

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

CLARISSA GONÇALVES VIDO

**O CONTROLE JUDICIAL DO ATO DE NOMEAÇÃO DE MINISTRO DE
ESTADO À LUZ DO CONCEITO DE ATO POLÍTICO**

PORTO ALEGRE

2018

CLARISSA GONÇALVES VIDO

**O CONTROLE JUDICIAL DO ATO DE NOMEAÇÃO DE MINISTRO DE
ESTADO À LUZ DO CONCEITO DE ATO POLÍTICO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi

Porto Alegre
2018

CLARISSA GONÇALVES VIDO

**O CONTROLE JUDICIAL DO ATO DE NOMEAÇÃO DE MINISTRO DE
ESTADO À LUZ DO CONCEITO DE ATO POLÍTICO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 11.12.2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi
Orientador

Prof^a. Msc. Eunice Ferreira Nequete

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

A Leandro.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto da generosidade de muitos, a quem sou imensamente grata. Aproveito a oportunidade para fazê-los saber que a potência só se fez ato – e aqui me refiro não a esta monografia, mas ao curso de Direito em si – pela solicitude e pela grandeza dessas pessoas queridas. Se este trabalho não fez jus a todo apoio recebido, não foi por falta de apoio.

Agradeço à minha mãe, Liliana, e às minhas irmãs, Isa e Hell, pelo cuidado afetuoso e pelo encorajamento que muito me moveram até aqui; à Isabella, ainda, e especialmente, por se prontificar a ser minha interlocutora, me auxiliar com observações valiosas, cheias de delicadeza e lucidez, e por doar parte do tempo que dedica aos seus estudos de doutorado para me socorrer.

À Laura, a melhor amiga que alguém poderia ter, pelos muitos dias em que estudamos juntas, discutimos nossas pesquisas e metas, e compartilhamos progressos e frustrações. A distância que há entre as leis dos homens e as leis da física nunca foi barreira para que pudéssemos nos confortar e nos apoiar.

Ao professor Giacomuzzi, por quem tive a honra de ser orientada, a quem agradeço pelos textos e livros, e a quem devo o fôlego para terminar o curso quando estava desacreditada. Foi na disciplina de Direito Administrativo I que eu pude, novamente, me sentir em casa.

Ao amigo Luis Fellipe, com quem há dez anos me formei, e a quem ainda recorro para esclarecer argumentos confusos, extrair premissas implícitas e visualizar os problemas sob outra perspectiva.

Às amigas que o Direito me deu, Ana Paula, Júlia e Mirian, por serem fonte de consolo e incentivo, e sobretudo, excelentes companhias para bons e maus momentos.

Ao colega Rennan Luft, que gentilmente me auxiliou com o seu conhecimento de italiano.

Aos colegas da AGE/TRT4, em especial à Tatiana, pela compreensão e apoio durante esse último ano de faculdade.

Aos colegas do GDO, Rafael e Marina, pelo valioso auxílio com a preparação para apresentação e por me ensinarem que muitas vezes a camaradagem vem de onde não se espera.

Ao Leandro, por ressignificar os meus dias com xícaras de chá, bilhetes carinhosos e abraços apertados, a quem espero poder retribuir com o melhor de mim.

La vraie morale se moque de la morale.
Pascal

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de controle judicial do ato de nomeação de Ministros de Estado à luz do conceito de ato político. Para tanto, propõe-se a reconstruir a história do conceito, abordando o desenvolvimento da *Political Questions Doctrine* pela Suprema Corte americana, da teoria dos *Actes de Gouvernement*, pelo Conselho de Estado francês, e a assimilação da ideia pelo direito brasileiro. A partir deste conceito, conjugado com leitura do princípio da separação de poderes a partir das funções do Estado e do princípio da soberania popular, propõe exame das decisões judiciais recentes em que o Supremo Tribunal Federal interveio na nomeação de Ministros de Estado.

Palavras chave: Controle judicial. Ato político. Ato de governo. Separação de poderes. Soberania popular.

ABSTRACT

In the light of the concept of political act, this paper analyses the possibility of judicial control of declaring Ministers of State nominees. We aim to examine the history of that concept, considering that Brazilian law owes its understanding of such an act both to the development of political questions doctrine of the Supreme Court of the United States of America and to the theory on which the so-called “actes de gouvernement” in France is based. Having approached not only the concept of political act but also intending to correlate it with two major principles for our study – *i.e.*, of separation of powers and their functions in the State and of the popular sovereignty –, we propose analyzing recent judicial decisions known for Supremo Tribunal Federal intervention in the nomination of Ministers of State.

Keywords: Judicial control. Political questions. Actes de gouvernement. Separation of powers. Popular sovereignty.

LISTA DE ABREVIATURAS

- ADI – Ação direta de inconstitucionalidade
- ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental
- AGU – Advocacia-Geral da União
- CF – Constituição Federal
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- HC – Habeas corpus
- MC em MS – Medida cautelar em mandado de segurança
- MS – Mandado de segurança
- PPS – Partido Popular Socialista
- PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira
- PTB – Partido Trabalhista Brasileiro
- Rcl – Reclamação
- RE – Recurso Extraordinário
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. POSTULADOS	15
3. A SEPARAÇÃO DE PODERES.....	18
4. GOVERNAR E ADMINISTRAR	22
5. O ATO POLÍTICO NA DOCTRINA BRASILEIRA ATUAL	25
6. ATO POLÍTICO: GÊNESE DO CONCEITO.....	27
6.1 A Doutrina das Questões Políticas.....	28
6.2 A Teoria dos Atos de Governo	33
7. A TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS NO BRASIL.....	39
8. A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL... 	44
9. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA	47
9.1 Caso Lula.....	49
9.2 Caso Moreira Franco.....	54
9.3 Caso Cristiane Brasil.....	57
10. CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
11. REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

No Brasil, já é conhecida a prática de estabelecer alianças por meio da concessão de cargos políticos. Embora o cargo de Ministro de Estado seja estratégico para a condução das políticas de governo, é comum que o Presidente se valha de sua prerrogativa constitucional de livre nomeação de ministros e organização de ministérios para conter a insatisfação de aliados descontentes e ampliar a base de apoio através da distribuição dos ministérios entre nomes cotados e negociados pelos partidos políticos.

Segundo o periódico *Gazeta do Povo*, estudo recente realizado pelos professores César Zucco, da Fundação Getúlio Vargas, Timothy Power, da Universidade de Oxford, e Mariana Batista, da Universidade Federal de Pernambuco, feito com 141 deputados federais e senadores entre os anos de 2013 e 2017, revelou que cada Ministério tem um valor distinto na escala de preferência dos partidos, e que há um entendimento comum e compartilhado sobre estes valores¹. A pesquisa não apenas reforça, mas mensura fenômeno já conhecido no sistema presidencialista brasileiro – o preço da governabilidade – que consiste em entregar parte do poder político, e também orçamentário, a aliados, ou quase aliados, para poder governar.

Antes mesmo de assumir a presidência, enquanto Michel Temer atuava interinamente como Presidente da República, por ocasião do processo de *impeachment* em curso contra Dilma Rousseff, propagaram-se diversas notícias sobre a reorganização e a recomposição dos Ministérios. De infográficos comparativos a análises de cenário e críticas morais, a imprensa não se furtou a divulgar a movimentação iniciada já nos primeiros dias do exercício da presidência por Temer.²

Como toda ação política, as mudanças implementadas pelo “novo governo” suscitaram as mais diversas reações. Houve quem louvasse e quem criticasse a redução e a supressão de alguns

¹ “De modo geral, os critérios identificados pelos pesquisadores combinam capacidade de realizar políticas públicas, poder normativo, orçamento total e orçamento discricionário (que não dispõe de destinação pré-estabelecida), além de número de cargos passíveis de indicação.” SANTOS, Marcos Ricardo dos. No “toma lá, dá cá, quanto custa um ministro para o governo federal?”. *Gazeta do Povo*. Publicado em 30.04.2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/no-toma-la-da-ca-quanto-custa-um-ministro-para-o-governo-federal-01fgeq30cbb3r69xt5kqpmqj5/>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

² Ao deixar a Presidência da República, Dilma contava com 31 Ministérios, 15 deles ocupados por não filiados a nenhum partido político. Ao assumir, Temer determinou algumas fusões e suprimiu algumas pastas. Passou a contar com 23 ministérios e criou a Secretaria Especial de Investimento, chefiada por Moreira Franco, sem status de ministério no primeiro momento. Dos 23 ministérios de Temer, apenas dois foram ocupados por não-filiados a qualquer partido político. O ESTADO DE SÃO PAULO: <http://infograficos.estadao.com.br/politica/o-ministerio-de-temer/>, s/d. Acesso em 27 de setembro de 2018.

Ministérios e quem apontasse para as incongruências da nova equipe, composta por diversos investigados e até mesmo por condenados em ações de improbidade administrativa.³

O assunto estava em voga desde antes do final do governo Dilma, quando a nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro da Casa Civil foi suspensa pelo provimento de uma medida cautelar proposta em ação de mandado de segurança, cuja decisão coube ao Ministro Gilmar Mendes. Lula era acusado de enriquecimento ilícito e tráfico de influência, e a possibilidade de condenação em primeira instância era iminente e sua nomeação foi suspensa por desvio de finalidade.

Tempos depois, quando o emedebista Wellington Moreira Franco é citado dezenas de vezes em delações premiadas dos executivos da empreiteira Odebrecht, no curso da Operação Lava-Jato, o já presidente Temer devolve o status de Ministério à Secretaria-Geral da Presidência e o desloca do cargo de secretário-executivo do Programa de Parceria de Investimentos para a pasta. Como ministro, Moreira Franco passa a contar com foro privilegiado, só podendo ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. É proposto mandado de segurança nos mesmos moldes em que aquele impetrado quando da nomeação de Lula, inclusive mencionando a decisão como paradigma. Desta vez, a decisão da medida cautelar coube ao Ministro Celso de Mello, que não a provê.⁴

A possibilidade de intervenção na nomeação de Ministros de Estado volta a ser objeto de debate acalorado quando Michel Temer nomeia Cristiane Brasil como Ministra do Trabalho.⁵ O Ministério era ocupado pelo PTB desde a assunção de Temer como presidente e, quando da saída de Ronaldo Nogueira, o partido indica o nome de Cristiane. Entretanto, decisão de primeira instância exarada pelo juiz Leonardo Couceiro, da 4ª Vara Federal de Niterói, impede a posse. Diferente de Lula e Moreira Franco, Cristiane não é implicada em nenhuma delação, nem investigada. O cerne da questão foi a sua condenação em esfera trabalhista. A decisão pautou-se

³ AGUIAR, Gustavo e PERÓN, Isadora. Seis dos 23 ministros de Temer respondem a inquéritos do STF. O Estado de São Paulo. Publicado em 19.05.2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,seis-dos-23-ministros-de-temer-respondem-a-inqueritos-no-stf,1000052217> e FAGUNDEZ, Ingrid e MENDONÇA, Renata. De 'rei da soja' a condenado por desvio de merenda: conheça os ministros de Temer. Publicado em 13.05.2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil/2016/05/160509_ministros_temer_if_rm. Acesso de ambos em 27 de setembro de 2018.

⁴ EL PAÍS. Citado na Lava Jato, Moreira Franco vira ministro e ganha foro privilegiado. Publicado em 02.02.2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486069819_455685.html. Acesso em 15 de julho de 2018.

⁵ DANTAS, Humberto. Porque só olhamos para o executivo? O caso Cristiane Brasil. O Estado de São Paulo. Publicado em 06.02.2018. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/legis-ativo/por-que-so-olhamos-para-o-executivo-o-caso-cristiane-brasil/>. Acesso em: 12 Set. 2018. e URIBE, Gustavo e CARVALHO, Daniel. Temer desistiu de posse de Cristiane Brasil, diz Marun. Folha de São Paulo. Publicado em 22.01.2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1952310-temer-nao-desistiu-de-posse-de-cristiane-brasil-diz-marun.shtml?loggedpaywall>. Acesso em 09 de setembro de 2018.

no “autoaplicável preceito constitucional” da moralidade administrativa. Após idas e vindas, e de o caso chegar ao STF, o próprio partido desistiu da indicação, e as ações perderam o objeto.

Estes casos trazem à tona questionamento sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário frente a atos que, por expressa disposição constitucional, seriam da alçada do chefe do Executivo. A reflexão que cabe, portanto, é se, ao decidir sobre a possibilidade de nomeação de um Ministro de Estado, o Judiciário não subverte os princípios da separação de poderes e da soberania popular.

Para sugerir uma resposta a esta questão, acreditamos que o melhor caminho seja compreender a gênese da distinção entre ato administrativo e ato político – de onde surgiu a ideia de um ato imune à apreciação judicial e o que a justificou, para então nos perguntarmos pela classificação atual e suas eventuais dificuldades. Reconstruída a gênese do conceito, poderemos responder pelos riscos de suprimir a distinção ou justificar a sua manutenção.

Para tanto, percorreremos a doutrina americana e a doutrina francesa, que alicerçam o direito administrativo brasileiro. Trata-se de opção metodológica. É certo que este problema foi enfrentado pelos Estados ditos democráticos em geral, e, na jurisprudência e doutrina de cada um deles, poderíamos encontrar elementos que enriqueceriam este estudo. Entretanto, ao longo da pesquisa, pudemos perceber que, embora alguns autores tivessem tratado de outros sistemas – mormente o italiano, o português e o espanhol – todos eles em algum momento se reportavam à matriz norte-americana (*political questions doctrine*) e à matriz francesa (*actes de gouvernement*) para apoiar suas conclusões, quer fossem pela possibilidade, quer fossem pela impossibilidade de controle dos ditos atos políticos.

Do estudo da história e da evolução da noção de ato político e, na falta de uma definição objetiva e positiva, pretendemos extrair um parâmetro atual que permita identificar que tipo de ato é a nomeação de ministro de Estado e, por conseguinte, a que espécie de controle se sujeita. A partir daí, retornamos às decisões brevemente relatadas, que motivaram esta pesquisa – MS 34.070, 34.071 (Lula para a Casa Civil), 34.609 (Moreira Franco como Ministro-Chefe da Secretaria-Geral da Presidência do Brasil), 34.615 e Rcl 29.508 (Cristiane Brasil para o Ministério do Trabalho) – para apresentar análise crítica, de acordo com o substrato construído ao longo do estudo.

A pretensão, ao final, é bastante singela. Considerando a complexidade da questão que, como pretendemos mostrar, envolve princípios caros à própria noção de democracia, tudo que almejamos fazer é apontar para uma sugestão que seja plausível e tenha bons fundamentos. Ao fim

e ao cabo, este é um problema de taxonomia, como o são quase todos os problemas do conhecimento, jurídico ou científico, para o qual não há apenas uma resposta correta.

Iniciaremos o percurso definindo algumas noções que serão os alicerces do argumento central – postulados – os quais serão pressupostos por terem como base o texto da Constituição Federal e constituírem pilares do Estado Democrático de Direito, sendo esclarecidas somente em seu sentido. Pedimos licença para o emprego de método não tão usual, em nome da linearidade do raciocínio. Em seguida, procuraremos fundamentar na distinção de poderes como uma distinção entre funções do Estado a diferença de natureza entre atos políticos e atos administrativos para mostrar que, apesar de nenhum ato do poder público poder estar à margem do direito, certos atos, por sua natureza, devem ser submetidos a tratamento próprio. Defenderemos que este é o caso do ato de nomeação de Ministros de Estado, objeto deste estudo.

Não pretendemos negar o fato, facilmente constatável, de que a judicialização de questões políticas é uma tendência não apenas do Brasil, mas do mundo moderno. Alexis de Tocqueville, por exemplo, ainda no ano século XIX, já havia professado que não há praticamente nenhuma questão política nos Estados Unidos que, mais cedo ou mais tarde, não se transforme em uma questão judicial.⁶ A ideia que subjaz à pesquisa é verificar se esta supremacia do Judiciário pode trazer consequências indesejáveis, ou menos vantajosas, ao nosso processo político-democrático.

⁶ “Scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question.”. TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. New York: A. A. Knopf, 1945, p. 280.

2. POSTULADOS

Há pelos menos quatro noções que servirão de alicerce à ideia que pretendemos sustentar e que serão tomados como premissas ao longo da argumentação. Isso significa que serão tomadas como pontos de partida e que sobre elas não haverá propriamente uma tentativa de demonstração, senão esclarecimentos. É a articulação de todos estes conceitos que permitirá resposta à nossa primeira questão, a qual constituirá premissa para a segunda etapa da argumentação. Todos estes conceitos estão dispostos nos primeiros artigos da Constituição Federal.

Estado Democrático de Direito - está previsto no artigo 1º da Constituição Federal.⁷ Na lição de José Afonso da Silva, é não só a união formal do conceito de Estado Democrático e Estado de Direito, mas a criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, e os supera. É regido, entre outros, pelo princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional.⁸

Separação de Poderes - está prevista no artigo 2º da Constituição Federal⁹. A expressão “Poderes da União” tem, na verdade, duplo sentido, pois indica, a um só tempo, as funções e os órgãos, ou conjunto de órgãos, a quem competem essas funções. Trataremos disso em seção apartada, de forma mais detalhada, pois este é um dos pilares do argumento.

