tribunal adota uma presunção geral de controle irrestrito a esses atos, mas que, diante de casos que envolviam questões específicas diante de certos atos, ele entende, excepcionalmente, que o controle judicial deve ser excluído ou limitado.¹¹⁸ Ocorre que, se entendermos que o dever de limitação judicial é uma consequência da separação de poderes e uma exigência da própria Constituição, esse tipo de postura acaba perdendo o seu potencial de fornecer parâmetros que levem o Tribunal a chegar à conclusão de que a limitação é devida nos casos certos. Ao mesmo tempo, ela aumenta a liberdade do STF para mobilizar os critérios que vem adotando de forma a eximir-se da incumbência de fiscalizar o presidente quando lhe convenha, ou intervir em suas atuações quando preferir.

Além disso, essa prática pode ser custosa para o próprio Supremo, dado que, ao reivindicar a possibilidade de controle de certos atos, em especial aqueles mais intensamente ligados à função pública do presidente, ele abre as portas para mais demandas que o levarão a intervir

tipos de atos que estariam sujeitos a limitações do controle judicial, talvez não faça mesmo sentido referir-se a precedentes relacionados a outros atos com relação a esse critério. Mas, com relação ao critério da discricionariedade, isso seria bastante útil, tendo em vista a inconsistência com a qual o Tribunal tem tratado esse conceito em casos diferentes. Chama muita atenção, por exemplo, o fato de o Tribunal não se referir ao reconhecimento, bastante emblemático, de que atos limitados por conceitos jurídicos indeterminados têm margem de discricionariedade suficiente para impedir o controle judicial, expresso no julgamento do caso Cesare Battisti.

116 MEDINA, Diego López. **El Derecho de los jueces**. Bogotá: Legis, 2009, *apud* VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

117 VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

118 *Ibid*, p. 230.

em disputas políticas – às vezes intensas – nas quais sua atuação será determinante para o resultado. Com isso, ele se coloca em terreno mais instável, porque aumenta a possibilidade de que ela tome decisões que podem ser custosas para a sua legitimidade (decorrentes, por exemplo, de uma decisão equivocada) ou de que sofra retaliações de outros atores no cenário político (por exemplo, de um presidente insatisfeito com a decisão adotada).

É interessante notar que, partindo dessa observação, certos autores da literatura norte-americana destacaram o papel da teoria das questões políticas, uma das teorias de exclusão do controle judicial, como um instrumento de “prudência” institucional da Suprema Corte dos EUA. A criação dessa doutrina teria servido para remover da esfera de atuação judicial certos tipos de questões mais sensíveis, nas quais a Corte teria maior receio de intervir – fosse, por exemplo, por receio de possíveis danos à sua legitimidade por decorrência de intervenções equivocadas,¹¹⁹ fosse pelo risco de sofrer retaliações dos outros poderes.¹²⁰

Seguindo lógica semelhante, Arguelhes e Ribeiro descrevem certas construções jurisprudenciais do STF que, no início dos anos 1990, restringiam o acesso e o alcance do controle de constitucionalidade pela via concentrada e, com isso, reduziam o número de ações que versavam sobre temas políticos que versavam até eles.¹²¹ Uma das hipóteses que os autores apresentam para explicar esse fenômeno é a de que o desenvolvimento de doutrinas restritivas esteve associado a uma atuação estratégica do Tribunal, que, em um contexto ainda instável de pós-democratização, em que ainda não havia clareza quanto a possíveis retaliações de outros Poderes, optou por restringir sua atuação por meio do controle concentrado, forma de intervenção que via como mais arriscada do que a via do controle difuso.¹²²

O que se pretende destacar, com isso, a respeito da decisão sobre os limites materiais da jurisdição do STF sobre os atos do presidente da República é simplesmente que essa é uma decisão que impacta significativamente o tipo de casos que serão levados ao Tribunal para serem decididos, e, com isso, também o grau de vulnerabilidade a que ele se submeterá

119 Este aspecto da doutrina das questões políticas é destacado por BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. Connecticut: Yale University Press, 1986. p. 184.

120 Este aspecto da doutrina das questões políticas é destacado por FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry D. Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint. **NYU Law Review**, v. 77, p. 962, 2002. p. 1014.

121 ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, 2014. p. 30-33. Esse fenômeno é descrito de forma mais ampla em ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v. 12, p. 405-440, 2016.