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - disposto no art. 5º da Constituição Federal, este princípio atribui ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e garante o direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha lesado ou simplesmente ameaçado um direito¹⁰. Sobre este princípio, lecionou José Carlos Barbosa Moreira:

Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...].

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª Ed, 1994, p. 119.

⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁰ Art. 5º, XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas.¹¹

Soberania popular - Está consagrado no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal¹². O princípio da soberania popular é corolário da democracia representativa. É a crença de que a autoridade soberana repousa, em última instância, no conjunto de pessoas que constituem a própria sociedade política. Conforme Cláudio Araújo Reis¹³:

Toda e qualquer outra autoridade deve poder ser vista como derivando-se, em algum sentido, dessa autoridade originária – deve poder ser vista como autorizada por essa fonte originária, que é o próprio povo. Note-se que a noção de soberania popular tem um caráter eminentemente normativo: é um ideal, que vai servir como princípio orientador ou regulador de nossa prática política e, particularmente, de nosso esforço de construção institucional. Sua menção já no primeiro artigo da Constituição lembra-nos justamente disso: *todo o resto do texto constitucional deve, em alguma medida, poder ser visto em conexão com a promoção desse ideal implicado pela noção de soberania popular.* (grifos nossos)]

Há um conflito, pelo menos aparente, que envolve esta questão e diz respeito à noção de separação de poderes e à inafastabilidade da jurisdição. Se cada poder é autônomo, como poderia toda e qualquer questão ser submetida ao Poder Judiciário? Isso não o colocaria em posição de primazia sobre os demais, contrariando a ideia de que os poderes são independentes e harmônicos entre si?

Por outro lado, se, como pretendemos mostrar em seguida, a Teoria da Separação de Poderes surgiu ante a necessidade de colocar o poder político nos limites da legalidade e de garantir as liberdades cidadãs, como é possível ao particular encontrar-se desprotegido para defender seu direito frente a um ato que escape ao controle jurisdicional?

Pretendemos mostrar que a aporia é apenas aparente e que uma compreensão adequada desses institutos nos conduz à conclusão de que o controle dos atos praticados pelos poderes públicos, qualquer que seja a sua natureza, é condição de existência de um Estado Democrático de Direito, mas dentro de certos limites, que serão balizados pela própria noção de separação de

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21.

¹² Art. 1º da Constituição Federal: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹³ REIS, C. A. “‘Todo poder emana do povo’: o exercício da soberania popular e a Constituição de 1988”. In: DANTAS, Bruno *et al.* (Orgs.). *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, v. 1, p. 255-273.

poderes, que será elucidada na sequência, e pelo postulado da soberania popular, que desempenhará papel de absoluta relevância no curso desta argumentação.

3. A SEPARAÇÃO DE PODERES

Muitos se dedicaram a explicar a necessidade de separar os poderes do Estado, de modo a limitar o despotismo do soberano e evitar a tirania. Destacamos aqui Platão, em *República*, Aristóteles, em *A Política*, e John Locke em *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Poderiam ser mencionados outros nomes que deram algum contributo neste sentido. As propostas são bem diferentes entre si, cada uma delas tendo a sua influência e a sua importância. No entanto, é a Montesquieu que devemos os contornos específicos dos poderes do Estado na formatação que foi adotada pela maior parte das constituições modernas.¹⁴

Em sua obra *O Espírito das Leis*, o autor chama atenção para a consequência perigosa de concentrar todos os poderes ou funções do Estado em um único homem ou grupo de homens, seja este um grupo de nobres ou um grupo do povo.¹⁵ A relevância da tese de Montesquieu reside, nas palavras de Sérgio Victor Tamer, nos princípios de integração e equilíbrio por ele propostos, consistindo em verdadeiro legado do Iluminismo contra o absolutismo do Estado. A história mostrava a necessidade de se transcender o pensamento de Thomas Hobbes, que justificava a concentração de poderes nas mãos de um soberano limitado, em teoria, apenas pelo direito natural e, na prática, por sua própria vontade.¹⁶

A despeito da repercussão deste primado – destaca-se que a separação de poderes foi incluída no texto da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789), bem como na “Declaração de Direitos da Virgínia” (1776) e que, a partir de então, foi amplamente absorvida pelas constituições dos Estados democráticos – muitos argumentam que se trata de princípio formal, já que sempre houve excessos e alargamento das competências dos poderes. Para outros, o princípio não é, por si, capaz de sustentar a democracia, pois há Estados tirânicos que adotaram a tripartição.

¹⁴ Para um comparativo interessante sobre a separação, a independência e a checagem de poderes entre países presidencialistas, v. GROHMANN, Luís Gustavo Mello. “A separação de poderes em países presidencialistas: A América Latina em Perspectiva Comparada”. In: *Revista de Sociologia e Política*. [online]. 2001, n.17, p. 75-106.

¹⁵ “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as divergências dos indivíduos.” MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1979, vol. I, Livro XI, cap. IV, p. 149.

¹⁶ TAMER, Sérgio Victor. *Atos Públicos e Direitos Sociais nas Democracias*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 17.

É preciso reconhecer a Montesquieu os créditos de uma teoria mais bem-acabada, pois até mesmo os seus críticos admitem que as suas ideias constituíram avanço fundamental em relação às ideias de Aristóteles, por exemplo, ou mesmo às de Locke¹⁷.

Para Montesquieu, o fundamento da distinção entre os poderes é funcional. Cada um corresponde a uma diferente função governamental. Nisso, seguiu Locke, que já havia rompido com a teoria de Aristóteles, mas alterou a divisão por ele proposta. Para Locke, o poder judiciário era abrangido pelo poder executivo e, separado deste, havia um poder “federativo”, que tratava da relação do Estado com outros Estados. Já Montesquieu, que, segundo Ackerman, considerava especialmente importante enfatizar a independência do judiciário na monarquia francesa, suprimiu o poder federativo idealizado por Locke, dando espaço a um judiciário independente, embora com competência muito mais restrita da que hoje se atribui costumeiramente ao Poder Judiciário, e sem uma nomenclatura própria, porquanto considerado o “executivo das [coisas] que dependem do direito civil”:

Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.¹⁸

Em relação ao poder executivo, é curioso que tanto Locke quanto Montesquieu tenham, em seus modelos, abrigado funções tão diferentes sob o mesmo poder, considerando que ambos adotaram o critério funcional. Ackerman faz uma provocação sobre isso: “Aparentemente, o pensamento trinitário era tão irresistível no século XVIII que Montesquieu não tolerou quatro categorias em seu esquema conceitual”¹⁹. É bastante provável que o dogma da trindade os tenha influenciado, mas este não é o objeto deste estudo. Ao nosso intento, basta que se identifique o critério de distinção proposto no modelo.

Para possibilitar um governo moderado, mais do que dividir os poderes, era preciso que eles se equilibrassem mutuamente. Por isso, Montesquieu estabeleceu a fórmula que ficou

¹⁷ ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909>. Acesso em 21 de setembro de 2018, p. 13.

¹⁸ MONTESQUIEU, 1979, p. 148-149.

¹⁹ ACKERMAN, 2014, p. 15.

conhecida como “*le pouvoir arrête le pouvoir*”, segundo a qual o poder deveria ser dividido e suas partes dispostas de modo que uma pudesse controlar a outra. O resultado seria um sistema que impedisse naturalmente a invasão da esfera de um poder por outro.²⁰

A primeira edição de *O Espírito das Leis* é de 1748. Não há qualquer dúvida de sua forte influência sobre *O Federalista*, conjunto de 85 artigos escritos pelos americanos Alexander Hamilton, John Jay e James Madison quarenta anos depois e publicado de forma anônima. Esta ideia de um poder limitar o outro foi bem assimilada pelos “federalistas”, que foram os primeiros a utilizar a conhecida expressão “*check and balances*”, por nós traduzida como “freios e contrapesos”. Conforme Cezario:

Esses “freios” são uma espécie de interação harmônica entre os Poderes, com o propósito de limitar e/ou evitar abusos; dessa forma o Presidente pode intervir e vetar determinados projetos no Congresso Federal e nas Assembleias estaduais. Quanto ao Poder Judiciário, cabe a posição de guardião da Constituição, estando, assim, também apto para intervir em atos do Poder Executivo e/ou em relação a leis aprovadas pelo Legislativo, quando estas contrariarem a Constituição.²¹

A nossa Constituição, como tantas outras no mundo, adotou o modelo proposto por Montesquieu e aperfeiçoado por Hamilton, Jay e Madison, pois é expressa ao dispor, em seu artigo segundo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”²²

É preciso esclarecer, no entanto, que o Estado é uno e seu poder não é parcelado. A separação de poderes não tem o condão de fracionar a sua soberania, pois não se dá propriamente quanto à essência do poder estatal, e sim quanto à forma e função. Observa-se que a especialização obedece a critérios mais ou menos rígidos. A identificação das funções estatais, embora se curve a circunstâncias do momento histórico considerado e, por isso mesmo, se apresente razoavelmente modificada e distante da formulação original, ainda segue a tricotomia ditada por Montesquieu.

Na lição de José Afonso da Silva, isto significa: (1) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos demais

²⁰ “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constringido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite”. MONTESQUIEU, 1979, p 148.

²¹ CEZARIO, Leandro Fazollo. “O espírito das leis (l'esprit des lois) e o Federalista (the Federalist papers): Características correlacionais em ambas as obras e as influências de Montesquieu sobre os pensamentos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison”. In: *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 30 jun. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27341&seo=1>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 21 de setembro 2018.

poderes; (2) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares de um poder consultar os titulares de outros poderes, nem precisam de sua autorização e (3) que, na organização dos respectivos serviços, cada poder é livre, observadas as disposições constitucionais e legais.

Entretanto, isto não implica uma divisão absoluta, já que a interpenetração de competências é um pressuposto do sistema.²³ Conforme lição de Ferreira Filho, a especialização inerente à “separação” é relativa, pois consiste numa predominância do desempenho desta ou daquela função. Cada poder, em caráter secundário, colabora no desempenho de outras funções e pratica atos fora de sua esfera.²⁴

²³ “A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que, nem a divisão de funções entre os órgãos de poder nem sua interdependência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, e especialmente dos governados”. SILVA, 1994, p. 110.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* TAMER, 2005, p. 21.

4. GOVERNAR E ADMINISTRAR

A cada poder do Estado não corresponde necessariamente uma função, mas uma função predominante ou precípua, o que não impede a atuação secundária de cada poder na função precípua dos outros poderes. Assim, o executivo pode atuar na função jurisdicional ou legislativa, enquanto o judiciário pode atuar na função administrativa ou legislativa. Isso não significa que um poder está autorizado a fazer a vez de outro em sua função precípua, como já destacamos na lição de José Afonso da Silva.

Ao Poder Executivo foram atribuídas duas funções precípua bastante distintas – a de administração e a de governo. Há autores que classificam de forma diversa, atribuindo ao Estado as funções política, administrativa e jurisdicional e dividindo a função política em legislativa e governativa, de modo a atribuir ao Poder Executivo, de forma preponderante, além da função administrativa a função de governo ou governativa.²⁵ Qualquer que seja a divisão proposta, a ideia é que o executivo concentra duas funções que não se confundem.

Muitos autores se ocuparam de traçar limites entre as funções de competência do Poder Executivo – dentre os brasileiros, Tamer cita Odete Medauar, Hely Lopes Meirelles, Cretella Junior, Fernando Andrade de Oliveira, e, entre os estrangeiros, André Mathiot e Charles Vedel.²⁶ À lista apresentada por Tamer, acrescentamos, entre os estrangeiros, Benoît Plessix, que reivindica uma distinção funcional entre governo e administração, embora admita que a doutrina ainda não tenha sido bem sucedida em traçar essa linha com precisão.²⁷ Entre os brasileiros, Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues, que estabelece distinção entre o político, em sentido amplo, e o governo.²⁸

Ainda que possa não parecer totalmente clara, como indicou Plessix, em sua obra *Droit Administratif Général*, esta distinção é de suma importância, pois uma confusão aqui pode ensejar equívocos graves quanto ao tipo de controle compatível com o ato praticado. É importante salientar, portanto, que a cada função, e não a cada poder, como alguns afirmam, corresponde um tipo de ato do Estado. Todos os atos são jurídico-públicos, mas, a depender da função ou atividade envolvida, as implicações serão distintas.

²⁵ TAMER, 2005, p. 26

²⁶ *Ibidem*, p. 33.

²⁷ PLESSIX, Benoît. *Droit Administratif Général*. Paris: LexisNexis, 2018, p. 367.

²⁸ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. “Fundamentos básicos do direito administrativo brasileiro”. In: HEINEN, Juliano; PIRES, Leonel e RAMOS, Rafael (Orgs.). *Fundamentos do direito administrativo contemporâneo*. 1ªed. Porto Alegre: Editora Sapiens, 2017, p. 27.

Destaco a distinção proposta por Rebelo de Sousa, hoje presidente de Portugal, conforme citado por Tamer:

Rebelo de Sousa, ao estatuir que “a essência do ato político reside na realização das escolhas em que se encontram em causa interesses essenciais do Estado colectividade” acrescenta que a função política “corresponde à prática de actos que exprimem opções sobre a definição e prossecução dos interesses essenciais da colectividade, e que respeitam, de modo directo e imediato, às relações dentro do poder político e deste com outros poderes políticos”. Quanto à função administrativa ressalta que os “actos que a integram executam mediamente opções políticas e imediatamente actos legislativos”, no que resultam os princípios da subordinação política e da legalidade da função administrativa. Diz, então, que a função administrativa compreende “o conjunto dos atos de execução de atos legislativos, traduzida na produção de bens e na prestação de serviços destinados a satisfazer necessidades coletivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido incumbem ao poder político do Estado-colectividade.”²⁹

Medauar menciona como critérios de distinção entre as funções do executivo: 1) o carácter técnico da atividade administrativa, frente ao carácter político da atividade de governo; 2) a livre escolha dos fins da atividade política, enquanto a Administração não pode elegê-los, e 3) a relação da atividade política com os fins estatais, enquanto a Administração se relaciona aos meios. Menciona Laferrière para propor que administrar é assegurar a aplicação diária das leis, zelar pela relação dos cidadãos com a administração central ou local e das diversas administrações entre si, enquanto governar é prover as necessidades de toda a sociedade política, zelar pela observação de sua contribuição, pelo funcionamento dos grandes poderes públicos, pelas relações de estado com as potências estrangeiras e pela segurança interna e externa.³⁰

Hely Lopes Meirelles propõe distinção em três níveis – formal, material e operacional – e esclarece que o governo atua mediante atos de soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos, ao passo que a Administração não pratica atos de governo, mas tão somente atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão ou de seus agentes, a que chamamos atos administrativos. A Administração é atividade neutra, vinculada à lei ou à norma técnica, enquanto a função de governo se restringe apenas ao que definido pela Constituição.³¹

²⁹ REBELO DE SOUSA, 1999, apud TAMER, 2005, p. 27.

³⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 137.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª edição, 2002. p. 63.

Em José Luis Carro y Valmayor podemos encontrar duas possibilidades doutrinárias a respeito desta distinção – o governo como parte do Poder Executivo e o governo como quarta função do Estado.³² Não é objetivo deste trabalho analisar as duas perspectivas, mas somente enfatizar a diferença que existe entre a função de governar e a função de administrar e, conseqüentemente, no que tange aos atos praticados no âmbito do Poder Executivo, na prática de uma ou outra função.

O jurista francês Carré de Malberg dedica boa parte de sua obra *Contribution à la théorie générale de l'État* às funções do Estado e trata da função de governo como parte da função administrativa que “fica fora da definição” porque “sai da esfera de execução das leis, e não pode ser compreendida dentro da esfera de competência do poder legislativo”. Para Malberg, a distinção é muito clara, tanto para os franceses, mencionando Théophile Ducrocq e Edouard Laferrière, quanto para os alemães Georg Jellinek e Otto Mayer. Em seção intitulada “Os atos de governo”, Malberg explica:

Por isto também a doutrina, a jurisprudência e a legislação mesma distinguem, dentro da função geral de administração, duas atividades diferentes: o governo e a administração *stricto sensu*; consistindo esta somente em poder executivo, que não pode ser exercido senão em virtude de autorizações legislativas; aquela, pelo contrário, se move livremente e não pode ser reduzida a uma ideia de execução das leis.³³

Ducrocq apresenta fórmula que será mencionada por Carré de Malberg como a mais precisa a diferenciar, no seio do poder executivo, o que é propriamente administração e o que é governo:

A fórmula que nos parece exata consiste em não reconhecer caráter de decretos governamentais senão àqueles que são execução direta de uma disposição formal da Constituição. No momento em que um decreto do Presidente da República se dita para a execução de leis distintas das normas constitucionais, deve negar-se o caráter de decreto governamental e reconhecê-lo como decreto administrativo.³⁴ (tradução nossa)

Evidencia-se, assim, que a distinção entre duas funções atribuídas a um mesmo poder é sustentada por diversos doutrinadores estrangeiros, tendo repercutido na doutrina brasileira. Veremos a seguir como a nossa doutrina assimila o ato praticado pelo chefe do executivo, enquanto em sua função de governo.

³²CARRO, José Luís e FERNANDEZ, Valmayor. “La Doctrina del Acto Político”. In: *Revista de Administración Pública*, n.53, Maio/Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia, Madri, 1967, p. 84.

³³ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del Estado*, 2ª. ed. en español, trad. de José Li6n Depetre, prefácio de Héctor Gros Espiell, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998, p. 483. Tradução nossa a partir do espanhol.

³⁴ DUCROCQ, Théophile. *Cours de Droit Administratif*, 7ª ed. Paris : Ancienne Libraire Thorin et Fils. 1904, p. 88.

5. O ATO POLÍTICO NA DOCTRINA BRASILEIRA ATUAL

A administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro dedica pouco menos de uma página à questão da possibilidade de controle de ato político pelo poder judiciário³⁵. Após relato muito breve, e distinção entre atos exclusivamente políticos e atos quase políticos ou não exclusivamente políticos, a autora sustenta que os atos políticos, insuscetíveis de apreciação pelo poder Judiciário na vigência da Constituição de 1937, foram paulatinamente perdendo a imunidade, passando, primeiro, a admitir controle sempre que causassem lesão a direitos individuais e, nos dias de hoje, por força do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, sempre que ameaçarem qualquer direito, individual ou coletivo.

Empresta conceito do italiano Renato Alessi, que define função política ou de governo como aquela que implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal. Acrescenta que a função política abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por esta se regulam; e dizem respeito mais à *polis*, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais, citando uma série de exemplos, dentre os quais a nomeação de Ministro de Estado, que será o objeto central deste estudo.

Pouco depois, concluindo o assunto e apontando a quem competem as funções políticas do Estado, a autora comenta:

Ao contrário dos Estados Unidos, onde o poder judiciário desempenha papel de relevo nessa área, chegando a se falar, em determinada época de sua evolução, em governos dos juízes, no Brasil a sua atuação restringe-se, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional, *sem grande poder de influência nas decisões políticas do Governo*. (grifos nossos)

Apesar de não estabelecer critérios tão claros que distingam o ato de governo ou ato político do ato administrativo, não há dúvida de que di Pietro concebe a nomeação de Ministro de Estado como ato político, pois ela o menciona expressamente³⁶.

José dos Santos Carvalho Filho vale-se de outro importante administrativista brasileiro, Hely Lopes Meirelles, para conceituar os atos políticos como aqueles atos produzidos por certos agentes da cúpula diretiva do país, no uso de sua competência constitucional. Diferencia-os dos

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2014. p. 55.

³⁶ *Ibidem*, p. 56.

atos administrativos por 1) encontrarem seu fundamento na Constituição, 2) não haver quaisquer *standards* predeterminados para limitá-los e 3) serem impassíveis de controle os critérios governamentais que conduzem à sua edição. Cita alguns exemplos, dentre os quais não menciona a nomeação de Ministros de Estado. Por fim, considera que “mesmo tais atos são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos, por estarem eivados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade”.³⁷

Esta posição, no entanto, não é unânime. O professor Ricardo Marcondes Martins, em sua dissertação de mestrado intitulada *Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos*, rejeita a teoria do ato político, afirmando que todos os atos estatais ou são legislativos, ou administrativos, ou jurisdicionais. A recusa deve-se à ideia de que o sistema jurídico brasileiro já não admite a imunidade prevista na Constituição do Estado Novo (1937). Ademais, ao recusar o *status* de ato político à nomeação de Ministro de Estado, equipara-a ao ato administrativo discricionário de nomeação para cargo em comissão, sujeita à boa-fé objetiva e passível de controle de legalidade.³⁸

Para melhor conceituar e situar o ato político no sistema jurídico brasileiro ou negar-lhe posição especial, é preciso contar uma história. Os moldes deste trabalho não viabilizam que ela seja contada em todos os seus contornos. Assim, pretendemos tratar de como o sistema jurídico brasileiro assimilou a ideia de ato político (ou ato de governo, a depender da doutrina a que nos reportamos) e que rumo foi tomando este conceito ao longo dos tempos. Como bem assinalou Caio Mário da Silva Pereira, este assunto “não é nosso, nem é novo, nem se acha resolvido”.³⁹

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015., p. 1058.

³⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. 2007. 641 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 72.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Apreciação Judicial de Questão Política”. In: *Revista Forense*. Vol. CXXXI. Ano XLVII. Fascículo n° 567. Rio de Janeiro. Setembro de 1950. p. 38-39.

6. ATO POLÍTICO: GÊNESE DO CONCEITO

Embora possam ser encontrados vestígios anteriores no direito romano – a máxima de Ulpiano “*princeps legibus solutus est*” (o príncipe não está limitado pelas leis) já há muito expressava esta ideia –, foi na experiência política inglesa da Idade Média, como aponta Cláudio Ari Mello, que o modelo constitucional em que existe governo e jurisdição sem que um possa invadir a esfera do outro foi efetivamente forjado.⁴⁰

Isso se justifica pela tensão entre dois fatos históricos: 1) a consolidação precoce do domínio do território inglês por um único soberano, que permitiu uma série de prerrogativas governamentais de atribuição exclusiva do rei e 2) a afirmação histórica do direito comum inglês como patrimônio cultural da nação que, ao se antepor às prerrogativas reais, determinou a fixação de limites jurídicos à atividade governamental e aos poderes do soberano.

Para Mello, foi só a partir de então que se revelou, no modelo político britânico, o primeiro traço da limitação do governo pelo direito, que constitui característica essencial do constitucionalismo moderno, pois, a despeito de os romanos terem estabelecido distinção entre *imperium* e *jurisdictio*, a vontade imperial estendia seus domínios para ambas as esferas.⁴¹

Observa-se que o conceito de ato político, sendo tributário de uma determinada concepção de Constituição, não poderia ter surgido, como tal, nem na Antiguidade, nem na Idade Média, por pelo menos duas razões. Primeiro, há que se considerar que, como mostramos em tópico anterior, não havia propriamente uma especialização funcional de poderes. Antes de Locke e Montesquieu a ideia era muito incipiente. Segundo, porque a distinção sistêmica entre o político e o jurídico é também mais recente. O ideal de direito, política e de Constituição de Platão e Aristóteles não é o mesmo de Cícero, que não é o mesmo de Tomás de Aquino, que não é o mesmo de Maquiavel, que não é o mesmo de Montesquieu ou Tocqueville, que tampouco é o mesmo de Kelsen. É preciso que se compreenda que há um percurso que dá sentido ao conceito de ato político e que isto passa pela mudança paulatina do que se entende por Constituição. As estruturas políticas e sociais adquirirem novas formas e complexidade com a Modernidade, o que constitui condição de possibilidade para que a Constituição seja vista como limite e como garantia.

⁴⁰ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2004. p. 247-248.

⁴¹ *Ibidem*, p. 248.

6.1 A Doutrina das Questões Políticas⁴²

Para a maior parte dos autores, a Doutrina das Questões Políticas surgiu, inicialmente, na Suprema Corte americana, a partir do caso *Marbury vs. Madison*, no início do século XIX, mais precisamente no ano de 1803, cuja decisão foi prolatada pelo *Chief Justice* John Marshall.⁴³ Embora já houvesse decisões anteriores de autolimitação pelo Judiciário, como a proferida por juízes ingleses que, em 1460, quando o Duque de York postulou ser declarado o legítimo herdeiro do trono inglês, recusaram o exercício de sua jurisdição sob a alegação de que incumbia ao rei ter o conhecimento dessas matérias, a solidez para constituir uma doutrina propriamente é frequentemente atribuída ao caso *Marbury vs. Madison*, que é ainda considerada uma das decisões mais emblemáticas da jurisprudência norte-americana.⁴⁴

É ilustrativo da relevância do caso para os rumos desta relação entre questões jurídicas e políticas o comentário de Rui Barbosa:

Desde Marshall, no célebre aresto onde se sagrou a jurisdição dos tribunais contra o exercício inconstitucional das faculdades do governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no domínio desses poderes uma região impenetrável à autoridade da justiça: a região política.⁴⁵ (grafia original)

No apagar das luzes do governo de John Adams (1797-1801), foi promulgada pelo Congresso a Lei Orgânica do Distrito de Colúmbia, que atribuiu ao Presidente da República o provimento, com a aprovação do Senado, de quarenta e dois cargos de juiz de paz. Apesar da aprovação, nem todos os nomeados receberam imediatamente seus títulos de nomeação. Em seguida assume Thomas Jefferson, que dá início ao primeiro governo republicano dos Estados Unidos. John Marshall passa a presidir a Suprema Corte Americana. Parte dos nomeados que não receberam a titulação, entre eles William Marbury, ajuizou um *writ of mandamus* na Suprema Corte com o objetivo de obrigar o novo Secretário de Estado, Madison, a lhes entregar os títulos de nomeação.

⁴² Tradução de *Political Questions Doctrine*.

⁴³ Para uma boa abordagem histórica da doutrina, ver COLE, Jared P. “The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers”. Washington D.C., 2014. Disponível em: <digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc501852>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

⁴⁴ PICINI, Joel. *O Controle Jurisdicional de Atos Políticos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, p. 18.

⁴⁵ BARBOSA, Rui. *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893, p. 125. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>. Acesso em 08 de setembro 2018.

A impetração se fez com base no *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789, que dava à Suprema Corte competência para julgar, entre outras: “*Writs of mandamus, in cases warranted by the principle and usages of law*”⁴⁶. A Suprema Corte, em decisão brilhante de Marshall, reconheceu que o ato praticado por Jefferson era ilegal e ofensivo aos direitos individuais do impetrante e que cabia, por isso, apreciação judicial, mas deixou de conceder propriamente a ordem por entender que a competência para o exame do pleito não era originária da Suprema Corte, devendo ser examinada pelo Tribunal Estadual e, somente em caso de apelação, remetida ao seu conhecimento.

As razões que fundamentaram a decisão de Marshall mudaram para sempre os rumos da história política e jurídica dos Estados Unidos e de todos aqueles Estados que, como o Brasil, buscaram na doutrina americana a inspiração para as próprias construções doutrinárias. Sobre a perspicácia da decisão de Marshall, Ana Luiza Saramago Stern assinala que ao conciliar, a um só tempo, a afirmação da competência da Suprema Corte para o controle de constitucionalidade e a consequência necessária da impossibilidade de garantir o direito de Marbury, Marshall revela a sua maestria política. Se, por um lado, emitia decisão que seus inimigos no governo não poderiam descumprir, já que não lhes ordenava nada, por outro, afirmava para a Suprema Corte poder nunca antes experimentado, que se revelou capaz de erigir a Suprema Corte a papel de suma importância jurídica e política nos séculos que se seguiram.⁴⁷

É válida a transcrição de um trecho da decisão, na tradução de Rui Barbosa:

A questão de saber se a legalidade de um ato do chefe de uma secretaria de Estado é, ou não, examinável em tribunais de justiça, *depende sempre da natureza desse ato*. Se certos atos são examináveis, e outros não, há de haver uma regra jurídica, por onde o tribunal se oriente no exercício de sua jurisdição. Poderá, em certas circunstâncias, haver dificuldade no aplicar a regra a casos particulares; mas não deve havê-la em precisar a regra. *A Constituição dos Estados Unidos investe o presidente em certos poderes políticos importantes, no exercício dos quais procederá segundo a sua discricção, não sendo responsável senão para com o seu país, politicamente, e para com sua consciência*. Para cooperação no desempenho de tais encargos, nomeia ele certos funcionários, que servem sob a sua autoridade e de acôrdo com as suas ordens.

⁴⁶ *Writs of mandamus*, em casos garantidos pelos princípios e usos da lei. [Tradução nossa]. Disponível em: <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=196>, acesso em 01 de outubro 2018. Evitamos a tradução de *writ of mandamus* como mandado de segurança por entendermos que não há identidade entre os institutos, considerando as diretrizes estabelecidas em *Kerr v. United States District Court* (1976), que limitam o uso da ação (petition for writ of mandamus). Também está disponível na Biblioteca do Congresso, podendo ser acessado em: <https://www.loc.gov/item/usrep426394/>. Em *Marbury v. Madison*, entretanto, acreditamos que não há óbice para se pensar, por analogia, na ação como mandado de segurança.

⁴⁷ STERN, Ana Luiza Saramago. “O caso *Marbury v. Madison*: o nascimento do judicial review como artifício político”. In: *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Quadrimestral.

Em casos tais, os atos dêles são atos dêle; e, seja qual for sua opinião, que se entretenha, acêrca do modo, como o executivo há-de usar dessa discricção, não há, fora dêle, poder capaz de contrasteá-la. *Êsses assuntos são os de natureza política, isto é, os que dizem respeito à nação, e não interessam a direitos individuais (They respect the nation, not individual rights). Em tais assuntos, confiados ao executivo, suas deliberações são irrecorríveis...* Mas, quando a lei impõe ao funcionário outros deveres; quando lhe é peremptoriamente cometida a prática de certos atos; *quando a execução de tais atos envolve direitos individuais (when the rights of individuals are dependent on the performance of those acts); o funcionário então é ministro da lei, responsável a lei pelo seu proceder: e não pode a seu talante dispor dos direitos reconhecidos de outrem (and cannot at his discretion sport away the vested rights of others)...* *Onde há funções especificamente determinadas por lei e o exercício dessas funções pode tocar em direitos individuais, claro é que o indivíduo que se considerar lesado tem o direito de pedir remédio às leis do país.* (grifos nossos; excertos do original em inglês mantidos por Rui Barbosa)⁴⁹

Ao estabelecer, na mesma decisão, a doutrina das questões políticas e a possibilidade de revisão judicial de normas, Marshall propõe, como critérios para estabelecer a natureza de uma questão constitucional, verificar 1) se ela envolve ofensa a direitos individuais e 2) se existem limites, fixados por lei, da discricionariedade outorgada ao agente público.

Como conceitua Rachel Barkow, professora da *New York School of Law* que se dedicou ao tema, a doutrina clássica norte-americana das questões políticas sustentava a possibilidade de determinar a natureza política de certas questões constitucionais, de modo a indicar os casos em que o Poder Judiciário deveria conter-se para respeitar as escolhas feitas pelos órgãos políticos do Estado. De acordo com esta doutrina, o texto, a estrutura e a própria história da Constituição garantiriam, por si, elementos suficientes para prover essa determinação.⁵⁰

Picini atenta para a ausência de uma definição clara a respeito da questão política na decisão de Marshall, argumentando, apoiado em Bernard Schwartz, que a omissão pôde ser sentida nas decisões da Corte que se seguiram, já que abriu margem ao arbítrio das decisões judiciais.⁵¹

Cláudio Ari Mello, por sua vez, observa que a Corte só voltou a declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857 (*Dred Scott v. Sandford*), atribuindo o predomínio da doutrina clássica na jurisprudência constitucional norte-americana à reverência ao princípio da divisão de poderes e à soberania popular, e acrescentando que a concepção proposta

⁴⁹ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. O acórdão de 27 de abril. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação. 1946. p. 172-173.

⁵⁰ BARKOW, Rachel E. *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*. *Columbia Law Review*, vol. 102, n. 2, 2002, p. 237-336. JSTOR, JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/1123824. Acesso em 12 de agosto de 2018, p. 244-246.

⁵¹ PICINI, 2012, p. 20.

por Marshall foi aos poucos dando lugar a uma noção mais fluida, que “exigia do intérprete uma operação prudencial na tarefa de identificar a natureza do caso constitucional”.⁵²

Fica claro que uma nova doutrina emerge apenas no século XX, ampliando a possibilidade de revisão judicial de leis e o espaço de controle do poder judiciário. Os critérios deixaram de ser aqueles propostos pela decisão de Marshall, dando lugar à ideia de que a Suprema Corte tem competência para examinar a justiciabilidade de questões políticas, devendo exercê-la, nas palavras de seu expoente, Alexander Bickel, com “algum nível de prudência e princípio”.⁵³ Para Mello, a compreensão da natureza constitucional da questão política acaba se desvinculando da interpretação estrita do texto Constitucional para se transformar numa espécie de mistura de interpretação constitucional e discricionariedade judicial.⁵⁴

Neste cenário de indefinição, tanto Picini quanto Mello citam decisões de relevância no tema. Não é o caso de detalharmos todas elas aqui, mas cumpre destacá-las em sua contribuição para a evolução do conceito. Picini menciona *Luther v. Borden* (1849) como a primeira oportunidade em que a Suprema Corte adota a doutrina das questões políticas como fundamento autônomo para o julgamento da causa.⁵⁵ Ambos apontam o *New Deal*, de Roosevelt (1933-1937) como período de tensão nas relações entre a administração do Estado e o Poder Judiciário, com invasões recíprocas em seus diferentes campos de atribuições e, logo após, o caso *Colegrove v. Green* (1946) em que a Corte se abstém de decidir sobre a inconstitucionalidade da distribuição dos distritos eleitorais do estado de Illinois com base na doutrina das questões políticas.