122 *Ibid*, p. 36-38.

ao assumir a responsabilidade por arbitrar disputas políticas – algo que implica a exposição a críticas não só quando ele intervém nessas disputas, mas também quando, havendo reclamado a sua competência para fazê-lo, deixa de intervir. Se isso é verdade, as decisões sobre a jurisdição são, em sua essência, decisões institucionais, porque carregam consigo, além da solução de casos pontuais, uma determinação sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal, enquanto instituição, estará disposto a exercer na política, assumindo tanto suas possíveis vantagens em termos de aumento de poder quanto seus riscos.

Perceber que essa decisão tem implicações institucionais fortes acen-tua a importância de que as limitações aplicáveis à jurisdição do STF sejam definidas de forma clara, em especial se considerarmos a amplitude de hipóteses nas quais os ministros têm capacidade de decidir individualmente.¹²³ Às vezes as decisões individuais acabam, até mesmo, tornando-se definitivas, algo que ocorreu em alguns dos casos analisados.¹²⁴ Quando isso ocorre, decisões monocráticas que avancem de forma significativa sobre os poderes do presidente passam a ser fatos com os quais o Tribunal enquanto instituição tem que lidar. Decisões muito interventivas podem inspirar ataques, questionamentos e a danos à sua legitimidade. Além disso, e talvez de forma mais grave, elas tornam-se precedentes *de fato*, embora nem sempre o sejam no sentido jurídico¹²⁵ – seja por não

123 Este fator é destacado por ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018 e ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015. Os autores tratam de forma ampla dos poderes que os ministros têm para, individualmente, interferir no processo decisório do STF – incluindo não só os poderes formais de decisão por meio de liminares monocráticas, mas também os informais, como as manifestações na imprensa e o controle sobre o momento em que processos serão liberados para inclusão na pauta de julgamento. Embora seja possível que os ministros influenciem individualmente a decisão institucional sobre os limites ao controle judicial dos atos do Presidente de forma *informal*, este trabalho vem focando no que as decisões *formais* do Tribunal têm expressado quanto a esses limites; portanto, foca-se, aqui, apenas nos poderes de decisão monocrática dos ministros, notadamente os previstos no art. 21, V c/c IV (“determinar, em caso de urgência, as medidas [cautelares] do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma”) e no art. 21, § 1º (“Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta”) do Regimento Interno do STF.

124 V. MS nº 34.070 (que suspendeu a nomeação de Lula para a Casa Civil) e MS nº 37.097 (que suspendeu a nomeação de Alexandre Ramagem para diretor da Polícia Federal), ambos os quais perderam o objeto após a revogação das nomeações e, por isso, deixaram de ser apreciadas pelo colegiado após haverem admitido tal intervenção na nomeação de autoridades federais. V., também, o MS nº 23.766 (que admitiu implicitamente a possibilidade de controle judicial da decisão de emprego das Forças Armadas), o qual perdeu o objeto com a decisão de retirada das Forças Armadas pelo Presidente.

125 Thomaz Pereira destaca este elemento em PEREIRA, Thomaz, **Lula ministro e o silêncio do Supremo**, JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/lula-ministro-e-o-silencio-supremo-22122016>. Acesso em: 29 nov. 2021.

representarem a visão do colegiado, seja por veicularem juízo apenas provisório, ou mesmo por ambos. Com isso, avanço promovido por ministros de forma individual pode acabar por comprometer o Tribunal com uma postura com a qual ele talvez não se sinta confortável do ponto de vista da preservação de sua legitimidade.

É importante observar, por fim, que o Tribunal está mais vulnerável a esse tipo de atuação monocrática arriscada quando se trata de atos para os quais há maior indefinição a respeito da posição da jurisprudência sobre os limites do controle. Quanto às medidas provisórias e ao veto, por exemplo, há certo grau de definição quanto a esses limites. Quanto à extradição e à iniciativa de lei também há certa clareza, ainda que menor. Quanto aos demais atos, os limites são bastante incertos e, portanto, nessas áreas o Tribunal está mais suscetível a que atuações individuais acabem por determiná-los.¹²⁶

5. CONCLUSÃO

A definição dos limites do controle judicial envolve dilemas complexos, que trazem implicações tanto jurídicas quanto institucionais. Essas decisões expressarão a visão do Tribunal quanto ao papel que pretende exercer na fiscalização de uma autoridade poderosa, que é o presidente, e quanto à extensão de outras autoridades para interpretar o direito dentro dos limites de suas autoridades constitucionalmente definidas. Ao mesmo tempo, elas determinarão o grau de exposição política que o Tribunal sofrerá ao controlar atos do presidente.