Embora todas essas decisões tenham contribuído para moldar o conceito de ato político, é apenas em 1962, no caso *Baker v. Carr*, de fundamento análogo a *Colegrove v. Green*, que a Suprema Corte apresenta um tratamento mais sistemático das questões políticas. Contrariando a decisão anterior, a Corte rejeita a doutrina das questões políticas e julga inconstitucional a distribuição dos distritos eleitorais no estado do Tennessee. Mais que isso, Willian Brennan Jr. sugere seis critérios para decidir se uma questão é política: (i) que a competência constitucional de outro poder seja textualmente demonstrável, porquanto atribuída por expressa disposição

⁵² BICKEL, 1986, p. 51, *apud* MELLO, 2004, p. 250.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Fritz Scharpf em *Judicial Review and the Political Question*, distingue a formulação clássica da doutrina da formulação prudencial. Scharpf vai além e tenta, segundo Barkow, forjar uma teoria “funcional” baseada na variedade de fatores considerados pelas cortes ao apreciar questões políticas, incluindo dificuldade de acesso à informação, necessidade de uniformizar decisões e deferência a responsabilidades mais amplas dos departamentos políticos. Barkow não concorda com esta distinção, ressaltando que um critério funcional é apenas uma subcategoria do critério prudencial. V. BARKOW, 2002, p. 247, nota 24. Mello atribui a Laurence Tribe a mesma classificação.

⁵⁵ PICINI, 2012, p. 21.

constitucional; (ii) que não existam *standards* judicialmente verificáveis e manejáveis para solução do caso; (iii) que seja impossível decidir sem uma determinação política prévia, que exija claramente uma discricionariedade política; (iv) que seja impossível uma decisão da Corte sem expressar falta de respeito aos demais poderes do Estado; (v) que exista necessidade extraordinária de aderir a decisões políticas já tomadas e (vi) que exista potencial constrangimento em face de pronunciamentos conflitantes, sobre uma mesma questão, oriundos de departamentos diversos.⁵⁶

É consenso entre os autores que a doutrina clássica da questão política sofreu um declínio ao longo do tempo. Picini menciona a posição do contemporâneo Louis Henkin, para quem não existem mais questões propriamente políticas, mas somente questões que, por força do princípio da separação de poderes, devem ser interpretadas e solucionadas pelos outros “ramos” do governo, apesar de poderem se submeter ao controle do poder judiciário.⁵⁷ Menciona, ainda, que os teóricos mais recentes têm substituído a ideia de questão política pela ideia de *nonjusticiability*,⁵⁸ expressão que, apesar de antiga na Suprema Corte, vem ganhando fôlego na tentativa de discriminar matérias em que há ausência de jurisdição dos tribunais. Claudio Ari de Mello, por sua vez, destaca que “boa parte da doutrina norte-americana tem alertado para a existência de uma supremacia do judiciário em detrimento do princípio da soberania popular”.⁵⁹

Rachel Barkow também faz uma observação relevante sobre a tendência atual de supremacia do judiciário:

Se uma visão forte da supremacia judicial implica uma ausência de deferência judicial, *a fortiori* ela demanda o fim da doutrina das questões políticas. Se a corte não confia nos demais poderes políticos [*political branches*] o suficiente para conceder às suas decisões deferência em casos sobre os quais a Corte tem jurisdição, seria estranho para ela [Suprema Corte] concluir que estes poderes

⁵⁶ “Baker v. Carr.” Casebriefs Baker v Carr Comments. Disponível em: <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/the-federal-judicial-power/baker-v-carr/>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

⁵⁷ Ao final de seu artigo – “Is there a Political Question” Doctrine?” Louis Henkin lança o seguinte questionamento: “Since Frankfurter and Black wrote, judicial review has had a new birth, its character and content reformed, and its place established as a hallmark of American political life, even a birthright of every inhabitant. I see no place in it for an exemption for uncertain “political questions.” Would not the part of the courts in our system, the institution of judicial review, and their public and intellectual acceptance, fare better if we broke open that package, assigned its authentic components elsewhere, and threw the package away?”. HENKIN, Louis. “Is There a “Political Question Doctrine?”, 85 Yale L.J. (1976). Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol85/iss5/1>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

⁵⁸ Este termo referido por Picini apenas no final de sua exposição acerca do tema é usado frequentemente por Mello, que o traduz como injusticiável ou não justiciável, de quem emprestamos a tradução. Admitimos que causa um pouco de estranheza ao falante de português. De qualquer forma, injusticiável é tomado aqui como questão infensa à apreciação do poder judiciário.

⁵⁹ MELLO, 2004, p. 253.

possuem vantagens institucionais que justificam lhes dar controle total sobre algumas questões constitucionais.⁶⁰

A despeito de ligeiras diferenças de fundamentação, é unânime que a doutrina clássica da questão política, tal como proposta por Marshall no caso *Marbury v. Madison*, perdeu força ao longo do tempo. A ideia de que existem questões que, por sua própria natureza, são infensas ao controle do judiciário, deu lugar a uma mais mitigada. No entanto, é certo que a Suprema Corte ainda se vale dos critérios estabelecidos por Brennan no caso *Baker v. Carr* quando convém.

Em síntese, não há hoje propriamente um critério fechado, mas pelo menos três: (i) o clássico, que estabelece que a questão política é determinada pela própria constituição, que comete a outros poderes determinadas questões; (ii) o prudencial, que trata a questão política como meio para evitar o enfretamento de mérito toda vez que isto compromete um princípio importante ou prejudique a autoridade da corte, ficando ao alvitre do julgador esta avaliação e, por fim, (iii) o funcional ou pragmático, segundo o qual devem ser reconhecidos casos que impõem dificuldades técnicas para a Corte, que pode não ter acesso a informações relevantes para a decisão ou fatores que exigem uma uniformidade de decisão que só pode ser obtida pela ação de outros poderes.⁶¹

6.2 A teoria dos atos de governo⁶²

No direito francês, a ideia de que certos atos de governo não se sujeitam à revisão jurisdicional é chamada Teoria dos Atos de Governo e, assim como a Doutrina das Questões Políticas, data no início do século XIX. Se houvesse uma certidão de nascimento para teorias, diríamos que esta surgiu mais especificamente no ano de 1822, a partir do caso *Laffite*.⁶³

Conforme relata Odete Medauar, Napoleão havia concedido à sua irmã, Pauline Bonaparte, uma renda de 670.000 francos que, posteriormente, foi adquirida pelo banqueiro Laffite. Com o retorno dos Bourbons, uma Lei de janeiro de 1816 privou todos os membros da família Bonaparte dos bens havidos a título gratuito e, entre estes, a renda adquirida pelo banqueiro. Depois de reclamar ao governo, sem sucesso, Lafitte ingressou com ação perante o Conselho de Estado para

⁶⁰ BARKOW, 2002, p. 317.

⁶¹ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Citado em MELLO, 2004, p. 251.

⁶² No original, *La Théorie des Actes de Gouvernement*.

⁶³ Vale destacar que Carré de Malberg, em obra já citada na seção anterior, destaca que a Constituição francesa de 1791 já possibilitava a distinção entre ato administrativo e ato político. Medauar aponta o caso Laffite como o primeiro em que a Corte se valeu da teoria.

que lhe fossem pagas as cotas vencidas antes da edição da lei. O Conselho deixou de apreciar o mérito sob a alegação de que se tratava de questão de caráter político.⁶⁴

A partir de então, outras decisões passaram a mencionar o caráter político da questão aventada, tais como *Duchesse de Saint Lieu* (1838), *Prince Louis* (1844), *Artentau* (1834). No segundo Império (1852-1870), elas não mais se limitam a casos envolvendo membros das antigas dinastias, passando a abranger medidas de segurança pública, polícia sanitária, fatos de guerra.⁶⁵

Em 1875, quando o Conselho de Estado já operava de forma independente a função contenciosa, foi prolatado o acórdão do Príncipe Napoleão⁶⁶. Neste caso, o Príncipe ingressou perante o Conselho de Estado com recurso por excesso de poder contra ato do Ministro da Guerra que negara reintegrá-lo no estado-maior do Exército após a queda do Segundo Império. O Ministro alegou o caráter político do ato como impedimento para sua apreciação pelo Conselho. Apesar de rejeitar o recurso do Príncipe, o Conselho recusou o argumento da questão política proposto pelo Ministro, alegando que não bastava que o ato fosse decisão do Conselho de Ministros ou que fosse motivado por interesse político, porque que era do Conselho de Estado a competência para verificar, caso a caso, o caráter propriamente político do ato em questão.⁶⁷

Conforme explica Tiago Melgaço, com o caso Napoleão a jurisprudência francesa sai da ideia de atos de motivação política, assim considerados a partir de uma perspectiva subjetiva da questão política (*mobile politique*) para uma teoria de atos de governo. Tais atos estariam dispostos em uma lista, o que garantiu maior objetividade e a ampliação do número de atos a serem submetidos ao crivo do contencioso administrativo.⁶⁸

Antes do século XX, mais um caso será decisivo na evolução jurisprudencial deste conceito. Em 1887, o Comissário Marguite, na decisão do caso Duque D'Aumale e Príncipe Murat assim sentenciou: “O pensamento político que levou um representante do poder público a editar determinado ato não lhe retira necessariamente o caráter administrativo se esse ato, por sua

⁶⁴ “*La réclamation du sieur Laffite tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement.*” Conseil d’Etat, ORD, 1 mai 1822, Laffitte, requête numéro 5363, Rec. 1821-1825 p. 202. Disponível em: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-ord-1-mai-1822-laffitte-requete-numero-5363-rec-1821-1825-p-202/>. Acesso em 14 de setembro de 2018.

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. “Ato de Governo”. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 191. Rio de Janeiro, jan. 1993, p. 67-85. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45641>. Acesso em 14 de setembro de 2018.

⁶⁶ A queda do Segundo Império deu lugar à Terceira República. Em maio de 1872 uma lei atribuiu independência ao Conselho de Estado no exercício da função contenciosa.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 71.

⁶⁸ MELGAÇO, Tiago. *Atos Políticos no Brasil: uma perspectiva de controle e limites jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciências Jurídico-Políticas: Direito Constitucional). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 78. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/33998>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

natureza, é um ato administrativo”.⁶⁹ É só na segunda metade do século XX, em 1958, que o Conselho de Estado passa a admitir a revisão de atos que estavam classificados tradicionalmente dentre aqueles imunes ao exame judicial.

Antes de falar sobre como chegamos à jurisprudência no que tange aos atos de governo, cumpre explorar um pouco a história do próprio Conselho, o que certamente contribuirá para compreender a relação bastante íntima que há entre o momento político do Estado e as decisões judiciais, que acabam se tornando parâmetros para outras decisões e perpetuando determinadas ideias até que novos ventos soprem e transformem aquela jurisprudência.

Conforme François Gazier, o Conselho de Estado é na França uma instituição que surgiu no fim da Idade Média, sob a denominação de Conselho do Rei e que, após breve a Revolução Francesa, foi restabelecida por Napoleão, em sua forma moderna, em 1800. Concebido como instituição de inspiração autoritária, tinha o objetivo de auxiliar o poder real a governar o país e, através de evolução lenta e contínua, se transformou no que Gazier chamou de um dos “maiores baluartes do liberalismo democrático e dos direitos do homem”.⁷⁰

À época de seu restabelecimento por Napoleão, ao Conselho competia o julgamento de contenciosos de natureza administrativa. Todavia, o modelo adotado era o chamado *justice retenue* (justiça retida) e as decisões eram todas submetidas ao chefe do Estado, o que perdurou até 1849, ano em que promulgada lei que pela primeira vez concedeu ao Conselho a faculdade de *justice déléguée* (justiça delegada), ou seja, de verdadeiro juiz, que já não se limitava a submeter um projeto de decisão ao Chefe de Estado.⁷¹

A queda do Império Napoleônico e o turbilhão político que se seguiu fizeram crescer as críticas à instituição. Como comenta Fernández-Valmayor, os liberais o reprovavam em virtude da sua origem autoritária e sua qualidade de juiz administrativo, os monárquicos, por sua vez, estavam em desacordo com a obra de consolidação da situação dos adquirentes dos bens nacionais que o Conselho havia realizado em aplicação das leis de confisco dos bens dos exilados.

Em meio a um cenário de desgaste generalizado, a autolimitação espontânea da competência dos juízes administrativos em favor dos juízes ordinários com base no princípio da separação dos poderes foi um caminho natural. A motivação foi claramente mais política e social do que propriamente jurídica. Era preciso enfrentar a hostilidade da população e a saída foi

⁶⁹ CHALVIDAN, 1982, *apud* MEDAUAR, 1993, p. 72.

⁷⁰ GAZIER, François. “A experiência do Conselho de Estado francês”. In: *Revista do Serviço Público*, ano 41, v. 112, n. 2, p. 63-67. 1984. p. 63. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2751>. Acesso em 15 de setembro de 2018.

⁷¹ CARRO e FERNANDEZ, 1967, p. 78.

abandonar as matérias de grande relevo político nas mãos dos órgãos da Administração ativa. Como sintetizou Paul Duez, “dupla restrição inspirada pela única preocupação política de se fazer modesta para se manter e durar”.⁷²

Em 1870, cai o Império e tem início a Terceira República, que definitivamente concede ao Conselho de Estado o poder de jurisdição em toda a sua amplitude. Para alguns autores, este é o momento em que a teoria do móvel político, que justificou a decisão do *arrêt Laffite*, dá lugar à Teoria da Natureza do Ato, baseada na distinção das atividades de administração e governo, a partir do *arrêt Napoleón*. A Teoria da Natureza do Ato será reafirmada pela sentença prolatada no *arrêt Duc D'Aumale et Prince Murat*, de 1887.⁷³

Após o fim da Primeira Guerra Mundial e a promulgação da Constituição de 1958, o Conselho passa a admitir a revisão de uma série de atos antes classificados como imunes ao exame judicial. Isto se deve, em parte, à Criação do Conselho Constitucional que, segundo Picini, preencheu espaços deixados em questões que o Conselho de Estado declarava imunes à sua jurisdição, ampliando o controle do poder judiciário.⁷⁴

Enquanto a sentença do caso Lafitte estabelece a competência do Conselho para qualificar os atos como de governo, a prolatada no caso Napoleão afirma que a qualificação deve ser baseada não na motivação, mas na natureza do ato – se de administração ou de governo – cabendo ao juiz administrativo o reconhecimento dessa natureza.

Nota-se que os critérios para se estabelecer imunidade a um determinado ato dito político ficaram muito mais rígidos e restritivos com a distinção entre as funções de administrar e governar e, por consequência, ato político e ato administrativo. Entretanto, mesmo a Teoria da Natureza do Ato não logrou êxito em garantir propriamente uma definição de ato político.

Medauar menciona uma série de esforços na caracterização definitiva do ato de governo, como distingui-lo do ato administrativo por meio de seu fim político, defini-lo pela noção de soberania, considerar a ideia de quarto poder ou a teoria da atividade livre ou discricionária ou do interesse geral do Estado. Ao fim e ao cabo, o ato político é uma comunhão de todas estas características, sem que nenhuma delas o esgote.⁷⁵

Fato é que, a despeito das críticas, prevalece ainda nos dias de hoje um critério empírico, considerando-se atos de governos aqueles que figuram em lista decorrente de decisões do Conselho

⁷² “Double restriction inspirée par l’unique souci politique de se faire modeste pour se maintenir et durer ” (tradução nossa). DUEZ, 1935 *apud* FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1967, p. 76.

⁷³ MELGAÇO, 2017, p. 80

⁷⁴ PICINI, 2012, p. 34.