No geral, a visão que o Supremo tem adotado é a de que há certos atos que escapam ao controle judicial sob certos aspectos porque estão relacionados com um juízo político que deve ser exercido pelo presidente. Com isso, ele adere a uma visão que reconhece que a própria Constituição impõe certos limites intransponíveis ao controle judicial desses atos. Ele, com poucas exceções, não recorre a teorias relacionados a limitações à intensidade do controle jurisdicional, como a teoria da deferência.

126 A falta de definição de parâmetros que deem concretude aos limites fixados pelo Tribunal o torna mais vulnerável a esse tipo de decisão, já que se torna possível adotá-la a um custo mínimo. Não se ignora, com isso, que, ainda que haja limites bem definidos, é possível que os ministros simplesmente reconheçam estar adotando entendimento contrário à jurisprudência do Tribunal. No entanto, não há como negar que o fato de haver limites muito frágeis rebaixa significativamente os custos desse tipo de atuação, em especial quando se considera que autoridade dos ministros para decidir monocraticamente, para os fins deste trabalho, é limitada às hipóteses de tutela provisória (que, em tese, passa por uma verificação de probabilidade do direito que deveria considerar a posição adotada pelo colegiado) e de pedido “manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal”, conforme os artigos 21, V c/c IV e 21, § 1º do Regimento Interno do STF, respectivamente.

No entanto, a sua atuação ao desenvolver a jurisprudência quanto aos atos do presidente da República não tem sido consistente com as implicações dessa constatação. Se o Tribunal reconhece que a Constituição exige que o presidente tenha a palavra final sobre certos atos, ele deveria, ao menos ao lidar com atos semelhantes a esses, passar expressamente pela etapa preliminar de verificação da possibilidade de controle judicial. Apesar disso, a maioria das decisões analisadas, inclusive algumas que decidiram sobre atos que tinham um caráter marcadamente político, presumiram o cabimento de controle irrestrito sem analisá-lo expressamente. Além disso, o Tribunal não vem empreendendo um esforço para dar precisão aos critérios que adota para excluir o controle judicial – em especial, ao critério da discricionariedade, que carrega algumas complexidades na sua relação com a ideia de um controle baseado em normas constitucionais fundamentais. Destaca-se, nesse contexto, a falta de articulação com os entendimentos adotados em posicionamentos passados, que teria potencial para esclarecer esses critérios.

Esses elementos, combinados, fazem com que seus precedentes que firmam limitações ao controle judicial não representem efetivos limites quando o Tribunal se depara com casos novos. Ocorre que, se a razão para a imposição dessas limitações decorre das exigências da estrutura da separação de poderes prevista na Constituição, uma jurisprudência que não fornece orientações quanto aos casos em que essa exigência está em jogo não cumpre sua função.

A falta de definição dos parâmetros que orientam a definição desses limites pode ser vantajosa para o Tribunal, pois, ao não se comprometer com nenhum parâmetro claro, ele se permite atuar de forma diferente no futuro. Mas ela é problemática, do ponto de vista jurídico, porque compromete a capacidade das teorias de limitação de efetivamente fazer jus aos comandos constitucionais sobre a separação de poderes. Ao mesmo tempo, ela pode ser um risco para o próprio Supremo, porque acaba por expô-lo à possibilidade de que o Tribunal no futuro – ou até mesmo ministros individuais – venham a decidir de forma arriscada, tomando um caminho que pode ser custoso reverter. Ela, por fim, coloca o Supremo em posição vulnerável ao situá-lo em uma posição central arbitramento de disputas políticas sensíveis sem que existam critérios claros que determinem em quais delas, e diante de quais circunstâncias, ele deverá intervir. Esse cenário aumenta sua exposição a críticas por suas intervenções e, ao mesmo tempo, o torna sujeito a cobranças diante de inações – que, em cenário de escassez de critérios, podem ser interpretadas como produto de uma omissão institucional consciente, e não de uma exigência constitucional.