⁷⁵ MEDAUAR, 1993, p. 72.

de Estado ou Tribunal de Conflitos. Benoît Plessix, ao abordar o assunto em sua obra *Droit Administratif Général*, afirma: “Costuma-se falar em identificação mais do que em definição. De fato, a jurisprudência não se refere a nenhuma noção de ato de governo, o que, aliás, raramente nomeia.”⁷⁶

No campo doutrinário, cumpre mencionar a crítica feita por León Duguit (1859-1928), um dos grandes nomes do direito administrativo na França, e provavelmente do mundo. León Duguit rejeita a existência de qualquer poder discricionário à administração, recusando a noção de ato de governo (ou ato político) se o objetivo é tornar um ato infenso ao controle jurisdicional. Para ele, não há, no direito francês, espaço para ato puramente político e discricionário:

Admitir atos de governo assim compreendidos é admitir que, por razões de Estado, exceções mais ou menos arbitrárias podem ser feitas ao princípio fundamental, o princípio da legalidade material, sem o qual não há Estado de direito, sem o qual, eu poderia dizer, não há realmente direito público⁷⁷

A compreensão do contexto político e histórico da França nos permite, portanto, traçar três momentos distintos na evolução do conceito de ato político e concluir que tão mais vaga e abstrata será a definição de ato político quanto mais autoritário for o regime vigente. À semelhança do que ocorreu nos Estados Unidos, a história mostra uma tendência à judicialização dos atos políticos:⁷⁸

No começo do século XIX, diversos atos, de domínios muito variados, estavam no escopo da “administração pura” e eram, assim, considerados insuscetíveis de controle por parte do Conselho de Estado [...]. Progressivamente, a lista destes atos se reduziu, e isto obriga o juiz a se perguntar sobre certas decisões que, pondo

⁷⁶ “L’usage est de parler de préférence d’identification plutôt que de définition. La jurisprudence ne se réfère en effet à aucune notion d’acte de gouvernement, qu’elle nomme d’ailleurs rarement ainsi » (tradução nossa). PLESSIX, 2018, p. 367. As obras já citadas de Théophile Ducrocq e Carré de Malberg, apesar de mais antigas, referem-se a listas de atos de governo, não muito diferente do que faz Plessix, na obra já citada, de 2018, ou Pierre-Laurent Frier e Jacques Petit, em obra de mesmo ano. A doutrina francesa parece não se importar em – ou estar consciente da impossibilidade de – estabelecer critério que distinga com precisão atos de governo de atos de administração. A lista hoje é menor, mas a ideia permanece, essencialmente, a mesma.

⁷⁷ “Admettre des acte de gouvernement ainsi compris, c’est admettre que pous des raisons d’Etat on peut apporter des exceptions plus ou moins arbitraires au principe fondamental, le principe de légalité materialle, sans lequel Il n’y a pas d’Etat de droit, sans lequel, pourrais-je dire, Il n’y a pas vraiment de droit public (tradução nossa). DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontmoing, 1927. p. 420.

⁷⁸ “Au debut du XIX^e siècle, de nombreux actes, dans des domaines très variés, relevaient de la « pure administration » et étaient dès lors insusceptibles de tout contrôle de la part du Conseil D’Etat. [...] Progressivement la liste de ces actes se réduisit, ce qui obligea le juge à s’interroger sur certaines décisions qui, mettant en cause la fonctionnement même du pouvoir politique, devaient continuer a bénéficier d’une immunité juridictionnelle.” FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *Droit Administratif*. 12^a ed. Paris : LGDJ, 2018 p. 369.

em causa o próprio funcionamento do poder político, deviam continuar a se beneficiar de uma imunidade judicial. (tradução nossa)

A tendência à judicialização dos atos de governo não é prerrogativa da Suprema Corte americana, como se fez notar. É movimento natural, que acompanha o próprio desenvolvimento do processo democrático. Todavia, é nossa intenção mostrar que a rejeição plena de uma zona imune ao controle material do poder judiciário vai de encontro à própria ideia de um Estado democrático. Em nome da democracia, é necessário que se reconheça que a autocontenção do juiz é, por vezes, o melhor caminho.

7. A TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS NO BRASIL

Em 1892, o STF utiliza pela primeira vez a doutrina dos atos políticos para se eximir de apreciar o mérito de um caso. O Brasil passava por momento político conturbado. Deodoro da Fonseca acabara de renunciar à Presidência, que foi assumida pelo vice-presidente, Marechal Floriano Peixoto, em afronta à Constituição vigente à época, que determinava que, em caso de renúncia, não tendo transcorrido dois anos de mandato, deveriam ser convocadas novas eleições presidenciais. Militares fizeram um manifesto exigindo a realização das eleições presidenciais, conforme previsto na Constituição, o que ficou conhecido como “Manifesto dos 13 Generais” e Floriano respondeu decretando estado de sítio, e determinando que vários presos políticos fossem enviados para o estado do Amazonas.

É neste contexto que, em favor dos exilados, Rui Barbosa impetra o HC nº 300, em texto que se tornou muito conhecido e que ainda hoje figura nos livros que se propõem a retratar a história do pensamento jurídico brasileiro: “Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça: este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres.”⁷⁹

O resultado foi quase unânime pela não concessão da ordem, tendo sido vencido apenas o Ministro Pisa Almeida, que expôs: “[...] não se pode admitir que a Constituição Republicana seja interpretada e executada de modo menos liberal, e menos garantidor dos direitos e liberdades individuais, do que o foi a do império pelas leis e decretos citados.”⁸⁰

Dentre os fundamentos utilizados para decidir, destacamos aqueles que consideramos mais relevantes para o conceito de questão política: 1) “[...] não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”, 2) “[...] a Constituição confiou ao critério e prudente discricção do Presidente da República, responsável por ela [medida do estado de sítio], pelas medidas de exceção que tomar, e pelos abusos que à sombra delas possa cometer” e, por fim: 3) “[...] ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar estes direitos da questão política, que os envolve e compreende [...].”

⁷⁹ BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956. p. 16.

⁸⁰ STF. HABEAS CORPUS: HC 300. Relator: Ministro Costa Barradas. 30.04.1892. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 14 de setembro 2018.

Por ocasião deste julgamento, atribui-se a Floriano Peixoto a seguinte declaração: “se os juízes do Tribunal concederem o *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão”. Embora não se saiba se Floriano, de fato, disse isso, acredita-se que esta era a sua real disposição.⁸¹ É evidente, portanto, que a decisão do Supremo, que recém havia sido criado para ser a cúpula do Poder Judiciário num país que passava por uma intensa instabilidade política – há que se recordar que a República era muito recente e que a Revolta da Armada e a Revolução Federalista eram motivos de grande preocupação dos primeiros presidentes – não haveria de ser diferente.

Nos anos que se seguiram, Rui Barbosa, autor prolífico e incansável, fez uma verdadeira campanha pela defesa dos direitos individuais e pela rejeição do ato político como exceção declinatória da jurisdição, o que culminou com a impetração de novo HC, o de número 1063, contra decisão análoga do então presidente Prudente de Moraes, no ano de 1898. O resultado, em termos práticos, foi o mesmo, mas o espírito já era outro. Apesar de a ordem ter sido denegada, houve quatro votos vencidos.

Outra sorte teve o HC nº 1073, impetrado em favor dos mesmos pacientes, não mais por Rui Barbosa, mas por José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, João Damasceno Pinto de Mendonça e Joaquim da Costa Barradas, que, como já havia sido mencionado, foi o relator daquele primeiro habeas proposto por Rui Barbosa. Agora, o STF reconheceu sua competência para amparar e restabelecer direitos individuais, apesar da natureza política da medida adotada:

[...] não exclui a competência do Judiciário senão para esse julgamento político, que não para o diverso efeito de amparar e restabelecer os direitos individuais que tais medidas hajam violado, quando delas venha regularmente a conhecer por via de pedido de habeas corpus.⁸²

Inegável a similitude dos fundamentos da decisão com os critérios defendidos por Rui Barbosa para afastar a imunidade de um ato político, tornando-o jurídico. Na esteira de Marshall, Rui Barbosa defenderá, em sua obra *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, um critério inspirado na decisão do caso *Marbury v. Madison*, segundo o qual um ato é político quando estiver inteiramente abrangido no espectro de poderes discricionários conferidos por lei ao agente político, mas passa ser jurídico quando (1) invoca atribuição inexistente e (2) exorbita atribuição existente.

⁸¹ GALVÃO, Laila Maia. “Protestos do Supremo Tribunal Federal na Primeira República”. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 61-84. p. 67.

⁸² STF. HABEAS CORPUS: HC 300. Relator: Ministro Ribeiro de Almeida. 30.03.1898. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14.09.2018.

Embora tenha estabelecido critérios no trecho abaixo, nesta mesma obra, mais adiante, Rui Barbosa fará uma lista de atos que seriam, *a priori*, de “natureza” política:

Quais as questões meramente, unicamente, exclusivamente políticas? Óbvio é que as relativas ao exercício de poderes mera, única e exclusivamente políticos. Quais são, porém, os poderes exclusivamente e meramente políticos? Evidentemente os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuais ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem [...]. Eis o terreno meramente político, defeso como tal à ingerência dos tribunais. Contraposto a este se estende, com divisas claras e sensíveis, o terreno da justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que as questões da sua alçada, em vez de obedecerem à apreciação de conveniências, mais ou menos gerais, entendem com a aplicação do direito legal aos casos particulares, de ordem individual ou coletiva. Onde quer que surja um problema jurídico desta natureza, embora não seja estreme de elementos políticos, desde que exclusivamente político não é, tem de receber a solução legal do poder constituído para dar efeito às garantias constitucionais, e com elas valer a toda individualidade, natural ou moral, lesada no seu direito [...] Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo, ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado.⁸³

Pontes de Miranda, em sua obra *Comentários sobre a Constituição de 1937*, fará importante crítica à doutrina dos atos políticos tal como apresentada por Rui Barbosa, defendendo que qualquer tentativa de classificação *a priori* de atos de governo é falha, já que esta classificação deve ser *ratione materiae* e não *ratione muneris*. Cito duas passagens que ilustram a contribuição do autor para o desenvolvimento da doutrina dos atos políticos no Brasil: “[...] Declarada com todas as formalidades, não pode o Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas, como seriam as que versassem sobre a oportunidade, acêrto ou conveniência do acto”.

O Presidente da República recebe uma autorização já perfeita e acabada [no art. 94 da Constituição Federal de 1946]. Usar dela é que lhe compete. Se dele não usa, por omissão criminosa, ou se dela usa fora dos seus termos, ou se cria a aparência jurídica de ter usado de autorização, o caminho é o do processo de julgamento do Presidente da República.⁸⁴

Entretanto, apesar de rejeitar a definição prévia por meio da lista, Pontes de Miranda não altera, na essência, a ideia proposta por Rui Barbosa, que é tributária da concepção de Marshall. É o que podemos verificar no trecho que segue:

⁸³ BARBOSA, Rui *apud* MEDAUAR, 1993, p. 84.

⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *apud* PICINI, 2012, p. 44.

As espécies de que tratamos são as que costumam ser apontadas como excludentes do judicial control. Ora, não se podem enumerar casos, porque tais casos *ratione materiae* não existem; *o que existe é a regra de competência*. O que um Poder, legislativo, executivo, ou judiciário, faz – dentro de suas atribuições – vale nos casos concreto; o que qualquer dêles pratica fora das suas atribuições, ferindo direitos públicos ou privados, a que correspondam acções ou excepções, é susceptível de ser declarado inconstitucional. *Quando Marshall dizia que as questões por sua natureza política nunca poderiam ser ventiladas na Côrte Suprema, pronunciava frase vaga, que não se pode repetir sem perigo*. Onde a “questão política” se liga a actos que violaram direitos, a ação leva-a à Justiça e a Justiça pode conhecer dela, já não é exclusivamente política. Nunca se considera questão exclusivamente política qualquer questão que consiste em saber se existe, ou qual a extensão ou amplitude de uma atribuição das entidades políticas [...], de algum dos Poderes públicos [...] ou de algum dos seus órgãos, e se foi, ou não, violado, ou se não pode ser violado (v.g. habeas corpus) direito individual.⁸⁵ (foi mantida a grafia original; grifos nossos)

Em termos de legislação, a evolução da ideia de ato político pôde ser sentida nas Constituições que se seguiram. Enquanto a Constituição de 1891 nada dispôs a respeito de atos de governo ou questões políticas, as Constituições de 1934 e 1937 previram, de modo expresso, a exclusão dos atos de governo da apreciação do Judiciário nos seguintes termos: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas”.⁸⁶

A partir da Constituição de 1946, é expresso o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em sua primeira formulação: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, consagrando o que Pontes de Miranda chamará de princípio da ubiquidade da justiça, que será mantida na Constituição de 1967 e na Emenda de 1969, sendo alterada apenas pela Constituição de 1988, sendo batizado pela doutrina como o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito”.⁸⁷

A despeito dos esforços dos nossos doutrinadores para propor um conceito definido e claro de ato político, e dos parâmetros que foram sendo estabelecidos ao longo do tempo, certo é que não existem regras precisas. Como criticou Castro Nunes: “O critério jurisprudencial americano – *‘merely, purely, exclusively political questions’* – tão repetido entre nós, é empírico e casuístico, não assenta em nenhum princípio racional.”⁸⁸ Conforme sintetiza Medauar, na mesma ideia de que

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1934. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 25 de setembro de 2018.

⁸⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de setembro de 2018.

⁸⁸ NUNES, Castro *apud* PICINI, 2012, p. 47.

o ato político não justifica categoria autônoma do ato administrativo estão, na doutrina brasileira, Themístocles Brandão Cavalcanti, Antonio Carlos Araújo de Cintra e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.⁸⁹

A despeito das vozes dissonantes, as quais não se ignoram, as decisões mencionadas, bem como os comentários que foram feitos a elas, demonstram que há elementos balizadores e até uma lista para identificar o que seria um ato político, imune ao controle pelo judiciário. Rui Barbosa não chega a dizer que a lista comporta todas as possibilidades. Cremos que ela teria o papel de conduzir à identificação mais do que propriamente excluir possibilidades. Como bem acentuou Pontes de Miranda, a Constituição delimita certas esferas de atribuições de poderes do Estado e, dentro destas atribuições, aquele poder teria atuação legítima e exclusiva.

⁸⁹ MEDAUAR, 1993, p. 80.

8. A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Partindo da proposta de Pontes de Miranda, buscaremos na Constituição Federal que tipo de atribuição é a nomeação de um Ministro de Estado. Encontramos no artigo 84 a competência para a sua nomeação.⁹⁰ Antes, no artigo 76, temos um indicativo do papel que a Constituição atribui ao Ministro de Estado: “O Poder Executivo é exercido pela Presidência da República, auxiliada pelos Ministros de Estado”.

Extraí-se do próprio texto constitucional que a nomeação é uma escolha do Presidente da República que, diferente de outras nomeações, não passa pelo crivo do Poder Legislativo – não há sabatina ou necessidade de aprovação de outro poder, como é o caso de outras nomeações. Parece evidente ainda que Ministros de Estado integram a cúpula do Poder Executivo, auxiliando diretamente o Presidente de República em sua atribuição de exercício do Poder Executivo. Cumpre destacar que a eles podem ser delegadas algumas competências privativas do Presidente da República, conforme parágrafo único do art. 84.

No artigo 87 encontramos os critérios para o exercício da função de Ministro de Estado, que são apenas três: (1) ser brasileiro; (2) ser maior de 21 anos e (3) estar no exercício dos direitos políticos. Não há qualquer outro requisito, diferente do que podemos encontrar em relação a outros cargos, que se submetem aos mais variados critérios – tempo específico na função, notório conhecimento, reputação ilibada, por exemplo.

Conforme lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Por outro lado, não obstante a forma de nomeação (livre indicação do Presidente da República) os Ministros de Estado são titulares de cargos constitucionais e *agem em nome e por conta do Estado*, como titulares do direito de participação ativa na vida deste, em observância ao princípio democrático e republicano. Desta forma, *o que os habilita a exercer as respectivas funções não é nenhuma qualidade profissional, mas o status político de cidadãos*. Os seus direitos e os seus deveres advêm diretamente da Constituição e das leis, de modo que a relação jurídica entre eles e o Estado é estatutária, institucional.⁹¹ (grifos nossos)

⁹⁰ “Art. 84, CF: Compete **privativamente** ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado”

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. II. São Paulo : Malheiros Editores, 3ª ed, 2010, p. 288.

Quanto às competências do Ministro de Estado, estas estão dispostas no mesmo artigo, parágrafo único, e se mostram de grande relevo na condução dos assuntos de governo.⁹²

Por mais que alguns autores não tenham feito constar a nomeação de Ministro de Estado no rol de identificação de atos políticos, não há dúvidas de que a Constituição atribui ao Ministro de Estado uma importante posição na condução da política proposta pelo chefe do Executivo que, ao escolher um Ministro de Estado, não o faz de acordo com parâmetros previamente estipulados, que envolvam comprovação de técnica ou atributo específico de qualquer natureza, mas de acordo com os desígnios de sua política.

A nomeação de Ministro de Estado é ato político, que se submete a controle pelo Poder Judiciário, como todo ato oriundo de qualquer dos Poderes do Estado, mas no estrito limite da constitucionalidade. Apesar de todos os esforços empreendidos pelos doutrinadores não terem permitido uma conceituação definitiva, os elementos reunidos nos permitem uma identificação segura.

Concluimos também que, embora um pouco modificada e adaptada a uma realidade diversa, em que a própria concepção do Estado é outra, o fundamento do princípio da separação de poderes ainda persiste como forma de evitar desequilíbrio e abusos.

Dito isto, consideramos que o Poder Judiciário é competente para controlar os atos do Poder Executivo, mas, quanto aos atos de governo, ou políticos, em razão de sua natureza e de seu objeto, este controle deve se dar no limite da constitucionalidade. Isto porque a própria Constituição estabelece competências e condições. Não cabe ao Poder Judiciário estabelecer outras, que não foram previstas. Assim, no caso da nomeação de Ministro de Estado, entendemos que só cabe controle quando há afronta aos critérios estabelecidos pela Constituição que, como já mencionado, são mínimos, o que garante ampla liberdade ao chefe do executivo.

É preciso esclarecer que não se trata de ato discricionário, que dispõe de uma zona de indeterminação, na qual o agente público avalia oportunidade e conveniência, mas que tem as margens fixadas por lei. Tampouco é o caso de um ato “super discricionário”, idêntico em natureza ao ato administrativo, e cujos limites são mínimos e a liberdade de atuação é ampla. Estamos

⁹² “Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:
 I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;
 II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;
 III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;
 IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.”

falando de atos que suportam uma agenda política, que constituem a base, ou seja, o próprio fundamento que antecede os atos administrativos, discricionários ou não.

Não pretendemos estabelecer uma hierarquia entre os atos emanados pelo Poder Executivo. A questão é chamar atenção para o fato de que governar envolve escolher. A Constituição Federal atribuiu esta escolha ao chefe do Executivo. Ao vetar uma nomeação, por critério outro que não aqueles mínimos, estabelecidos pela Constituição Federal, o Poder Judiciário está incorrendo em pelo menos duas faltas graves.

Ao abusar de seu papel de controle, está, primeiro, usurpando função do Executivo e interferindo em ato de governo que é, intrinsecamente, ato de escolha, atrelado a uma agenda política, já que são essas pessoas que auxiliarão diretamente o Chefe do Executivo em cada uma das frentes de atuação do governo. O Chefe de Estado escolhe aqueles que mais se ajustam à sua pauta política. A Constituição Federal, embora tenha lhe concedido controlar as conformidades dos atos praticados pelos Poderes do Estado, não autoriza que o Judiciário invada a esfera de atribuição do Executivo para dizer como ele deve fazer esta escolha.

A escolha de um candidato supõe que o eleitor conhece a sua agenda política se sinta representado por ela, pois um Presidente não governa sozinho e nem poderia fazê-lo. Assim, também é pressuposto que ao assumir o governo, o Presidente se cercará, em seus Ministérios, daqueles que mais se ajustem ao seu projeto político e que possam lhe auxiliá-lo na consecução de seus objetivos. Isto significa que há uma legitimidade garantida pela soberania popular, ainda que indireta. Ao eleger um candidato, o eleitor não está escolhendo apenas um Presidente, ele está se comprometendo com uma ideia de governo e com a escolha de uma estrutura que suporte esta ideia.

Voltamos, portanto, ao postulado da soberania popular, enunciado no início desta exposição, para estabelecer que a escolha dos Ministros de Estado é, indiretamente, porquanto por meio do presidente eleito, avalizada pelo voto popular.

9. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Em pesquisa realizada no site do Superior Tribunal Federal foi utilizado o critério “nomeação adj10 ministr\$ adj1 de adj1 estado e president\$ adj1 da adj1 república”, que permite distanciar o termo “nomeação” do termo “ministr\$” em até 10 palavras, considerando a possibilidade de inserção de nome ou qualificativo entre as expressões – “nomeação de fulano de tal” ou “nomeação do(a) [cargo] [nome] para/como/para o cargo de”; o critério “ministr\$” para admitir a flexão de gênero – e o critério “president\$ adj1 da adj1 república” com o objetivo excluir ações que versem sobre a legalidade de nomeações para outros cargos realizadas por Ministros de Estado, no exercício de função delegada.

Como resposta, obtivemos apenas uma decisão colegiada, o acórdão proferido na Ação Rescisória 1113/DF, excluído por se tratar de ato de nomeação realizado por Ministro de Estado, através de competência delegada pelo Presidente da República; as seguintes decisões monocráticas – Reclamação 29.508/DF; Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.069/DF; Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070/DF; Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.071/DF; o Mandado de Segurança 34.079/DF; a Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.609/DF; o Mandado de Segurança 34.196/DF, que discutia a possibilidade de nomeação de Ministros de Estado no curso de governo interino, enquanto ainda não julgado processo de *impeachment*, excluído por não versar sobre o objeto pretendido; a Reclamação 23.442/DF, em que arguida a impossibilidade de nomeação de Eugênio José Guilherme de Aragão como Ministro da Justiça, por ser membro do Ministério Público, e a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874/DF, em que pleiteada a inconstitucionalidade de decreto que concedeu indulto natalino. Foram encontradas, ainda, cinco decisões da presidência, quatro delas referentes ao caso Cristiane Brasil – Suspensão de Liminar 1.146/RJ, Reclamação 29.508/DF, incluindo três decisões cautelares, e uma delas na ADI do decreto natalino, excluída de nosso escopo.

Considerando a possibilidade de alguma ação ter escapado ao critério utilizado, enviamos e-mail ao setor de pesquisas do STF em 18.09.2018 solicitando que fossem informadas todas as ações que versassem sobre a nomeação de Ministro de Estado pelo Presidente da República. Em resposta, enviada na data de 20.09.18, foram informadas apenas as ações que já eram de nosso conhecimento.

Concluimos que, antes do caso Lula, que data do início de 2016, nunca houve questionamento de ato de nomeação de Ministro de Estado pelo Presidente da República perante o

STF. Considerando que todas as decisões prolatadas até agora foram de medidas cautelares, não há nenhuma decisão colegiada sobre a possibilidade ou a impossibilidade de apreciação do ato pelo Poder Judiciário.

Os nomes que foram objeto de questionamento perante o STF foram, portanto, apenas quatro – Luiz Inácio Lula da Silva, Eugênio José Guilherme de Aragão, Wellington Moreira Franco e Cristiane Brasil. Destes, serão analisadas apenas as decisões referentes a Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil, considerando que Aragão teve sua nomeação questionada em razão da vedação aos membros do Ministério Público para o exercício de outros cargos públicos que não o de magistério, o que não implica uma decisão acerca do mérito da escolha propriamente, visto se tratar de impossibilidade formal, considerando diretriz que havia sido estabelecida pelo Supremo na decisão do Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 338/DF.

9.1 Caso Lula⁹³

Trata-se de dois mandados de segurança coletivos, o primeiro impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS) e o segundo pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra ato da Presidente da República, Dilma Rousseff, de nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, os quais são reunidos por determinação na decisão da cautelar.

O fundamento principal da ação promovida pelo PPS – MS 34.070/DF – foi o desvio de finalidade, sob alegação de que o ato teria buscado finalidade não pública, qual seja, conferir prerrogativa de foro ao nomeado com o fito de impedir o curso das investigações em razão da recente indicação em delação premiada ocorrida no âmbito da Operação Lava-Jato. Em relação à ação proposta pelo PSDB – MS 34.071/DF – , além da alegação de desvio de finalidade, alegou-se a violação do princípio da moralidade disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal, de “outros princípios fundamentais que devem reger toda e qualquer atividade da Administração Pública”, bem como ofensa aos preceitos do juiz natural e do devido processo legal. Por fim, sustentou que a Presidente teria incorrido em crimes de responsabilidade, por violação do art. 85, caput e incisos II, IV e VII da Constituição Federal.

⁹³ Compreende os MS 34.070/DF e 34.071/DF, ambos com pedido liminar. Todas as citações mencionadas a partir de então são excertos da decisão proferida por Gilmar Mendes: STF - MC MS: 34070 DF - DISTRITO FEDERAL 0051789-90.2016.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/03/2016, Data de Publicação: DJe-054 28/03/2016. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 07 de julho de 2018.

A decisão monocrática, de autoria do Ministro Gilmar Mendes, considerou, em síntese, os seguintes aspectos:

1) Em relação à legitimidade de partido político ingressar com mandado de segurança buscando a tutela de interesses difusos, decidiu que os partidos políticos representam interesses da sociedade, e não apenas de seus membros, filiando-se a doutrina sustentada por Teori Zavascki e por Alexandre de Moraes, e que o mandado de segurança afigura-se cabível para a defesa de qualquer direito coletivo, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo.

2) Em relação à legalidade, sustentou que o fim do interesse público vincula a atuação do agente e que, se o ato administrativo foi praticado contrariando a finalidade legal que justificou a outorga de competência para a sua prática, ele é nulo.

3) Em relação à alegação de violação dos princípios constitucionais, afirmou que os princípios que regem a administração pública devem pautar qualquer ato administrativo, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal, e a vontade popular deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, em especial, a impessoalidade e a moralidade.

4) Considerou que havia investigações em andamento que ficariam paralisadas pela mudança de foro, sendo “autoevidente que o deslocamento de competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais”, pois ainda que as investigações e medidas judiciais fossem retomadas perante o STF, isto não seria “sem atraso e desassossego”, podendo ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares.

5) Considerou válida a utilização da gravação obtida a partir do levantamento de sigilo da interceptação telefônica entre a Presidente Dilma Rousseff e Lula. Não ignorou o fato de haver decisão anterior à gravação determinando a interrupção da interceptação telefônica, mas considerou haver confissão expressa e espontânea de Dilma na nota oficial do governo publicada no mesmo dia em que levantado o sigilo.

6) Utilizou-se da última interceptação para concluir que a conduta demonstra a intenção de fraudar, e que o único objetivo da manobra é impedir o cumprimento de ordem de prisão pelo juiz de primeira instância, e liminarmente, concede ordem para suspender a eficácia da nomeação de Lula e a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância em relação aos procedimentos que tramitam em seu desfavor.

Não é objeto deste estudo a pertinência do mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses difusos, tampouco a análise da validade da prova. Destacamos esses elementos, *en*

passant, com o objetivo de demonstrar as peculiaridades da decisão e permitir a sua compreensão como um todo. Ao decidir sobre a legitimidade *ad causam*, o relator vai contra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e revê a posição que ele mesmo defendeu no RE 196.184, de Relatoria de Ellen Gracie. Para se afastar da jurisprudência, declara que a sua análise anterior foi “excessivamente restritiva”. Em relação ao uso da prova “ilícita”, porquanto obtida depois da cessação da ordem para interceptação telefônica, o relator decide sem maiores dificuldades, afirmando ter havido confissão legítima e espontânea por parte da ex-Presidente Dilma em pronunciamento oficial posterior ao ocorrido.

O primeiro aspecto que deve ser destacado para o nosso propósito é que a decisão toma o ato de nomeação de Ministro de Estado como um ato administrativo. Nela, ignora-se qualquer distinção entre ato político e ato administrativo, e não se apresenta qualquer justificativa para a possibilidade de controle do ato de nomeação de Ministro de Estado pelo Poder Judiciário. Notoriamente, a decisão pressupõe a possibilidade de controle e não opera qualquer esforço para legitimá-lo.

Observa-se também que o ato é submetido a todos os princípios “explícitos e implícitos” da Constituição Federal, em especial a impessoalidade e a moralidade. Sobre a impessoalidade, não há maiores esclarecimentos. Apenas se reproduz o artigo 37 da Constituição Federal. Não se esclarece de que modo este princípio seria aplicável a este ato em particular. Em relação à moralidade, menciona-se que deve “impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res publica”, mas não se justifica mais que isso. Os princípios invocados na decisão carecem de densidade normativa, visto que são noções abstratas, que não permitem um referencial de conduta. Ao enunciar que o ato fere o princípio da impessoalidade, seria necessário explicar em que medida esse é um requisito para a nomeação de um Ministro de Estado, sobretudo se considerada a natureza do ato que, reiteramos, é política. O mesmo vale para os demais princípios elencados no artigo 37, que é mencionado quatro vezes ao longo do julgado. Fosse o ato de nomeação de Ministro de Estado sujeito aos princípios elencados no que o professor Itiberê Rodrigues chamou de “minicódigo” administrativo da Constituição Federal, haveria espaço para a impugnação de praticamente qualquer escolha, questionando-se a “impessoalidade”, a “eficiência”, a “moralidade”.⁹⁴

Chama atenção que, ao longo de sua argumentação, o Ministro se vale de precedente e exemplos com pouca conexão com o caso a ser decidido. Ao ilustrar o caso com a possibilidade de

⁹⁴ RODRIGUES, 2017, p. 20.

nomeação de um “dentista envolvido em graves acusações de estupro de pacientes para ocupar o cargo de Ministro dos Transportes”, Gilmar Mendes parece não levar em conta o fato inconteste de que Lula tem uma vasta experiência na carreira política, exercendo por dois mandatos o cargo de chefe de governo federal, o que também lhe garante alguma influência entre seus pares. Portanto, em nada se compara a um dentista assumindo cargo completamente alheio às suas competências.

Falou-se muito em desvio de finalidade do ato administrativo, e aqui cabe uma análise mais detalhada, considerando-se que é o único argumento de relevo da decisão. A decisão cita Odete Medauar para dizer que “fim do interesse público vincula a atuação do agente, impedindo a intenção pessoal”. Segundo o exposto neste trabalho, este tipo de controle não cabe ao judiciário, porque os contornos do que vem a ser o interesse público ou utilidade pública são definidos pela função política, e não pela função administrativa. Não há um conteúdo jurídico que estabeleça, *a priori*, o que é o interesse público e que permita este controle. Embora a Constituição Federal estabeleça um conteúdo formal para o princípio, o interesse público, em sentido material, é previamente definido pela função política do Estado, traduzindo-se na “seleção e especificação dos fins constitucionais pelos órgãos dotados de autonomia política” para tanto, como explanou Canotilho.⁹⁵

Nas palavras de Itiberê Castellano de Oliveira Rodrigues:

A administração pública, portanto, não define o que é interesse público: este já vem formal e previamente definido ou pelo povo via democracia participativa ou então pelos órgãos representativos de governo, cujos cargos são exercidos via democracia indireta.⁹⁶

A definição de interesse público é anterior ao funcionamento da administração pública, e diz respeito à eleição do governo e à implementação do plano de governo, situando-se na seara do direito constitucional, e não de direito administrativo.

Portanto, não há qualquer definição prévia, de conteúdo jurídico propriamente, da finalidade do ato administrativo, mas apenas ilações e a alegação de um favorecimento ao escolhido. Com o ato de nomeação de Ministro de Estado, a presidente Dilma estaria não escolhendo um Ministro para auxiliá-la em seu projeto de governo, mas, na realidade, turbando as investigações e concedendo um benefício legal a Lula.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* RODRIGUES, 2017, p. 16.

⁹⁶ RODRIGUES, 2016, p. 26.

Entretanto, a conjugação da finalidade legal da competência com outro fim qualquer, ainda que de ordem privada, não torna inválido o ato. Conforme nos ensina Caio Tácito, não basta provar a existência de finalidade alheia à previsão legal, é necessário expor a ausência do interesse público específico em virtude do qual foi conferida à autoridade administrativa finalidade discricionária⁹⁷. E isso o juiz não pode fazer apenas lançando mão de noções abstratas. Não há como caracterizar desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência alegando-se afronta ao interesse público, pois teria de ser demonstrada a existência de uma finalidade alheia à previsão da lei e exposta a completa ausência do interesse público específico em virtude do qual foi conferida à autoridade do chefe do executivo a finalidade de escolha.

Há elementos que levam à constatação de que o Ministro agiu conforme motivação política, ou, pelo menos, pautado por razões não jurídicas, valendo-se de noções abstratas sem a devida explicação, afastando-se da jurisprudência da Corte e escolhendo os princípios constitucionais aplicáveis ao caso. Além disso, a decisão ignora por completo a distinção por muitos estabelecida entre o ato próprio da função administrativa e o ato político, que demanda a mais ampla liberdade de escolha do governante. É evidente que ele, ou qualquer outro juiz, pode discordar da distinção. Arriscamos dizer que estaria bem acompanhado nessa escolha, mas não poderia ignorá-la. Trata-se, como pretendemos ter mostrado ao longo desta exposição, de questão histórica, enfrentada por constitucionalistas e administrativistas desde o começo do século XIX. Assim, o juiz substitui a vontade do governante eleito pela sua, desconsiderando que não foi eleito e não está legitimado a selecionar as pessoas competentes para a consecução do plano de governo.

9.2 Caso Moreira Franco⁹⁸

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo partido Rede Sustentabilidade contra ato do Presidente Michel Temer que nomeou Wellington Moreira Franco para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, órgão que inexistia até então, tendo sido criado pelo mesmo decreto que nomeou o Ministro.

O fundamento é o mesmo da decisão analisada anteriormente, que é inclusive utilizada como precedente – o ato de nomeação seria inválido porque afetado por desvio de finalidade, uma

⁹⁷ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 1º. v. p. 157.

⁹⁸ STF - MC MS: 34609 DF - DISTRITO FEDERAL 0000850-72.2017.1.00.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 14/02/2017, Data de Publicação: DJe-031 16/02/2017. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 20 de setembro de 2018. Todas as citações que seguem foram extraídas da decisão.

vez que a razão consistiria na outorga de prerrogativa de foro ao nomeado para evitar o regular andamento das investigações em sede da Operação Lava Jato, colocando em risco a celeridade do julgamento.