Tendo em vista as fortes implicações jurídicas e institucionais que a definição dos limites do controle judicial frente aos atos do presidente

da República tem para o papel que será exercido pelo Supremo Tribunal Federal, essa é uma decisão que o Tribunal deve tomar de forma consciente enquanto instituição, considerando e levando a sério os argumentos jurídicos de ambos os lados e também os impactos que essa decisão terá sobre a posição que o Tribunal assumirá no cenário político. Por isso, não parece ser desejável que deixe de ser incorporada de forma expressa às decisões que se pronunciam sobre esses atos, que seja definida por decisões inconsistentes e, muito menos, que seja determinada por atuações individuais que escapem à reflexão e controle do colegiado.

Referências bibliográficas

ALSTON, Lee J. *et al.* **Political institutions, policymaking processes and policy outcomes in Brazil**. Washington: Inter-American Development Bank, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. Editora Sumaré, 2002.

ARGUELHES, Diego Werneck, **A palavra e o poder: o STF e a separação de Poderes na jurisprudência de Celso de Mello**, JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-palavra-e-o-poder-o-stf-e-a-separacao-de-poderes-na-jurisprudencia-de-celso-de-mello-13072020#_ftnref3. Acesso em: 30 jan. 2022;

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro. **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, p. 103-124, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v. 12, p. 405-440, 2016.

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

BARBOSA, Rui. O direito do Amazonas ao Acre Setentrional. *In*: **Obras completas de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, vol. 37, tomo 5, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BESCHLE, Donald L. No More Tiers: Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases. **Pace L. Rev.**, v. 38, p. 384, 2017.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANOTILHO, JJ Gomes *et al.* (Ed.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. II: teoria do ato administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 23, p. 1-16, 1951.

FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry D. Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint. **NYU Law Review.**, v. 77, p. 962, 2002.

JORDÃO, Eduardo. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017.

JORDÃO, Eduardo, **Levando a deferência a sério**, JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/levando-a-deferencia-a-serio-12052020>. Acesso em: 28 nov. 2021.

MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew S. (eds.). **Presidentialism and Democracy in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 191, p. 67-85, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Marcus; PEREIRA, Carlos. **Making Brazil work: checking the president in a multiparty system**. Nova York: Palgrave Macmillan US, 2013.

PAMPLONA, Danielle Anne. **O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal: a postura do juiz**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

PEREIRA, Thomaz. **Lula ministro e o silêncio do Supremo**, JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/lula-ministro-e-o-silencio-supremo-22122016>. Acesso em: 29 nov. 2021.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da Administração Pública e Tendências a Luz do Estado Democrático de Direito. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 45, p. 243, 2004.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SCHMIDT, Thomas Joaquin. **Teoria dos atos políticos: origens históricas, referencial teórico nacional e estudos de caso**, 2018.

SHUGART, Matthew S.; CAREY, John M. **Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics**. Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 154-156.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **NCL Rev.**, v. 80, p. 1203, 2001.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise de jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: FGV, 2010.

Bolsonaro ataca Alexandre de Moraes e diz que não cumprirá mais decisões do ministro do STF, G1. 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>. Acesso em: 28 nov. 2021.

Bolsonaro volta a apoiar ato antidemocrático contra o STF e o Congresso, em Brasília. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/03/bolsonaro-volta-a-apoiar-ato-antidemocratico-contra-o-stf-e-o-congresso-em-brasilia.ghtml>. Acesso em: 28 nov. 2021

Bolsonaro xinga Barroso, repete ataques e diz que parte do STF quer volta da corrupção, Folha de São Paulo. Disponível em: [Nhttps://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/bolsonaro-repete-ataques-diz-que-parte-do-stf-quer-volta-da-corrupcao-mas-nega-ter-ofendido-ministros.shtml](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/bolsonaro-repete-ataques-diz-que-parte-do-stf-quer-volta-da-corrupcao-mas-nega-ter-ofendido-ministros.shtml). Acesso em: 28 nov. 2021.

Cartazes golpistas de atos bolsonaristas atacam STF e Moraes até em inglês, espanhol e francês. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/cartazes-golpistas-de-atos-bolsonaristas-atacam-stf-e-moraes-ate-em-ingles-espanhol-e-frances.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2021.

Investigado, Bolsonaro apresenta pedido de impeachment do ministro do STF Alexandre de Moraes, Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/investigado-bolsonaro-apresenta-pedido-de-impeachment-do-ministro-do-stf-alexandre-de-moraes-1-25164551>. Acesso em: 28 nov. 2021.

PEC que muda aposentadoria de ministros no STF avança na Câmara, Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/pec-que-muda-aposentadoria-de-ministros-no-stf-avanca-na-camara.shtml>. Acesso em: 10/12/2021.