Diferentemente da decisão anterior, que não concedeu prazo para manifestação da impetrada antes da apreciação da cautelar, nesta foi concedido o prazo de 24 horas para manifestação do Presidente da República. Michel Temer manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da segurança, apresentando as seguintes razões: a) não houve mera criação de órgão ministerial, mas recomposição da divisão de competências tendo em vista o interesse público; b) o nomeado não tem contra ele sentença condenatória transitada em julgado, razão pela qual recai sobre ele o princípio da presunção de inocência; c) o caso de Moreira Franco difere do paradigma indicado (caso Lula), porque Moreira Franco já ocupava cargo de natureza especial no governo, tendo havido mera reorganização da estrutura do governo, enquanto Lula era um cidadão comum, sem qualquer vínculo com o governo então vigente; d) o nomeado, Moreira Franco, possui atributos notoriamente reconhecidos quanto à coordenação e articulação política para o exercício do cargo e e) o deferimento da liminar acarretaria grave lesão à ordem pública administrativa, “violando frontalmente o princípio de separação de poderes e invadindo drasticamente a esfera de competência do Poder Executivo”.⁹⁹

A decisão, de relatoria do Ministro Celso de Mello, também monocrática e referente apenas à medida cautelar, foi fundamentada nos seguintes termos:

1) A outorga do provimento cautelar está sujeita à relevância do fundamento jurídico e ao reconhecimento de que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, não se configurando, na espécie, os pressupostos necessários à concessão da medida cautelar. Considera, ainda, que deve ser levada em conta a elevada probabilidade de êxito da pretensão.

2) Invoca precedente do Plenário da Corte (RE 196.184/AM, Rel. Ministra Ellen Gracie) que reconhece que as instituições partidárias não dispõem de qualidade para agir, em juízo, na defesa de direitos difusos, pois, além de não existir autorização legal para tanto, o reconhecimento de tal prerrogativa em favor das agremiações partidárias, sem quaisquer restrições, “culminaria por conferir a essas entidades a possibilidade de impugnarem qualquer ato emanado do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material”. Ademais, fosse o caso de conferir esta prerrogativa aos partidos políticos, estes teriam legitimação maior que a conferida ao Ministério Público. Faz

⁹⁹ O parecer da AGU foi reproduzido na decisão.

expressa menção ao artigo 21 da Lei 12.016/2009 para restringir a capacidade postulatória dos partidos políticos em sede de mandado de segurança à defesa de seus interesses legítimos, relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária.

3) É assertivo em declarar que a interferência excessiva do direito e do Poder Judiciário na política pode acarretar prejuízo à separação dos poderes e, em última análise, ao próprio funcionamento da democracia, mesmo que provocada pela atuação dos próprios partidos políticos.

4) Apesar de não usar a nomenclatura “ato de governo” ou “ato político”, verifica-se que, na prática, o Ministro entende haver uma distinção entre estes e os atos administrativos. Admite que a nomeação de Ministro de Estado é ato “eminente interno” e que esta interferência na política agrega um elemento de insegurança quanto à posição do judiciário sobre questões que são “internas” do Executivo e do Legislativo.

5) Apresenta diversos paradigmas que negaram legitimidade ativa *ad causam* para impetrar mandado de segurança coletivo, destacando que já houve decisão pelo Pleno da Corte, afastando-se expressamente da decisão monocrática de Gilmar Mendes no MS 34.070-MC/DF.¹⁰⁰

6) Não utiliza o termo “ato administrativo”, mas refere que todo e qualquer ato emanado da Administração Pública se reveste da presunção de legalidade, veracidade e legitimidade, dependendo a imputação de conduta desviante de prova inequívoca de que o ato praticado perseguiu “fins *completamente* desvinculados do interesse público” (grifos nossos).

7) Considera que não há qualquer base documental idônea que suporte a alegação de que o ato de nomeação de Moreira Franco não tinha a finalidade de aprimorar a equipe presidencial, mas sim de deslocar a competência das investigações da Operação Lava Jato, pautando-se o pleito em “meras alegações e conjecturas”.

8) Aduz que a prerrogativa de foro “não implica obstrução da investigação e muito menos paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal”, não se podendo alegar que a nomeação estabelece imunidade ou tratamento preferencial ou seletivo ao nomeado. Sugere, ainda, que esta alegação “deprecia a dignidade da Corte” (STF).

Apesar da semelhança de fundamentos entre as ações, verifica-se que a decisão foi em sentido oposto, não compartilhando de nenhum entendimento com a prolatada por Gilmar Mendes no caso Lula. O Ministro Celso de Mello adota posição de autocontenção, dando destaque ao princípio da separação de Poderes do Estado, cuja inobservância, segundo ele, afetaria, em última

¹⁰⁰ Destaca, entre as decisões: MS 33.738/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – MS 34.196/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RE 566.928/RJ, Rel. Min. AYRES BRITTO), MS 22.764-QO/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 196.184/AM, REL. ELLEN GRACIE.

instância, a própria noção de democracia. Além disso, estabelece diferença crucial entre o que ele chamou de “ato interno” do Executivo e do Legislativo e ato administrativo. Portanto, embora não tenha usado em nenhum momento a expressão “ato político”, parece se orientar pela distinção funcional de poderes, proposta neste estudo, e se comprometer com uma diferença entre atos da administração e atos políticos.

Pode-se observar, ainda, que o Ministro não se afasta dos principais entendimentos da Corte, e, em especial quanto à impossibilidade de partidos políticos impetrarem mandado de segurança para tutelar direitos coletivos difusos, enumera diversos precedentes, dando relevo ao fato de que o entendimento foi estabelecido sem sessões plenárias.

A despeito do que fora argumentado pela defesa do Presidente Michel Temer, Celso de Mello não apontou expressamente qualquer distinção entre o caso que julgou e o paradigma indicado. Cuidou apenas de apontar as razões por decidir em sentido oposto. A breve menção que faz à decisão do Min. Gilmar Mendes, nos parece, tem até certo tom de ironia. Consideramos um tanto esquivada a postura adotada pelo Ministro, tendo em vista que as ações são claramente similares e que a inicial, segundo o próprio relatório, faz menção expressa aos fundamentos da decisão paradigma. Embora decisões monocráticas em medida cautelar não sejam vinculativas, a menção expressa à decisão paradigma constitui um dos fundamentos do pleito, que deferiria ter sido afastado de forma mais contundente.

Conclui-se que, em sua decisão, Celso de Mello não inova em nenhum entendimento, assumindo postura contida. Considerando que a cautelar só poderia ser provida se houvesse alta probabilidade de êxito da demanda final, o Ministro, em “juízo de sumária cognição”, indefere o pedido e mantém o ato de nomeação.

9.3 Caso Cristiane Brasil¹⁰¹

A nomeação da Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco como Ministra do Trabalho foi tão repercutida pela mídia que ganhou até nome próprio – Caso Cristiane Brasil. Desde o anúncio feito pelo Presidente Michel Temer, em 03.01.2018, a indicação foi alvo de ações e recursos em todas as instâncias do Judiciário e acirrou intensos debates sobre, entre outros, a tutela

¹⁰¹ O caso Cristiane Brasil é o que compreende o maior número de decisões, visto que passou por todas as instâncias até o ajuizamento da Reclamação no STF, que culminou com a avocação da suspensão de liminar que tramitava no STJ para o STF, autuada sob o número 1.146/RJ, até a anulação do decreto de nomeação pelo Presidente Michel Temer. Portanto, faremos menção às decisões de forma específica.

da moralidade administrativa, o “protagonismo excessivo do judiciário”¹⁰², a agenda de moralização judicial da política brasileira e o princípio da separação de poderes. Nem mesmo a desistência da indicação pelo PTB fez cessar a publicação de artigos sobre o caso.

Se, por um lado, o ruído em torno da nomeação da Deputada é fruto da singularidade da decisão do juiz de primeira instância, que, em caráter liminar, suspendeu a nomeação com fundamento no “preceito constitucional autoaplicável” da moralidade administrativa, por outro, se deve à revelação da fragilidade das relações políticas e do verdadeiro balcão de negócios que está por trás da distribuição de Ministérios. A escolha tinha o objetivo de manter o apoio do PTB, ou seja, voltamos à questão da governabilidade.

A epopeia teve início com a decisão do Juízo da 4ª Vara Federal de Niterói, proferida nos autos da ação popular 001786-77.2018.4.02.5102, cujo argumento principal é exposto no trecho que segue:

Em exame ainda que perfunctório, este magistrado vislumbra *flagrante* desrespeito à Constituição Federal no que se refere à *moralidade administrativa, em seu artigo 37, caput*, quando se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, Ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas [...].¹⁰³ (grifos nossos)

Vale destacar que outras ações populares foram propostas com o objetivo de impedir a posse da Deputada, mas nenhuma teve o mesmo desfecho.¹⁰⁴

A partir da decisão, a União propôs ação de suspensão de liminar antecipatória de tutela perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região. A decisão, de lavra do Vice-Presidente, manteve a suspensão da nomeação, sob o fundamento de que a decisão atacada “ [...] não tem o condão de acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia pública. E a suspensão não é apta a adiantar, substituir ou suprimir exame a ser realizado na via judicial própria”.

¹⁰² O Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM/RJ), em entrevista concedida a jornalistas durante viagem a Washington, fez duras críticas à decisão que suspendeu a nomeação de Cristiane, utilizando a expressão para se referir à interferência indevida do Poder Judiciário no governo, que, segundo ele, “está desorganizando o Brasil”. CARAZZAI, Estelita. “Maia diz que o judiciário está ‘desorganizando’ o Brasil”. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 16 jan. 2018, Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1950876-maia-diz-que-judiciario-esta-desorganizando-o-brasil.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

¹⁰³ Trecho extraído do pedido de suspensão de liminar encaminhado pela União ao Presidente do TRF da 2ª Região. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/01/Recurso-AGU-posse-CristianeBrasil-TRF2.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

¹⁰⁴ Consta no relatório da decisão STJ que, nos dois dias que sucederam a publicação da nomeação, foram ajuizadas pelo menos seis ações populares de idêntico teor em subseções judiciárias federais do Estado do Rio de Janeiro. Em todas elas, o pedido liminar de suspensão da nomeação foi indeferido, sob o argumento de não haver qualquer relação entre condenação em reclamação trabalhista e inaptidão para o cargo de Ministro do Trabalho.

Dada a manutenção da decisão anterior, a União recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, através de ação de suspensão de liminar e de sentença (SLS 2.340/RJ). A decisão deferiu o pedido da União, determinando o retorno da eficácia do decreto que nomeou Cristiane Brasil, aduzindo, entre outras razões, que “[a] interferência do Poder Judiciário sem que esteja evidenciado de modo claro a violação ao ordenamento jurídico não contribui para o bom funcionamento da vida da sociedade e do Estado”, que “[...] a aplicação direta do princípio da moralidade, para vedar a nomeação de um Ministro de Estado, se prestaria a justificar diversas avaliações subjetivas e não fundadas em lei” e que há perigo na demora, pois há danos que “[...] são subjetivos à imagem do país perante o conjunto da economia nacional e internacional [...]”. Além disso, defendeu a competência do STJ para processar e julgar a ação, argumentando que não é possível a apreciação de violação dos princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição Federal sem a consideração das normas infraconstitucionais que lhes dizem respeito.

A decisão do STJ deu ensejo à Reclamação 29.508/DF perante o STF¹⁰⁵. A Reclamação, prevista no art. 102, I, “I” da Constituição Federal visa à preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e à garantia da autoridade de suas decisões. Consoante o Regimento Interno da Corte, a Reclamação pertence à classe de processos de competência originária do STF, a quem cabe analisar se o ato questionado na ação invadiu competência da Corte ou se contrariou alguma de suas decisões.¹⁰⁶

Os titulares da ação sustentaram que houve usurpação de competência do STF pelo STJ, uma vez que a liminar que foi suspensa pela decisão foi fundamentada em princípio constitucional. A decisão monocrática, de autoria da Ministra Cármen Lúcia, julgou procedente a reclamação e cassou a decisão do STJ, sob o argumento de que o fundamento da liminar atacada era de “inequívoca natureza constitucional” e que eventual referência de matéria infraconstitucional na causa posta não afeta a atuação do STF.¹⁰⁷

¹⁰⁵ STF - Rcl: 29508 DF - DISTRITO FEDERAL 0064909-35.2018.1.00.0000, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/02/2018, Data de Publicação: DJe-028 16/02/2018. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10 de outubro de 2018.

¹⁰⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento interno [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em 30 de outubro de 2018.

¹⁰⁷ A ação que deu origem ao caso tinha como causas de pedir próxima o art. 2º, alíneas “c”, “d” e “e”, o art. 4, I da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), bem como o caput do art. 37 da Constituição Federal. A decisão pautou-se, no entanto, apenas pelo último, desconsiderando os dispositivos aludidos da Lei 4.717/65. Considerando que a decisão que se busca suspender é o objeto da contracautela, os fundamentos a serem analisados em ação de suspensão de liminar têm de provir dela. Na decisão em questão, não há fundamento infraconstitucional e não se analisa o limite da via processual eleita – ação popular, para o objeto pretendido – obstar a nomeação de Ministro de Estado.

Após invocar para si a competência para analisar a suspensão da liminar concedida, tendo transcorrido mais de um mês da nomeação da deputada sem que houvesse decisão acerca do caso, o PTB concordou com a desistência, e o Presidente revogou o Decreto de nomeação. Assim, e a suspensão de liminar do STJ, que então já havia sido autuada no STF (SL 1.146), perdeu o objeto.

O que interessa, de fato, em toda a celeuma é o fundamento da primeira decisão. É, no mínimo, inusitado que a sentença reconheça no ato de nomeação de Cristiane a existência de flagrante desrespeito ao princípio da moralidade administrativa o fato de a deputada ter sido condenada em reclamações trabalhistas. E mais, que considere o princípio, como disposto no art. 37, da CF, autoaplicável.

A moralidade administrativa não é conceito de fácil compreensão. Como sintetizou o professor José Guilherme Giacomuzzi sobre o tratamento do princípio da moralidade em nossa jurisprudência: “A moralidade é vinculada ora à legalidade, ora à igualdade, ora ao interesse público, ora ao desvio de poder, ora à proporcionalidade. É tudo e nada ao mesmo tempo”.¹⁰⁸ Assim, chama atenção a operação dedutiva que o Juízo faz a partir de conceito que é claramente indeterminado. Ainda que se trate de decisão em caráter liminar, produzida a partir de cognição sumária, houve uma atividade de interpretação do juiz, que deveria ter sido explicitada e justificada na decisão.

A despeito de parecer uma aplicação mecânica de um princípio¹⁰⁹, a sentença, de tão criativa que é, estabelece critério inédito para a constatação de violação do princípio da moralidade administrativa. É preciso observar que não estamos falando de nenhuma ação que envolva ilícito penal ou atos de improbidade administrativa, que frequentemente são relacionados pela doutrina e pela jurisprudência como afronta ao princípio. Estamos falando de um ramo do direito que obedece a princípios próprios e que, mesmo depois da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), ainda se pauta pela presunção de hipossuficiência do reclamante. Todos os anos, milhares de pessoas são rés em processos trabalhistas. No ano de 2017, foram ajuizadas 3.480.842 ações trabalhistas só no primeiro grau. Não esqueçamos que a própria União é ré costumeira na Justiça do Trabalho, em

¹⁰⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. “A moralidade administrativa – História de um Conceito”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 230: 291-303. Out./Dez. 2002. p. 293, p.291-303.

¹⁰⁹ Conforme ensinamento de Canotilho, os princípios vinculam o legislador, a administração e os tribunais (os juízes têm o dever de aplicar a norma constitucional), mas, por terem um caráter aberto, ou seja, geral e indeterminado, para serem ativamente operantes, necessitam de uma mediação concretizadora que lhes deem operacionalidade prática. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1163.

geral condenada de forma subsidiária em processos que envolvem a contratação de mão de obra terceirizada.¹¹⁰

Se os números, por si, não convencem, há ainda um argumento de natureza processual, apresentado por Flávio Jardim em texto publicado no portal Jota, o qual sugere que, para que as condenações trabalhistas tivessem o poder de restringir direitos políticos, haveria a necessidade de modificar as bases do processo do trabalho, a fim de equilibrar a relação entre reclamantes e reclamados. Princípios como o da proteção ao trabalhador, ou o *in dubio pro operario* e institutos processuais como o da confissão ficta teriam de ser revistos, uma vez que as condenações teriam implicações muito graves que uma obrigação de pagar ou fazer.¹¹¹

Pergunta-se, portanto, se há razoabilidade na decisão, ou seja, se é possível equiparar a condenação trabalhista à condenação criminal ou à condenação por improbidade administrativa sem extrapolar os limites do bom senso. É preciso admitir que, como bem advertiu René Descartes: “O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo, pois cada um pensa estar tão bem provido dele que, mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer outra coisa, não costumam desejar mais bom senso do que têm.”¹¹²

Assim, não é de se estranhar que alguns tenham saído em defesa da decisão, sugerindo, por exemplo, como fez Vladimir Aras em coluna também publicada pelo portal Jota, que todos os atos da administração estão sujeitos a *accountability* e que há densidade normativa o bastante no princípio da moralidade para este tipo de controle. Ou, ainda, que os Ministros de Estado deveriam se submeter ao requisito da reputação ilibada, como já se exige dos ocupantes de outros cargos, por analogia, devendo ser impedidos de assumir o Ministério na ausência manifesta de qualificação técnica ou de inidoneidade moral.¹¹³

Discordamos, respeitosamente, deste entendimento. Não que o povo não tenha direito a um governo “probo e honesto”, como sugeriu Aras. A questão é que ao povo é dado eleger o seu presidente, o qual tem a prerrogativa de escolher livremente a sua equipe. Os Ministros escolhidos

¹¹⁰ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

¹¹¹ JARDIM, Flávio. “Moralidade e formalismo jurídico: o caso Cristiane Brasil”, publicado em 17.01.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moralidade-e-formalismo-juridico-o-caso-cristiane-brasil-17012018#sdendnote8sym>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

¹¹² DESCARTES, René. *Oeuvres philosophiques*. Paris: L. Hachette, Vol. 1, 1835., p. 3. “*Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée ; car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont.*” (tradução nossa)

¹¹³ ARAS, Vladimir. “O caso Cristiane Brasil e a tutela judicial da moralidade administrativa”. Publicado em 14.01.2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-caso-cristiane-brasil-e-a-tutela-judicial-da-moralidade-administrativa-14012018>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

são agentes políticos, mas estão sujeitos aos princípios que regem a administração pública, podendo ter seus atos controlados por ações que serão levadas ao judiciário que, então, terá o poder de decidir. Cabe até mesmo *impeachment* de Ministro de Estado, em caso de conduta ímproba. No entanto, decisão prévia, por critério tão raso, não é jurídica, mas política e custa caro. Afronta a separação de poderes e a soberania popular, desestabiliza o governo e configura abuso do poder da caneta.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do século XVI, Nicolau Maquiavel escreveu *O Príncipe*, que se perpetuou como uma das obras políticas mais importantes de todos os tempos. No capítulo XXII, intitulado “Aqueles que os príncipes têm para assuntos secretos”, o autor nos diz:

Não é de pouca importância para um príncipe a escolha de seus ministros, os quais são bons, ou não, conforme a prudência do príncipe. E a primeira conjectura que se faz acerca do cérebro de um senhor é ver os homens que têm à sua volta: quando são competentes e fiéis, podemos sempre reputá-lo sábio, porque soube lhes reconhecer a competência e sabe mantê-los fiéis; mas quando não forem assim, podemos sempre fazer um juízo negativo sobre ele: porque o primeiro erro que faz é nesta escolha.¹¹⁴

Hoje, passados mais de quinhentos anos de sua escrita, a atualidade de seu ensinamento é espantosa. Podemos substituir ali “príncipe” por “presidente” e o conselho segue relevante. Maquiavel só não contava com o “Super Poder Judiciário” para prevenir esse erro de escolha. E nem poderia. É coisa moderna, de última geração. Infelizmente, e isto é preciso que se diga, para que não incorramos em propaganda enganosa, este modelo ainda não é capaz de impedir o juízo negativo acerca do governante. Na verdade, pode até desgastar ou fazer ruir a imagem do governo.

Pedimos perdão pela ironia, mas, em tempos de insensatez, o humor serve de alento. Fato é que, hoje, questões políticas, que eram afetas ao Presidente da República – e continuam sendo de sua competência privativa, por expressa disposição constitucional – estão sendo judicializadas, em uma verdadeira cruzada de “moralização da política”.

Ao longo desta pesquisa, pudemos compreender que nem sempre foi assim. Ao reconstruir a história do conceito, vimos que o ato político – ou de governo – completamente imune ao controle judicial, na origem, foi dando lugar a versões mitigadas, na tentativa natural, e até legítima, de evitar abusos por parte do governante e preservar as garantias individuais que haviam sido conquistadas a duras penas. Mesmo assim, havia respeito ao terreno das deliberações políticas. A separação de poderes e a autonomia da função de governo eram levadas mais a sério. No entanto, com o passar do tempo, o Judiciário passou a desempenhar não apenas um papel de controle, mas a ser verdadeiro fiador das promessas contidas na Constituição Federal. E elas são muitas e muito amplas.

¹¹⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2017. p. 235.

Não estamos fazendo um juízo de valor sobre a nossa Constituição. A previsão de um estado de coisas ideal é importante como bússola e funciona, ou ao menos deveria funcionar, como elemento norteador da política. Ao Estado e à sociedade cabe perseguir os fins para os quais a Constituição, muitas vezes, não afiança os meios. Para torná-la efetiva, tanto quanto possível, elegemos nossos representantes. Este é um pressuposto do nosso Estado Democrático. Dentre os candidatos que apresentam possibilidades de dar concretude às tais promessas, escolhemos aqueles que acreditamos ter o melhor projeto. Estes, por sua vez, se cercam de outros, em que depositam confiança, e que melhor se ajustam à sua agenda de governo.

Ocorre que o prometido é descumprido com muito mais frequência do que gostaríamos. A atuação dos nossos governantes parece se distanciar a passos largos dos projetos em que acreditamos e para os quais os elegemos, e a nossa decepção de cada dia dá margem à atuação daquele que, ironicamente, chamamos de “Super Poder”. Este nosso fiador e, em especial, a sua cúpula, guardiã da Constituição, avocam para si um papel de fiscal dos outros poderes. Até aí, nada de novo. Como vimos, é de certa forma sua função, já que que é pressuposto do nosso modelo tripartite o mecanismo de *check and balances*. Todavia, mais do que simplesmente fiscalizar e conter abusos, as decisões analisadas mostram que o Judiciário vem atuando de forma política, a partir de conceitos abstratos e normas abertas e, em boa medida, alimentado pela nossa desconfiança em relação à política e, sobretudo, aos políticos.

O espaço reservado à decisão política é previsto pela própria Constituição. Quisesse o legislador impor mais requisitos para aqueles que ocupam o cargo de Ministro de Estado, poderia tê-lo feito. Bastaria que se incluíssem mais critérios, como se fez em outros tantos casos. Ao ser tão econômica, a Constituição concede ao governante amplo poder de escolha. Se esta escolha é boa ou ruim, mais política ou mais técnica, se visa ao contentamento dos partidos aliados mais do que à capacidade para a consecução dos projetos a que o governante se propôs, não cabe ao Judiciário dizer.

Não estamos sugerindo com isso que, ao eleger um candidato, a população assina um cheque em branco, submetendo-se aos desmandos de quem colocou no poder. Muito menos que, diante de abusos, não há nada que se possa fazer. O ordenamento jurídico dispõe de ferramentas de controle dos atos praticados pelos Ministros de Estado, estes sim, administrativos e passíveis de apreciação pelo poder judiciário. Há, ainda, a possibilidade do controle político, exercido pelo Legislativo e, mais importante que ambos, a população tem o poder da urna.

O que não se deveria admitir é que uma Corte, não legitimada pelo voto popular, faça escolhas em domínio reservado à política. Ou, o que é ainda pior, que um juiz decida, de forma monocrática, a partir dos elementos de um só processo, que é mero recorte de uma realidade muito mais ampla, questões que afetam o cenário político como um todo e que podem enfraquecer ou mesmo minar um governo, criando limitações que a própria lei não estabeleceu e instituindo teses jurídicas ao seu alvedrio. Disso decorrem incongruências, como as observadas nas decisões analisadas, em que dois casos análogos são tratados de formas completamente distintas ou em que se cerceia um direito político com base em uma interpretação heterodoxa, para dizer o mínimo, de uma norma aberta que, nem de longe, é autoaplicável.

Voltamos, então, ao ponto inicial. Como se pôde depreender deste percurso, a questão da possibilidade de controle pelo judiciário da nomeação de Ministros de Estado é, antes, uma questão de classificação – ou taxonomia, como enunciamos na introdução –, e nenhuma classificação é feita sem alguma arbitrariedade. Classificações são mais úteis, ou menos úteis, e se justificam por razões melhores ou piores. Tentamos mostrar, a partir de uma perspectiva histórica, e do cotejo de princípios instituídos pela Constituição vigente, que há boas razões para que, diante de ações que pleiteiem a revisão de um ato de nomeação de Ministro de Estado, os juízes exerçam a autocontenção.

Vimos que boa parte dos doutrinadores brasileiros estão dispostos a admitir a distinção entre atos políticos e atos administrativos e a classificar o ato de nomeação de ministro de Estado como ato político. Observamos, entretanto, que, seja pelo apreço ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, seja pelo temor de que a democracia estará ameaçada pela irresponsabilidade dos governantes, há resistência desta mesma doutrina em excluir os atos ditos políticos da apreciação do poder judiciário. Assim, a distinção acaba por se tornar inócua.

Há não muito tempo, o Brasil viveu um regime militar que durou mais de vinte anos. O processo de redemocratização é ainda bastante recente. É inegável que a democracia brasileira carece de maturidade e que nós, enquanto brasileiros, almejamos o fortalecimento de nossas instituições. No entanto, é preciso que se reconheça que a judicialização de questão tão política quanto a nomeação de um ministro de Estado vai na contramão desse desejo. Ao contrário do que pode parecer, submeter tais atos à apreciação de juízes não qualifica as deliberações políticas e nem fortalece a democracia. Na verdade, a fragiliza, na medida em que impede o controle político, ao depositar nas mãos de poucos, ou de um, escolha que se supõe da maioria.

Melhor seria se o povo, de quem, de fato, o poder deveria emanar, participasse de forma mais atuante do processo democrático e desse, nas urnas, a resposta devida às ações de seu governante. Mas, para isso, há que se ter memória, há que se ter interesse, há que se despir da concepção de que a política é ruim *a priori* ou que diz respeito apenas a políticos. Nos tempos idos de Maquiavel, o mau juízo acerca da inteligência do príncipe na escolha de seus ministros não rendia lá muitos frutos. Anos e anos se passaram até que o descontentamento do povo tivesse eco. Hoje, felizmente, cada um de nós tem uma parcela de poder. Espera-se que os erros do passado, e do presente, não sejam senão um convite para usá-lo com prudência.

11. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

AGUIAR, Gustavo e PERÓN, Isadora. “Seis dos 23 ministros de Temer respondem a inquéritos do STF”. **O Estado de São Paulo**. Publicado em 19.05.2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,seis-dos-23-ministros-de-temer-respondem-a-inqueritos-no-stf,10000052217>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

ARAS, Vladimir. “O caso Cristiane Brasil e a tutela judicial da moralidade administrativa”. Publicado em 14.01.2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-caso-cristiane-brasil-e-a-tutela-judicial-da-moralidade-administrativa-14012018>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. vol. II, 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>. Acesso em 08 de setembro 2018.

_____. **Obras completas de Rui Barbosa**. O acórdão de 27 de abril. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação. 1946.

BARKOW, Rachel E. “More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy”. In: **Columbia Law Review**, vol. 102, no. 2, 2002, p. 237-336. JSTOR, JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/1123824. Acesso em 12 de agosto de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Regimento interno [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARAZZAI, Estelita. “Maia diz que o judiciário está ‘desorganizando’ o Brasil”. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 16.01.2018. Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1950876-maia-diz-que-judiciario-esta-desorganizando-o-brasil.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoría general del Estado**. 2ª. ed. Tradução de José Lión Depetre, prefácio de Héctor Gros Espiell, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998.

CARRO, José Luís e FERNANDEZ, Valmayor. “La Doctrina del Acto Político”. In: **Revista de Administración Pública**, n. 53, Maio/Agosto. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia, Madri, 1967.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

CEZARIO, Leandro Fazollo. “O espírito das leis (l'esprit des lois) e o Federalista (the federalist papers): Características correlacionais em ambas as obras e as influências de Montesquieu sobre os pensamentos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison”. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 30 jun. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27341&seo=1> . Acesso em 21 de setembro de 2018.

COLE, Jared P. “The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers”. Washington D.C, 2014. Disponível em: <digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc501852> .

CONSEIL D’ETAT, ORD, 1 mai 1822, Laffitte, requête numéro 5363, Rec. 1821-1825 p. 202. Disponível em: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-ord-1-mai-1822-laffitte-requete-numero-5363-rec-1821-1825-p-202/> .

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça** – CNJ. Justiça em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.

DANTAS, Humberto. “Porque só olhamos para o executivo? O caso Cristiane Brasil”. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 06.02.2018. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/legislativo/por-que-so-olhamos-para-o-executivo-o-caso-cristiane-brasil/>. Acesso em 09 de setembro de 2018.

DESCARTES, René. **Oeuvres philosophiques**. Paris: L. Hachette, Vol. 1, 1835.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2014.

DUCROCQ, Théophile. **Cours de Droit Administratif**. 7ª ed. Paris: Ancienne Libraire Thorin et Fils, 1904.

EL PAÍS. “Citado na Lava Jato, Moreira Franco vira ministro e ganha foro privilegiado”. Publicado em 02.02.2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486069819_455685.html. Acesso em

FAGUNDEZ, Ingrid e MENDONÇA, Renata. “De ‘rei da soja’ a condenado por desvio de merenda: conheça os ministros de Temer”. Publicado em 13.05.2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil/2016/05/160509_ministros_temer_if_rm.

FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. **Droit Administratif**. 12ª ed. Paris: LGDJ, 2018.

GALVÃO, Laila Maia. “Protestos do Supremo Tribunal Federal na Primeira República”. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p.61-84.

GAZIER, François. “A experiência do Conselho de Estado francês”. In: **Revista do Serviço Público**, ano 41, v.112, n. 2, p. 63-67. 1984. p. 63. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2751>.

GIACOMUZZI, José Guilherme. “A moralidade administrativa – História de um Conceito”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 230: 291-303. Out./Dez. 2002, p.291-303.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. “A separação de poderes em países presidencialistas: A América Latina em Perspectiva Comparada”. In: **Revista de Sociologia e Política**. [online]. 2001, n. 17, p.75-106. ISSN 0104-4478.

HENKIN, Louis. “Is There a ‘Political Question’ Doctrine?”. In: **Yale Law Journal**, n.5, v.85, 1976. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol85/iss5/1>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

JARDIM, Flávio. “Moralidade e formalismo jurídico: o caso Cristiane Brasil”. 17.01.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moralidade-e-formalismo-juridico-o-caso-cristiane-brasil-17012018#sdendnote8sym>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan. 1993. p. 70. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45641>.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª edição, 2002.

MELGAÇO, Tiago. **Atos Políticos no Brasil: uma perspectiva de controle e limites jurídicos**. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciências Jurídico-Políticas: Direito Constitucional). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em : <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/33998>.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2004.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. vol. I. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1979.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

O ESTADO DE SÃO PAULO. “O ministério de Temer”, s/d. Disponível em <http://infograficos.estadao.com.br/politica/o-ministerio-de-temer>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Apreciação Judicial de Questão Política”. In: **Revista Forense**. Vol. CXXXI. Ano XLVII. Fascículo n° 567. Rio de Janeiro. Setembro de 1950.

PICINI, Joel. **O Controle Jurisdicional de Atos Políticos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

PLESSIX, Benoît. **Droit Administratif Général**. Paris: LexisNexis, 2018.

REIS, C. A. “‘Todo poder emana do povo’: o exercício da soberania popular e a Constituição de 1988”. In: DANTAS, Bruno *et al* (Orgs.). **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. “Fundamentos básicos do direito administrativo” brasileiro. In: HEINEN, Juliano; PIRES, Leonel e RAMOS, Rafael (Orgs.). **Fundamentos do direito administrativo contemporâneo**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Sapiens, 2017, p. 9-91.

SANTOS, Marcos Ricardo dos. “No ‘toma lá, dá cá’, quanto custa um ministro para o governo federal?”. **Gazeta do Povo**. Publicado em 30.04.2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/no-toma-la-da-ca-quanto-custa-um-ministro-para-o-governo-federal-01fgeq30cbb3r69xt5kqpmqj5>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

STERN, Ana Luiza Saramago. “O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político”. In: **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Quadrimestral.

STF - MC MS: 34070 DF - DISTRITO FEDERAL 0051789-90.2016.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/03/2016, Data de Publicação: DJe-054 28/03/2016. Disponível em: www.stf.jus.br.

STF - MC MS: 34609 DF - DISTRITO FEDERAL 0000850-72.2017.1.00.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 14/02/2017, Data de Publicação: DJe-031 16/02/2017. Disponível em www.stf.jus.br.

STF - Rcl: 29508 DF - DISTRITO FEDERAL 0064909-35.2018.1.00.0000, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/02/2018, Data de Publicação: DJe-028 16/02/2018. Disponível em www.stf.jus.br.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público** (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 2 v.

TAMER, Sérgio Victor. **Atos Públicos e Direitos Sociais nas Democracias**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. New York: A. A. Knopf, 1945.

URIBE, Gustavo e CARVALHO, Daniel. “Temer desistiu de posse de Cristiane Brasil, diz Marun”. **Folha de São Paulo**. Publicado em 22.01.2018. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1952310-temer-nao-desistiu-de-posse-de-cristiane-brasil-diz-marun.shtml?loggedpaywall>. Acesso em 09 de setembro de 2018.